الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة 8 ماي 1945 قالمة

كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم حقوق
مخبر الدراسات القانونية البيئية

أطروحة

لنيل شهادة الدكتوراه في الطور الثالث

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية– شعبة: الحقوق

اختصاص: القانون الخاص

من إعداد: الطالب حمصي ميلود

بعنوان

أحكام التعاقد عن بعد في ظل التحولات القانونية الجديدة

بتاريخ: **2025/02/02** أمام لجنة المناقشة المكونة من:

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
السيد عصام نجاح	أستاذ التعليم العالي	بجامعة 08 ماي 1945– قالمة	رئيسا
السيد مونة مقلاتي	أستاذ التعليم العالي	بجامعة 08 ماي 1945– قالمة	مشرفا ومقررا
السيد عبد الحفيظ بوقندورة	أستاذ التعليم العالي	بجامعة العربي بن مهيدي بأم البواقي	ممتحنا
السيد عمار زعبي	أستاذ التعليم العالي	بجامعة حمه لخضر بالوادي	ممتحنا
السيد إيمان بوشارب	أستاذ التعليم العالي	بجامعة 08 ماي 1945– قالمة	ممتحنا

السنة الجامعية: 2025/2024

بسم الله الرحمن الرحيم

(وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا)

صدق الله العظيم

سورة طه الآية 114

إهداء

أهدي ثمرة هذا العمل إلى الوالدين الكريمين

إلى كل الأهل والأقارب والاصدقاء

إلى كل من يريد أن يراني متفوقا

إلى كل طلاب العلم

شكر وعرفان

الحمد لله حتى يبلغ الحمد منتهاه أن وفقنا لإتمام إنجاز هذه الأطروحة.

أتقدم بجزيل الشكر والتقدير والاحترام **للأستاذة الدكتورة مقلاتي مونة** لتكرمها قبول الإشراف على إعداد هذه الأطروحة، وعلى كل ما قدمته لنا من توجيهات ونصائح، طيلة مشوار الدكتوراة،

أدام الله عليكم موفور الصحة والعافية.

كما أتقدم بجزيل الشكر للأساتذة الأفاضل **أعضاء لجنة المناقشة**، كل باسمه ومكانته ودرجته العلمية، لقبولهم مناقشة هذه الأطروحة شكرا لكم وزادكم الله رفعة وعزا ودمتم فخرا لنا.

وأتقدم بجزيل الشكر والامتنان لكل أعضاء لجنة التكوين في الدكتوراه، وأخص بالذكر رئيس اللجنة **الأستاذ الدكتور نجاح عصام** على المرافقة الطيبة والمعلومات الغزيرة القيمة، شكرا لكم أدامكم الله فخرا لنا وزادكم عزا ورفعة دمتم متألقين.

مقـــــدمة

عرفت البشرية تطورا تكنولوجيا رهيبا في الآونة الأخيرة، حيث فرض نفسه أيقونة لا غنى عنها في مختلف المسائل الاجتماعية والاقتصادية والقانونية، ولطالما أثبتت مختلف المظاهر والإجراءات قبولها لهذا التحول الرقمي الذي غزا الفكر والتعاملات بين الأشخاص، ولعل من أبرز ما يربط بين الأشخاص فيما يتعلق بالمبادلات هو العقد.

هذا العقد الذي لطالما دأب على الاستقرار المستمر، مستندا على النظرية التقليدية، رغم ما مر به عبر التاريخ من مسائل أثرت عليه، نذكر منها، يوم كانت الحرية الفردية هي السائدة، هنالك تأثر العقد بهذه النظرية وساد مبدأ سلطان الإرادة، ثم وبعد مجيء الأفكار والمبادئ الاجتماعية، تأثر بها أيضا وكان ذلك على حساب مبدأ سلطان الإرادة، إلا أن هذه المبادئ، لم تزعزع من الأركان الرئيسية للعقد، فقد بقي محافظ على أهميته كاتفاق يمكنه أن يربط العلاقات ما بين الأفراد، وقد عجز الفقه والقضاء، بل وحتى التشريع عن إيجاد ما يحل مكانه، أو إيجاد إجراء يمكنه تعويض العقد أو يقوم مقامه.

من أجل ذلك، ولما للعقد من مكانة أساسية في كل التشريعات عبر مختلف دول العالم، وفي ظل التطورات التي يشهدها العالم على المستوى التكنولوجي، وانتشار ثقافة التعامل عبر الإنترنت، ونتيجة للتغيرات العالمية ومدى تأثر العالم بثورة المعلوماتية والسباق نحو الرقمنة في شتى المجالات، فقد تأثر العقد مرة أخرى بالتطور التكنولوجي.

هذا الوضع أفرز، ما يعرف بالتعامل في الفضاء الافتراضي، فأصبح العقد يتم عن بعد، ولعل من أبرز ما ساهم في ازدهار هذا التعامل، العديد من الظروف نذكر منها على سبيل المثال جائحة كورونا، "كوفيد 19" وما عرفه العالم خلال هذه الجائحة بالتعامل الرقمي تفاديا لتلاقي الأطراف والتلامس، وهذا ما أملته الظروف المصاحبة للجائحة.

ولا يزال العقد يبدي تأثره بالتحولات ومنها التحولات التكنولوجية، التي تزعمت هذا العصر وألقت بظلالها على نظرية العقد ودخلت في مختلف مراحل التعاقد عن طريق الوسائل المتطورة، وهذا ما أفرز صورا غير مألوفة من التعاقد ظهرت نتيجة للاستعمال المتسارع للوسائل والبرامج الإلكترونية.

فمما لا شك فيه، أن هذه الوسائل أدت إلى سهولة وتبسيط التعاقد، وجعلت من العقد لا يحترم الحدود الجغرافية للدول، ولا للتعاملات الورقية بالشكل التقليدي المعروف، وأحدث العديد من المصطلحات والمفاهيم التي لم تكن معروفة سابقا في النظرية التقليدية للعقد.

حيث شهد العالم تحديات تجلت داخل المجتمع حتى أصبحت وكأنها من الأنشطة التي يمارسها المجتمع بشكل عادي بل ويومي ومن أولويات البحث عنده في اقتناء ما يريد، ولكنها في الحقيقة عقود مبرمة عن بعد، في شكل معاملات متعارف عليها داخل المجتمع ظهرت حديثا، بات وكأن المجتمع لا يستطيع العيش من دونها أو لا يمكنه الاستغناء عنها، في حين نجد بأن الوسائل الإلكترونية المستخدمة في التواصل يمكن استخدامها في تكنولوجيا المعلومات، بل وأكثر من ذلك فقد ذُللت لتستخدم في التعاقد.

إن أهمية الموضوع تظهر من خلال الصور المختلفة التي قد يتخذها العقد المبرم عن بعد، الذي يعتبر انعكاس للانتشار الواسع للتقنيات التي يمكن استعمالها في التعاقد، لذا لابد من أن يستجيب القانون لهذا التطور حتى يقوده بما يكفل به حقوق المتعاقدين، فإذا كانت ظاهرة التعاقد عن بعد ليست بجديدة، فلا ريب أن التطور الحادث في وسائل الاتصال وتقنياتها المختلفة قد اضفى على هذه الظاهرة أبعاد جديدة، مما أدى بالمشرع إلى ضرورة مسايرة الثورة الرقمية الناتجة عن التطور التكنولوجي المتسارع في المجال المعلوماتي.

وبالموازاة مع هذا الأمر فقد تطورت وسائل الاتصال وأصبحت أداة رئيسة في المعاملات، فتنظيم التعاقد عن بعد يرتبط بضرورة حماية المستهلك الذي يتعاقد باستعمال هذه الوسائل خاصة إذا علمنا بأن التجارة الإلكترونية تساهم بشكل مباشر في التعاقد عن بعد، فلا شك أن تنظيم هذا الأخير يعني في ذات الوقت إثارة العديد من التساؤلات المرتبطة بالجوانب القانونية لهذا النوع من التعامل.

بالإضافة الى ذلك فإن مراعاة خصوصيات التعاقد عن بعد من ناحية، وتنظيم التعاقد باستعمال الوسائط الإلكترونية من ناحية أخرى، أدى إلى تطور الكثير من المفاهيم التقليدية، سواء في إبرام التصرفات القانونية وإثباتها، أو في مجال الوفاء بالالتزامات وفض المنازعات الناشئة عنها.

ولما كان التعاقد عن بعد لا يعرف شكلا واحدا فهو بذلك على عدة صور، بدأ بالبيع بالمراسلة بمعناه الضيق، أي بتبادل الخطابات، بالاعتماد على وسائل الاتصال الكلاسيكية، الهاتف والتلغراف،

التليكس، الفاكس/ وجهاز المنيتيل والبيع عبر التليفزيون وصولا إلى التجارة الإلكترونية من خلال شبكة المعلومات الدولية الأنترنت، ولعل ما زاد في انتشارا التعاقد عن بعد، مع ظهور وسائل التواصل، وازدياد انتشار التجارة عن بعد، هو اكتساح جائحة كورونا كوفيد 19 لكل دول العالم، التي كرست وبقوة مجال التعامل عن بعد بسبب ما فرضته من إجراءات التباعد وعدم التلاقي الجسدي.

ولم يكتفي التطور التكنولوجي بما عرفه من وسائل وبرامج، فقد مضى التطور قدما لحد الوصول لبرامج الذكاء الاصطناعي التي يمكن أن تساعد في التعاقد.

ولما كان التطور التكنولوجي لا حدود له، فهذا لا يعني عدم إمكانية تنظيمه من الناحية القانونية، خاصة إذا علمنا اقتحامه لمجال التعاقد، فمن أجل ذلك يتجلى الهدف من هذه الأطروحة في تحليل التشريعات الحالية المتعلقة بالتعاقد عن بعد، من أجل تمكين صياغة عقد مبرم عن بعد صالح ومتوافق مع قواعد العقد، نظرًا لطبيعة العالم الرقمي، لذلك يجب أن تستوعب القوانين ما جاء به العالم الرقمي من إمكانية التعامل في الطبيعة الافتراضية، ومع ذلك، يجب ألا تتباعد هذه القواعد عن التشريعات الدولية المطبقة على القانون الخاص وحقوق المستهلك، وعليه يجب تكييف تشريعات القانون الخاص، مع القوانين الدولية المعمول بها، إن دراسة موضوع العقود المبرمة عن بعد، تسعى إلى تحقيق هدف يتمثل في الإحاطة بموضوع التعاقد عن بعد من خلال تحديد المفاهيم المصاحبة لهذه العقود، وبيان الوسائل الإلكترونية والتقنيات الرقمية الممكن استخدامها في مجال التعاقد عن بعد، ومن ثمة الاطلاع على صور وآليات العقود المبرمة عن بعد، وما يتوجبه الأمر من ضرورة إعلام مسبق بين المتعاقدين بكل ما يتعلق بمحل العقد وكيفية تنفيذه وما قد ينجم عنه من أثار قانونية.

إن التطرق لموضوع التعاقد عن بعد، وجمع المادة العلمية حوله، والاطلاع على النصوص القانونية، يجعلنا نقف على عدد من الدراسات السابقة بشأن هذا الموضوع، ولعل من بين الدراسات السابقة التي نعرض البعض منها على النحو التالي:

– أطروحة دكتوراه مقدمة من طرف الباحث مسعود بورغدة نريمان، تحت عنوان العقود المبرمة بواسطة الأنظمة الإلكترونية الذكية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر 1، سنة 2017:

تضمنت هذه الدراسة، تدخل العملاء الأذكياء في عملية التعاقد الإلكتروني، لا سيما ما يتعلق بالعقود المبرمة عن طريق شبكة الانترنت، خاصة عندما يتعلق الأمر بالاستخدام التجاري، واستخدام

التقنيات البرمجية المختلفة وتوظيف الذكاء الاصطناعي، وإمكانية منح العملاء الأذكياء قدر من الاستقلالية، التي تمكنهم من اتخاذ القرار، وما قد ينتج عن ذلك من مخاطر اقتصادية على الخصوص، خاصة وأن هذه الأجهزة لا تشكل أشخاص حقيقين، خاصة في بيئة الانترنت التي يقتضي استعمالها مشاركة الكمبيوتر، ومن ثمة تناول الباحث إمكانية التعامل بين نظامين إلكترونيين أو بين شخص طبيعي أو اعتباري ونظام إلكتروني، وما ينتج عنها من صعوبة تطابق الإرادتين.

كما تبرز هذه الدراسة تكوين العقد في حال كان أحد أطرافه عميلا إلكترونيا، وكيفية التعبير عن الإرادة، وصعوبات تبادل الإيجاب و القبول، وتطرق الباحث أيضا فكرة الوجود القانوني من عدمه لعملاء الذكاء الاصطناعي، ومدى الاعتراف بالعقود التي يبرمونها، وقضية منح الوكلاء الأذكياء الشخصية القانونية للتعاقد، ومن ثمة منحهم أهلية التعاقد، وتم دراسة الموضوع من طرف الباحث، من منظور أن العميل الإلكتروني الذكي كونه مجرد آلة في يد من يشغله، ومن ناحية إدراج العميل الإلكتروني في المبادئ التقليدية كالنيابة والوكالة، ليخلص الباحث إلى أن الإشكال يبقى مطروح في ظل غياب الأرضية العامة لتنفيذ العقود المبرمة بواسطة العملاء الإلكترونيين خاصة فيما يتعلق بالإرادة التعاقدية.

فهذه الدراسة اقتصرت على الأنظمة الإلكترونية الذكية وتعمقت فيها الى حد ما، كما أن هذه الدراسة كانت قبل صدور القانون رقم:05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، لذلك اعتمدت هذه الدراسة على القوانين الغربية بشكل كبير، وهي تتقاطع مع أطروحتنا من خلال دراسة الوسائل الإلكترونية.

– أطروحة دكتوراه مقدمة من طرف الباحث بلقاسم حامدي، تحت عنوان إبرام العقد الإلكتروني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، السنة الجامعية :2015/2014

تطرق الباحث في دراسته، لتطور وسائل الاتصال عن بعد ملمحا إلى استعمالها في التعاقد عن طريق استغلال شبكة الانترنت، وكذا دور التجارة الإلكترونية في ظهور وانتشار العقود الإلكترونية، ثم عرج على تكوين العقد الإلكتروني، مستهلا الحديث بالتفاوض الإلكتروني، مبرزا أهميته وخصائصه والالتزامات في هذه المرحلة من مراحل العقد، ثم انتقل إلى التراضي في العقد الإلكتروني، مبينا صور التعبير عن الإرادة وخصوصية مجلس العقد وزمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني، ثم استهل الحديث عن الأهلية عند التعاقد وما قد يشوبها من عيوب، ليتطرق بعد ذلك لتنفيذ الالتزامات العقدية بين

أطراف العقد، ليعود بعد ذلك إلى الكتابة الإلكترونية، والتوقيع والتوثيق الإلكترونيين، ثم اختتم الحديث بمنازعات العقد الالكتروني وآليات تسويتها، القانون الواجب التطبيق والقضاء المختص بنظر منازعات العقد الالكتروني.

هذه الدراسة رغم أنها ملمة بشتى مراحل العقد، إلا أنها اقتصرت على العقد الإلكتروني، وهذا جوهر الاختلاف بينها وبين دراستنا، التي تبحث في العقود المبرمة عن بعد دون أن تقتصر على العقد الإلكتروني وحده، لأن العقد المبرم عن بعد لا يشمل العقد الإلكتروني فقط، وزيادة على هذا وذاك فهذه الدراسة جاءت قبل صدور العديد من النصوص التشريعية المنظمة للتجارة الإلكترونية والعقد الإلكتروني.

– أطروحة دكتوراه مقدمة من طرف الباحثة فاطمة الزهراء قلواز، تحت عنوان العدول عن العقد في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، الجزائر، السنة الجامعية 2022/2021:

تعرضت الباحثة في هذا الدراسة لموضوع العدول وتعمقت فيه معتمدة في ذلك على المقارنة بين القانون والفقه الإسلامي فاستهلت بالإطار المفاهيمي للعدول وتوسعت فيه، مستدله بعدد من الآيات القرآنية، وكذا التطور التاريخي له عبر مختلف التشريعات ومنها التشريع الجزائري، مع تبيان أوجه الشبه والاختلاف مع ما يقاربه، مع التطرق لنطاق العدول ومجالاته، ومن ثمة التنظيم التشريعي له وطبيعته القانونية، وبعد ذلك توضيح كيفية ممارسة العدول، والأثار التي قد تنجم عنه، وانعكاسه على سلطان الإرادة والقوة الملزمة للعقد، وفي كل مراحل البحث تقوم الباحثة بالمقارنة مع الفقه الإسلامي.

هذه الدراسة تتقاطع مع مجال دراستنا من حيث تناول موضوع العدول، إلا أنها متخصصة فقط في مجال العدول، وهي جزئية من بحثنا، لأن دراستنا تشمل العقد المبرم عن بعد في كل مراحله، كما أنها اعتمدت على المقارنة بالفقه الإسلامي بشكل كبير، بخلاف دراستنا المعتمة على الجانب القانوني البحت.

– أطروحة دكتوراه مقدمة من طرف الباحثة أرجيلوس رحاب، تحت عنوان الإطار القانوني للعقد الإلكتروني "دراسة مقارنة"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، السنة الجامعية 2018/2017:

استهلت الباحثة موضوعها بالتطرق للعقد الإلكتروني من ناحية ماهيته حيث تعرضت للمفهوم بشكل موسع، حيث أبرزت عدد من المفاهيم الفقهية والتشريعية، والخصائص، ثم أبرزت عدد من الوسائل الممكن استخدامها في التعاقد، ومنه تمييزه عن غيره من العقود المشابهة له، وأبرزت التفاوض وما يفرضه من التزامات للمتعاقدين، ثم درست أركان العقد مركزة على الزمان والمكان وما لهما من أهمية في هذه العقود، كما تطرقت لتنفيذ العقد وتبادل الالتزامات التعاقدية بين أطراف العقد، معتمدة على المقارنة بين عدد من التشريعات الدولية وخاصة العربية، مختتمة موضوعها بالتوثيق الإلكتروني، والمنازعات التي قد تنجم جراء العقد الإلكتروني، والتعرض للقضاء المختص والوسائل البديلة لفض المنازعات.

هذه الدراسة تلتقي مع دراستنا في عدد من المواضيع، غير أن هذه الدراسة ترتكز على العقد الإلكتروني فقط، بخلاف بحثنا الذي يشمل العقود المبرمة عن بعد وهو أشمل من العقد الكتروني.

إن موضوع التعاقد عن بعد لم ينتهي به التشبع من الدراسات الحالية لذلك فهو لا يزال يسيل الحبر من العديد من الباحثين، وهو موضوع أطروحتنا موضوع الدراسة.

إن السبب الرئيسي لاختيار الموضوع يرجع للالتزام الأكاديمي الذي فرضه التقيد باختيار عنوان مما اقترحته لجنة التكوين في التخصص بعد النجاح في مسابقة الدكتوراه، بما دفع لتخصيص الجهد العلمي والبحثي باتجاه هذا العنوان على رغبة في إخراج عمل يتوافق مع مستوى الدكتوراه ويغطي متطلبات الحصول على الشهادة العلمية، وقد ساهم العمل على الموضوع في تنمية الميل البحثي باتجاهي الذي كان يتعمق أكثر مع كل وصول إلى أفكار ومعلومات جديدة بشأنه، على نحو يتجاوز بشكل متصاعد الفهم المبسط للموضوع والثقة في إمكانية إنجاز عمل أكاديمي يكون مرجعا علميا، يستوعب النصوص القانونية المتعلقة بأحكام التعاقد عن بعد، ويوفر حيزا من السبق الشخصي في إنجاز ذلك.

ناهيك عن القيمة القانونية والعلمية للعقد عموما، ولما امتزج العقد بالوسائل الإلكترونية أصبح العقد يبرم وينفذ عن بعد، وما قد ينتج عنه من عديد الإشكالات، وهذا راجع للتطور المتسارع للتكنولوجيا وما توفره من إمكانية دخولها عالم التعاقد.

ودون أن ننسى فإنه ، فالأمر لم يخلو من بعض الصعوبات التي واجهتنا عند اعداد هذه الأطروحة ، والمتمثلة في تفشي جائحة كورونا وما صاحبها من إجراءات وقائية تزامنت مع بداية الإنجاز لاسيما صعوبة السفر، ناهيك عن صعوبة الإحاطة بالموضوع من كل جوانبه، زيادة عن قلة التشريعات المعاصرة وهذا راجع ربما للتسارع الذي تعرفه الوسائل الإلكترونية، وإمكانية استعمالها في التعاقد، ضف إلى ذلك، ما تثيره التكنولوجيات من تسهيلات عبر الوسائل تساهم في إمكانية استخدامها في التعاقد في شتى مراحل البحث، ما يجعل من إصدار تشريع شامل لما قد يستجد أمر من الصعوبة بمكان.

إن البحث في الموضوع وبالنظر للدراسات السابقة التي تم الإطلاع عليها، فإنه لم يتم تناول هذا الموضوع من كل جوانبه، وهذا راجع لحداثته، وهذا بخلاف العقد المبرم بالطريقة التقليدية، فقد تناوله عدد كبير من الباحثين، ورجال القانون، وهذا لا يعني بتاتا بأن موضوع الأطروحة لم يتم تناوله مطلقا، بل نقصد بذلك، بأنه لم يتم التعرض للموضوع كما هو، أي بكل مراحل التعاقد، بل نجد عدد من الدراسات تطرقت لجزئيات من البحث كما تم توضيحه.

إن صور التعاقد عن بعد وما تثير من تساؤلات يمكن أن تتجاوز نطاق القانون الداخلي لتدخُل بذلك في نطاق الاتفاقيات الدولية التي تصبح واجبة التطبيق إذا ما توافرت شروط تطبيقها، إن الدراسات ذات الصلة بالموضوع وما جمعناه من مادة علمية، وما توفر لدينا من معلومات حول موضوع البحث، هو ما دفعنا إلى دراسة الإطار القانوني للموضوع.

إن الاطلاع على المواد القانونية التي تحكم العلاقات العقدية عموما ومن بينها ما جاء في المادة 54 وما بعدها من القانون المدني الجزائري، المنظمة للعقد وكذا المادة 30 وما بعدها من القانون التجاري الجزائري، دون أن ننسى ما جاء به القانون رقم:05/18، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، والقانون رقم:04/15، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، وغيرها من النصوص القانونية التي نظم من خلالها المشرع الجزائري العلاقات التعاقدية في مختلف مراحل العقد، ولما كان موضوع الأطروحة هو العقود المبرمة عن بعد، وبما أنه يمكن لهذه العقود تخطي المجال

الجغرافي للدول، من خلال استعمالها المجال المعلوماتي عبر الإنترنت، ولعل من بين أبرز مجالات التعامل هو مجال التجارة الإلكترونية، وهو ما يوفر إمكانية إبرام مختلف العقود، بالحضور الزمني دون الحضور المكاني، ولا شك من أن التعامل بوسائط الإنترنت يسرع من المعاملات وتحديد المشرع الجزائري سلطات التصديق الإلكتروني، غرضه تمكين ودعم الثقة بين المتعاملين الإلكترونيين، وتوثيق البيانات الإلكترونية، وهو ما يطرح جملة من التساؤلات ذات الطابع القانوني والتقني، التي تلخص واقع وجملة الصعوبات التي يطرحها التعاقد عن بعد، في ظل انتشار آلياته وتطبيقاته بشكل متنامي ومتصاعد، بالموازاة مع تنامي وانتشار التقنيات الحديثة للاتصال من قبل المستهلك، بالإضافة إلى الأهداف التي يريد المشرع الجزائري تحقيقها من وراء تنظيمه للتجارة الإلكترونية، والتوقيع الإلكتروني، سواء في إبرام التصرفات القانونية أو إثباتها وكذلك الوفاء بالالتزامات الناشئة عنها، أو ما قد يترتب عنها من نزاعات، فمن أجل هذا تم طرح الإشكالية التالية:

ماهي الأحكام المنظمة للتعاقد عن بعد في المجال الرقمي في ظل التحولات القانونية المستحدثة؟

وقد ذللنا هذه الإشكالية بمجموعة من التساؤلات:

- **كيف يتم التعاقد في ظل استخدام الانترنت؟**
- **ماهي مراحل إبرام العقود عن بعد؟**
- **ماهي ضوابط تنفيذ العقود المبرمة عن بعد؟**
- **كيف يتم التعامل مع الأثار الناتجة عن التعاقد عن بعد؟**

من أجل الإجابة على الإشكالية المطروحة والتساؤلات المرتبطة بها، اعتمدنا على جملة من المناهج، اقتضتها طبيعة الدراسة نذكر منها:

المنهج الوصفي، والذي يتجلى بتتبع تطبيقات التعاقد عن بعد، ومضمون ذلك في المعاملات المختلفة، وبالتالي فإن هناك قدرة على الإبراز والتفسير وإظهار الارتباطات التي يقيمها هذا التعاقد، ويتيح مستوى الوصف وإمكانية الانتقال بالموضوع من الفهم السطحي، إلى فهم أكثر عمق يتناسب مع مستوى هذه الدراسة، ويمكن الإشارة ضمن هذا الإطار إلى عملنا على تعريف المصطلحات ذات الصلة بالموضوع، خاصة الحديثة منها والمستخدمة في مجال التعاقد.

منهج تحليل المضمون، وهو المنهج المعتمد في تحليل النصوص القانونية، وربطها بالوسائل التقنية والتكنولوجية المستحدثة، وتسليط الضوء على المنظومة القانونية في التشريع الجزائري وما يتخللها من مستجدات تتعلق بالتعاقد عن بعد.

المنهج المقارن، وذلك من خلال المقارنة بين العقود التقليدية والعقود الحديثة تارة، وبين مختلف التشريعات تارة أخرى، خاصة التشريع الفرنسي وبعض المواد في التشريعات العربية كالتشريع المصري.

وحتى نستطيع الإلمام بالموضوع بكل تفاصيله فقد اعتمدنا على خطة ثنائية مكون من بابين وينطوي تحت كل باب فصلين، فالباب الأول عنوناه خصوصية تكوين العقود المبرمة عن بعد، أما الباب الثاني فدرسنا فيه خصوصية تنفيذ العقود المبرمة عن بعد.

وقد تضمن الباب الأول كل ما يتعلق بالإطار المفاهيمي للعقود المبرمة عن بعد، وانطلاقها من مبادئ النظرية التقليدية للالتزام، ناهيك عن استخدامها لتكنولوجيا الاتصال في إبرام العقود، لذلك فهي تنعقد في بيئة رقمية، وتطرقنا لصور التعاقد عن بعد ومن ذلك العقود الإلكترونية والعقود الذكية، واستخدام الذكاء الاصطناعي والبرامج المعتمدة على البلوك تشين، مع الإشارة للوسائل المادية كالحاسوب وغيره من الوسائل التي يمكن أن تساعد في عملية التعاقد، وكذا التطبيقات والبرامج المعتمدة في التعاقد، وما يتمخض عنها من إيجابيات كالمبادئ الجديدة التي جاءت مصاحبة للتعاقد عن بعد، مثل مبدأ الحياد التكنولوجي، ومبدأ الأمان الإلكتروني، كما تطرقنا لإجراءات الإعلام بكل تفاصيل العاقد وضرورة التحلي بالوضوح والشفافية والنزاهة عند التعاقد، والتحلي بمبدأ حرية التفاوض وحسن النية، ودورها في إعادة التوازن العقدي ومنع الإذعان وتقليص المنازعات، ناهيك عما يثيره مجلس العقد وكذا الإثبات ومدى اعتبار التوقيع الالكتروني من صور حديثة وما تعلق بتقديم شهادة التصديق الإلكتروني.

أما الباب الثاني والمنضوي تحت عنوان خصوصية تنفيذ العقود المبرمة عن بعد، فقد تطرقنا فيه للالتزامات المتبادلة بين أطراف العلاقة التعاقدية، بداية بالوفاء بالتسليم لاسيما تسليم الأشياء المادية وكيفية التوصيل، بخلاف الأشياء المعنوية، خاصة التسليم في المجال الرقمي، وتقديم الخدمات، ومن ثمة الوفاء من الطرف الثاني في العقد ودراسة أنظمة الدفع الحديثة والإشارة للنقود

الإلكترونية والبطاقات الذكية، وما قد ينتج عنها من مخاطر، وقد تعرضنا للعدول المهلة المحددة له حماية للمستهلك من جهة و استثناء عن القوة الملزمة للعقد من جهة ثانية.

وقد تعرضنا في هذا الباب للمسؤولية في العقود المبرمة عن بعد، والمسؤولية عن الوسائل الإلكترونية والروبوتات والسائل الذكية التي يمكن استغلالها في التعاقد وما قد تسببه من أضرار، دون أن ننسى ما يتعلق بأمن المعلومات التي يتم تبادلها إلكترونيا ومدى حمايتها، ناهيك عما قد يثار من منازعات والقانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة، والطرق البديلة لتسوية النزاعات.

وقد أنهينا الأطروحة بخاتمة ضمناها أهم النتائج والاقتراحات التي توصلنا إليها، من خلال دراستنا لموضوع البحث.

الباب الأول

خصوصية تكوين العقود

المبرمة عن بعد

الباب الأول:

خصوصية تكوين العقود المبرمة عن بعد

في ظل التطورات التكنولوجية السريعة وتزايد استخدام الإنترنت، أصبحت العقود المبرمة عن بعد أحد الوسائل الرئيسية لإتمام المعاملات التجارية والقانونية بين الأفراد والشركات دون الحاجة للتواجد الجسدي، حيث تعتبر هذه العقود تطوراً للعقود التقليدية حيث يتم التوقيع عليها وتبادلها عبر الإنترنت، من خلال الوسائل التكنولوجية المتوفرة، مما يوفر مزيدًا من المرونة والراحة للأطراف المتعاقدة.

فالوسائل المساعدة على التعاقد عن بعد لم تعد كما كانت، فهي تعرف تطور غير مسبوق نتيجة لظهور وسائل رقمية أكثر تطور، معتمدة في ذلك على التكنولوجيا الحديثة، التي بفضلها أصبحت العقود الإلكترونية والعقود الذكية أدواتاً أساسية في عالم الأعمال والتجارة الإلكترونية، حيث تقوم هذه العقود باستخدام التقنيات الرقمية التي تمكن من تنفيذ التعاقد والتفاعل بين الأطراف دون الحاجة إلى وسطاء تقليديين، كما تتيح العقود الإلكترونية إمكانية صياغة وتوقيع العقود عبر الإنترنت بطريقة سريعة ومرنة، مما يوفر مزيدًا من الراحة والكفاءة في العمليات التجارية.

تجمع العقود المبرمة عن بعد بين المرونة والأمان والفاعلية، مما يجعلها مثالية لتبادل الالتزامات التعاقدية، بفضل تقدم التكنولوجيا الرقمية، وتزايد الاهتمام بالعقود الإلكترونية والعقود الذكية كأدوات مبتكرة تعزز الكفاءة وتقلل من التكاليف في عمليات العقود والتفاعلات التجارية.

إن التعامل بالوسائل الإلكترونية، واستغلال مجال الانترنت، جعل من التعاقد عن بعد يعرف بيئة استثنائية لم تكن معروفة في العقود الكلاسيكية، وخلق جوا من التعقيد خلال إبرام العقود، وهو ما سندرسه في هذا الباب من خلال الفصلين التاليين.

الفصل الأول: البيئة الاستثنائية للعقود المبرمة عن بعد.

الفصل الثاني: مراحل إبرام العقود عن بعد.

الفصل الأول:

البيئة الاستثنائية للعقود المبرمة عن بعد.

ارتبط في الآونة الأخيرة تطور إبرام وتنفيذ العقود بالتقنيات التكنولوجية، لنكون أمام عقود تستخدم الوسائل الإلكترونية الرقمية لتنشأ لنا بيئة جديدة لها دورا في تكوين وتنفيذ العقود، ومن أهم ما يميز هذه البيئة اعتمادها على السرعة بسبب استخدام التقنيات الحديثة، وفي هذا السياق لا يقتصر الأمر على العقود الإلكترونية فحسب كما يعتقد البعض، وإنما يتعداه إلى كل العقود التي تبرم دون حضور الأطراف، فيشمل التعاقد عن بعد كل العقود التي تستخدم عند إبرامها و/أو تنفيذها وسائل في تكوين وتنفيذ العقد، دون أن تكون هناك مواجهة بين أطراف العقد، ومع أنه لم يعد الأمر يقتصر على الرسائل المعروفة بالشكل التقليدي(المكتوبة بالورقة والقلم)، بل أصبحت تكتب بوسائل إلكترونية جد متطورة، تسمى بالأجهزة والبرامج بالذكية، كونها تساعد مستخدميها وتعطيهم الخيارات عند الكتابة، بل وتدخل في نية المتعاملين في حال كتابة كلمة أو خيار بحث لم يكن مناسبا، أو قد تكون الكلمة أو الجملة المكتوبة خاطئة فيقوم بطرح عليهم سؤال في حال كانت فتقترح خيارا آخر ومقاربات للكلمة المكتوبة أو التي في صدد الكتابة، في شكل سؤال (هل تقصد.... ربما تقصد...)، وقد تمكنه بعدة اقتراحات بسؤال واحد أو عدة أسئلة، وقد تكون مدعمة ببرامج تصحيحية أو برامج تقوم بالترجمة الآلية للغة المستخدمة.

ففي هذا الفصل سنحاول جاهدين تبيان وتوضيح إلى حد ما نظام التعاقد في البيئة الرقيمة، وهذا ما يفرض علينا التطرق للتقنيات الرقمية الممكن استخدامها في التعاقد.

المبحث الأول: تطور نظام التعاقد في البيئة الإلكترونية.

المبحث الثاني: التقنيات الرقمية المستخدمة في التعاقد.

المبحث الأول:

تطور نظام التعاقد في البيئة الإلكترونية.

إن خصوصية العقود المبرمة عن بعد تتجلى من خلال تعريف العقد في حد ذاته فهو يختلف عن العقود التقليدية انطلاقا من تعريفها، مرورا بطرق الإبرام وصولا إلى كيفية تنفيذها، فبالإضافة للشروط المتعلقة بنظرية العقد والمتعارف عليها فقها، والمنصوص عليها في أغلب التشريعات، والتي لا يمكن الاستغناء عنها في أغلب العقود، فهي تستخدم وسائل أخرى رقمية لم تكن معروفة من قبل لدى العقود التقليدية، فمن أجل هذا يتوجب علينا الإحاطة بالموضوع من ناحية الإطار المفاهيمي للعقد (المطلب الأول)، ثم نتطرق لآليات إبرام العقد عن بعد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للعقود المبرمة عن بعد.

إذا نظرنا إلى مفهوم العقد بشكل عام، نجد بأن "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"،[1] وعليه يمكن القول بأنه توافق إرادتين أو أكثر لإحداث أثر قانوني معين، وهذا الأثر يمكن أن يشمل منح شيء، أو فعل معين، أو عدم فعل شيء ما، وهذا يعني أن هناك اتجاها لإنشاء التزام قانوني أو نقله من خلال هذا التوافق، وهو ما يميزه عن الاتفاق.

إن الفارق الرئيسي بين العقد والاتفاق هو أن العقد يتضمن توافقا بغرض إنشاء علاقة قانونية ملزمة، أما الاتفاق فيمكن أن يكون مجرد تفاهم أو اتفاق دون أن يؤدي أو يفضي إلى إنشاء التزام قانوني، وبمعنى آخر، فالعقد هو نوع من الاتفاقات يهدف إلى خلق التزامات قانونية أو نقلها، بينما يمكن للاتفاق أن يكون أي تفاهم أو اتفاق دون الضرورة لإنشاء التزام قانوني، فالفارق الحقيقي بينهما هو إنشاء الالتزام من عدمه.

وإذا كان هذا هو حال العقد وبالنظر للقواعد العامة للالتزام، فإن هذا العقد تأثر بالتطور التكنولوجي، ولم يعد كما كان سابقا، أي قبل مزجه بالتقنيات الإلكترونية، التي بدأ التأثر بها واضحا، فأصبح يتم تكوينه و/أو تنفيذه عن بعد، حيث تستخدم فيه وسائل لم تكن معروفة في النظرية التقليدية للعقد، فهي تعتمد على عدم الحضور الفعلي لأطرافه، لذلك سنتطرق للمقصود بالعقود المبرمة عن بعد (الفرع الأول)، ومنه نستعرض خصائص العقود المبرمة عن بعد (الفرع الأول).

1 – أنظر المادة 54 من الأمر رقم:58/75، المؤرخ في: 1975/09/26، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدلة بموجب المادة 23 من القانون رقم:10/05 المؤرخ في:2005/06/20 الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، المؤرخة في: 2005/06/26، العدد 44، ص21.

الفرع الأول: المقصود بالعقود المبرمة عن بعد:

في إطار دراسة العقود المبرمة عن بعد نجد بأن تعريفها يتعدد سواء كان ذلك بين الفقه أو التشريع، وحتى تتضح الرؤية أكثر، يتوجب علينا استعراض عدد من التعريفات التي من شأنها تكوين مؤشرات عامة حول تعريف العقود المبرمة عن بعد، وتتضح الفكرة أكثر عند التطرق للتعاريف الفقهية، والتشريعية.

أولا: التعريف الفقهي:

جرت العادة في جل الدراسات والبحوث القانونية، أن نجد تعريفات عدة ومختلفة بين فقهاء القانون وشراحه، في كل موضوع من المواضيع، ومن بين هذه المواضيع موضوع العقود المبرمة عن بعد، فكل فريق فقهي وحسب الزاوية التي ينظر منها للعقد المبرم عن بعد، ولعل من أهم الجوانب التي يدرس منها هذه العقود يمكننا أن نبين ما يلي:

1- العقود المبرمة عن بعد عقود مدمجة بمبادئ النظرية التقليدية للالتزام:

يرى البعض بأن العقود المبرمة بالطريقة الإلكترونية عموما، مشتركة التعريف لدى فقهاء نظرية الالتزام، فهي تبادل التعبير الإرادي بين شخصين على إحداث الأثر القانوني المنشود من هذه العقود، فهي تتميز عن العقود التقليدية بالوسيلة المستخدمة في إتمامها، حيث يتم تنفيذها عن بعد.[1]

ومن جانب آخر يمكن القول بأن بيئة التعاقد الإلكتروني تستند بشكل أساسي إلى المبادئ العامة التي تنظم العقود، والمعروفة لدى فقهاء القانون، كمبدأ سلطان الإرادة، ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين، أما البيئة الإلكترونية للعقود المبرمة عن بعد، فهي تنطلق من استخدام التكنولوجيا عند التعاقد.[2]

إن هذه التعاريف تربط العقود المبرمة عن بعد باستخدامها للتقنيات الإلكترونية، انطلاقا من مبادئ النظرية العامة للالتزامات العقدية كونها أساس إبرام العقود، ونتيجة لذلك فكل عقد حسبها، ينطلق من نظرية الالتزام، ثم يظهر الاختلاف من خلال إدخال التكنولوجيا في إبرام العقود، وبمعنى آخر فالعقود المبرمة عن بعد هي عقود تدمج بين استخدام وسائل إلكترونية يتم من خلالها إبرام العقود، دون إغفال للمبادئ العقدية، بل العقود المبرمة بالطرق التكنولوجية تنطلق أساسا من العقود التقليدية.

1- السيد عبد الهادي محمد العيسوى، **العقود الالكترونية للمستهلك**، الطبعة الأولى سنة 2019، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ص18.

2 - المرجع نفسه، ص31.

2- من حيث استخدام البيئة الرقمية في التعاقد:

ويذهب فريق آخر في تعريفه للعقود المبرمة عن بعد، إلى تعريفها من حيث استخدام البيئة الرقمية في إبرام وتنفيذ العقد من خلال الاعتماد على البرامج والوسائل المستخدمة والمفعلة بالإنترنت، حيث يرون بأنه "ذلك العقد الذي يتم إبرامه عبر شبكة الإنترنت، فهو عقد عادي إلا أنه يكتسب الطابع الإلكتروني من الطريقة التي ينعقد بها، أو الوسيلة التي يتم إبرامه من خلالها، حيث ينشأ العقد من تلاقي القبول بالإيجاب بفضل التواصل بين الأطراف بوسيلة مسموعة مرئية عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد".[1]

وتتباين العقود في استخدام البيئة الرقمية التكنولوجية إلا أنه من بين أكثر العقود المبرمة عن بعد تطبيق للبيئة الرقمية، ما يعرف بالعقود الذكية، وهي من بين العقود حديثة الظهور، والعقد الذكي بمثابة اتفاق يتم تنفيذه تلقائيًا. حيث يتم تحقيق هذا التنفيذ التلقائي في كثير من الأحيان من خلال جهاز كمبيوتر يقوم بتشغيل برنامج معد لهذا الخصوص، حيث يترجمه النصوص القانونية إلى برنامج قابل للتنفيذ.[2]

بينما اعتمد جانبا آخر من الفقه إلى الإشارة لمختلف الوسائل الإلكترونية لإبرام العقد الإلكتروني، وذلك باعتبار العقد مبرما عن بعد إذا كان العقد مبرما بوسائل إلكترونية كليا أو جزئيا، سواء كانت هذه الوسائل كهربائية أو مغناطيسية أو كهروضوئية أو كهرومغناطيسية.[3]

حيث تعمق هذا التعريف في عمل الوسائل التقنية واستخدامها للتكنولوجيا الحديثة، سواء كان الاستخدام كليا أو جزئيا، فالتركيز كان على إسهام التكنولوجيا في التعاقد.

بينما عرفه فريقا آخر بأنه "العقد الذي يتم انعقاده بوسيلة إلكترونية كليا أو جزئيا، وتتمثل الوسيلة الإلكترونية في كل وسيلة كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو إلكترو مغناطيسية، أو أي وسيلة أخرى مشابهة صالحة لتبادل المعلومات بين المتعاقدين".[1]

---

1 – ماجد محمد سليمان أبا الخيل، **العقد الالكتروني**، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، سنة 2009، ص16.

2 - Max (Raskin), **The Law And Legality Of Smart Contracts**, Georgetown Law Technology Review, Vol 1:2, (2017), P309.

3- Maazi (Djihad), AMROUNE (Celia), **Electronic Contract: A Legal Mechanism For The E-Commerce An Analytical Study Under Law Nº 18-05; Related To E-Commerce,** The Journal Of El-Ryssala For Studies And Research In Humanities, Volume: 07/N°: 01/ Février 2022, P414.

ويضيف البعض بأن العقود المبرمة عن بعد، والتي من بينها العقود الإلكترونية، هي العقود التي يتم تنفيذها وصياغتها بواسطة نظام برمجي بمعنى أنه لا يتم إبرامها عن طريق الاتصالات وجهاً لوجه، أي أن "البائع والمشتري" أو "المورد والمستهلك" لا يجتمعان شخصيا عند تكوينها أو عند التفاوض بشأنها أو تنفيذها، كونها حسب هذا الفريق من العقود المتعلقة بالسلع أو الخدمات، والتي تبرم عادة بين المورد والمستهلك في إطار المبيعات عن بعد تستخدم وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصالات عن بعد مثل الإنترنت ورسائل البريد الإلكتروني والهواتف وما إلى ذلك حتى وقت إبرام العقد.[2]

هذا التعريف الأخير ركز على أطراف العلاقة التعاقدية، وتباعدهما عند التفاوض والتنفيذ، واعتبر أن أغلب العقود المبرمة بهذه الطريقة هي من قبيل العقود المتعلقة بالسلع أو الخدمات، وبمعنى آخر فهذه العقود حسبهم تنطبق أكثر على عقود التجارة الإلكترونية.

وذهب البعض إلى القول بأن العقد المبرم عن بعد يشمل أي معاملة تبرم دون التواجد المادي للمستهلك، سواء المعاملات عن طريق البريد أو الفاكس أو الهاتف أو الإنترنت أو الهاتف المحمول، وغيرها من الوسائل المستخدمة عند التعاقد.[3]

ومن جانب آخر فالمقصود بالتعاقد عن بعد Remote Contract، بأنه" أي عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد، والذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية Remote Communication، حتى إتمام التعاقد[4]

ويرجح البعض بأن تأثر المجال التعاقدي بالبيئة الرقمية التكنولوجية، راجع إلى تأثير التكنولوجيا على القضاء وما له من صيت لدى الكثيرين، هو ما جعله لم يقتصر على روابط المتقاضين بالعدالة، فتأثيرها شمل الممارسة التعاقدية، فعلى سبيل المثال، تكون عملية تشكيل عقد في البيئة الرقمية أكثر من مجرد تغييرا في وسيلة الدعم، وقد كان هذا المجال واحدا من المجالات التي تأثرت باستعمال التكنولوجية،

---

1 – ماجد محمد سليمان أبا الخيل، مرجع سابق، ص20.

2 - QERIMI (Islam), **Electronic Signature and Electronic Contract, Comperative Aspect of Kosovo and Developed Countries**, European Journal of Formal Sciences and Engineering, January - June 2020, Volume 3, Issue 1, p48.

3 - Rapport Final Du Projet De La Consommation d'Industrie Canada, La Réglementation Des Contrats A Distance: Le Temps D'un Bilan, Union Des Consommateurs, Juin 2014, P12.

4 – خالد ممدوح، ابرام العقد الإلكتروني، تم الاطلاع عليه يوم 2023/12/03، على الساعة 14:45، متاح على الرابط، https://kenanaonline.com/users/KhaledMamdouh/posts/77860

حيث ساعدت حرية التعاقد على إدخال آليات جديدة تؤثر بلا شك في عملية التعاقد، فالعمل بالتكنولوجيا يفرض إجراءات وأنظمة جديدة في العقد، تتمثل بالأساس على التشكيل والتخزين والصيانة وأنظمة الشبكة، ناهيك عن التطور المستمر للمجال الإلكتروني، حيث يتم استخدامه في المساعدة على التعاقد وتوقيع العقود عبر الشبكة، وقد يتم في بعض الأحيان الاستعانة ببرامج الذكاء الاصطناعي، لا سيما في تفسير العقد.[1]

فهذا التعريف يرى بأن هناك مقاربة بين استخدام التكنولوجيا في مجال القضاء، ومجال التعاقد، فاستخدام أنظمة القضاء للتكنولوجيا، أسهم وبشكل كبير في اقتحام مجال التعاقد، وما تتوفر عليه الأنظمة التكنولوجية من إجراءات حماية وتخزين، من ناحية وما تعرفه من تطور مستمر من ناحية ثانية، أثرت وبلا شك في عملية التعاقد.

ويضيف بعض شراح القانون، بأن العقد الإلكتروني هو العقد الذي يتم فيه العرض والقبول من خلال شبكة اتصالات دولية تستخدم التبادل الإلكتروني للبيانات بهدف إقامة علاقة تعاقدية بين الأطراف المتعاقدة.[2]

حيث اعتمد هذا التعريف على استخدام الوسائل الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت وبأي شكل يتم استخدامه سواء كانت الوسيلة مسموعة أو مرئية، أو تجمع بين السمع والرؤية، على أن تكون متصلة بالإنترنت لتكون مفتوحة على شبكة دولية.

3- من حيث تباعد أطرف العلاقة التعاقدية:

اختار بعض الفقه فكرة التمييز بين العقود التقليدية والعقود المبرمة عبر الإنترنت، ليظهر بأنه يبرم "عن بعد" فعرف بأنه "عقد يلتزم فيه البائع أن ينقل إلى المشتري عن بعد ملكية شيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي عن طريق الإنترنت".[3]

ولعل من أبرز ما ذهب إليه الفقهاء بأن العقود المبرمة عن بعد، هي التي يتم تبادل العرض والقبول بين طرفي العلاقة التعاقدية، على الشبكة الدولية، والذي يتم نقله عن طريق وسائل الإعلام

1 - Assoko (Héraclès Mayé) , **La Regulation Des Reseaux Numeriques Par Le Contrat**, These En Vue De L'obtention Du Grade De Docteur En Droit Prive, Ecole Doctorale Droit Et Sciences Politiques, Centre Du Droit Des Affaires,Universite De Toulouse I - Sciences Sociales, Le 29 Novembre 2006, P 16.
2-Maazi (Djihad), AMROUNE (Celia), Op, Cit, p414.

3 – السيد عبد الهادي محمد العيسوى، مرجع سابق، ص19.

المرئية والمسموعة، لذا فإن شرط هذا التعريف هو أن يكون للعقد وسيلة سمعية بصرية تساعد على التعاقد إلكترونيا، ومع ذلك يمكن إبرام العقود الإلكترونية بوسائل أخرى، مثل التعاقد عبر البريد الإلكتروني أو صفحات الفيسبوك، ويعتبر في هذه الحالة عقدا إلكترونيا بالكتابة، وفي ذات السياق يرى بعض الفقهاء بأن العقد الإلكتروني هو تنفيذ كل أو بعض المعاملات التجارية سواء تعلق الأمر بالسلع أو الخدمات بين الأعمال التجارية وغيرها باستخدام تقنية المعلومات والاتصال، وهذا ما ذهب إليه بعض الفقه الأمريكي، الذي يعتبر العقد الإلكتروني على أنه تبادل خطابات لمناقشة حيثيات العقد، المعدة سلفا في شكل وقالب معين، تتم معالجتها إلكترونيا، بإنشاء التزام تعاقدي بين البائع والمشتري.[1]

باستقرائنا لهذه التعاريف نجد بأنها تدمج بين استخدام الشبكة الدولية(الإنترنت)، وتبادل أطراف العقد للعرض والطلب من خلالها، وتضيف لذلك الوسائل المستخدمة في تبادل الإرادة، واستعمالها عبر شبكة الإنترنت، وذكر بعض الوسائل التي يمكن استعمالها في التعاقد، فمنها السمعية والبصرية، ومنها المكتوبة، فالهدف هو المساعدة في عملية التعاقد.

فمن هذا المنطلق يتضح لنا بأن استخدام الوسائل في التعاقد وتفعيل شبكة الإنترنت مكملة لبعضها، فهي تشكل تجانسا من أجل إبرام العقد، وهي معادلة تجعل من الصعب العمل بأي منها دون الآخر، فالوسائل الإلكترونية والشبكة الدولية مكملة لبعضها.

كما أن البعد المكاني بين طرفي العلاقة التعاقدية (الموجب، والقابل)، هو أمر لا يمكن تجاهله عندما نتحدث عن العقود المبرمة عن بعد، والانفصال الجغرافي واقعا واضحا يتم التغلب عليه من خلال استخدام وسائل تقنية تمكن من التواصل بين أطراف العقد.

وقد ذهب بعض الفقه إلى التركيز أكثر على التباعد بين أطراف العلاقة التعاقدية، واستخدام الوسائل الإلكترونية المساعدة في التعاقد، وقد حدد لذلك معايير تم إسقاطها على البيع المبرم عن بعد، وقد تبنى هذا الرأي عددا من الفقهاء من بينهم، الأستاذ:ALAIS-AULOY والأستاذ:STEINMETZ، فالبيع عن بعد عندهم، هو الذي يتم تكوينه وتنفيذه دون التواجد الجسدي للبائع، فالبائع يقدم طلبه للمشتري عبر تقنية الاتصال عن بعد، والمشتري يقوم بالرد بواسطة تقنية اتصال مماثلة، سواء كانت متطابقة أو مختلفة، وتستخدم هذه التقنيات في عمليات البيع وعمليات تقديم

1 - SHNIKAT (Morad), Et Consul**, The Legal Framework Of Electronic Contract In The Jordanian Legislation**, Global Journal Of Politics And Law Research, Vol.5 No.5, September 2017, Pp46-62, P48.

الخدمات، حيث يقوم هذا التعريف على فكرتين، تتمثل الأولى في عدم الوجود الجسدي، والثانية هي استخدام تقنية الاتصال عن بعد.[1]

ولقد اعتمد أنصار هذا الرأي على معيارين يحدد من خلالهما أن العقد مبرم عن بعد:

أ_ معيار عدم التواجد الجسدي للبائع:

أي أن البيع عن بعد، يتم تكوينه وتنفيذه دون أن يكون البائع حاضرًا جسديًا أمام المشتري، ولا يوجد اتصال مباشر بين البائع والمشتري.

وفي ذات السياق فقد عرف العقد المبرم عن بعد، على أنه العقد الذي يبرم عندما لا يكون التاجر والمستهلك في حضور مع بعضهما البعض، ويسبقه عرض من التاجر لإبرام مثل هذا العقد.[2]

ب_ معيار استخدام وسيلة اتصال عن بعد:

في عملية البيع عن بعد، يقوم البائع ببدء الصفقة باستخدام وسيلة اتصال عن بعد للتواصل مع المشتري، وبالمثل يجيب المشتري أيضا باستخدام وسيلة اتصال عن بعد، والتي يمكن أن تكون مماثلة أو مختلفة عن تلك المستخدمة من قبل البائع، تشمل هذه الوسائل الاتصال عن بعد وسائل مثل المكالمات الهاتفية، والبريد الإلكتروني، ومواقع الويب، وتطبيقات الهواتف المحمولة، وما شابه ذلك.

إن تقديم هذه المعايير من طرف الفقه، تساعد حتما في تمييز البيع عن بعد، في المعاملات التي تنطوي على وجود جسدي للبائع، فعلى سبيل المثال البيع في متجر فيزيائي والتواجد الشخصي خلال المفاوضات، يختلف حتما عن البيع عن بعد الذي ينطبق أساس على المعاملات التي تحدث عن بعد، ويتم استخدام وسائل الاتصال الإلكتروني. [3]

ونستخلص مما تم ذكره بأن تعريف العقود المبرمة عن بعد لدى أغلب الفقه، يمزج بين إبرام العقد بالاعتماد على النظرية العامة للالتزام وإدخال الآليات والوسائل الإلكترونية المستخدمة في التعاقد، والتي تمنح للعاقدين إمكانية إبرام العقد دون التواجد المكاني المتزامن لهما، كما تمكن هذه التقنيات التكنولوجية

1 - Mahi Mahi-Disdet (djamila)، **L'obligation D'information Dans Les Contrats Du Commerce Electronique**، Thèse Presentee Pour Obtenir Le Grade De Docteur En Spécialité: Droit Prive De L'universite D'avignon Et Des Pays De Vaucluse Universite D'avignon, 2011، Français، P82.
2 - Rapport Final Du Projet De La Consommation D'industrie Canada, Op Cit، p12.
3 - Mahi Mahi-Disdet (djamila)، Op، Cit، P82.

أطراف العقد من تبادل الإيجاب والقبول دون مراعاة للحدود الدولية، ومن الفقه من ربط تعريف العقود المبرمة عن بعد من خلال تعريف العقود الذكية، وجانب آخر ربطها بتعريف العقود الإلكترونية، ومنهم من تطرق إلى علاقة المستهلك بالمحترف، وكلها تعاريف تصب في خانة العقود المبرمة دون تلاقي أطراف العقد رغم تعدد آليات التعاقد، وكل هذا لا يغني من ضرورة الاضطلاع على الجانب التشريعي وما جاد به من نصوص قانونية عبر مختلف التشريعات وفي مختلف دول العالم، فالغزو التكنولوجي شمل كل دول العالم.

ثانيا: التعريف التشريعي:

التعاقد عبر التباعد بين الأطراف يعد واحدا من المواضيع المثيرة للجدل بشكل كبير في ميدان التشريع، ولهذا السبب، تسعى العديد من المبادرات التشريعية الدولية إلى تنظيم هذه العقود، أو بعض مراحلها، ومن جانبنا ربما نجد في هذه التشريعات بعض التعريفات التي تبرز من خلالها خصوصية هذه العقود، فمن أجل ذلك سنعرض بعضا من التشريعات الدولية، والعربية منها.

1-التشريعات الدولية:

من بين التشريعات التي عرفت التعاقد عن بعد، قانون اليونيسترال[1] النموذجي المتعلق بالتجارة الإلكترونية الصادر في ديسمبر 1996 حسب ما جاء في المادة 05 مكرر المضافة سنة 1998، حيث نص على إمكانية التعاقد بالوسائل الإلكترونية، وعرف المقصود بمصطلح "رسالة البيانات" والتي تعني المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو بصرية أو ما شابه ذلك، فعلى سبيل المثال لا الحصر، تبادل البيانات الإلكترونية، عبر البريد الإلكتروني أو التلغراف أو التلكس أو البرقية، وقد أضافت المادة 11 من نفس القانون النموذجي، التي تندرج تحت عنوان "صياغة العقود وصلاحيتها"، حيث ورد في مضمونها، عن إمكانية استخدام رسائل البيانات، بين المتعاقدين في تكوين العقود، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، حيث يمكن استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبوله في مرحلة إنشاء العقد أو تنفيذه.[2]

1 – (يصطلح على لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسترال) بالإنجليزية UNICTRAL وهو اختصار لـ: For International United Nation Commission Trade Law أما بالفرنسية CNUDCI وهو اختصار لـ: La Commission des Nations Unis pour le Droit Commertial International).

2- Maazi (Djihad), AMROUNE (Celia), Op, Cit , p415.

وبالرجوع للاتحاد الأوروبي نجد بأن عددا من القوانين الأوربية التي نصت على التعاقد عن بعد، ومن ذلك، توجيه البرلمان والمجلس الأوروبي رقم:07/97 الصادر في 1997/05/20، المتعلق بحماية المستهلك ومجال العقود عن بعد، نص على هذا النوع من العقود في مضمون المادة الثانية منه، بأنه كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات التي يتم توقيعها بين مورد ومستهلك ضمن إطار عقد البيع أو تقديم الخدمات عن بعد التي ينشئها المورد، ويشترط في هذه العقود أن يكون المورد يستخدم تقنية أو أكثر من تقنيات الاتصال عن بعد، بهدف توقيع العقد وتنفيذه.[1]

أما التوجيه الأوروبي رقم:EC / 65/ 2002، المتعلق بتسويق الخدمات الاستهلاكية عن بعد، فعرف العقود المبرمة عن بعد بأنها العقود التي تقدم نظام بيع أو خدمات عن بعد دون حضور متزامن للمورد والمستهلك، ويتم استخدام التقنيات الحديثة من خلال العرض والتفاوض والإبرام.[2]

وعند الاطلاع على توجيه البرلمان الأوروبي رقم:83/2011 /EU، نجده يشترط أن يشمل تعريف العقود المبرمة عن بعد، جميع الحالات التي يتم فيها إبرام عقد بين التاجر والمستهلك، في إطار عقد بيع أو تقديم خدمات عن بعد، باستخدام وسائل اتصال عن بعد، مثل الطلب عبر البريد أو الإنترنت أو الهاتف أو الفاكس، ويشمل هذا التعريف لحظة إبرام العقد، والزمن الذي يمكن للمستهلك فيه الاطلاع على السلع أو الخدمات، أو زيارة المؤسسة للضرورة على أن يتم التفاوض وإبرام العقد عن بعد. [3]

أما قانون كيبيك Québec الكندية، فقد عرف التعاقد عن بعد من خلال قانون حماية المستهلك بأن التعاقد عن بعد "تعاقد بين تاجر ومستهلك من دون وجود مادي للطرفين أثناء تبادل الإيجاب والقبول وعندما يكون الإيجاب غير موجه لمستهلك محدد".[4]

---

1 – إبراهيم الرواشدة، **التعاقد عبر الوسائل الإلكترونية الحديثة والقانون الواجب التطبيق في المنازعات الناشئة عنها**، المجلة العربية للنشر العلمي، العدد25، الإصدار 2، تشرين الثاني 2020 السعودية، ص 464.

2 -Directive 2002/65/Ce Du Parlement Européen Et Du Conseil Du 23 Septembre 2002 , Concernant La Commercialisation A Distance De Services Financiers Aupres Des Consommateurs, Et Modifiant Les Directives 90/619/Cee Du Conseil, 97/7/Ce Et 98/27/Ce, Journal Officiel Des Communautes Europeennes, 9.10.2002 , Pl271/17.

3 -Directive 2011/83/Ue Du Parlement Europeen Et Du Conseil Du 25 Octobre 2011, Relative Aux Droits Des Consommateurs, Modifiant La Directive 93/13/Cee Du Conseil Et La Directive, 1999/44/Ce Du Parlement Europeen Et Du Conseil Et Abrogeant La Directive 85/577/Cee Du Conseil Et La Directive 97/7/Ce Du Parlement Europeen Et Du Conseil, Journal Officiel De L'union Europeenne, 22.11.2011. P66.

4 – قارة مولود، **خصوصية التعاقد الالكتروني**، أطروحة دكتوراه العلوم، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب البليدة، جوان 2012، ص11.

والملاحظ من هذا التعريف أن العقد المبرم عن بعد يتم باستخدام مختلف الوسائل التي تساعد على التعاقد دون التقاء أطراف العقد من بداية تبادل رسائل البيانات، مرورا بالزمن المستغرق للمستهلك لتمكينه من الاطلاع الكافي والإحاطة بالمعلومات المقدمة، ليشمل مرحلة المفوضات إلى غاية تنفيذ العقد.

وقد استثنى توجيه برلمان الأوروبي رقم:83/2011 /EU ، بأنه لا يمكن اعتبار العقد الذي يتم التفاوض بشأنه في المؤسسة التجارية والذي يتم إبرامه أخيرا باستخدام تقنية الاتصال عن بعد بمثابة عقد عن بعد، واستبعد أيضا العقد الذي تتم صياغته باستخدام تقنية الاتصال عن بعد، ثم يتم إبرامه في مكان عمل التاجر على أنه عقد عن بعد، كما لا يمكن اعتبار الحجوزات التي يقوم بها المستهلك باستخدام تقنية الاتصال عن بعد لطلب خدمة على أنها عقود عن بعد.[1]

وكما ذكرنا فإن التوجيه الأوروبي يتمسك بضرورة التعاقد عن بعد واستخدام وسائل مختلفة تسهم في التعاقد، من أجل ذلك فقد استبعد من دائرة العقود المبرمة عن بعد في حالة كان هناك التقاء بين أطراف العقد في إي مرحلة من مراحله، ولو كان ذلك الالتقاء في مرحلة المفاوضات أو مرحلة التنفيذ.

ومن زاوية أخرى فالمقصود بالعقد المبرم عن بعد، كل عقد يتعلق بالخدمات المالية المبرم بين المورد والمستهلك، في إطار نظام بيع أو تقديم خدمات، على مسافة ينظمها المورد الذي يستخدم هذا العقد، ويستخدم فيها أسلوبا واحدا أو أكثر من تقنيات الاتصال عن بعد بداية من تكوين العقد إلى غاية تنفيذه.[2]

وفي ضوء ذلك، فالتشريع الفرنسي عرف العقد المبرم عن بعد في مضمون المادة L1-221 من قانون الاستهلاك الفرنسي، على أنه عقد عن بعد، كل عقد يتمتع بالتوقيع بين محترفا ومستهلكا، في إطار نظام منظم لبيع أو تقديم الخدمات عن بعد، دون وجود المحترف والمستهلك معا في نفس المكان، باستخدام تقنيات الاتصال عن بعد وحدها أو مجتمعة، إلى غاية إبرام العقد[3]

ومن حيث أطراف العقد المبرم عن بعد، فقد حدد المرسوم الفرنسي رقم:2001/741 المادة 121/16 منه بأنه "كل عقد مبرم بين مهني ومستهلك في إطار نظام للبيع أو تقديم الخدمات عن بعد،

1 -Directive 2011/83/Ue Du Parlement Européen Et Du Conseil Du 25 Octobre 2011, Op, Cit, P66.
2 - Directive 2002/65/Ce Du Parlement Européen Et Du Conseil Du 23 Septembre 2002 , Op, Cit, P L271/19.
3 - Article L221-1, Code De La Consummation, Dernière Modification Le 08 Septembre 2023 - Document Généré Le 14 Septembre 2023, 21/09/2023 À L'heure, 14:30 Disponible A, https://www.legifrance.gouv.fr

بدون الحضور المادي المتعاصر أو المتزامن للطرفين والذين يستخدمان لإبرام هذا العقد واحدة أو أكثر من تقنيات الاتصال عن بعد.[1]

وقد أضاف المشرع الفرنسي بموجب المادة 14 من قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي، القانون رقم:2004-575 المؤرخ 21 يونيو 2004، والمعروف باسم قانون التجارة الإلكترونية، والتي تعتبر بأن التجارة الإلكترونية تمثل النشاط الاقتصادي، أو هي النشاط الذي يقوم فيه شخصا بتقديم أو تأمين السلع أو الخدمات عن بعد وعبر وسائل إلكترونية.[2]

وباستقرائنا لرأي المشرع الفرنسي، نجد بأنه رسخ الرأي الفقهي المعتمد على المعيارين القائلين بـ:(معيار عدم التواجد الجسدي للبائع، ومعيار استخدام وسيلة اتصال) في اعتماد العقد مبرم عن بعد، خاصة ما تعلق بشأن حماية المستهلك في مجال العقود المبرمة عن بعد، لا سيما المادة L.16-121 من القانون الفرنسي المتعلق بحماية المستهلك، حيث يعتبر عقد بيع سلعة أو تقديم خدمة عن بعد، بموجب قوانين حماية المستهلك، عندما تتم عملية تكوينه، دون وجود متزامن للأطراف، بين مستهلك ومحترف يستخدم أطرافه حصريا تقنية واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد.[3]

2-التشريعات العربية:

عمدت العديد من التشريعات العربية على إصدار نصوص من أجل توفير الحماية للمستهلك، والحفاض على العلاقة التعاقدية، خصوصا في ظل التطور التكنولوجي الذي اكتسح مجال التعاقد، فجعل من التشريعات العالمية والعربية تسارع الى ايجاد توازن للالتزامات التعاقدية، حيث ترى بعض التشريعات بأنها غير متكافئة، وورد في هذه التشريعات، النص على العقود المبرمة عن بعد، ولقد أصدر المشرع التونسي القانون الخاص بالمبادلات التجارية الإلكترونية رقم:83 بتاريخ 2000/05/09، حيث جاء فيه أن "العقد الإلكتروني ينشأ بعنوان البائع وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية، وبواسطة وثيقة إلكترونية ممضية وموجهة للمستهلك ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك".[4]

1- منى أبو بكر الصديق محمد حسان، **الحق في الرجوع في العقد كأحد الآليات القانونية لحماية المستهلك من مجال التعاقد عن بعد (دراسة تحليلية في ضوء القانون الفرنسي والتوجهات الأوربية)**، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، العدد 65، أفريل 2018، ص 788.

2 - Article 14, Loi No 2004-575 Du 21 Juin 2004 Pour La Confiance Dans L'economie Numerique, 04/10/2023 à l'heure, 10:00, Disponible A, Https://Www.Wipo.Int/Wipolex/Ar/Text

3 - Mahi Mahi-Disdet (djamila), Op, Cit, P82.

4 - بعداش سعد، **العقد الإلكتروني**، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة 1، الجزائر، المجلد 32، العدد2، جوان 2021، ص422.

أما المشرع المصري فقد نص في المادة الأولى من قانون التجارة المصري، حين 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".[1]

وقد جاء في القانون رقم:181 لسنة 2018، المتعلق بحماية المستهلك المصري، من خلال مادته الأولى بأن التعاقد عن بعد، "عمليات عرض المنتجات أو بيعها أو شرائها باستخدام شبكة المعلومات الدولية (الانترنت)، أو أي وسيلة من وسائل الاتصال المرئية والمسموعة والمقروءة، أو عن طريق الهاتف أو أي وسيلة أخرى".[2]

كما أن المشرع المصري خص الفصل الثالث من القانون رقم:181 لسنة 2018، المتعلق بحماية المستهلك، بالتعاقد عن بعد.[3]

أما في الأردن، فقد جاء في قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، رقم:15 لسنة 2015، بأن المعاملات الإلكترونية تمثل "المعاملات التي تنفذ بوسائل إلكترونية".[4] وقد نص هذا القانون في مادته الثانية حول المعلومات الإلكترونية، بأنها "البيانات أو النصوص أو الصور أو الرسومات أو الأشكال أو الأصوات أو الرموز أو قواعد البيانات وما شابه ذلك".[5]

3-التشريع الجزائري:

التحق المشرع الجزائري بركب النظم الدولية والعربية، وجاء النص على العقود المبرمة عن بعد في العديد من النصوص التشريعية، لا سيما عند تنظيمه لنشاط التجارة الإلكترونية بموجب القانون رقم:18-05، حيث نص في المادة 2/6 في تعريفه للعقد الإلكتروني، على أن العقد بالمعنى المقصود في القانون رقم:04-02 المؤرخ في:2004/06/23، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، بأنه العقد

1 – جهاد محمود عبد المبدي، **التراضي في تكوين عقود التجارة الإلكترونية**، دراسة مقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، سنة 2017، ص29.

2 – أنظر المادة الأولى، الفقرة الثامنة، من القانون رقم:181 لسنة 2018، المتعلق بحماية المستهلك، الصادر بالجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية العدد 37 المؤرخة في:2018/09/13، الصفحة 04.

3 – أنظر المواد 36 وما بعدها، المرجع نفسه، الصفحة 16.

4- أنظر الفقرة الثانية من المادة 02، من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، رقم:15 لسنة 2015، المنشور بواسطة هيئة تنظيم قطاع الاتصالات، الأردن، ص08، متاح على الرابط: https://trc.gov.jo/EchoBusV3.0/SystemAssets/D8%A9.pdf

5- أنظر الفقرة الرابعة من المادة 02، المرجع نفسه، ص08.

الذي يتم إبرامه عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني.[1]

وقبل ذلك فقد عرف القانون رقم:02/04، العقد 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 هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه، ويمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا.[2]

وعلاوة على ذلك فقد منح إمكانية التعاقد باستخدام وسائل حديثة، بموجب المرسوم التنفيذي رقم:378/13، المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، عندما اعتبر تقنية الاتصال عن بعد كل وسيلة دون الحضور الشخصي والمتزامن للمتدخل والمستهلك، ويمكن استعمالها لإبرام العقد بين هذين الطرفين.[3]

وتداركا من المشرع الجزائري وحفاظا منه على النظام العام[4] والأمن العام داخل البلاد، فقد منع بعض الأعمال التي تمس بالنظام العام والآداب العامة، من مجال ممارسة أعمال التجارية الإلكترونية، مثالها لعب القمار والرهان واليانصيب، أو المشروبات الكحولية، وغيرها من السلع المحظورة أو الممنوعة،[5] كما منع كل المعاملات عن طريق الاتصالات الإلكترونية المتعلقة بالعتاد والتجهيزات

1 – أنظر الفقرة الثانية من المادة 06 من القانون رقم:05/18، المؤرخ في:2018/05/10، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد28، المؤرخة في:2018/05/16، ص05.

2– أنظر الفقرة الرابعة من المادة 03 من القانون رقم:02/04، المؤرخ في: 2004/06/23، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد41، المؤرخة في: 2004/06/27، ص04 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم:06/10، المؤرخ في: 2010/08/15، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد46، المؤرخة في 2010/08/18.

3 – أنظر الفقرة الأخيرة من المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم:378/13، المؤرخ في: 2013/11/09، المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد58، الصادرة المؤرخة في: 2013/11/18، ص10.

4 – يقصد بقواعد النظام العام، جملة من الممنوعات، بحيث إذ خالفها المتعاقدان كان إتفاقهما باطلا بطلانا مطلقا، والنظام العام، قد يكون سياسي، أو اقتصادي، من النظام العام والآداب العامة، علي فيلالي، **الإلتزامات، النظرية العامة للعقد**، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية 2005، ص220.

5 – أنظر المادة 03 من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص05.

والمنتجات الحساسة و/أو الخدمات التي تمس بالدفاع والأمن العمومي،[1] ناهيك عن استحالة محل الالتزام في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة الذي يعد باطل بطلان مطلقا، حتى في العقود التقليدية.[2]

وتقييدا للمعاملات التي تتم عبر الإنترنت فقد تم منع من مجال التعامل عن طريق الإنترنت، كل سلعة أو خدمة تستوجب إعداد عقد رسمي،[3] ويقصد بالعقد الرسمي، أي خضوع العقد للإجراءات الرسمية، والشكلية، مثال ذلك صب العقد في نموذج معين (PR06)،[4] وإخضاعه للتسجيل والطابع وكذا قواعد الشهر العقاري.[5]

ولم تستثن المعاملات التي تتم عن بعد من الخضوع للنظام الضريبي ودفع الرسوم، حيث تخضع كل المعاملات التي تتم عن طريق الاتصالات الإلكترونية إلى دفع الحقوق والرسوم التي ينص عليها التشريع والتنظيم المعمول بهما.[6]

إلا أنه وتشجيعا للتعاملات التي تبرم عن بعد، فقد أورد المشرع الجزائري امتيازات تتعلق بالإعفاء من مراقبة التجارة الخارجية والصرف في حالات معينة، مثال ذلك البيع عن طريق الاتصالات الإلكترونية لسلعة و/أو تقديم خدمة من طرف مورد إلكتروني مقيم، لمستهلك إلكتروني موجود في بلد أجنبي، عندما لا تتجاوز قيمة السلع أو الخدمة ما يعادلها بالدينار، وهو الحد المنصوص عليه في التشريع والتنظيم المعمول بهما.[7]

كما أعفى المشرع الجزائري أيضا البضائع المرسلة عبر الطرود وعبر بريد الرسائل وعبر طرود البريد السريع من إجراءات المراقبة والصرف،[8] وجاء الإعفاء حسب القيمة حيث يشمل البضائع التي

1 – أنظر المادة 05 من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص05.

2 – أنظر المادة 93 من الأمر رقم:58/75، مرجع سابق، ص22.

3 – أنظر المادة 03 من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص05.

4 – أنظر المادة الأولى، من القرار المؤرخ في 2007/11/05، المحدد لنماذج المطبوعات المستعملة في ميادين إجراء الإشهار وجدولي قيد الرهن وتجديده، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، المؤرخة في: 2008/03/30، العدد 17، ص18.

5 – المرسوم رقم:63/76 المؤرخ في: 1976/03/25، المتعلق بتأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم:123/93 المؤرخ في: 1993/05/19، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، المؤرخة في: 1993/05/23، العدد 34، ص14.

6 – أنظر المادة 03 من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص05.

7 – أنظر الفقرة الأولى من المادة 07 المرجع نفسه، ص06.

8 – أنظر المادة 23، من الأمر رقم 01/22، المؤرخ في: 2022/08/04، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2022، المنشور، بالجريدة الرسمية العدد 53، المؤرخة في: 2022/08/04، المعدلة للمادة 136 من القانون رقم:16/21 المؤرخ في: 2021/12/30، المتضمن قانون المالية لسنة 2022، ص09.

يتجاوز قيمتها حد قيمة الإعفاء المنصوص عليه في المادة 13 /ط، من القانون رقم:07/79 المؤرخ في: 1979/06/21 المتضمن قانون الجمارك المعدل والمتمم.[1]

وفي ذات السياق وتشجيعا من المشرع الجزائري للمعاملات الرقمية، فإنه أعفى إجراءات مراقبة التجارة الخارجية والصرف شراء السلع و/أو الخدمات الرقمية الموجهة حصريا للاستعمال الشخصي من قبل مستهلك إلكتروني مقيم بالجزائر لدى مورد إلكتروني موجود في بلد أجنبي عندما لا تتجاوز قيمة هذه السلع أو الخدمة ما يعادلها بالدينار الحد المنصوص عليه في التشريع والتنظيم المعمول بهما،[2] وأعفى أيضا بعض المنتجات من تسديد الرسم الجزافي، وتتمثل هذه المنتجات على الخصوص في الهواتف النقالة وعتاد الإعلام الآلي الموجه للاستعمال الشخصي أو العائلي.[3]

إن منح المشرع الجزائري للامتيازات من أجل إقحام التعاقد عن بعد بين المتعاقدين، وهذا لم يغفل دوره في حماية الأشخاص، فقد منع بعض المعاملات من مجال التعامل عبر الإنترنت، وهذا لا يعني أبدا عدم تشجيعه لهذه المعاملات التي اكتسحت مجال التعاقد، وإنما إشارة منه إلى ضرورة احترام التشريعات السارية المفعول، فقد أقر العمل بالوسائل التقنية، وأباح استخدامها في مجال التعاقد، ولكن لم يترك الباب مفتوحا لكل التعاملات، فقد منع بعض الأعمال من أن تكون محل تعامل عن بعد، على سبيل المثال العقود التي تشترط الرسمية، ناهيك عن الأعمال الممنوعة والمحرمة من التعامل بموجب التشريعات السارية المفعول، والمعمول بها، كالتعاملات التي تمس بأمن الدولة، أو تضر بالسكينة العامة، والأمن العام، وحدد في حالات أخرى أن لا تتجاوز قيمة المعاملة مبلغا معينا، مع ضرورة خضوع المعاملات التي تتم عن طريق الاتصالات الإلكترونية إلى الحقوق والرسوم التي ينص عليها التشريع والتنظيم المعمول بهما.

ولا يفوتنا بأن نشير بأن المشرع الجزائري وتشجيعا منه للتعاملات المبرمة عن بعد، فقد خص امتيازات تتعلق بالإعفاء من مراقبة التجارة الخارجية والصرف، البيع عن طريق الاتصالات الإلكترونية لسلعة و/أو خدمة من طرف مورد إلكتروني مقيم لمستهلك إلكتروني موجود في بلد أجنبي، وقدم إعفاءات أخرى من الرسم الجزافي إذا كان الأمر يتعلق بالاستخدام الشخصي، وقيد الاستخدام الشخصي لا يشجع التجارة الإلكترونية، وإنما تحسب هذه النقطة للمشرع كتشجيع للتعاملات المبرمة عن بعد خارج الوطن.

1 – أنظر المادة 25، المرجع نفسه، ص09.

2– أنظر الفقرة الثالثة من المادة 07 من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص06.

3 – أنظر المادة 23، من الأمر رقم:01/22، مرجع سابق، ص09.

وبالنظر للتعريفات الفقهية والتشريعية التي تم التطرق لها، يتضح لنا بأن العقود المبرمة عن بعد، تحكم أشخاص من طبيعة خاصة، أو لهم تسميات خاصة في التشريعات المنصوص عليها، وهذا بخلاف أشخاص العقد التقليدي، حيث جرت العادة على التعامل مع طرفي العقد تحت مسمى (الدائن، والمدين)، فمن حيث الصفة لم تتغير، ولكن تغيرت المفاهيم وهذا راجع لطبيعة أشخاص التعاقد عن بعد، وهنا يكمن جانب من جوانب الخصوصية لهذه العقود، التي تتعامل مع (المحترف، المستهلك)، وعلاوة على ذلك فالعقود المبرمة عن بعد تمتاز بجملة من الخصائص.

الفرع الثاني: خصائص العقود المبرمة عن بعد:

من خلال التعريفات المقدمة بشأن العقود المبرمة عن بعد، نستشف بأنها تمتاز بجملة من الخصائص تجعلها تختلف عن العقود التقليدية فهي تمتع بخصوصية فنية تنبع من طريقة إبرامها، وتستمر إلى غاية تنفيذها بالاعتماد على وسائل الاتصال الحديثة، ولعل من هذه المميزات ما يلي:

أولا: استخدم تكنولوجيا الاتصال في إبرام العقود:

في ظل التطور التكنولوجي الذي فرض نفسه على التعاقد في كل مراحله، وأمام سهولة استخدامها من طرف المتعاقدين وتوفرها بكل اللغات، جعل منها أداة جد مساهمة في التعاقد.

ولكون إبرام العقد عن بعد يستوجب توافر تقنيات حديثة، فالعقد الإلكتروني يستوجب استخدام وسائل تقنية إلكترونية للتفاوض وتقريب وجهات النظر وتبادل الإيجاب والقبول والتعبير عن إرادة التعاقد.[1]

رغم أن التباعد المكاني أمر واقعي لا يمكن تجاهله في العقد الإلكتروني، فهذا التباعد يتم التغلب عليه بالوسائل التقنية، التي تمكن من التحقق من هوية الأطراف وأهليتهم وحدوث التراضي بينهما.[2]

فمما لا شك فيه، بأن ظهور الفضاء الإلكتروني، أدى إلى إبرام العقد بوسائل اتصال الإلكترونية، أدت بدورها إلى زيادة تعقيد العلاقات الملزمة للعاقدين، حيث تغير هيكل العقد مقارنة بالشكل التقليدي،

1 – السيد عبد الهادي محمد العيسوى، مرجع سابق، ص22.

2 – عبد العزيز محمد حمد ساني، **المبادئ القانونية والأحكام التشريعية المنضمة للعقود الالكترونية**، كتاب جماعي، التعاقد في الفضاء الرقمي، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والإقتصادية، برلين، ألمانيا، 2021، ص230.

وبمعنى آخر، يتم تجسيد العقد ماديا بشكل مختلف فهو غير مادي، افتراضي، نتيجة استخدام الكمبيوتر، والذي يستخدم حاليا في جميع مراحل التعاقد.[1]

إن عدم وجود ارتباط مباشر بين الأطراف في العقد الذي يُبرم عبر وسائل التواصل عن بُعد ميزة يتسم بها العقد المبرم عن بعد، تجعله مختلفا عن العقود الأخرى، إن التباعد الجغرافي بين المتعاقدين، يجعل من البعض يعتبر بأن هذا العقد "بين حاضرين حكما"، فالتباعد الموجود هو تباعد مكاني، وغالبا ما يكون اتحادا زمنيا بين الطرفين، بينما لا يجمعهما مجلس عقد واحد،[2] فهو عقد افتراضي دون التواجد المادي لأطرافه.[3]

فمن الواضح أنه يتم التغلب على التباعد باستخدام التكنولوجيا، وبفضلها يقوم أطراف العقد، بالتفاعل في الزمن نفسه، ولكنهم لا يجتمعون في جلسة عقد واحدة، وهذا يجعل العقد الإلكتروني عقدًا افتراضيا دون وجود الحضور المادي للأطراف.

تمكن الوسائل الإلكترونية المتوفرة والمتعددة والمتطورة، التي أصبح بالإمكان استخدامها في مجال التعاقد في مختلف مراحل العقد، فلهذا ساهمت التكنولوجيا في تطور العقد، وخروجه من دائرة التقاء الأطراف للتعاقد. فالتكنولوجيا تهدف إلى القضاء على البعد المكاني بين الموجب والقابل.

ثانيا: الطابع الدولي للعقود المبرمة عن بعد:

يمكن للعقود المبرمة عن بعد أن تكون ذات طابع دولي، فهي تلقى فيه عروض السلع والخدمات قبول الناس في بلدان مختلفة من خلال وسائل تكنولوجية متعددة، بما في ذلك شبكة المعلومات الدولية والإنترنت، من أجل تنفيذ العقد،[4] حيث يمكن أن ينتمي أطراف العقد المبرم عن بعد إلى دول مختلفة، فالحدود لا تشكل عائقا أمام هذه العقود.[5]

إن دولية العقد تتبع الطابع العالمي لشبكة الإنترنت، فدول العالم في حالة اتصال دائم على الخط مما يسهل إتمام التعاقدات، وبقدر ما يطرح العديد من الانشغالات نذكر منها، أهلية أطراف العقد،

1 - QERIMI (Islam), Op¸ Cit, p51.

2 – ماجد محمد سليمان أبا الخيل، مرجع سابق، ص33.

3 – زيد بن عبد الكريم الزيد، العقود الإلكترونية، الملتقى السنوي للحقوقيين، المنعقد في جدة 2015، ص03.

4-Maazi (Djihad), AMROUNE (Celia), Op¸ Cit ¸p414.

5 – السيد عبد الهادي محمد العيسوى، مرجع سابق، ص22.

والتحقق من شخصية المتعاقد الآخر، مركزه المالي، وتحديد المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق في حال النزاع على إبرام عقد إلكتروني.[1]

فالطابع العالمي للشبكة العنكبوتية، يؤثر حتما على العقود ما دامت تستخدم الإنترنت، بحيث يتواصل أفراد العالم بسهولة عبر الاتصال الدائم عبر الشبكة، مما يجعل عملية إتمام العقود أكثر يسرا، فقد يكون أطراف العقد ينتمون إلى أكثر من دولة واحدة، فالتباعد المكاني والحدود الجغرافية يتم التغلب عليها والتخلص منها باستخدام الوسائل الإلكترونية الرقمية والتي تعمل بوجود شبكة الإنترنت، هاته الأخيرة التي تذوب فيها الفواصل المكانية، والحدود الدولية.

ثالثا: السرعة في إنجاز المعاملات التعاقدية:

السرعة في الإنجاز تتبع إلى حد بعيد شبكة الإنترنت، فهي مفتوحة على مدار الساعة، وتمكن من عرض الإعلانات والسلع والمنتجات وتقدم الخدمات في إشارة صريحة باتخاذ مسلك مباشر لا لبس فيه على التعاقد، فبمجرد الكبس على الأيقونة المخصصة لذلك يتم التعاقد، بسرعة ومرونة غير متوقعة.

رابعا: العقود المبرمة عن بعد مقترنة بالعدول:

يغلب على العقد الإلكتروني الطابع التجاري الاستهلاكي، لذلك يطلق عليه عقد التجارة الإلكترونية، فهي السمة الغالبة حيث تستحوذ البيوع الإلكترونية على جانب كبير من مجمل العقود، ويترتب على ذلك أن العقد الإلكتروني يتسم بطابع الاستهلاك، فهو يتم بين تاجر أو مهني ومستهلك غالبا.[2]

يتميز العقد الإلكتروني في الغالب، بالطابع التجاري الاستهلاكي، ولذلك يُعرف أيضًا باسم "عقد التجارة الإلكترونية"، فالعقود المبرمة عن بعد لدى جل التشريعات مقترنة بحق العدول للمشتري، وذلك راجع لاعتبارات عدم التكافؤ بين طرفي العلاقة التعاقدية، للموقع الخاص الذي فيه كل شخص، فما يتاح للمتعاقد في العقود التقليدية، لا نجده في العقود المبرمة عن بعد، لذلك قررت أغلب التشريعات نوعا من الحماية، وهذا راجع لعدم تكنه من معاينة السلعة.

1 – ماجد محمد سليمان أبا الخيل، مرجع سابق، ص38.

2 – المرجع نفسه، ص37.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للعقود المبرمة عن بعد.

قد تتخذ العقود المبرمة عن بعد، عدة صور تظهر بها، حيث تتماشى هذه الصور مع متطلبات المتعاقدين من جهة، وتساير التطور التكنولوجي من جهة أخرى، ويتحقق ذلك عندما تتم الاستعانة بالوسائل الإلكترونية في عملية التعاقد، عندها يعتبر العقد مبرما عن بعد، ويسمى بتسميات جاءت مصاحبة لوضع العقد والطريقة التي يتم التعاقد بها، كالعقد الإلكتروني، أو العقد الذكي، وهذه الأخيرة تعتبر من بين الآليات التي يتم بها التعاقد عن بعد، وسنقتصر حديثنا في هذا المطلب حول الآليات الحديثة والمعتمدة على الرقمنة، وما ينجم عنها من تحول في العقود عند التكوين أو التنفيذ، ولذلك سنوضح صور التعاقد عن بعد (الفرع الأول)، أشخاص العقود المبرمة عن بعد (الفرع الثاني). الطبيعة القانونية للعقود المبرمة عن بعد (الفرع الثالث).

الفرع الأول: صور التعاقد عن بعد:

سنوضح أهم صور التعاقد الناتجة عن التطور التكنولوجي، حيث نصبت نفسها أيقونة لا يمكن الاستغناء عنها في مجال التعاقد، خاصة في ظل الجوائح وما شهدناه في جائحة كورونا على سبيل المثال، حيث عرفت رواجا بين المتعاملين، نتيجة لتفشي الجائحة وما نتج عنها من بروتوكولات جديدة، فرض عدم التقارب الجسدي وعدم التلامس، وهذه الإجراءات لا يمكن لها أبدا الوقوف حجر عثرة، أمام التعاملات بين الناس، هذا الوضع ساهم وساعد وبشكل كبير في انتشار آليات جديدة للتعاقد.

أولا: العقود الإلكترونية كآلية للتعاقد عن بعد:

يرى جانب من الفقه بأن "العقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين لا يجمعهما مجلس واحد يتبادلان التعبير الإرادي فيه بواسطة وسيلة تقنية حديثة للاتصال مخصصة لنقل الإرادات المتبادلة، مع استعمال طرق قانونية محددة، تضمن التأكد من إحداث تبادل التعبير الإرادي لآثاره في إبرام العقد وتحديد وقت انعقاده العقد قانونا وبدء سريان آثاره القانونية من حقوق والتزامات وغيرها".[1]

1 – عبد العزيز محمد حمد ساني، مرجع سابق، ص227.

أو هو "ذلك العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب والقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات، وبقصد إنشاء التزامات تعاقدية"،[1] وهناك من يرى بأن العقد الإلكتروني عبارة عن اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، باستخدام وسائل تدور بين المسموع والمرئي يتم التفاعل بين طرفي العقد وعليه اصطلح رجال القانون على اعتبارها عقودا تبرم عن بعد.[2]

والعقود المبرمة عن بعد ومنها العقود الإلكترونية، اختلف البعض في تسميتها بمختلف المسميات، حتى بدى الأمر يبدوا وكأنها نوع آخر من العقود منطوي تحت العقود الإلكترونية، وفي النهاية فهي عقود تبرم عن بعد، وهذا راجع للطريقة التي تبرم بها سواء من حيث كيفية عملها، أو من حيث استخدام الوسائل الذكية ونذكر منها:

1- من حيث طريقة عملها:

تعتمد العقود الإلكترونية في كيفية التعامل بين المتعاقدين في الأساس على النقر على الأيقونة المخصصة لذلك، ولقد تم التفرقة في كيفية أو نوع النقر ومن ذلك:

أ- عقود التفاف النقر:

وتعرف باتفاقيات النقر، وهي نسخة إلكترونية، يمكن من خلالها لأطراف العقد وعادة ما يكون (البائع والمشتري)، القيام وفي أي وقت باستخدام الوسائل الإلكترونية بالضغط أو النقر أثناء تصفح مواقع الويب على الإنترنت، على زر "الموافقة"، حتى تتم عملية الشراء أو تحميل البرنامج، وتعتبر بمثابة الموافقة على بنود وشروط بيع العقد واقتناء المنتجات، وقد تكون مرفقة ببرامج كمبيوتر، أو قرص مضغوط مدمج، أو تكون مرفقة بأنظمة تشغيل، وفي أغلب الأحيان لا تقبل هذه العقود المساومة، لسبب أن عملاء هذا النوع من البرامج لديه خياران فقط، إما الموافقة وتطبيق البرنامج المحدد، أو الرفض جنبا إلى جنب مع اتفاقية ترخيص المستخدم النهائي.[3]

---

1 – رباحي أحمد، **الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني**، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، الجزائر، المجلد 5، العدد10، جوان 2013، ص97.

2 – بان سيف الدين محمود، **العقد الإلكتروني ووسائل إثباته**، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، العراق، المجلد 24، العدد7، سنة 2019، ص4.

3 - Manoj Kumar (Sadual), **Electronic Contracts: Legal Issues And Chalenges**, Ijrar- International Journal Of Research And Analytical Reviews Volume 8, Issue 3, July-Sept 2021, P794, Disponible A, Http://Ijrar.Com/.

ب- عقود تصفح التغليف:

توجد عادة هذه العقود في صفحة الويب أو تحميل سلع مصنعة، ويتم تعميم هذا النوع من العقود على موقع ويب خاص، وعلينا البحث عن تلك الشروط والأحكام المعينة عن طريق تصفح الإنترنت، وهذا العقد الإلكتروني هو عبارة عن عقد يتم تكوينه و توقيعه في شكل من نموذج إلكتروني، وبطريقة أخرى، لا يلزم وجود مستندات ورقية، على سبيل المثال، إذا كتبنا عقودا على جهاز الكمبيوتر الخاص بنا وأرسلناها بالبريد إلى شركاء العمل أو الزملاء وشركاء الأعمال، نرسلها بالبريد الإلكتروني مع التوقيع الرقمي الذي يدل على الموافقة.[1]

2- من حيث استخدامها الوسائل الإلكترونية:

يمكن تقسيم العقود المبرمة عن بعد من حيث إستخدامها للوسائل الإلكترونية إلى ما يلي:

أ_ العقود السيبرانية:

يتم تنفيذ هذا النوع من العقود كليًا أو جزئيًا عن طريق وسائل الاتصال من خلال عالم الكمبيوتر، ويمكن تنفيذه بالكامل من خلال رسائل البريد الإلكتروني عندما يتعلق الأمر بمقترح أو اتفاقية لا جدال فيه، ويمكن أيضًا نسخه عن طريق تكوين اتصالات تتم بوساطة الكمبيوتر أو وسائل أخرى، وقد تستخدم الورق كتسجيل الفاكس والمحادثة، ولعل التقنية الأكثر شيوعًا المستخدمة في نقل الأعمال هي صفحة الويب التجارية ورسائل البريد الإلكتروني.[2]

وتختلف العقود السيبرانية عن الأمن السيبراني، حيث يقصد بهذا الأخير، مجموعة الأدوات والسياسية ومفاهيم الأمن والآليات الأمنية والمبادئ التوجيهية وطرق تسيير المخاطر والأعمال والتكوين والممارسات الجيدة والضمانات والتكنولوجيا التي يمكن استخدامها في حماية الاتصالات الالكترونية ضد أي حدث من شأنه المساس بتوفير وسلامة وسرية البيانات المخزنة أو المعالجة أو المرسلة. [3]

يتم تنفيذ هذا النوع من العقود سواء كان كاملاً أو جزئياً من خلال وسائل الاتصال في عالم الكمبيوتر. يُمكن أن يتم تنفيذه بالكامل عبر البريد الإلكتروني في حالة المقترحات أو الاتفاقيات الغير

1 - Manoj Kumar (Sadual), Op¸ Cit, P12.
2 - Ibid, p795.
3- أنظر الفقرة الثالثة من المادة 10 من القانون رقم 04/18، المؤرخ في: 2018/05/10، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد27، المؤرخة في: 2018/05/13، ص07.

مثيرة للجدل، كما يُمكن نسخه باستخدام وسائل الاتصال التي تتم عبر الكمبيوتر أو وسائل أخرى، مثل تسجيل الفاكس والمحادثات عبر الورق، ومن بين التقنيات الشائعة المستخدمة في نقل الأعمال هي الصفحات التجارية على الويب ورسائل البريد الإلكتروني، يتميز العقود السيبرانية عن الأمن السيبراني بأنها تشمل مجموعة من الأدوات والسياسات والمفاهيم والآليات الأمنية والمبادئ التوجيهية وطرق إدارة المخاطر والأعمال والتدريب والممارسات الجيدة والضمانات والتكنولوجيا التي يمكن استخدامها لحماية الاتصالات الإلكترونية ضد أي حدث يمكن أن يؤثر على توفير وسلامة وسرية البيانات المخزنة أو المعالجة أو المرسلة.

ب_ عقد البيع على الخط:

ويعتبر هذا النوع من البيوع من أكثر العقود الالكترونية انتشارا، وهو يتفق مع البيع التقليدي في كافة أحكامه، الا أنه يتسم بصفة رئيسية وهي طريقة ابرامه مما يضعه في طائفة العقود التي تبرم عن بعد. [1]

إن العقود الإلكترونية بمختلف تسمياتها، متشابهة من حيث طريقة الإبرام ومن حيث استخدام الوسائل، ومن ناحية عدم وجود مجلس عقد يجمع المتعاقدين، ويكمن الفارق من حيث كيفية استخدام الوسائل أو كيفية عرض المنتج وتبادل الأطراف المتعاقدة لفرادة وكذا تبادل المعلومات والتوقيع.

فالتعاقد عن بُعد يشمل عقود الاستهلاك، قد يتم إبرام عقود الاستهلاك بالكامل أو جزئيًا عن بُعد، على سبيل المثال، عند شراء منتجات أو تقديم خدمات عبر الإنترنت، يتم التعاقد عن بعد، وتعد هذه الصفقات جزءًا من عقود الاستهلاك، حيث تتعامل عقود الاستهلاك بشكل عام مع حقوق المستهلكين والواجبات التي تنطوي عليها عمليات الشراء والاستخدام، والحقيقة فالقوانين المتعلقة بالاستهلاك والتعاقد عن بُعد، في كثير من البلدان مدمجة في تشريعات واحدة، حيث نجد قوانين ولوائح خاصة بحماية المستهلكين عند التعاقد عن بُعد، وتهدف هذه القوانين إلى ضمان حقوق المستهلكين وحمايتهم من الممارسات التجارية غير النزيهة والاحتيال، وقد تشمل هذه القوانين متطلبات توثيق العملية التعاقدية، وحماية المعلومات الشخصية والدفع الآمن، وحق العودة واسترداد الأموال، وغيرها من الحقوق والآليات التي من شأنها تقديم الضمانات الكافية لحماية المستهلك.

1 – نجوى رأفت محمد محمود، **النظام القانوني لمجلس العقد الالكتروني**، مجلة جامعة جنوب الوادي الدولية للدراسات القانونية، كلية الحقوق، مصر، العدد 05، 2020، ص373.

إن العقود الإلكترونية ليست هي الآلية الوحيدة للتعاقد عن بعد، والتي جاءت نتيجة التطور التكنولوجي، ففي كل مرة تظهر لنا صورة يمكن التعاقد من خلالها، وهذا راجع للتطور التكنولوجي واحتكاك الوسائل الرقمية بالمجال القانوني، فبعد مجال القضاء وما عرفه من آليات جديدة تم استحداثها منها السوار الإلكتروني، والمحاكمة عن بعد، إلى مجال التعاقد حيث عرف هذا الأخير أنموذجا جديدا للتعاقد يعرف بالعقود الذكية.

ثانيا: العقود الذكية آلية للتعاقد عن بعد:

تعرف العقود الذكية في اللغة الإنجليزية بمصطلح "Smart Contracts"، حيث تتضمن كلمة "Smart" معنى الذكاء، هذا المصطلح أصبح منتشرا على نطاق واسع، حيث يضاف إلى كل ما يتعلق بالتكنولوجيا الحديثة وتطبيقاتها، ويطلق على العقود بأنها "ذكية" نظرا لأنها تتسم بالقدرة على القيام بتنفيذ ذاتي دون الحاجة إلى وسيط، بالإضافة إلى ذلك، لا يتطلب تنفيذ العقد وجودا حضوريا للأطراف المتعاقدين في جلسة عقدية، حيث يعوض وجود الوسيط بواسطة أدوات الرقمنة والبرمجيات الحديثة.[1]

معنى ذلك أن العقد الذكي لا يخرج عن كونه اتفاق ينفذ تلقائيًا فور تحقق شروطه، حيث يتم تحقيق هذا التنفيذ التلقائي في كثير من الأحيان من خلال جهاز كمبيوتر يقوم بتشغيل برمجية قامت بترجمة النصوص القانونية إلى برنامج قابل للتنفيذ.[2]

ففي الوقت الذي يعتمد العقد التقليدي فيه عادة على لقاء الأطراف وتبادل العرض والقبول للتعبير عن إرادتهما، يأخذ العقد الذكي هذا المفهوم إلى مستوى جديد، فبدلا من الاعتماد على الأفراد لتنفيذه، يقوم بتنفيذ بنوده من خلال خوارزميات وبرمجيات تعمل داخل سلسلة الكتل، وتقوم بالتحقق والتأكد من صحة هذه البنود، ما يجعل العقد الذكي أكثر دقة وثباتا، حيث يتم تنفيذه بشكل تلقائي بناء على الشروط المبرمجة المعدة مسبقا داخل برنامج دون الحاجة إلى تدخل بشري مباشر. [3]

فالعقود الذكية "S-Contracts" تمثل نظرية شرطية تسلط الضوء على خصوصية في البيئة الرقمية، وهي تختلف عن النظرية التقليدية للالتزام، وهذا ما جعل فقهاء القانون وخاصة القانون المدني منهم يتنبهون بوجود فراغ تشريعي لأحكام وتطبيقات هذه العقود ضمن البيئة الرقمية، مما يستوجب الأمر

1 – العياشي الصادق فداد، **العقود الذكية**، مجلة السلام للاقتصاد الإسلامي، الجزائر، المجلد0، العدد01، ديسمبر 2020، ص57.

2 - Max (Raskin), Op, Cit, P309.

3 - Assoko (Héraclès Mayé), Op Cit , P 336.

البحث في هذا الموضوع بشكل معمق لسد الثغرة خاصة ما ترتبه من أثار على نظرية الالتزام عامة ونظرية العقد خاصة، وإخراجها من الطابع البرمجي وتأصيلها بشكل قانوني صحيح ما يساعدها في التكييف مع المحيط التعاقدي وتوظيف الذكاء لنصل لما يعرف بالمرونة العقدية.[1]

ويكمن الهدف من استخدام العقود الذكية، تسهيل إنجازها وتبسيط وتسريع عملية إتمامها، فهي تمتاز بالسرعة في التنفيذ من جهة وتقلص من الأعباء والتكاليف من جهة ثانية، لهذا نجد بعض الفقه يصطلح عليها بالشروط الذكية، كونها بنودا تسبق إنجاز وتنفيذ العقد، تضاف للشروط التقليدية المرتبطة بأركان العقد تستخدم في مختلف العقود كعقد البيع، والإيجار، والهبة، والوكالة.[2]

نظرا لأن العقود الذكية تبرم وتنفذ عن بعد، فإنها تستخدم البرمجيات كوسيلة لتحقيق هذه العمليات، لذلك فهي عبارة عن برمجيات أو تعليمات برمجية مستقلة، تنفذ تلقائيًا شروط وأحكام العقد دون الحاجة إلى تدخل بشري.[3]

فالأصل أن العقود الذكية، تعتمد على لغة البرمجة، ولا تحتاج إلى التدخل البشري، فهي ذاتية التنفيذ، ونتيجة لهذا فهي توفر الثقة والأمان لطرفي العلاقة التعاقدية، فهي تعتمد على الرقمنة في التعاقد وفي كل مراحل العقد سواء الإبرام أو التنفيذ.

إن العقد الذكي يمكن أن يتم ربط مجموعة من العقود متسلسلة مع بعضها، ونضرب مثالا عن جملة من العقود التي يمكن إبرامها عن طريق العقود الذكية وبصفة متسلسلة، ومن الحالات التي تلامس الحياة اليومية للمجتمع، ولتبيان كيفية قيام العقود الذكية بتقديم المساعدة للمجتمع، على سبيل المثال فلو أن شخصا أراد القيام بعملية جراحية طبية في دولة أجنبية، يمكنه القيام بمجموعة من العقود، دون أن يحتم عليه الأمر التنقل أو التلاقي بأطراف العقد، فمن خلال عملية البحث في شبكة الإنترنت يقوم العقد الذكي بتحديد الموعد بين المريض والطبيب المختص، ويتم الاتفاق على كل تفاصيل العقد، (الموعد، سعر العملية، كيفية الدفع، وهكذا يتم الاتفاق على باقي تفاصيل العقد)، ولا يتوقف الأمر عند هذا الحد،

---

1 - Erfan El Katib (Mohammed) , **blockchain and smart-contracts, an example of coexistence between law and the corresponding sciences, "economics and mathematics as an example"-a reading in philosophy and authentication**," bau journal - journal of legal studies: vol. 2020 , article 3, p22. disponible a: https://digitalcommons.bau.edu.lb/lsjournal/vol2020/iss2020.

2 – قطب مصطفى سانو، **العقود الذكية في ضوء الأصول والمقاصد والمألات رؤية تحليلية**، مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الرابعة والعشرون، منظمة التعاون الإسلامي، دبي 2019، ص15.

3 – أحمد حسن الربابعة، **الرؤية المقاصدية للعقود الذكية**، مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الرابعة والعشرون، منظمة التعاون الإسلامي، دبي 2019، ص16.

فالعقد الذكي يمكنه القيام باقتراحات قد يكون المتعاقد في حاجة أليها، فيسهل عليه الأمر ويقترح عليه على سبيل المثال؛ حجز الرحلة ذهابا وإيابا وسعرها وباقي تفاصيلها، ثم يقترح عليه العقد؛ الإقامة في فندق يكون موافقا للعقد الأول المراد إبرامه وللعمل المطلوب القيام به، ويمنح له الفنادق المتوفرة وأسعارها، ثم يقترح عليه إن كان يريد مرافقا ينتظره في المطار، ومترجما، وكل هذه العقود يقوم بها الشخص وهو في مكانه، وهذا هو الهدف من العقود الذكية.

1- علاقة العقود الذكية بالعقود التقليدية:

يبدأ الاختلاف بداية من مرحلة تكوين العقد، فقبل أن يتم أي تعاقد، يجب على طرفي العلاقة التعاقدية الاتفاق على مجموعة من الشروط التي ستشغل البرنامج في مجال العقود الذكية، على عكس العقود التقليدية، يتم تجسيد قبول الاتفاق من خلال الأداء، في حين يمكن للفرد التعبير عن نيته ببدء عقد ذكي، الذي قد يشبه عقدًا في القانون التقليدي، إلا أن العقد الذكي نفسه لا يظهر إلا عند تنشيط البرنامج، حيث يمكن نشر كود العقد الذكي على دفتر السجلات كعرض، عندما يتم اتخاذ إجراء لبدء القبول، بينما في العقد الذكي فبمجرد توافر شروط العقد ينفذ مباشرة وبشكل آلي.[1]

إن العقد الذكي يمثل برنامجا تكنولوجيا حاسوبيا، يقوم بتكوين أو تنفيذ أو إنهاء العقد بشكل تلقائي، وهذا البرنامج يعمل بالخوارزميات معتمدا على تقنية سلسلة الكتل (البلوكتشين)، التي تقوم على البروتوكولات الحاسوبية بترجمة شروط الالتزام، لبرمجة سلسلة من الأحداث التي تحمل تبعات فور حدوث الشروط والأحكام المحددة بدقة، وينتج عن ذلك تنفيذ ما تمت برمجته عند تحقق الحدث المبرمج، حيث يمكن أن يكون الشرط الأولي للعقد الذكي نتيجة لتنفيذ عقد آخر، ويمكن أن يتسبب كل حدث مدرج في الشبكة في حدوث حدث آخر، بمجرد برمجة عقد ذكي لهذا الغرض، وآلية عمل العقد الذكي شبيهة بعمل آلة بيع المشروبات، التي تسلم السلعة بعد الدفع، فهي في الأساس تقنية كانت آلية في الماضي وأصبحت حاسوبية اليوم، وهي تنفذ العقد الحقيقي فقط.[2]

2- العقود الذكية وعقود الذكاء الاصطناعي:

الأصل هو أن الذكاء الاصطناعي يقوم باقتراح التعاقدات المستلزمة للدقة، فهو يمتاز بقدرة تتجاوز قدرة الإنسان وقدرة الروبوت البسيط المبرمج لإبرام عقد بشروط معينة، والذي يدخل في العقد عن طريق

1 - Max (Raskin), Op, Cit, P322.
2 - Assoko (Héraclès Mayé), Op Cit , P 331.

حساب شروط العرض، ثم يقوم بتحسينها، وقبل ذلك يمكنه البحث عن أبرز أحسن العروض المقدمة والمناسبة للاحتياجات المتاحة عبر صفحات الويب، ودراسة الشروط التي لم يأخذها المستفيد المزعوم من الفعل في الاعتبار، ويمكنه من اشتراط الدقة في العرض فهو يعزز أهمية الالتزام بين الأطراف وشروط العقد، ويمكنه التعبير عن ذلك بشكل واضح.[1]

وبنظرة تقنية فالذكاء الاصطناعي عبارة عن نظام حاسوبي يتمتع بقدرات معرفية تسمح باتخاذ الاختيارات بشكل مستقل، والتي لا يحددها الشخص من بنفسه أو من يستخدمه، ومن منظور آخر، قد يمنح الذكاء الاصطناعي إمكانية تطبيق ينافس عمل العقل، وقد يقتصر الذكاء الاصطناعي في بعض الحالات تنفيذ التعليمات المعطاة، بواسطة شخص ما، باستخدام الأدوات التي اختارها الذكاء الاصطناعي بشكل منطقي ممنهج، حيث يقوم بتحليل كتلة من البيانات ويقدم حلولاً إحصائية لاختيار أي منها أحسن والأكثر أهمية من حيث النتيجة ، ويقوم بفرز لكل حالة على حدة، كنظام يقدم حلولا متعددة بمنطق مختلف، مع مراعاة في الاعتبار تسليط الضوء على الدور الدقيق للذكاء الاصطناعي في العملية الإبداعية وبالتالي تقييم مدى إمكانية قابلية تطبيق النصوص القانونية.

يعتبر داعمي عقود الذكاء الاصطناعي بأنه العقد الأمثل، وذلك بفضل خوارزمياته وتحليلاته العالية الأداء والاستخدام الفعال للبيانات الضخمة، المرتبطة بالبيئة الرقمية الحاسوبية، فهي غير موجودة في العملية التعاقدية الكلاسيكية، وبالتالي فإن استخدام هذه التقنيات المختلفة له تأثير كبير في تحسين العقد، ولذلك فهي مسألة دراسة، وتعمل الشركات المبرمجة على تعظيم إبرام العقد الذي يمر كثيرا بدعم الأطراف وتأمين المحتوى التعاقدي.[2]

فالذكاء الاصطناعي يعزز ثقافة التعاقد عن بعد، فهو يمكنه المساهمة في التعاقد من خلال تقديم الفهم الصحيح للصياغة المستخدمة، والتحليل المنطقي لوصف العملية المقصودة، ولعل الذكاء الاصطناعي يساعد أكثر المتعاقدين بواسطة أجهزة الإعلام الآلي من خلال التطبيقات التي يقدمها، للمتعاملين، لا سيما فيما يتعلق بالتداول والتدخل في إبرام العقد بطريقة آلية.

1 - Jeremy (achour)، **formation du contrat et intelligence artificielle en droit français et anglais**، mémoire de recherche fondamentale en droit ،dans le cadre du master 2 contrats en droit français et européen ، faculté de droit et des sciences sociales ، université de poitiers ،france ، 2020/2021 ، p40.
2 - Christodoulou (hélène)، **les nouvelles technologies à l'origine de l'évolution contractuelle. Communication - commerce électronique**، université toulouse 1 capitole ، france، 2020, p04. Disponible a، Https://Publications.Ut-Capitole.Fr/

إن العقود الذكية تقلل من العديد من الإشكالات وتضمن تشغيل التطبيق كما هو متوقع، حيث يتم تخزين كود العقد على سلسلة الكتل الأساسية وبالتالي يمكن فحصه علنياً، حيث يمكن الذكاء الاصطناعي من المعالجة الآلية والمباشرة والعلنية لشروط العقد، ويمكنه عمل ذلك رغم تواجد آلاف المشاركين في الشبكة وبشكل متزامن، ويمكنه أن يضمن شرعية التنفيذ، عندما يؤدي التنفيذ إلى تغييرات في الحالة، على سبيل المثال، تغيير أرصدة الحسابات، يخضع هذا التغيير لقواعد التوافق في شبكة الكتل وسيتم عكسه وحمايته بواسطة أصل حالة الكتل.[1]

إن الذكاء الاصطناعي فرض على المنظومة الرقمية كنتاج للاستخدام التكنولوجيا المتنامي في عديد المجالات ومنها دمج المجال التكنولوجي بالقانوني، وهو ما جعله يلقي بظلاله على مجال التعاقد، مما يستدعي الأمر بضرورة التدخل الفقهي لدراسة إمكانية التعايش بين الذكاء الاصطناعي والنظرية التقليدية للعقود، ما يسمح للمشرعين بإخراج تشريعات قانونية تسمح بإسقاطات الذكاء الاصطناعي على النظرية التقليدية للعقود.

وبصفة عامة فالعقود الذكية مرنة للغاية لأنها تتمتع بإمكانية الوصول إلى مجموعة غنية من التعليمات، بالإضافة إلى ذلك، يمكن للعقود الذكية تخزين الأصول الرقمية، حتى تتمكن من تولي دور أمناء الحفظ واستخدام معايير قابلة للتخصيص بالكامل لكيفية ومتى ولمن يمكن إطلاق هذه الأصول، وهذا يسمح لها بفتح الأبواب أمام مجموعة واسعة من التطبيقات المبتكرة والنظم الإيكولوجية المتنوعة.[2]

3_ التفرقة بين العقود الذكية والعقود الإلكترونية:

مما لا شك فيه، هو أن العقود الإلكترونية والعقود الذكية، يمثلان آليات للتعاقد، يتم فيهما استخدام الوسائل الإلكترونية لإتمام عملية التعاقد، من أجل توضيح الرؤية، سنقوم بإبراز أهم الفوارق بين العقود الذكية والعقود الإلكترونية، باعتبارهما آليتين للتعاقد عن بعد من جهة، ولتقاربهما واستخدامهما للبيئة الرقمية من جهة ثانية، ولو أن العقود الذكية أكثر وأشد تعمقا في استخدام البيئة الرقمية وأكثر استغلالا لمجال الإنترنت.

1 - Schär (fabian), **decentralized finance: on blockchain- and smart contract-based financial market**, federal reserve bank of st. louis review, second quarter 2021, 103(2), p 154, disponible a, https://doi.org/10.20955/r.103.153-74

2 - Ibid, P 154.

أ_ من حيث المجال التشريعي:

فمن الجانب التشريعي لم يلق العقد الذكي مجالا تشريعيا كالذي حظي به العقد الإلكتروني في عديد من النصوص التشريعية عبر دول العالم، فالمشرع الجزائري على سبيل المثال نظم التعاملات الإلكترونية من خلال القانون 05/18، المتعلق بالتجارة الإلكترونية.[1] كما عالج إمكانية التحقق من تبادل الوثائق عن بعد من خلال القانون 04/15، المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين. [2]

أما العقد الذكي فالمشرع الجزائري لم ينظمه وقد منع التعامل بالعملات الافتراضية من الأساس، من خلال نص المادة 117 من قانون المالية لسنة 2018 حيث نصت على أنه: "يمنع شراء العملة الافتراضية وبيعها واستعمالها وحيازتها"، كما حذر المتعاملين بها باتخاذ ضدهم إجراءات عقابية في حقهم بنصها: "العملة الافتراضية هي تلك التي يستعملها مستخدمو الانترنت عبر شبكة الانترنت، وهي تتميز بغياب الدعامة المادية كالقطع والأوراق النقدية وعمليات الدفع بالصك أو بالبطاقة البنكية، ويعاقب على كل مخالفة لهذا الحكم، طبقا للقوانين والتنظيمات المعمول بها"،[3] بهذا فقد حسم المشرع الجزائري موقفه وأغلق الباب حاليا أمام كل اعتراف بالعقود الذكية أو تعامل مشابه بمنعه التعامل بالنقود المشفرة جملة وتفصيلا، فكلاهما يعتمد على سلسة الكتل من حيث التكوين والتنفيذ.

فالعقود الإلكترونية تمثل شكلا من أشكال التعاقد التي يكون فيها التعامل إلكترونيا بدلا من التعامل المادي المباشر، [4] ونفس الشيء ينطبق على العقود الذكية، فكلاهما يمثلان صورا للتعاقد عن بعد، وعليه فلا يعتبر العقد الذكي من العقود المسماة مقارنة بالعقد الإلكتروني، الذي تم تنظيمه في نصوص تشريعية.

فالعقود المبرمة عن بعد، وبالنظر للعقود الإلكترونية لا سيما التنفيذ فيما يتعلق الأمر بالوسائل المادية فلا بد لها من طرف ثالث، أو بالأحرى تعتمد هذه العقود على طرف ثالث في التنفيذ يقوم بتسليم

1 – القانون رقم:05/18، مرجع سابق.

2 – القانون رقم:04/15 المؤرخ في 2015/02/01، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكتروني، الجريدة الرسمية العدد06، المؤرخة في: 2015/02/10.

3– المادة 117 من القانون رقم:11/17 المؤرخ في: 27 ديسمبر 2017 المتضمن قانون المالية لسنة 2018، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 76، المؤرخة في:28 ديسمبر 2017، ص 54.

4 – إنصاف أيوب المومني، **العقود الذكية مفهومها، ومميزاتها، وأركانها**، مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الرابعة والعشرون، منظمة التعاون الإسلامي، دبي 2019، ص 17.

المنتجات بين المتعاقدين، وعلى العكس من ذلك فالعقود الذكية تستغني تماما عن الطرف الثالث وبشكل نهائيا كونها ذاتية التنفيذ كليا، وهذا ما يجعلها طائفة مميزة من العقود المبرمة عن بعد.

أن العقود الإلكترونية من حيث تصنيفها القانوني لا تشكل عائلة مستقلة بذاتها لها قواعد قانونية خاصة فهي تعتمد في تنظيمها على الأحكام العامة الواردة في النظرية العامة للعقد[1]، وهو ما ينطبق على العقود الذكية التي تخضع بدورها للقواعد العامة لنظرية العقد التي يتم استخدامها بتطبيق بروتوكول الرقمنة، وعلى هذا الأساس فكل منهما لا يمثل عائلة مستقلة بذاتها، وجدير بالذكر بوجود بعض النصوص القانونية التي تحاول تنظيم بعض من الجوانب المتعلقة بالعقود الإلكترونية.

ب_ من حيث استخدام البيئة الرقمية:

كلاهما يشكلان تطورا للتعاقد باستخدام البيئة الرقمية فإذا كانت العقود الإلكترونية، تشكل طفرة نوعية للتعاقد، فإن هذا التطور لم يبق حبيسا ما وصل إليه بل استمر ليصل لطريق آخر من التعاقد وهو العقود الذكية، وذلك من خلال التعمق في الاعتماد على التكنولوجيا الإلكترونية في مجال التعاقد، معتمدا على التشفير من خلال الاعتماد على سلسلة الكتل، التي لا نجدها في العقد الإلكتروني، زيادة على استخدام لغة الحاسوب في كل مراحل العقد بما فيها مرحلة التنفيذ.

والعقود الذكية "S-Contracts" المعتمدة على البرمجة "Blockchain" تمثل حالة لاندماج وتأثر بين القانون والاقتصاد من جهة، القانون والرياضيات من جهة أخرى، لذلك يرى البعض بأن العقود الذكية لم تولد من رحم القانون بل كان وجودها لاندماج علم الاقتصاد والرياضيات.[2]

4- العقود الذكية والبلوك تشين:

يرى البعض بأن سلسلة الكتل"Blockchain" أساس العقود الذكية " S-Contracts" يعتبر على المستوى الاقتصادي، ثورة ائتمانية جديدة، ستعيد هيكلة الاقتصاد العالمي برمته، في حين تعتبر لدى البعض من رجال القانون تحديا من عدة أوجه لفلسفة العقد التي ستخضع للبرمجة في تنظيم التعاملات، فالعقود الذكية تستند لعقيدة تختلف عن العقود التقليدية، وتلعب تقنية التشفير المعتمدة في العقود الذكية دورا هما في مختلف مراحل العقد فهي بهذا ستؤثر حتما على المنظومة التعاقدية التقليدية التي قد تخضع

1 – العربي بلحاج، **مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري**، المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية 2016/2015، ص 145.

2 - Erfan El Katib (Mohammed), Op, Cit, P04.

لجملة من التحديات التشريعية والقانونية، بينما يعتقد جانب آخر بأن هذه العقود بالنظر لكيفية تنفيذها تمثل الجيل الثالث من العقود بعد التعاقد التقليدي والتعاقد الإلكتروني أو هي تمثل الجيل الثاني من العقود الرقمية بعد العقود الإلكترونية، فهي تقدم الإيجاب الذكي الذي يحتاج لقبول ذكي وكلاهما يندرجان ضمن تقنية البلوك تشين فيتم المصادقة عليهما دون تدخل بشري. فهي بهذا تتجاوز حدود التعاقد التقليدي والتعاقد الإلكتروني.[1]

بينما نجد عديد التشريعات التي أبدت اعترافها بالعقود الذكية فالتشريع الأمريكي ممثلا في قانون ولاية نيفادا حيث جاء فيه "العقود الذكية عبارة عن عقود مخزنة في قالب محرر الكتروني وفقا لما يقضي به القانون"، فالعقود الذكية هي نتيجة التزام مسبق من قبل الطرفين وتخضع لاستيفاء شروط محددة بدقة بينهما، فالعقد الذكي عبارة عن دعامة للعقد الكلاسيكي، فهو بعبارة أخرى يوفر تكنلوجيا معلوماتية يمكن أن ترافق العقد الكلاسيكي.[2]

منذ سنة 2016، بدأ الاهتمام لدى دول الخليج العربي وبدرجات متفاوتة، في دراسة تقنية البوك تشين وطرق الاستفادة منها لاسيما في مجالات الخدمات المالية والحكومية فمن هذه الدول، دولة الإمارات العربية، والبحرين، والمملكة العربية السعودية، أما في مصر فبنكها المركزي رفض التعامل بالعملات الرقمية أو الافتراضية وتحديدا البتكوين، لسبب عدم وجود وسيط حكومي من ناحية، ولعدم استقرار قيمتها من ناحية أخرى.[3]

ومن جهة أخرى، فالتوجيه رقم:83/2011، المتعلق بالاتحاد الأوروبي، يرى بأن العقد الذي يُبرم بين محترف ومستهلك، ينطبق أيضًا على العقود المتعلقة بتوفير الماء أو الغاز أو الكهرباء أو التدفئة الحضرية، بما في ذلك تقديم الخدمات العامة، فيما يتعلق بتوفير هذه السلع على أساس عقدي.[4]

فمن هذا المنطلق فقد ارتبط العقد المبرم عن بعد بعقود التجارة الإلكترونية، فهو يتسم بشكل رئيسي بالطابع التجاري الاستهلاكي، فهذه السمة ظاهرة بوضوح من خلال تفوق البيوع الإلكترونية على العديد

1 – Erfan El Katib (Mohammed), Op, Cit, P26.

2– داود منصور، **العقد الذكي ودوره في تكريس الثقة في العلاقات التعاقدية**، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، الجزائر، المجلد04، العدد 02، سنة 2021، ص77.

3– محمد يحي أحمد عطية، **التحكيم الذكي كآلية لحل منازعات العقود المبرمة عبر تقنية سليلة الكتل (Block Chain)**، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، مصر، العدد36، أفريل 2021. ص 316.

4 _ Alessandra (ionata), **le contrat a distance en droit quebecois et en droit europeen**, revue juridique etudiante de l'universite de montreal vol.1.2, 2015, pp1 26, p 08.

من العقود الأخرى، ونتيجة لهذا السياق، يمكن القول بأن العقد الإلكتروني عادةً ما يكون بين تاجر أو محترف ومستهلك، وقد يكون ذو طابع خدماتي.

5- ربط العقود المبرمة عن بعد بالاستهلاك:

من خلال تعرف العقود المبرمة عن بعد، نجد بأنها ذات صلة وطيدة بما يعرف بعقود الاستهلاك، حيث يُعد عقد الاستهلاك نوعًا من أنواع العقود المبرمة عن بُعد، وهذا لا يمنع من وجود ربما بعض التفاصيل الفارقة بينها، إن عقود الاستهلاك هي عقود مبرمة عن بعد لها علاقة بالتعاملات التجارية والاستخدام الشخصي للمنتجات والخدمات، إن العلاقة القائمة بين العقود المبرمة عن بُعد وعقود الاستهلاك جعلها تتأثر مباشرة بالقوانين الصادرة بشأن الاستهلاك.

ولقد زاد الاهتمام مؤخرا بشكل ملحوظ بالعقود ذات الطابع الاستهلاكي، حيث أصبحت تحظى بمكانة كبيرة ضمن أنواع العقود التي يتم تنفيذها على شبكة الإنترنت، يرجع هذا الاهتمام المتزايد إلى تزايد عدد هذه العقود بشكل ملحوظ وذلك لكثرة عددها من ناحية، ولحاجة الطرف المستهلك إلى قدر أكبر من الحماية كونه الطرف الضعيف في هذه العقود.[1]

ولقد ربط المشرع الفرنسي العقود المبرمة عن بعد بأطرافه ومن بينهم المستهلك، وذلك من خلال المرسوم رقم:2001/741، بموجب المادة 121/16 "كل عقد مبرم بين مهني ومستهلك في إطار نظام البيع أو تقديم الخدمات عن بعد دون الحضور المادي المتعاصر أو المتزامن للطرفين، واللذان يستخدمان للإبرام هذا العقد واحدة أو أكثر من تقنيات الاتصال عن بعد".[2]

ولما كانت خصوصية العلاقة مع المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، ذات أهمية خاصة، فقد حرص المهتمون بمجال المعلوماتية بإحداث برامج يتم تثبيتها على المواقع الإلكترونية قادرة على تحديد المستهلك السيبراني، وتكييف العروض وفقا لذلك حسب خصائصه ويكون ذلك عن طريق معايير محددة مسبقا حسب المعلومات المقدمة طواعية من قبل المستهلك السيبراني.[3]

1 - عبد العزيز محمد حمد ساني، مرجع سابق، ص240.

2- منى أبو بكر الصديق محمد حسان، مرجع سابق، ص 788.

3 - Moreau (nathalie), **la formation du contrat electronique : dispositif de protection du cyberconsommateur et modes alternatifs de reglement des conflits (m.a.r.c.)**, memoire¸ faculte des sciences juridiques, politiques et sociales, universite de lille 2, annee universitaire 2002/2003, p22¸ document telecharge sur : http://edoctorale74.univ-lille2.fr,.

إن الحديث عن المستهلك وكونه أحد أطراف العلاقة التعاقدية في العقود المبرمة عن بعد، يجعلنا نبحث عن أشخاص العلاقة التعاقدية في العقود المبرمة عن بعد، والخصوصية التي يمتاز بها كل طرف في أداء التزاماته تجاه الطرف الآخر.

الفرع الثاني: أشخاص العقود المبرمة عن بعد:

تنشأ العلاقة في العقود المبرمة عن بعد بين أشخاص تسميهم التشريعات بمسميات مختلة عن المسميات التي تعودنا عليها في العقود التقليدية، (الدائن والمدين)، رغم أن العلاقة المنظمة بينهم هي علاقة دائنيه (دائن ومدين) باختلاف في التسمية.

إن تصنيف العقد عن بعد لا يعتمد على طبيعته التي يمكن أن تكون إما سلعة أو خدمة، بل يعتمد على جودة الأطراف والظروف الخاصة التي يتم فيها إبرام العقد.[1] فالأطراف في العقد عن بعد هم في غال الحالات محترف ومستهلك، بينما لا تثير جودة المحترف أو المورد مشكلات يمكن أن تُرتبط، وفقًا للأعمال المجتمعية، بشخص طبيعي أو معنوي يعمل في إطار نشاطه المهني، فإن مفهوم المستهلك، على العكس، أكثر تعقيدًا، في حين يعرف التوجيه رقم CE/7/97 المؤرخة 20 مايو 1997 المتعلق بحماية المستهلكين فيما يتعلق بالعقود عن بعد المستهلك على أنه شخص طبيعي يتصرف لأغراض لا تتداخل مع إطار نشاطه المهني.[2]

أولا: المستهلك:

وهو الطرف الأول في هذه العلاقة حيث حظي باهتمام بالغ لدى معظم التشريعات، نظرا لخصوصيته على اعتبار أنه الحلقة الأضعف في العلاقة التعاقدية، ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 03 من القانون 02/04، بأن المستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني.[3]

1 - Shandi (yousef)¸ **la formation du contrat a distance par voie electronique**¸ doctorat nouveau regime¸ mention « droit prive »¸ faculte de droit, de sciences politiques et de gestion¸ universite robert schuman strasbourg iii¸ 2005¸ p 09.
2 - Ibid¸ p 10.

3 – أنظر الفقرة الثانية من المادة 03 من القانون رقم:02/04، مرجع سابق، ص04.

فالمقصود بالمستهلك كل شخص طبيعي يتصرف بموجب التعاقد عن بعد لأغراض لا تدخل في نطاق نشاطه التجاري أو المهني. [1]

ويعتبر مستهلك كل "متلقي الخدمة" وهو يشمل جميع أنواع الخدمة استخدام خدمات مجتمع المعلومات، سواء من قبل الأشخاص الذين يقدمون معلومات على الشبكات المفتوحة مثل الإنترنت أو من قبل الأشخاص الذين يبحثون عن معلومات على الإنترنت لأسباب خاصة أو مهنية.[2]

ويرى البروفيسور "بيير كلود لافوند، Le Professeur Pierre-Claude Lafond" المتخصص في دراسة قانون المستهلك، بأن تعريف المستهلك يعتمد على السياق المتواجد فيه، وبالتالي فهو متغير، ففي قانون كيبيك عرف المستهلك بأنه الشخص الطبيعي، فقد اعتمد على المعيار الشخصي، وبالنسبة للمقتنيات يجب أن تكون السلعة أو الخدمة التي يتم الحصول عليها مخصصة لأغراض شخصية وغير تجاري، فالمستهلك هو شخص ليس تاجرًا، وبهذا يكون قد اعتمد على معيرين معيار شخصي، وآخر مادي يعتمد على المقتنيات.[3]

وعند ربط المستهلك باستخدام الوسائل الإلكترونية، يتكون لدينا (المستهلك الإلكتروني)، وهو كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية من المورد الإلكتروني بغرض الاستخدام النهائي،[4] أو هو ذلك الشخص الذي يبرم العقود الإلكترونية المختلفة من شراء وإيجار وقرض وانتفاع وغيرها من أجل توفير كل ما يحتاجه من سلع وخدمات لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية، دون أن يقصد من ذلك إعادة تسويقها ودون أن تتوافر له الخبرة الفنية لمعالجة هذه الأشياء وإصلاحها. [5]

1 - Directive 2002/65/Ce Du Parlement Européen Et Du Conseil Du 23 Septembre 2002 , Op , Cit, P L271/19.

2 - Directive 2000/31/Ec Of The European Parliament And Of The Council Of 8 June 2000, Op , Cit, P L 178/4.

3 - k. Ayeva (malicka), **le reglement en ligne des litiges de cyberconsommation au quebec**, revue de la litterature et pistes de reflexion pour l'amelioration de l'acces a la justice pour les consommateurs, projet de fin d'etudes presente a arthur oulaï et soumis a la faculte de droit de l'universite de sherbrooke, quebec, en vue de l'obtention du grade de maitre en droit, 30 fevrier 2019, p22.

4 – أنظر الفقرة الثالثة من المادة 06 من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص05.

5 – خالد ممدوح، حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، تم الاطلاع عليه يوم 2023/12/03، على الساعة 14:55، متاح على الرابط، https://kenanaonline.com/users/KhaledMamdouh/posts/77881

1- ربط المستهلك بالثقافة المعلوماتية:

المستهلك في نطاق التجارة الإلكترونية هو متعامل ثقافته المعلوماتية محدودة في أغلب الحالات، ما يجعله في مركز ضعف في العلاقة التعاقدية بسبب ما قد يتعرض له من غش وتحايل هند إبرام العقود الإلكترونية أو تنفيذها، في الوقت الذي تكون فيه الأدوات القانونية بشكلها التقليدي على المستويين المحلي والدولي قاصرة على منحه الحماية اللازمة والأكثر تعقيدا للعلاقة كونها تتم عبر الإنترنت، وهي علاقة عابرة لحدود الدولة الواحدة.[1] وعند ربطها بالاعتبارات الاجتماعية، فقد عمدت أغلب التشريعات إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية وهو المستهلك.

2- المستهلك له حماية خاصة:

إن الثقافة المحدودة للمستهلك بالمجال المعلوماتي الرقمي، جعل العديد من الجمعيات عبر مختلف دول العالم تنشأ بهذا الخصوص وهي تهدف إلى حماية المستهلك، وهي جمعيات مدنية لا تهدف إلى تحقيق الربح وتتبع في دفاعها عن المستهلكين عدة طرق ومن أهمها التوعية والدعاية المضادة Contre Publicite - وتستخدم وسائل توعوية تبثها بين المستهلكين كثقافة الامتناع عن الشراء Grève Des Achats أوالامتناع عن الدفع Grève Des Paiement.[2]

وعلى الصعيد التشريعي فقد سعت العديد من الدول إلى إقرار نصوص تشريعية تنظم حياة المستهلك، ومن ذلك التشريع الفرنسي الذي عرف المستهلك الإلكتروني ضمن نص المادة 03 من القانون رقم:344 المؤرخ في: 10 مارس 2014، "كل شخص طبيعي يتصرف لغايات لا تدخل في إطار نشاطه التجاري أو الصناعي أو الحرفي أو الحر".[3]

أما المشرع المصري فيرى بأن المستهلك هو كل شخص طبيعي أو اعتباري يقدم إليه أحد المنتجات لإشباع حاجاته غير المهنية أو غير الحرفية أو غير التجارية، أو يجرى التعامل أو التعاقد معه

1- بتوجي سامية، **البيئة الرقمية ودورها في تغيير طبيعة المستهلك من تقليدي إلى إلكتروني**، مجلة الحقوق والحريات، المجلد 09، العدد02، سنة 2021، ص417.

2 – خالد ممدوح، حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، صفحة على الانترنت، مرجع سابق.

3 - Article 3, Loi N° 2014-344 Du 17 Mars 2014 Relative A La Consommation, «Art. Preliminaire. – Au Sens Du Present Code, Est Consideree Comme Un Consommateur Toute Personne Physique Qui Agit A Des Fins Qui N'entrent Pas Dans Le Cadre De Son Activite Commerciale, Industrielle, Artisanale Ou Liberale. ». 18 Mars 2014 Journal Officiel De La Republique Française Texte 1 Sur 96.

بهذا الخصوص.[1] وعلى غرار المشرع المصري نجد في التشريع الإماراتي، بأن المستهلك شخص يستهلك أو يحصل على سلعة أو خدمة. [2]

وبدوره المشرع الجزائري فقد جاء القانون رقم:03/09، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، فاعتبر المستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به.[3]

وضمانا من المشرع الجزائري، ومن أجل الحفاض على النظام العام للعقد عموما وحماية للمستهلك خصوصا، فقد منح للمستهلك إمكانية إبطال العقد، في حالة عدم احترام الأحكام المتعلقة بالعرض أو الأحكام المتعلقة بالعقد والشروط التي يتضمنها، من طرف المورد فإنه يمكن للمستهلك الإلكتروني طلب إبطال العقد والتعويض عن الضرر الذي لحق به.[4]

إذا كان المستهلك هو كل شخص طبيعي أو منظمة غير ربحية تقتني السلع أو الخدمات لتلبية احتياجاتها الشخصية والاجتماعية، فقد حظي باهتمام خاص لدى جل التشريعات، ولا يزال شراح القانون يبحثون عن الآليات الفعالة التي تضمن الحماية اللازمة للمستهلك، كما لا يخفى علينا فالمستهلك لا يتعاقد مع نفسه في العقود المبرمة عن بعد، فالعلاقة التعاقدية لا تتم دون الطرف الثاني، ودوره الفعال في العقود المبرمة عن بعد وهو المورد.

وفي هذا الصدد نذكر بأنه يمكن القيام ببعض عقود التبرع كالهبة والصدقة، خاصة ما تعلق منها بالجمعيات الخيرية، حيث صارت الصدقة تتم عن طريق شبكة الانترنت،[5] وهذه العقود لا يوجد فيها الطرف الثاني، وهي لا تعبر عن حماية المستهلك، لأن المتبرع في حد ذاته لا يعتبر مستهلك.

1- أنظر الفقرة الأولى من المادة الأولى، من القانون المصري رقم:181 لسنة 2018، مرجع سابق، ص03.

2 - Ghaith (Saadi), **Les Contrats Du Commerce Electronique : Etude Comparative Entre Le Droit Emirien Et Le Droit Français**, Thèse Pour L'obtention Du Titre De Docteur En Droit Presente Et Soutenu Publiquement, Volume I, Universite Pantheon-Sorbonne - Paris I, Français, 2022, P38.

3 – أنظر الفقرة الأولى من المادة 03 من القانون رقم:03/09، المؤرخ في: 2009/02/25، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد15، المؤرخة في: 2009/03/08، ص13.

4- أنظر المادة 14 من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص07.

5- شجاع بن غازي العتيبي، عبد الله علي سعود كليب العازمي، **العقد الإلكتروني (حقيقة وحكم)**، مجلة القوانين، كلية الحقوق، ص 1656.

ثانيا– المورد:

وهو الطرف الثاني في العلاقة التعاقدية فالمورد الإلكتروني هو كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع أو الخدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية،[1] فالمورد يشمل كل شخص طبيعي أو اعتباري عام أو خاص، يكون في سياق أنشطته التجارية أو المهنية. [2]

وبمعنى آخر فالمورد هو "كل شخص يمارس نشاطا تجاريا أو صناعيا أو مهنيا أو حرفيا يقدم خدمة للمستهلك، أو ينتج سلعة أو يصنعها أو يستوردها، أو يصدرها أو يبيعها أو يؤجرها أو يعرضها أو يتداولها أو يوزعها أو يسوقها، وذلك بهدف تقديمها إلى المستهلك أو التعامل أو التعاقد معه عليها بأي طريقة من الطرق بما في ذلك الوسائل الإلكترونية وغيرها من الوسائل التقنية الحديثة".[3]

فالمورد الإلكتروني في سياق العلاقات التعاقدية، يمكن أن يكون شخصًا طبيعيًا أو معنويًا، ويتسع دوره أكثر، عند استخدام وسائل الاتصال الإلكترونية خاصة في تسويق السلع والخدمات، وقد زاد دوره أهمية عندما شمل جميع أنواع الأفراد والشركات، سواء كانت تجارية أو مهنية، مما يعكس التطورات الحديثة في التجارة الإلكترونية والتقنيات ذات الصلة.

ولكون العقود المبرمة عن بعد تمتاز بخصوصية تجعلها تختلف عن العقود التقليدية فهناك أطراف تتدخل في العقد دون أن تكون طرفا مباشرا فيه، إلا أنه يمكن أن يكون لها دور فعال في التعاقد أو التنفيذ، وقد تنصرف لها تحمل المسؤولية عند تكوين العقد أو تنفيذه، وقد نجد لها عدة مسميات في عبر مختلف التشريعات.

ثالث: الأطراف المتدخلة في العقود المبرمة عن بعد بمسميات مختلفة:

قد نجد في العقود المبرمة عن بعد أشخاص طبيعية أو معنوية تتدخل في عملية التعاقد، فقد يبدو وأكانه نوع في تعدد التسميات للمورد فنجد من يسميه بالعون الاقتصادي، وقد نجد أن أطراف تتدخل في تكوين أو تنفيذ العقد، فمنهم من يكمن دوره في الترويج والإعلان، ويسمى المعلن، ويبدأ دوره في تكوين العقد، وقد يكون هناك شخص آخر يقوم بالتزويد أو يقدم الخدمة ويسمى المزود، دون أن يكونا طرفا في العلاقة التعاقدية، وقد يسمى بتسميات أخرى، وقد نجد أشخاص آخرين يبدأ دورهم عند تنفيذ العقد وهو ما

1 – أنظر الفقرة الرابع من المادة 06 من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص05.

2 - Directive 2002/65/Ce Du Parlement Européen Et Du Conseil Du 23 Septembre 2002 , Op, Cit, P L271/19.

3– أنظر المادة الأولى، الفقرة الخامسة، من القانون المصري رقم:181 لسنة 2018، مرجع سابق ص03.

يسمى بشركات التوصيل أو تقديم خدمات التوصيل، وهذا ما يبرز ان التعاقد عن بعد عملية تتطلب تضافر جهود يفوق دورها اقتصاره على المورد والمستهلك فقط.

1-العون الاقتصادي في العقد المبرم عن بعد:

عرف المشرع الجزائري العون الاقتصادي بموجب المادة 03 من القانون رقم:02/04، بأنه كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها.[1]

ولأن العقد المبرم عن بعد يعتمد أكثر على الإعلان في إبرام العقد خاصة في التعريف بالمنتج الذي من خلاله يتعرف المستهلك على المنتج أو الخدمة المقدمة، ليبادر بإبرام العقد، لذلك نجد شخص آخر يتدخل في العملية التعاقدية.

2- المعلن في العقد المبرم عن بعد:

يعد معلنا، طالب الإعلان والوسيط الإعلاني والوكالة الإعلانية ووسيلة الإعلان، وذلك وفقا للمواصفات القياسية المصرية الخاصة باشتراطات الإعلان عن السلع والخدمات".[2] فكل من يعلن عن السلعة أو الخدمة أو يروج لها باستخدام مختلف وسائل الإعلان والدعاية.[3] ويعد معلنا، طالب الإعلان والوسيط الإعلاني والوكالة الإعلانية ووسيلة الإعلان، وذلك وفقا للمواصفات القياسية المصرية الخاصة باشتراطات الإعلان عن السلع والخدمات".[4]

فالمعلن هو كل شخص يقوم بالإعلان عن سلعة أو خدمة أو الترويج عن سلعة أو خدمة أو الترويج لها بذاته أو بواسطة غيره باستخدام أي وسيلة من الوسائل الإعلامية أو الإعلانية، بما في ذلك الوسائل الرقمية، وفي هذا السياق وفي ظل التطور التكنولوجي قد لا يكون المعلن شخصا طبيعيا فقد يكون برنامج مدعوم بخدمة معينة يقوم بالإعلان وإرسال الرسائل الإعلانية التي من شأنها التحفيز على التعاقد، وقد يستعمل من أجل الإعلان وسائل إعلامية وتشمل بذلك الوسائل الرقمية والتكنولوجيا الحديثة.

1- أنظر الفقرة الأولى من المادة 03 من القانون رقم: 02/04، مرجع سابق، ص04.

2 - أنظر المادة الأولى، الفقرة السادسة، من القانون المصري رقم:181 لسنة 2018، مرجع سابق، ص 04.

3- أنظر المادة الأولى، من القانون الإتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، رقم:24 لسنة 2006، المتعلق بحماية المستهلك، متاح على الرابط، https://faolex.fao.org/docs/pdf/uae192657.pdf

4 - أنظر المادة الأولى، الفقرة السادسة، من القانون المصري رقم:181 لسنة 2018، مرجع سابق، ص 04.

3- مقدم الخدمة في العقد المبرم عن بعد:

يقصد به كل شخص طبيعي أو اعتباري يقدم خدمة معلومات للمجتمع، وقد يكون مقدم الخدمة معتمد، إذا كان يقوم بتقديم الخدمات عبر استخدام الوسائل والتقنيات وهو يعمل لصالح مؤسسة مستقرة وتقدم نشاط اقتصادي.[1]

وقد عرف المتدخل في مضمون الفقرة السابعة من المادة الثالثة من القانون رقم:03/09 المؤرخ في 2009/02/25، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتجات للاستهلاك.[2]

4- المزود في العقد المبرم عن بعد:

فالمزود كل شخص طبيعي أو معنوي يقدم الخدمة أو المعلومات أو يصنع السلعة أو يوزعها أو يتاجر بها أو يبيعها أو يوردها أو يصدرها أو يتدخل في إنتاجها أو تداولها.[3]

فالمزود بهذا الشكل الموضح يشمل المورد وغيره من الأشخاص القائمة على توفير المنتجات للمستهلك، فيبدو الغرض من جمع كل هؤلاء تحت مسمى المزود، يكمن في تحمل المسؤولية، لكل من شارك في توفير المنتج للمستهلك.

ولعل التسميات المذكورة أعلاه تقترب من بعضها، وفي بعض الأحيان فد يختلط الأمر حول دور كل شخص في العلاقة التعاقدية، ويلاحظ هذا بشكل واضح لاسيما في تعريف المزود بأنه كل شخص يقدم خدمة، فيبدو وكأن مقدم الخدمة والمزود شخص واحد، وقد يبدو بأن مزود الخدمة و من يقوم بخدمات التوصيل، ويكون دوره في نهاية عملية التعاقد، لذلك في هذه المصطلحات قريبة جدا من بعضها.

إن حماية المستهلك التي تسعى جل التشريعات من أجل توفيرها، تجعلنا نبحث عن طبيعة المنتجات والخدمات التي تخوف منها المشرع الجزائري وغيره من التشريعات، وهي تمثل محل العقد، وباختصار، فالعقود المبرمة عن بُعد تمثل جزءًا من عقود الاستهلاك، وهذا راجع لتعامل المباشر مع

1-Directive 2000/31/Ce Du Parlement Europe´ En Et Du Conseil Du 8 Juin 2000, Op, Cit, P L178/9.

2 – أنظر الفقرة 07 من المادة 03، من القانون رقم:03/09 مرجع سابق، ص13.

3- أنظر المادة الأولى، من القانون الإتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، رقم:24 لسنة 2006، مرجع سابق.

السلع والخدمات التي يستهلكها الأفراد، تتطلب هذه العقود اهتمامًا خاصًا بحقوق المستهلك والالتزام بالقوانين والشروط المعمول بها لضمان الحماية والأمان.

الفرع الثالث: التكييف القانوني للعقود المبرمة عن بعد:

من أجل تبيان خصوصية العقود المبرمة عن بعد أكثر لابد لنا من تبيان التكييف القانوني لهذه العقود التي لا تشكل طائفة منفردة لوحدها كما رأينا، ومع هذا فقد اختلف الفقه في كونها عقود إذعانيه أم أنها رضائية، وقد تطرقنا أيضا للمبادئ الجديدة التي لم تكن معروفة في العقود التقليدية، وهي ضرورية جاءت مصاحبة للعقود الرقمية، زيادة على المجالات التي يمكن التعامل فيها من المستثناة من التعامل.

أولا: العقود المبرمة عن بعد عقود ذو طبيعة إذعانيه:

تم اصطلاح عقد الإذعان على هذا النوع من العقود من قبل الفقيه "سالي" وهذا لعدم وجود اصطلاح أفضل وأنسب منه حسب قوله، ويرى بأنها عقود لا تعدو أن تكون إعلانات متوازية بالإرادة المنفردة.[1]

بينما ذهب رأي من الفقه إلى اعتبار أن التعاقد بين غائبين من العقود الإذعانين، وذلك لكون شروط العقد معدة سلفا، فما على المتعاقد سوى القبول أو الرفض فهو أقرب إلى عقود الإذعان.[2]

وعقد الإذعان عموما، وهو العقد الذي لا يملك فيه أحد المتعاقدين الحرية الكاملة بما يتمتع به الطرف الآخر، بحكم وضعه الفعلي أو القانوني، يقوم بوضع شروط العقد في جملتها فيبقى على المتعاقد الآخر قبول العقد برمته أو رفضه برمته.[3]

وما يزيد إمكانية اعتبار العقد المبرم بالطريقة الإلكترونية لفكرة عقود الإذعان، هو توفر أهم شرطا من شروط الإذعان في العقد، والمتمثل في (صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة بنحو مستمر)، وهذا الشرط غير متصور في العقود الشخصية التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية، كالتعاقد الشخصي بالهاتف أو بالفاكس، وإنما هذا الشرط متوفر في غالب التعاقدات الموجودة في التعاقد

1 – سمير تناغو، **الالتزام القضائي، الحكم القضائي مصدر جديد للإلتزام، دراسة فنية لتعديل القاضي للعقد**، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2014.

2 – ماجد محمد سليمان أبا الخيل، مرجع سابق، ص33.

3 – خليل أحمد حسن قدادة، **الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري**، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، 2010، ص27.

الإلكتروني الذي يتم عبر الإنترنت، أو عبر الوسائل السمعية والبصرية العامة الموجه لشريحة كبيرة من الجمهور.[1]

ورغم أن بعض الفقه يرى بأن عقود الإذعان ليست من طبيعة تعاقدية، وهم فقهاء القانون الإداري، سالي Saleilles ودوجي Duguit وهوريو Hauriou وديموج Dimogue ، حيث يعتبرون بأن الإذعان مركز قانوني منظم،[2] إلا أن البعض الآخر منهم ذهب بالقول إلى أن العقود الإلكترونية دائرة بين الإذعان والرضا، عندما تكون العقود عن طريق الحكومات أو المواقع الإلكترونية، فقد تتضمن سمات عقود الإذعان، أما العقود التي تكون عن طريق بعض المواقع الإلكتروني المختصة بالمساومة واقتران الإيجاب بالقبول عن طريق البريد الإلكتروني فهذه العقود تتسم بالرضائية.[3]

والشرط التعسفي هو كل بند أو شرط يضعه أحد العاقدين بمفرده، سواء بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد.[4] ولقد اعتبر المشرع الجزائري طبقا للمادة 29 من القانون رقم:02/04، من الشروط التعسفية في العقود بين المستهلك والبائع، كأخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك، أو فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد، أو شرط يمنح للمهني الحق في تعديل عناصر أو مميزات أساسية تتعلق بالمنتوج في العقد دون موافقة المستهلك، أو من خلال التفرد بحق تفسير شروط العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية، أو إلزام المستهلك بتنفيذ التزامات، أو رفض حق المستهلك في حق فسخ العقد إذا أخل المهني بالالتزام أو عدة التزامات، أو التفرد في تغيير آجال تسليم المنتوج أو آجال تنفيذ الخدمة، أو التهديد بقطع العلاقة التعاقدية، في حال رفض المستهلك الخضوع لشروط جديدة غير متكافئة.[5]

1 – عبد الكريم بن صالح العبود، **التعاقد عن بعد بالوسائل (الوسائط) الإلكترونية، في الشريعة الإسلامية والنظام السعودي**، ماجستير، كلية الشريعة، قسم الأنظمة، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، دون سنة إعداد، ص 65.

2 – فطيمة الزهراء مصدق، عبد الحفيظ بقة، **التوازن المالي للعقد ضرورة تفرض نفسها على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين**، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، المجلد 13، العدد 02، أكتوبر 2021، ص 592

3– شجاع بن غازي العتيبي، عبد الله علي سعود كليب العازمي، مرجع سابق، ص 1665.

4– أنظر الفقرة الخامسة من المادة 03 من القانون رقم 02/04، مرجع سابق، ص04.

5– أنظر المادة 29، المرجع سابق، ص07.

وكمثال عن العقود النموذجية ذات الشروط غير القابلة للنقاش، كالعقود المصرفية سواء العادية أو الإلكترونية فهي عقود نموذجية أو نمطية، فهي تعد في صورة نموذج ينفرد أحد أطرافه بإعداد بنوده، ولا يقبل التفاوض من الطرف الآخر حيث يجد المتعاقد نفسه مرغما على القبول بالعقد كما هو أو رفضه.[1]

فالبنك يقوم بصياغة العقود المصرفية الخاص بشكل خدمة، بحيث تتضمن شروط العقد والتزامات الطرفين ثم يجعله متاحا على موقعه على شبكة الإنترنت، وعلى المتعامل مع البنك إذا أراد الحصول على هذه الخدمة، الاطلاع على الشروط المعدة من البنك سلفا، ففي حال الموفقة على الشروط يقوم بالضغط على أيقونة تفيد الموافقة على العقد، وفي حال العكس لا يضغط أصلا أو يرفض إن وجد زر للرفض.

فالعقود المبرمة عن بعد تتعامل مع شروط وأحكام تتعلق بالشراء والتسليم والضمانات والإلغاء والاسترداد وغيرها من الجوانب، يجب أن تكون هذه الشروط وفقًا للقوانين النافذة لحماية المستهلك وضمان حقوقهم.

ثانيا: العقود المبرمة عن بعد من العقود الرضائية.

وهناك رأي آخر يرى بأن مبدأ الرضائية ما زال يسود العقود المبرمة بالوسائل الإلكترونية، حيث يمكن لأحد الأطراف إذا لم ترضيه الشروط المعروضة أن يقوم بشراء السلعة من منتج أو مورد آخر، لأن هناك عددًا كبيرًا من البائعين والمشترين الذين يتعاملون في السلعة، فالمشترى له حرية الاختيار، وهذا خاضع لرضاه، وأما الشروط التي يضعها العارض، ما هي إلا تحليل للإيجاب أو الدعوة إلى التعاقد والقصد منها هو التبسيط لعملية التعاقد، وتقليل الزمن والجهد، وتسهيل عمليات البيع والشراء التي تتم عادة عن طريق أجهزة الكمبيوتر.[2]

ويرجع سبب اعتبار العقود المبرمة عن بعد ومن بينها العقود الإلكترونية ووفقاً للفقه، لاعتماده على طريقة التفاوض التي يتم بها إبرام العقد، خاصة إذا تم تحديد شروط البيع العامة، ولذلك، فإن الحماية التي يوفرها القانون المدني للمستهلك الإلكتروني عامة للغاية، ويهدف حصراً في هذه المرحلة إلى

1 – بلحاج محجوبة، **الالتزام بالإعلام الإلكتروني ما قبل التعاقد المصرفي الالكتروني**، مجلة الاجتهاد للدارسات القانونية والاقتصادية، جامعة تامنغست، الجزائر، المجلد08، العدد01 سنة 2019، ص61.

2 – عبد الكريم بن صالح العبود، مرجع سابق، ص 65.

الحفاض على موافقته وقبوله كأي شخص متعاقد، ونظرًا لعموميتها، تظل هذه الحماية متساوية ومحايدة بغض النظر عن الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي للطرفين.[1]

فالعقود المبرمة عن بعد، هي من قبيل عقود المعاوضة، فهي العقود التي يحصل فيه المتعاقد مقابل ما التزم به أمام المتعاقد الآخر، مثلا البائع حصوله على الثمن من المشتري، ويلتزم بإعطاء المبيع إلى المشتري.[2]

فالعقود الملزمة للجانبين أو العقود التبادلية، هي العقود التي تنشأ حقوق والتزامات ثنائية متقابلة في ذمة كل متعاقد.[3] وهي ملزمة للجانبين، حيث ترتب التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين فعقد الإيجار يرتب على المؤجر التزامات تسليم العين المؤجرة للمستأجر للانتفاع ويرتب على المستأجر في مقابل ذلك دفع الأجرة،[4]

ثالثا: العقود المبرمة عن بعد تخضع لمبادئ جديدة:

عرفت العقود المبرمة عن بعد مبادئ جديدة، جاءت نتيجة للتعاملات الإلكترونية التي أثرت وتأثرت بها، خاصة وأن الوسائل المستخدمة ليست على قدم المساواة من حيث استخدام التقنيات، ومن حيث التحكم في التكنولوجيا، لذلك فقد ظهرت مبادئ جديدة نذكر البعض منها على سبيل المثال:

1- أخلاقيات الذكاء الاصطناعي كمبدأ حديث:

جاءت توصية اليونسكو بشأن أخلاقيات الذكاء الاصطناعي، المعتمدة بتاريخ 23 نوفمبر 2021، حيث تهدف هذه التوصية إلى أن تكون أداة معيارية تم تطويرها باتباع نهج عالمي، يستند إلى القانون الدولي ويتمحور حول الكرامة وحقوق الإنسان، فضلاً عن المساواة بين الجنسين والعدالة الاجتماعية

1 -Maazi (Djihad), AMROUNE (Celia), Op, Cit, P417.

2 – خليل أحمد حسن قدادة، **الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري**، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، 2010، ص23.

3 – العربي بلحاج، **مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المصادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة)، الجزء الأول**، مرجع سابق، ص115.

4 – خليل أحمد حسن قدادة، **الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري**، الجزء الأول، مرجع سابق، ص22.

الاقتصادية والتنمية، والرفاهية البدنية والعقلية، والتنوع، والاعتماد المتبادل الاعتماد على البيئة والنظم الإيكولوجية وإدماجها وحمايتها، ويهدف إلى إعطاء توجيه مسؤول لتقنيات الذكاء الصناعي.[1]

تهدف هذه التوصية إلى تقديم إطار معياري مبني على المعايير الدولية وقوانين القانون الدولي، مع التركيز على قيم مثل الكرامة الإنسانية وحقوق الإنسان، وتحقيق المساواة بين الجنسين والعدالة الاجتماعية والاقتصادية والتنمية، وتعزيز الرفاهية البدنية والعقلية، وتعزيز التنوع، وتعزيز الاعتماد المتبادل على البيئة وحمايتها وإدماجها في النظم الإيكولوجية. يهدف هذا الإطار إلى توجيه استخدام تقنيات الذكاء الصناعي بشكل مسؤول وأخلاقي.

2- مبدأ الحياد التكنولوجي في العقد المبرم عن بعد:

ويتمثل هذا المبدأ في المساوات القانونية بين جميع أنماط ووسائل الاتصال بشكل متماثل، حيث يتم تفسيره وتطبيقه دون تفضيل أسلوب على آخر سواء من حيث مبدأ الصياغة أو مبدأ التفسير، ويجب أن يتم تكريس مبدأ الحياد التكنولوجي بقانون خاص يتعلق بأن الوثيقة لها نفس القيمة القانونية سواء كانت على الورقة أو الوسيط التكنولوجي في باب الاثبات.[2]

يعكس مبدأ الحياد التكنولوجي المساواة القانونية بين مختلف أشكال ووسائل الاتصال، حيث يتم تفسيره وتطبيقه بدون تمييز بين الأساليب المختلفة، سواء في صياغتها أو تفسيرها، وينبغي تعزيز مبدأ الحياد التكنولوجي من خلال قوانين محددة تؤكد أن الوثائق تحمل قيمة قانونية متساوية سواء كانت على ورق أو وسائط تكنولوجية عندما يتعلق الأمر بالإثبات وتقديم الدليل.

كما أنه يمكن اقتصار استخدام الحياد التكنولوجي حدوده، في مجال معين كالتوقيع الإلكتروني، و هكذا، فإن الحياد التكنولوجي المعطى لما يسمى بالتوقيع الإلكتروني "المتقدم" والذي، على الرغم من الصياغة المفتوحة على ما يبدو أنه يشير فقط إلى تقنية التوقيع الرقمي، التشفير غير المتماثل ومعتمد من قبل مزود خدمة التصديق، كان مثل هذا الانتهاك لمبدأ الحياد أمرًا لا مفر منه منذ اللحظة التي يزعم فيها أنه يستوعب توقيعات إلكترونية معينة بحتة وببساطة في التوقيع بخط اليد، وذلك لتجنب الشخص

1 - Bensamoun (Alexandra), Gregoire Loiseau, Droit De L'intelligence Artificielle, 2e Edition, Lgdj, Lextenso, 2022, P19.
2 - Rapport Final Du Projet De La Consommation D'industrie Canada, Op, Cit, p13.

الذي يستغل نفسه من الاضطرار إلى إقناع القاضي بأهلية العملية المستخدمة للتوقيع لأداء الوظائف المخولة تقليديا للتوقيع .[1]

3_مبدأ الأمان الإلكتروني:

تتطلب العقود المبرمة عن بعد اعتماد الإلكترونيات وتقنيات الأمان المناسبة لحماية المعاملات والبيانات الشخصية للمستهلكين، يجب أن يكون هناك اهتمام بضمان سلامة وأمان هذه العمليات الرقمية.

رابعا: العقود المبرمة عن بعد تقتصر على مجالات معينة:

تتعدد مجالات التعاقد عن بعد نظرا لما توفره الوسائل التقنية من إمكانية التواصل عبر المحيط الإلكتروني، إلا أن هذا لا يمنع من تدخل المشرع لضبط أمور التعاقد ومنه ما يتعارض مع النظام العام من التعاقد وما يختلف من مجتمع لآخر خاصة ما يوفره المجال الرقمي عبر الانترنت من سهولة التواصل، دون أن يطلق العنان في التعاقد لما هو محرم في التشريعات الوطنية.

1- مجالات التعاقد عن بعد:

يشمل التعاقد عن بعد كل المجالات المتعلقة بالمنتجات والخدمات التي يمكن التعامل فيها عبر الإنترنت باستخدام التكنولوجيا الرقمية، ومن بين هذه المنتجات، يمكن أن تكون هناك السلع التي تصنف ضمن عقود الاستهلاك، مثل الأجهزة الإلكترونية والأدوات المنزلية.

المنتجات تمثل السلع والخدمات المقدمة من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص، وتشمل أيضا السلع المستعملة التي يتم التعاقد عليها من خلال مورد، عدا الخدمات المالية والمصرفية المنظمة بأحكام قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي، وقانون تنظيم الرقابة على الأسواق والأدوات المالية غير المصرفية.[2]

وتتعدد استخدامات العقود المبرمة عن بعد، حسب الآلية المعتمدة، فالعقد الذكي مثلا يمكن أن يتم اللجوء إليه لا سيما في المراهنات التي تتم عبر الإنترنت، حيث تنشأ عدة عقود ذكية، عبر عدة مراحل متتالية فالمرحلة الأولى تشير إلى أنه إذا قام شخص ما بإرسال أموال ومراهنة على ناد، فإن المراهنة

1 - Demoulin (Marie), ET MONTERO (Étienne), Etude Parue Dans M. Fontaine (Dir.), Le Processus De Formation Du Contrat. Contributions Comparatives Et Interdisciplinaires A L'harmonisation Du Droit Europeen, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 2002, P554.

2 - أنظر المادة الأولى، الفقرة الرابعة، من القانون المصري، رقم:181 لسنة 2018 مرجع سابق، ص03.

ستسجل وسيتم حساب نسبة جديدة، في هذه الحالة، يتم تشكيل العقد بناءً على تنفيذ المقابل المالي، مكتملاً بالموافقة، ثم في نهاية المباراة، إذا فاز النادي المذكور، يتم دفع الأموال بناءً على النسب والرهانات، ويتم تنفيذ العقد بشكل تلقائي دون تدخل خاص، ويمكن لجمع عدة عقود ذكية تغطية جميع عمليات العقد من تكوين العقد إلى تنفيذه، دون الحاجة إلى التدخل البشري، ومع ذلك، يحتاج العقد الذكي إلى معلومات خارجية، على الأقل في بداية العملية، وهذه المعلومات تدخل ضمن البرمجة، كما في المثال المقدم أعلاه، المعلومات التي يتم إدخالها هي معلومات دفع الأموال من المراهن، بالتالي، قد تتطلب العقود الذكية تدخلاً من جهة خارجية مسماة لدى البعض بـ "أوراكل" لتثبت إلكتروني بعض الأحداث التي قد تؤدي إلى تنفيذ العقد. [1]

وكمثال على المنتجات التي يمكن التعامل فيها عبر الأنترنت ما جاء به المرسوم التنفيذي رقم:17/22، المادة 02 منه، بأن بيع الكتب بالطريقة الالكترونية نشاط تجاري يمارس في إطار احترام التشريع والتنظيم المعمول بهما.[2]

وقد حدد شروط لبيع الكتب بالطرق الإلكتروني، بموجب المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 271/22، بإلزامية التسجيل في السجل التجاري، ونشر موقع إلكتروني أو صفة إلكترونية مستضاف في الجزائر بامتداد "com.dz"، حيث توفر الموقع الإلكتروني على وسائل تسمح بالتأكد من صحته، زيادة على إيداع اسم النطاق لدى مصالح المركز الوطني للسجل التجاري.[3]

وقد أوجب المشرع على بائع الكتب بالطرق الإلكترونية على وضع الشروط التعاقدية في متناول المستهلك بكيفية تجعله يتعاقد عن دراية،[4]

2- الاستثناءات الواردة على التعاقد عن بعد:

منعت التشريعات عدد من الأعمال والمنتجات من مجال التعامل ومن ذلك فقد منع المشرع الجزائري بعض لأعمال التي تمس بالنظام العام والآداب العامة من مجال ممارسة الأعمال التجارية الإلكترونية مثالها لعب القمار والرهان واليانصيب، أو المشروبات الكحولية، وغيرها من السلع المحضورة

1 - Assoko (Héraclès Mayé), Op Cit , P 333.

2- أنظر المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم:271/22، المؤرخ في: 2022/07/18، المحدد لكيفيات بيع الكتاب بالطريقة الإلكترونية، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد49، المؤرخة في: 2022/07/20، ص20.

3- أنظر المادة 04، المرجع نفسه، ص20.

4- أنظر الفقرة الأولى المادة 05، المرجع نفسه، ص21.

أو الممنوعة،[1] كما منع كل المعاملات عن طريق الاتصالات الإلكترونية المتعلقة بالعتاد والتجهيزات والمنتجات الحساسة و/أو الخدمات التي تمس بالدفاع والأمن العمومي.[2]

تدخل المشرع الجزائري حين قام بمنع عدد من الأنشطة والسلع من مجال التعامل في البيئة التجارية الإلكترونية، ومن ضمن هذه الأنشطة الممنوعة تلك التي تتعارض مع النظام العام والقيم الأخلاقية العامة، كالأنشطة التي تشمل القمار، والرهان، واليانصيب، بالإضافة إلى بيع المشروبات الكحولية، وغيرها من السلع المحظورة أو الممنوعة. كما تم منع كل المعاملات التي تتم عبر الاتصالات الإلكترونية وتتعلق بالمعدات والتجهيزات والسلع الحساسة والخدمات التي قد تؤثر على سلك الدفاع أو الأمن.

من خلال ما تم توضيحه فالعقود المبرمة عن بعد مختلفة فيما بينها، من حيث التنفيذ فمنها ما يتم التنفيذ تلقائيا بشكل آلي بمجرد توافر شروط العقد، بينما يسعى الأطراف لتنفيذ العقد رغم أنه مبرم عن بعد كالعقد الإلكتروني.

ولعل من أهم ما يميزها عن غيرها هو ميزة التباعد التي لا يمكن أن تطبق إلا باستخدام التكنولوجيا الحديثة، المعتمدة على المجال الرقمي والوسائل الإلكترونية الحديثة، وهو موضوع المبحث الثاني.

1- أنظر المادة 03 من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص05.

2- أنظر المادة 05، المرجع نفسه، ص05.

المبحث الثاني: دور التقنيات الرقمية في التعاقد.

إن استخدام وسائل إلكترونية تعتمد على الرقمنة جاء نتيجة اكتساح التكنولوجيا لمختلف مناحي الحياة، ما كون أرضية خصبة تسمح بمثل هكذا تطور، بل تجعل من السهل انتشارها، وهذا راجع لكون الانسان عموما أصبح مهيأ لتقبل هذه الأفكار في مجال العقد، بل بالعكس فلو لم تظهر هذه الاستخدامات في العقد، لوجدنا أنفسنا نناقش الموضوع حول كيفية استخدام التكنولوجيا في مجال العقود، ونجيب عن سؤال حول تأخر استخدام التكنولوجيا وعدم الاعتماد على الرقمنة في مجال العقود، وهو الأمر ذاته اليوم، فنحن نناقش الأمر بسؤال مشابه، ولكن بشكل مختلف، ويتمثل في، دور الوسائل الإلكترونية في التعاقد، (المطلب الأول)، ثم نتجه إلى جانب آخر وهو تقييم الوسائل الإلكترونية المستخدمة التعاقد، (المطلب الثاني).

المطلب الأول: استخدام الوسائل الإلكترونية في التعاقد.

لم يعد التعاقد يعتمد على تلاقي أفراد العلاقة العقدية مباشرة، كما كان سابقا ففي العقود التقليدية، بل تعداه ليصبح إبرام العقد باستخدام وسائل تساعد على إبرام العقد وتدخل في العلاقة التعاقدية في كل المراحل، أهمية استخدام التقنيات المساهمة في إبرام العقود عن بعد (الفرع الأول)، ثم التطرق الى الوسائل المادية المستخدمة في التعاقد (الفرع الثاني)، التقنيات المستخدمة في التعاقد (الفرع الثالث).

الفرع الأول: أهمية استخدام التقنيات المساهمة في إبرام العقود عن بعد.

إن تسمية التقنيات التي خصصنا بها هذا الفرع، يرجع القصد منها، ليشمل إلى جانب الوسائل الإلكترونية، البرامج والشبكات المستخدمة في التعاقد، وتقنية الاتصال عن بعد حسب المرسوم التنفيذي رقم:378/13، المؤرخ في: 2013/11/09، المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، هي كل وسيلة دون الحضور الشخصي والمتزامن للمتدخل والمستهلك، ويمكن استعمالها لإبرام العقد بين هذين الطرفين.[1]

وتتجلى أهمية الوسائل من حيث استخدامها في ابرام العقد، فهي تضمن الحفاض على البنود والشروط العامة المقدمة للمستلم كونها تسمح بالحفاض عليها وإعادة ارجاعها عند الضرورة،[2] فهي تقوم

1- أنظر الفقرة الأخيرة من المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم:378/13، مرجع سابق، ص10.

2-Directive 2000/31/Ce Du Parlement Europe´ En Et Du Conseil Du 8 Juin 2000¸ Op Cit, P L178/12.

بالاتصالات بين المتعاقدين باستخدام الوسائل الإلكترونية، والمقصود بالاتصالات الإلكترونية من منظور القانون رقم:04/18، المؤرخ في: 2018/05/10، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية، كل إرسال أو تراسل أو استقبال علامات أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو بيانات أو معلومات مهما كانت طبيعتها، عبر الأسلاك أو الألياف البصرية أو بطريقة كهرومغناطيسية.[1]

أما المرسوم التنفيذي رقم:04/09، المؤرخ في: 2009/04/05، المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائد المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها، فالاتصالات الإلكترونية، تمثل أي تراسل أو إرسال أو استقبال علامات أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو معلومات مختلفة بواسطة أي وسيلة إلكترونية.[2]

فالوسائل الإلكترونية التي يبرم بواسطتها العقد تعتبر تقنية استخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو كهرومغناطيسية أو أية وسائل مشابهة،[3] فوسائل الاتصال عن بعد (Communication A distance)، تلعب دورا هاما في توسيع دائرة المعاملات التجارية على المستويين الداخلي والخارجي، وقد تم استخدام الهاتف والفاكس والتليغراف لإبرام العديد من العقود عن بعد، وبعد ظهور الحاسوب والتطور الهائل في مجال الاتصال وشبكات الإنترنت التي ساهمت وبقوة في توسيع المعاملات عبر الشبكات، وهذا لما تتميز به من سرعة الاتصال وسهولة التعرف على الأشخاص صوتا وصورة في حال إستخدام الفيديو، ولم تعد شبكة الإنترنت مجرد غاية للحصول عليها من جميع أنحاء العالم بل أصبحت وسيلة هامة يتم من خلالها إبرام العديد من العقود.[4]

اعتبر المشرع الجزائري بموجب المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم:271/22، بأن بيع الكتب بالطريقة الالكترونية نشاط تجاري يمارس في إطار احترام التشريع والتنظيم المعمول بهما.[5]

وهذه التقنيات لم تظهر جملة واحدة، فقد اكتشفت عبر مراحل تطورت خلالها من تقنيات بسيطة إلى وسائل وتقنيات رقمية وذكية جد متطورة، ونتيجة لاكتساحها جميع مجالات الحياة، ومنها العقود، ولما

1- أنظر الفقرة الأولى من المادة 10 من القانون رقم:04/18، مرجع سابق، ص06.

2- أنظر الفقرة 06 من المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم:04/09، المؤرخ في: 2009/04/05، المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائد المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد47، المؤرخة في: 2009/08/16، ص05.

3- أنظر الفقرة الثالثة من المادة 02، من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، رقم:15 لسنة 2015، مرجع سابق.

4 - مصطفى عثمان عبد الله، جمال بشير عبد الهادي، **أحكام التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الحديثة**، المجلة العلمية لجامعة الإمام المهدى، السودان، العدد 09، يوليو 2017، ص135.

5- أنظر المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 271/22، مرجع سابق، ص20.

توفره من سهولة في الاستخدام، وتوفير للجهد والوقت، وهذه الوسائل ليست على قدم المساواة في أداء الخدمة رغم تقاربها، وكما كان الأمر عند ظهورها كان عبر مراحل، فهي لم تصل لكل مناطق العالم في وقت واحد رغم أن الفارق الزمني لم يكن كبيرا في وصولها لمختلف لدول العالم، فهي لم تصل في نفس اللحظة، ولذلك لم تتناولها بالتنظيم كل التشريعات في نفس الوقت فالتباين واضح في هذا الصدد، فبالأحرى هناك تشريعات سباقة في النص على استخدام الوسائل الإلكترونية في العقود، وتشريعات لا زالت في تردد حول تقبل هذه التقنيات واقتصارها على مجالات محددة.

أولا- بداية استخدم الوسائل في التشريعات الغربية:

نص التوجيه الأوروبي المؤرخ في 20 مايو 1997 الملغى، على أن وسائل الاتصال كل وسيلة يمكن استخدامها لتكوين العقد بين المورد والمستهلك دون وجودهما في نفس المكان وفي نفس الوقت، أو هي الوسيلة المادية التي تتيح لأشخاص متباعدين جغرافيا التواصل.[1]

ولقد اقترن ظهور العقود المبرمة عن بعد بإدخال وسائل وتقنيات التواصل، وهذا ما انعكس على بعض التشريعات في بداية الأمر ومنها التشريع الروماني، فاعتبارا من العام 2002، وتنفيذا للقانون رقم:365/2002، الذي جاء فيه بأن العقد الإلكتروني هو الاتفاق القانوني الذي ينشأ نتيجة التقاء العرض بالقبول في البيئة الإلكترونية، وتتضمن عملية إبرام العقد الإلكتروني استخدام الكمبيوتر والإنترنت، بالإضافة إلى العناصر الأساسية للعقد التقليدي، ولكن هناك أيضًا عناصر فنية خاصة، تتضمن الخطوات التقنية المطلوبة لإبرام العقد، ووسائل تقنية لتصحيح الأخطاء، والتحقق من صحة البيانات، وتحديد نوع العقد، وتحديد كيفية القبول، والحاجة إلى التوقيع، وما إلى ذلك، حيث الإشارة في القانون الروماني الى ضرورة مراعاة اللغة المستخدمة في التفاوض وصياغة العقد، ناهيك عن الأرشفة الإلكترونية، وطرق الوصول إليها.[2]

ولا يخفى على أحد تأثير التكنولوجيا الرقمية على مختلف القوانين، ومن ذلك التشريع الفرنسي، الذي رضخ للزخم الأوروبي، و أحدث عدة تعديلات من خلال نصوص مختلفة مثال ذلك القانون رقم:230/2000 الصادر في:13 مارس 2000 المتعلق بتكييف قانون الإثبات مع تكنولوجيا المعلومات

1 - Assoko (Héraclès Mayé)،Op Cit، P 26·

2 - Tărchilă (petru), et nagy (mariana), comparative approach of the electronic contract and classical contract, in teaching the content of the new civil code in romania faculty of educational sciences, psychology and social sciences, "aurel vlaicu" university from arad, bd.revolutiei no. 77, arad 310130, romania, p465.

وما يتعلق به التوقيع الإلكتروني، حيث أقر التكافؤ في القانون الفرنسي للإثبات الورقي والإثبات الإلكتروني وكذلك أنشأ نظام التوقيع إلكتروني، أما الأمر رقم:2001/741 المؤرخ في: 23 أغسطس 2001 الذي ينقل التوجيهات، قانون المجتمع والتكيف مع قانون المجتمع في مسائل قانون المستهلك، فقد أنشأ نظامًا استهلاكيًا وقائيًا فيما يتعلق بالعقود المبرمة عبر المسافة، ومنح على وجه الخصوص حق الانسحاب للمستهلك.[1]

وعلى غرار التشريع الفرنسي نجد قانون العقود الإنجليزي الذي تأثر هو الآخر بالتكنولوجيا الرقمية، حيث تمت رقمنه العملية التعاقدية، على غرار أنظمة المعلومات المختلفة كالسوابق القضائية التي عرفت تأثرا كبيرا بتكنولوجيا المعلومات، وبنسب متفاوتة.[2]

بينما لازالت الدول العربية تعرف تذبذبا في التطور التكنولوجي فحسب دراسة أعدت لصالح منتدى دافوس الاقتصادي، تم تصنيف الدول العربية حسب استخدامها للتكنولوجيا إلى ثلاث مجموعات، حيث ضمت مجموعة دول التطور السريع، وشملت دول (الإمارات، الكويت، البحرين)، مجموعة الدول الصاعدة، وشملت دول (مصر، الأردن، لبنان، السعودية)، مجموعة الدول السائرة في طريق النمو، وشملت دول (المغرب، عمان، سوريا).[3]

ثانيا– شروط استخدام التقنيات في ابرام العقود:

اشترط الاتحاد الأوروبي، عدم تعارض النظام القانوني الداخلي للدول إبرام العقود بالوسائل الإلكترونية، وعلى الخصوص التشريعات المطبقة على العملية التعاقدية وأن لا يعيق استخدام العقود الإلكترونية ولا يؤدي إلى الحرمان من الأثر القانوني وصلاحية هذه العقود على أساس أنها تبرم بوسائل إلكترونية، فمن أجل ذلك توجب على الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي تكييف تشريعاتها بما يتوافق مع متطلبات العقود الجديدة، ولا سيما الشكل، والإجراءات التي من المحتمل أن تعرقل بشكل مباشر أو غير مباشر إبرام العقود بالوسائل الإلكترونية، على أن تكون عملية التعديل عن طريق الفحص المنتظم للتشريع المتعلق بالعملية التعاقدية بأكملها.[4]

1 - Jeremy (Achour), Op Cit, P26.
2 - Ibid, P26.
3 – إبراهيم الرواشدة، مرجع سابق، ص 465.
4 - Montero (etienne), **l'avant-projet d'acte uniforme ohada sur le droit des contrats : l'adéquation aux contrats electroniques**, rev. dr. unif. 2008, p298.

ومن أجل إبرام العقود عن بعد لابد من المرور عبر عمليات رقمية، التي تُستخدم فيها تكنولوجيا رقمية تتم عبر شبكة الإنترنت أو ما يعرف بالشبكة العنكبوتية العالمية،[1] وبالتالي فلم يعد الأمر كما كان عليه في السابق، وكأن العقد أصبح مقيد في حال أراد المتعاقدين إبرامه عن بعد، فلا يمكن إبرام عقد عن بعد دون المرور بالوسائل الإلكترونية، وقد يتعدى الأمر ذلك ليستعين بالتكنولوجيا المساعدة كما في حال استخدام الذكاء الاصطناعي، أو الاستعانة بالبرامج كما في حالة العقد الذكي.

بالاضطلاع على الوسائل الإلكترونية نجد بأنها في تطور مستمر، لذلك لا يمكن أن نصنف أو نعدد ونذكر الوسائل الإلكترونية في التعاقد على سبيل الحصر كونها في تطور مستمر، فلا زلنا نشاهد أدوات وبرامج جديد تظهر بين الحين والآخر تساهم وتضمن عملية التواصل بين الأشخاص، وهذا التواصل يمكن استخدامه في التعاقد أيضا، حيث يمكن تقسيمها إلى ما يلي:

الفرع الثاني: الوسائل المادية المستخدمة في التعاقد.

تتعدد الوسائل المادية وتتنوع حسب كيفية استخدامها وطريقة استقبالها للمعلومة، وكيفية ترجمتها وعلى هذا الأساس نميز بينها من حيث كونها مرئية، مسموعة، مكتوبة كما يلي:

أولا: الوسائل المرئية:

يتم استخدام أجهزة الاتصال المرئي في التعاقد، كالتلفاز، واللوحات الإلكترونية، والمحادثة المباشرة عبر الإنترنت، والهواتف التي تدعم تطبيقات المشاهدة.

1- دور الحاسوب الآلي في العقد المبرم عن بعد:

ويسمى باللغة الفرنسية "Ordinateur" وباللغة الإنجليزية "Computer"، وعرف على أنه "جهاز إلكتروني يتعامل مع المعلومات والبيانات بتحليلها وبرمجيتها، وإظهارها وحفظها وإرسالها واستلامها، بواسطة برامج وأنظمة معلومات إلكترونية، ويمكن أن يعمل بشكل مستقل أو بالاتصال مع أجهزة أو أنظمة إلكترونية أخرى".[2]

1 - عائشة بن النوي، **دراسة تحليلية لواقع وسبل تفعيل التجارة الإلكترونية في الجزائر**، كتاب جماعي، التعاقد في الفضاء الرقمي، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين، ألمانيا، 2021، ص85.

2 - آيت علي زينة، **مفاهيم أساسية في التجارة الإلكترونية**، كتاب جماعي، التعاقد في الفضاء الرقمي، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين، ألمانيا، 2021، ص28.

والبرامج المستخدمة بالكمبيوتر تكون على شكل مجموعة من الإرشادات أو التعليمات، التي تستخدم بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، في نظام معالجة المعلومات لكي تحدث نتيجة معينة.[1]

ويتم نقل المعلومات عن طريق رسائل المعلومات، بشكل إلكتروني من كمبيوتر إلى كمبيوتر آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات.[2]

وينظر الفقه لرسائل البيانات، بأنها "مجموعة من القواعد والعمليات المتعارف عليها التي تسمح للعمليات التجارية بأن تتم الكترونيا".[3]

وينظر للبرامج المستخدمة بالكمبيوتر على أنها مجموعة من الإرشادات أو التعليمات التي تستخدم بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، في نظام معالجة المعلومات لكي تحدث نتيجة معينة، ويتم نقل المعلومات عن طريق رسائل المعلومات، بشكل إلكتروني من كمبيوتر إلى كمبيوتر آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات القابلة للتداول بين أجهزة الإعلام الالي.

2- التعاقد عن طريق التلفاز:

يتم التعاقد عن طريق التلفزيون بواسطة عرض السلعة أو المنتج ويتم طلبها عبر الإيميل أو وسائل الاتصال السمعية والمرئية، وتكون الرسالة موجهة لكافة العملاء، وقد تكون منقوصة من بعض التفاصيل إذ يتوجب الاتصال بالشركة أو العرض للحصول على باقي المعلومات، وقد تكون مرتبطة بوقت محدد أو بتوفر المنتج من نفاذه، وقد يكون الاستعلام عن باقي التفاصيل بتصفح مواقع الإنترنت أو صفحة العارض.[4]

وقد يشمل عرض السلع والمنتجات مع الدعاية لها وبيان مزاياها وكيفية استعمالها مع عرض السعر ومصاريف الشحن، وعلى المستهلك الاتصال من خلال على الأرقام المعروضة على الشاشة، مع ترك معلوماته ومحل إقامته، حتى تصله السلع إلى مقر إقامته ليتم الدفع عن طريق البريد الإلكتروني، أو

1 – خالد ممدوح، التعاقد عبر الوكيل الالكترونية، تم الإطلاع عليه يوم 2023/12/03، على الساعة 15:00، متاح على الرابط، https://kenanaonline.com/users/KhaledMamdouh/posts/79346

2 – معداوي نجية، **التعبير عن الإرادة في العقد الالكتروني**، كتاب جماعي، التعاقد في الفضاء الرقمي، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والإقتصادية، برلين، ألمانيا، 2021، ص264.

3 – معداوي نجية، المرجع نفسه، ص265.

4 – مصطفى عثمان عبد الله، جمال بشير عبد الهادي، مرجع سابق، ص125.

بطاقات الائتمان الخاصة به، ولقد عرف التليفزيون تطورا من خلال ربطه بشبكة الإنترنت وإجراء عديد التعديلات، كما يمكن ربطه بجهاز الكمبيوتر.[1]

3-دو جهاز المينيتل "Minitel" في العقد المبرم عن بعد:

وهو جهاز اتصال شبيه بالكمبيوتر، ظهر قبل الشبكة العنكبوتية "Web" زمن الثمانينات في فرنسا، وهو جهاز قريب الشبه بجهاز الكمبيوتر المنزلي ولكن بشكل أصغر، ويحتوي على شاشة ولوحة مفاتيح قليلة المحتوى والغرض منه، إجراء العقود كالبيع والشراء، وتنفيذ الحجوزات، ومتابعة أسهم البورصة وغيرها، وهو لا يعمل ولا يمكنه تنفيذ ما سبق إلا بالاتصال بخط الهاتف،[2] وهو من وسائل إبرام العقود إلكترونيا، وهو وسيلة اتصال مرئية تنقل الكتابة دون الصورة، ومن شروط تشغيله توصيله بخط هاتف.[3]

ثانيا: دور الوسائل المسموعة والوسائل المكتوبة في العقد المبرم عن بعد:

إن وسائل الاتصال الصوتي لا تقل أهمية في التعاقد عن الوسائل المرئية، كما لا تقل انتشارا، وهي مختلفة ومتنوعة ولعل من بينها على سبيل المثال الهاتف، واللوحات الرقمية، وغيرها من الوسائل التي يمكن استخدامه في التعاقد عن طريق السماع، ولو أنه في الآونة الأخيرة أصبحت هذه الوسائل تمتاز بالتطور وتسمح بالدمج بين السماع والمشاهد والكتابة، وأكثر من ذلك قد توفر التواصل المباشر بين مستعمليها، لذلك لم يعد الأمر يفصل بين ما هو معد للسماع فقط وما هو معد للكتابة فقط، خصة إذا تعلق الأمر بالسماع، غير أنه في كثير من الحيان تبدأ الانطلاقة الأولى بإحدى العمليات ثم يتطور الأمر للتعاقد، لذلك سنتناولها تباعا كما يلي:

1-استخدام الوسائل المسموعة في العقد المبرم عن بعد:

يعتبر جهاز التليفون من أكثر الأجهزة تطورا وهو الأكثر فعالية في التواصل، نظرا لسرعة الاتصال وسهولة الاستخدام، ولم يعد يقتصر على الهاتف العادي – الثابت- فهناك الهاتف المحمول وهو الأكثر تطورا ويوفر خدمة التواصل بشكل أفضل حيث يمكن ربطه بشبكة الإنترنت.[4]

1 – ماجد محمد سليمان أبا الخيل، مرجع سابق، ص28.

2 – عبد الكريم بن صالح العبود، مرجع السابق، ص 20.

3 – ماجد محمد سليمان أبا الخيل، مرجع السابق، ص26.

4 – ماجد محمد سليمان أبا الخيل، مرجع سابق، ص27.

يقوم الهاتف بنقل الصوت من مشترك لآخر عير خطوط هاتفية مادية أو هوائية توفرها مصلحة الهاتف بين المشتركين، وهي مقسمة حسب التقسيم الجغرافي داخل البلد الواحد حتى يسهل تمييزها وكل مشترك له رقمه الخاص به، ويكون التخاطب بواسطة تحويل الموجات أو الذبذبات الصوتية البشرية على ذبذبات كهربائية تنتقل عبر أسلاك معدنية أو عبر الهواء إلى جهاز التليفون المستقبل، حيث يتم تحويل الموجات الكهربائية إلى إشارات صوتية بالنسبة للسامع، ويمكن جعل الصورة مصاحبة للصوت حيث يمكن مشاهدة الشخص المتخاطب معه وتكون هذه الضورة مرسلة غير موجات هوائية فائقة السرعة.[1]

ويمكن تزويد الهاتف المحمول بتطبيقات مساعدة تمكنه من ممارسة العديد من المهام وتوصيله بوسائل وملحقات أخرى تساعد في أداء أفضل، كسماعة الأذن، والكاميرات.

2- استخدام الوسائل المكتوبة في التعاقد عن بعد:

وتشمل الوسائل النصية، أي الوسائل المعتمدة على الكتابة، ويتم إرسالها بوسائل حديثة أو وسائل إلكترونية.

أ-التعاقد عن طريق الفاكس FAX: هو عبارة عن جهاز استنساخ بالهاتف يشبه الآلة الكاتبة، ويتم الاتصال عن طريق مسح الورقة المراد إرسالها بجهاز الفاكس، ثم يختار رقم الفاكس المتلقي عن طريق الضغط على لوحة الأرقام، فتظهر في الفاكس المتلقي صورة طبق الأصل، وذلك بعد فتح الخط (الإذن) بينهما.[2]

ب-التعاقد عن طريق التلكسTELEX: وهو جهاز يستخدم لإرسال واستقبال البيانات عن طريق الطباعة باستخدام شبكة خاصة مراقبة من مركز الاتصال الذي يؤدي دوره بشكل محايد يكفل استمرار الجهاز المستقبل ويوفر الأمن ويؤرخ العملية ويحتفظ بكل ما يدل على وجود تبادل رسائل لمدة سنة.[3]

ج- التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني E-mail: وهو بريد يقوم مقام البريد العادي إلا أنه كهربائي، ويعد وسيلة اتصال مهمة عبر الإنترنت، ويتم الفصل بين صاحب البريد ومزود الخدمة بعلامة "@"، ويتميز عن البريد العادي، من حيث العمل به، فهو يمكن صاحبه من إرسال رسالة واحدة لأكثر من بريد

1 - مصطفى عثمان عبد الله، جمال بشير عبد الهادي، مرجع سابق، ص 127.

2 - عبد الكريم بن صالح العبود، مرجع سابق، ص 19.

3 - مصطفى عثمان عبد الله، جمال بشير عبد الهادي، مرجع سابق، ص 124.

في نفس الوقت، وأيضاً لا يقتصر على النصوص بل يمكن إرسال الملفات الصوتية والصور والفيديو.[1] فهو يستخدم عبر شبكة الإنترنت، و يسمح بتبادل الوثائق والمطبوعات بين المتعاقدين، ويتم العمل به أيضا من طرف الشركات في الترويج للمنتجات من خلال إرسال رسائل إلكترونية دعائية وقد تكون تعريفية بمنتجات معينة وفي حال الموافق فإنه يتم النقر على خانة موافق ليتم باقي إجراءات إرسال المنتج.[2]

والبريد الإلكتروني يتكون من ثلاث أجزاء فالأول يمثل اسم الدخولLogin name، والثاني علامة @، والثالث اسم الحقل Domain Name، للشخص صاحب الإيميل.[3]

ولعل من بين الإشكالات التي تعرقل البريد الإلكتروني، ما يسمى بالبريد العشوائي، وهو شكل جديد من أشكال البريد المباشر وهو يتكون من عدد كبير من الرسائل الإلكترونية متطابقة من أجل تشبع خادم البريد، وعرض النطاق الترددي للخادم المتلقي وتجعل من المستحيل على الأخير الاستمرار في استخدام بريده الإلكتروني، وهو مصدر الإزعاج وهو شبيه بالفيروس الذي يصيب جهاز الإعلام الآلي، وقد يتسبب في إتلاف عدد من بيانات المستخدم،[4]

ويؤثر البريد العشوائي على العقود من خلال التأثير على المستهلكين السيبرانيون، فهم الضحايا الرئيسيون للرسائل غير المرغوب فيها، كونهم معرضين للوصول إلى ضرر أكبر كونهم عرضة للبريد العشوائي أكثر، ويمكن أن يسبب ازدحام الشبكة وفقدان العملاء تجاوز استقبال هذه الرسائل، لذلك نجد البعض من مزودي الخدمة يمنعون وصول البريد العشوائي، حتى لا يلحق الضرر بالعقود ومنع أي تعليق أو إنهاء للعقود صادر من البريد العشوائي.[5]

الفرع الثالث: التقنيات البرمجية المستخدمة في التعاقد.

تعتمد هذه الوسائل والتقنيات على البرمجة في استخدامها، فهي عبارة عن برامج مثبتة في الأجهزة المستخدمة لها، ونوضح أبرز هذه البرامج التي تدخل في التعاقد عن بعد كما يلي:

1 – عبد الكريم بن صالح العبود، مرجع سابق، ص 20.

2 – مصطفى عثمان عبد الله، جمال بشير عبد الهادي، مرجع سابق، ص 126.

3 – بوقرط أحمد، **إشكالية التراضي في العقود الإلكترونية**، المجلة الجزائرية للأبحاث والدراسات، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، المجلد 02، العدد06، أفريل 2019، ص102.

4 -Moreau (nathalie), op cit, p29 .

5 -Ibid, P30 .

أولا: دور تقنيات برمجية في التعاقد:

تختلف هاته الوسائل فهي ليست مادية لذلك اعتمدنا على تسميتها بالتقنيات، وهي لا تستخدم منفردة، بل يتم استخدامها بالاعتماد على الوسائل المذكورة أعلاه، أو تكون في شكل برامج مثبتة في الأجهزة الإلكترونية، ونبرز أهمها على سبيل المثال كونها في تطور مستمر ولا يمكن حصرها.

1- دور الإنترنت في التعاقد:

تعتبر الإنترنت، على رأس التقنيات التي يمكن استخدامها في التعاقد، فهي المحرك الأساسي لكل الوسائل الأخرى سواء منها البرمجية أو المادية، ولقد نالت من الحبر من أغلب الكتاب، وهذا راجع لما تلعبه من دور وما أحدثته من ثروة رقمية في العالم، فمن أجل ذلك نجد لها عدة تعريفات من بينها:

أ- تعريف الإنترنت لغة:

تعتبر الإنترنت من الناحية اللغوية كلمة إنجليزية تتكون من كلمتين هما، "inter" وتعني البنية أو الاتصال، و"net" وتعني الشبكة، وعند جمعهما فالمعنى هو الشبكة المتصلة.[1]

وعرفت على أنها من المصطلحات الحديثة في عالم التكنولوجيا وشبكات الحاسوب، وهي كلمة إنجليزية متكونة من "inter" وهي اختصار لكلمة "International" وتعني الدولية أو العالمية، و "net" وهي اختصار لكلمة ""Network وتعني الشبكة، وعند دمج الكلمتين نتحصل على الشبكة الدولية، وتسمى بالإنترنت وبعدة تسميات أخرى مثل "الشبكة العنكبوتية" أو "الشبكة الرقمية"، وهي مرادفات للإنترنت.[2]

كما يعني اصطلاح الإنترنت مختصرا لكلمتين، هما "International Network" ويقصد بها شبكة الاتصالات الدولية، وقيل بأنها شبكة هائلة من أجهزة الكمبيوتر المتصلة فيما بينها بواسطة خطوط الاتصال عبر العام.[3]

1 – لما عبد الله صادق سلهب، **مجلس العقد الإلكتروني**، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، سنة 2008، ص6.

2 – آيت علي زينة، مرجع سابق، ص24.

3- خالد ممدوح إبراهيم، **إبرام العقد الالكتروني**، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2011، ص22.

ب – التعريف الفقهي للإنترنت:

عرفت الإنترنت من طرف بعض الفقه، حيث هناك من يرى بأنها "شبكة على نطاق عالمي من الشبكات الحاسوبية المختلفة المتصلة ببعضها بواسطة وصلات اتصال بعيدة، وهذه الشبكة مكونة من منظمات ومؤسسات متنوعة، والتي قررت السماح للآخرين الاتصال بحواسيبها ومشاركتهم المعلومات".[1]

وعرفها آخرين على أنها "عبارة عن شبكة واسعة من الحواسيب الموصولة مع بعضها البعض والموزعة تلقائيا عبر جميع أنحاء العالم وهذه الحواسيب تخزن كما هائلا من المعلومات المتنوعة بحيث يتم الوصول إليها والحصول عليها من طريق ربط جهاز حاسوب بسيط يحتوي على برمجيات الإنترنت وجهاز حل الشفرة المعروف بالمودم "Modem"، إذا لم يكن الجهاز موصولا عن طريق الخطوط المحجوزة، وأيضا عنوان إنترنت خاص يتم الحصول عليه من مزودي خدمات الإنترنت.[2]

ج – تعريف الإنترنت من الناحية التقنية:

وكلمة "إنترنت Internet" تمثل اختصار لكلمة إنجليزية "International Network" وهي تعني شبكة المعلومات العالمية حيث يتم ربط مجموعة شبكات مع بعضها البعض في العديد من الدول عن طريق الهاتف والأقمار الصناعية، ويمكن من خلالها تبادل المعلومات من خلال أجهزة الحاسوب، فهي تمتلك القدرة على تخزين المعلومات من خلال أجهزة الخادم "Server" حيث تستطيع التحكم بالشبكة، وتسمى أجهزة الكمبيوتر التي يستخدمها المستفيدون "Users"، ويرجع تاريخ ظهورها إلى الحرب الباردة والسباق نحو التسلح وغزو الفضاء بين روسيا والولايات المتحدة، وكيفية استمرار الاتصالات بين السلطات الأمريكية في حال نشوب حرب نووية، حيث كلفت شركة تسمى "Rand" بموضوع الدراسة التي تمخض عنها بناء شبكة لا مركزية تقوم بتحويل الرسائل إلى حزم وأخذت في التطور بشكل سريع ورهيب إلى أن باتت على ما هي عليه الآن من التطور.[3]

1 – آيت علي زينة، مرجع سابق، ص25.

2 – المرجع نفسه، ص26.

3 – مصطفى عثمان عبد الله، جمال بشير عبد الهادي، مرجع سابق، ص 132.

د – تعريف الإنترنت من الناحية التشريعية:

عرف المشرع الجزائري الانترنت ضمن نص المادة 10 من القانون رقم: 04/18، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية بأنها شبكة معلوماتية عالمية تتشكل من مجموعة شبكات وطنية وإقليمية وخاصة، موصولة فيما بينها عن طريق بروتوكول الاتصال IP وتعمل معا بهدف تقديم واجهة موحدة لمستعمليها.[1]

2 – مكانة الانترنت في التعاقد عن بعد:

تلعب الإنترنت دور كبير في إبرام العقود عن بعد، ويتجلى ذلك من خلال دورها كمحرك لمختلف الوسائل الرقمية والتكنولوجية، هي من أحدث طرق التعاقد عبر الوسائل الإلكترونية، فقد أحدثت ثورة كبرى في مجال تسويق السلع والخدمات، كما اختصرت المسافات واختزلت عديد المراحل، وتخلصت من عديد السماسرة والوسطاء، حيث أصبح التعامل يتم مباشرة بين المنتج والمستهلك، فقد سهلت الاتصال بين الشركة وعملائها في جميع أنحاء العالم، كما سهلت عمليات التفاوض حول السلع وإتمام العقود بصورة سريعة وغير مكلفة.[2]

فالإنترنت بحد ذاتها لا تحتوي على معلومات وإنما هو وسيلة لنقل المعلومات المخزنة في الملفات أو الوثائق في جهاز الحاسوب الآلي إلى جهاز حاسوب آلي آخر.[3]

يتم استخدام الانترنت في التعاقد بمختلف الطرق التي توفرها مثال ذلك عن طريق استخدام المتجر الإلكتروني، أو ما يعرف لدى البعض، المتجر الافتراضي عبر الويب، أو عن طريق المحادثة المباشرة باستخدام الانترنت.

أ_ المتاجر الافتراضية:

تتمثل المتاجر الافتراضية في كونها عبارة عن صفحات أو برمجيات على الإنترنت، أو منصات متاحة على الإنترنت تعرض فيها السلع، وهي تشبه إلى حد كبير المتاجر الواقعية من حيث عرض

1– أنظر الفقرة الخامسة من المادة 10، من القانون رقم:04/18، مرجع سابق، ص07.

2 – ماجد محمد سليمان أبا الخيل، مرجع سابق، ص29.

3– خالد حسن أحمد لطفي، **التقاضي الإلكتروني كنظام قضائي معلوماتي بين النظري والتطبيق**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2020، ص46.

وترتيب السلع ووجود البائع (صاحب المتجر)، حيث يتم التعاقد فيها بطريقة غير مباشرة بين البائع والمشتري، ويكون الوسيط بينهما هذا المتجر الافتراضي، فالبائع قد لا يرى المشتري وكذلك المشتري لا يرى البائع ولا يرى السلعة الحقيقية، وإنما الوصف والصورة المماثلة لها، والبائع ملزم بوصف السلعة وصفاً كاملاً تنتفي عنها الجهالة.[1]

إن المتجر الافتراضي أو المتجر الإلكتروني كما يسميه البعض، يتم التعاقد فيه بعرض البائع للمنتج أو السلعة ويكون عرضه إيجابا، فيقوم المشتري باختيار السلعة ويحصل القبول فيتم التعاقد، ويتم التعبير بالقبول من قبل المشتري عبر "صيغة إلكترونية خاصة"، متمثلة عن طريق الضغط على زر الموافقة التابع للسلعة المعروضة، وأما الإيجاب من البائع فهو عام ومستمر لكل زوار المتجر الإلكتروني، ولا تثور في المتجر الإلكتروني مشكلة هل ما تم عرضه لأجل الدعوة للتعاقد فقط، دون قصد الإيجاب أم مجرد العرض يعد إيجابا، وذلك بسبب طبيعة بناء المتجر الإلكتروني والذي لا يقصد فيه "الإعلان المجرد"، فيتم فيه ذكر مواصفات السلع وكميتها وطرق تسليمها وأسعارها وكل ماله علاقة بالعقد الذي لا ينقصه سوى القبول من المشتري، فلهذه الأسباب يتضح مقصد عارض السلعة في المتجر الإلكتروني وهو "الإيجاب"، ويتم التوثيق إلكترونياً بواسطة التوقيع الإلكتروني.[2]

وفي المتجر الافتراضي، قد لا يكون للبائع رؤية المشتري شخصيا، وبالمثل، قد لا يكون للمشتري رؤية البائع أو السلعة الفعلية، وبدلا من ذلك، يعتمد البائع على وصف دقيق للسلعة وعرض صور، وصور مماثلة لها، ومن ثم يتوجب عليه أن يوفر وصفا شاملا وصحيحا للسلعة التي يقدمها، ويدخل هذا على سبيل الالتزام لدى البائع، ما يساعد في تفادي أي ارتباك أو خداع للمشترين ويضمن بذلك نزاهة العملية.

ب-التعاقد عبر شبكة Web:

إن تقنية شبكة المواقع "website" تمثل اختصار لـ "world wide web"، وتتيح خدمة للباحث يمكنه من خلالها الولوج للشبكة العالمية وتمكنه من تصفح ما يريد من معلومات كما تمكنه من البيع والشراء وإبرام الصفقات التجارية.[3]

1 – عبد الكريم بن صالح العبود، مرجع سابق، ص 21.

2 – المرجع نفسه، ص 26.

3 – لما عبد الله صادق سلهب، مرجع سابق، ص10.

وفي ضوء ذلك تستخدم العديد من الشركات شبكة المواقع "Web"، حيث تقوم بتصوير وتسجيل كل المواصفات المتعلقة بالمنتوج، سواء الخدمة أو السلعة وملحقاتها بأساليب متنوعة، وكل راغب في الحصول على التعاقد معها يقوم بالنقر على مفتاح الموافقة الذي يكون عادة في نهاية العرض، فبمجرد النقر عليه يظهر العقد لإتمام باقي التفاصيل، وهذا النهج يتيح للأفراد والشركات عملية التعاقد عبر الإنترنت أكثر سهولة سرعة، ما يضمن مزيدا من الراحة والفعالية في التعامل التجاري.[1]

ج-التعاقد بالمحادثة المباشرة عبر الإنترنت:

يتم التعاقد بالمحادثة المباشرة من خلال برامج تتيح للشخص تبادل الحديث صوتيا من طرف أو عدة أطراف بشكل مباشر ومن خلال استخدام برامج تتيح إرسال الفيديوهات[2]

إن المحادثة المباشرة قد تكون مقتصرة على الصوت وقد تكون بالصوت والصورة، وفي كليهما تكون المحادثة مباشرة، ولا يوجد فارق زمني في الإرسال، إلا أجزاء من الثانية، وقد يزداد الفارق في حال ضعف الاتصال، وقد يتطلب لإجراء المحادثة المباشرة وجود كاميرا ويب "Webcam" ولاقط صوتي. [3]

إن هذه البرمجيات شاع استخدامها في مجال التعاقد بين المتعاملين عبر مختلف نواحي العالم بشكل رهيب، حيت أصبح يفرض ضرورة ايجاد إطار قانوني يمكنه احتواء وتنظيم التعاقد في المجال الرقمي، وفي ذات السياق فهذه البرمجيات لا يمكن استخدامها دون الوسائل المادية المساعدة للتعاقد المشار إليها أعلاه.

وفي هذا الصدد فإننا نشير إلى أن قوة تدفق شبكة الإنترنت لها الدور الفعال في الإرسال والاستقبال في عملية التواصل، لذلك فعدم استقرار الشبكة أو انقطاعها للأسباب المتعددة قد تؤثر في إتمام العملية التعاقدية، ويظهر ذلك جليا خاصة في العرض المتضمن منتوج محدود الكمية، مثلا لو أن شخصا أرسل رسالة من أجل الحصول على المنتوج، ولكن ضعف شبكة الإنترنت حال دون وصول رسالته، وشخص آخر قام بإرسال رسالة بعده من حيث الزمن، ونتيجة لقوة الشبكة الإنترنت عنده وصلت رسالته وتم الرد عليها من طرف البائع أو مقدم الخدمة وتم الاتفاق بإتمام باقي تفاصيل العقد قبل وصول

1 – محمد بخيت محمد حسن، مصطفى عثمان مصطفى محمد، **العقد عبر الإنترنت، (دراسة مقارنة)**، مجلة جامعة السلام، العدد 06، يونيو 2018، ص 65.

2 – المرجع نفسه، ص66.

3 – عبد الكريم بن صالح العبود، مرجع سابق، ص 21.

رسالة الشخص الأول، ففي هذه الحالة فضعف الإنترنت قد يفوت على صاحبها الفرصة في الحصول على المنتوج لتأخر وصول الرسالة في الوقت المناسب.

التعاقد عبر الانترنت يمكن من استخدام وسائل برمجية ملحقة تربط بالوسائل المادية أو تثبت بالأجهزة المادية.

ثانيا- التعاقد بالتطبيقات الملحقة:

قد تكون هذه التطبيقات مثبتة بجهاز معين كالهاتف الجوال أو جهاز الإعلام الآلي، سواء الثابت أو الجهاز الإعلام الآلي المحمول، أو الألواح الإلكترونية، حيث يمكن من خلالها التواصل وابرام العقود من خلال الدخول للرابط الخاص بها، أو يكون الرابط متاح لشركة أو تنزيل أو خدمات، وللإشارة فإنه لا يمكن استخدام هذه البرامج دون أن تكون مرتبطة أو ملحقة بوسائل كالهاتف أو جهاز الإعلام الآلي ناهيك عن ربط هذا الجهاز بالإنترنت، وهذه التطبيقات المستحدثة لم تكن معدة تماما للتعاقد، ولكن تعدد استخدامها و ما توفره من إمكانية تبادل المعلومات، والوثائق والصور، والفيديوهات، والكتالوجات وغيرها من الاستخدامات المساعدة للتعاقد، رغم أنها لم تكن معدة في الأساس لذلك، ومن بين هذه التطبيقات نجد على سبيل المثال فقط لأننا لا يمكننا حصرها نتيجة للتطور الهائل الذي تعرفه، ومن بين هذه التطبيقات نذكر على سبيل المثال:

1- دور تطبيق الفيس بوك (Facebook) في العقد المبرم عن بعد:

الفيس بوك هو موقع إلكتروني مجاني عبر الإنترنت خاص بالتواصل الاجتماعي، وهو مجاني عندنا في الجزائر، أما في بعض الدول فهو بالمقابل، حيث يتمكّن مُستخدِم هذا التطبيق من التواصل والتفاعل مع الأصدقاء، والعائلة، والزملاء، أو أي مستخدم آخر للموقع، حيث يسمح الموقع للمستخدمين بإنشاء ملفات شخصية، تحمل من خلالها الصور ومقاطع الفيديو وتتشارك عبر الموقع، وإرسال الرسائل واستقبالها، وكمثال يمكن استخدام الفايسبوك عن طريق مجموعات أو صفحات، ويمكن لكل شخص إنشاء حساب مجاني بطريقة سهلة.

ورغم أن الفيس بوك يدعم نوعا من الخصوصية، إلا أنه قد يعلم أصدقائك بتصرفاتك الإلكترونية، (كالإعجابات، والتعليقات، والأماكن التي تسافر لها، والصفحات التي تشاهدها)، لذلك فلو تشاهد منتجا يظهر لك عبر تطبيق الفيس بوك فإنه سيعلم أصدقائك بذلك، وعلى هذا الأساس فالتعاقد عبر هذا تطبيق

لا يحافظ على الخصوصية وقد يعلم عدد كبير من متتبعي الصفات والأصدقاء بالتعاملات التي يقوم شخص ما.

وكمثال على استخدامه برنامج الفيس بوك في التعاقد، وكما تم الإشارة إليه سابقا بأنه يمكن من معرفة بقية الأصدقاء ما تم مشاهدته من طرف أحدهم، فهو يستخدم في الإعلان بالمنتج، فيكفي أن يقوم شخص بالإعجاب أو المتابعة أو التعليق ليصل هذا الإعجاب إلى ألاف الأشخاص في وقت قصير جدا.

ويساعد هذا التطبيق من خلال ما يعرف "بالمحتوى الإعلامي"، وهو تقديم المنشورات الإعلامية على صفحات (Facebook)، وعادة ما يكون محتوى يتعلق بالعلامات التجارية ومنتجاتها وأنشطة التسويق المرتبطة بها حيث يذكر: (سمات المنتج، والأسعار، والعروض الترويجية ونقاط التوزيع ، وما إلى ذلك)، أو يمكن تقديم النصائح لمساعدة العملاء على اتخاذ خيارات مستنيرة، لقد أثبت هذا النوع من المحتوى في الآونة الأخيرة أنه جذاب جدا للعملاء، وعرف رواجا كبيرا بين أطياف المجتمع، وقد يرجع الأمر في سبب انتشاره لتعدد وظائف الهواتف الذكية، التي تساعد في رواج المنتجات من خلال الصفحات الفايسبوكية، التي تمكن من "إبداء الإعجاب" بمنشور لتلقي المزيد من المحتوى من الصفحة، أو التعليق لطلب معلومات إضافية، أو مشاركته ليكون مفيدا لشبكة الأصدقاء الخاصة بهم.[1]

2- التعاقد عن طريق تطبيق التويتر(Twitter):

يمكن تعريف التويتر على أنه موقع تواصل اجتماعي وموقع إخباري على الإنترنت، حيث يتواصل الأشخاص في رسائل قصيرة تسمى تغريدات، ينشرها المستخدم لأي شخص يتابعه، ويعد تويتر سهل الاستخدام والتصفح، لأن كل تغريدة مقيدة بعدد محدد من الحروف.[2]

3- التعاقد عن طريق تطبيق الأنستغرام (Instagram):

يعتبر الإنستغرام أحد منصات التواصل الاجتماعي التي تعنى بتحرير ورفع الصور ومقاطع الفيديو من خلال منشورات يتم نشرها عبر حساب المستخدم على هذه المنصة، كما يسمح الإنستغرام بمُشاركة تلك الصور ومقاطع الفيديو بسهولة عبر منصات التواصل الاجتماعي الأخرى كالفيسبوك وتويتر.[1]

1 - Hachemi Kemouch (Nadia),Laradi Aliouche (Bahia), Brand Content : Le Type De Contenu Comme Moteur D'un Bouche A Oreille Electronique « Implicite », Cas De La Plateforme Facebook Revue Des Sciences Economiques, De Gestion Et Sciences Commercialesvolume: 31 / N°: 02 (2020), P166.

2-هايل الجازي، موضوع، تم الاطلاع عليه يوم:2023/08/24، على الساعة 14:30، متاح على الرابط، https://mawdoo3.com/%D9%85%D8 877

4- التعاقد عن طريق تطبيق الماسنجر(Messenger):

برنامج محادثة مجاني مقدم من شركة مايكروسوفت عبر موقع الهوتميل يسمح للمستخدمين بإرسال الرسائل الفورية، الاتصال بأي جهاز كمبيوتر، إرسال الملفات، الاتصالات الهاتفية، ويتيح التواصل بلغات متعددة بما فيها اللغة العربية، بالإضافة إلى إمكانية معرفة الأشخاص المتصلين وتبادل الرسائل الفورية معهم، ويمكن أيضًا إجراء مكالمات جماعية تصل إلى أربعة أشخاص، ويمكن استخدامه في معظم دول العالم مع تكلفة ضئيلة في بعض الحالات، ويتيح الاتصال عبر الكتابة أو الحديث الصوتي وتبادل الصور والملفات مع الأطراف المتصلة، ويعمل على الانترنت.[2]

5- التعاقد عن طريق تطبيق الزووم (ZOOM):

هو برنامج يوفر خدمة مؤتمرات الفيديو القائمة على السحابة حيث يمكن استخدامه للقاء فعليًا مع الآخرين، إما عن طريق الفيديو أو الصوت فقط أو كليهما، وكل ذلك أثناء إجراء المكالمات المباشرة، وتتيح إمكانية تسجيل الجلسات حتى يتمكن صاحبها عرضها لاحقا.[3]

6-التعاقد عن طريق تطبيق قوقل ميت (Google Meet):

هو برنامج مؤتمرات الفيديو المدفوعة من(Google) ، والذي يتم توفيره كجزء من(G Suite) ، وهو نوع من خدمة الدردشة المرئية المقدمة في (Hangouts) للمستهلكين وهي تدعم عددا كبيرا من المشاركين في نفس الوقت.[4] ويتم استخدامه عبر جهاز الهاتف المحمول، واللوحات الذكية، أو الحاسوب، ويشتغل بالكاميرا وسماعات الأذن كوسائل ملحقة بالجهاز المستعمل، وقد تكون مدمجة ضمن الجهاز الذكي المستخدم.

1- إسلام الزبون، موضوع، تم الاطلاع عليه يوم: 2023/08/24، على الساعة 14:45، متاح على الرابط، https://mawdoo3.com/8%A7%D9%85

2 - منتديات نواعم ينبع، تم الاطلاع عليه يوم:2023/03/27، على الساعة 22:50، متاح على الرابط، https://nawaeemynbu.yoo7.com/t181-topic

3-أنمار النقيب، النقيب للمعلوماتية، تم الإطلاع عليه يوم: 2023/08/24، على الساعة 13:50، متاح على الرابط، /https://nakib4tech.com/how-to-use-zoom-cloud-meetings

4 -رشا أبو القاسم، المرسال، تم الإطلاع عليه يوم:2023/08/23، على الساعة 14:00، متاح على الرابط، https://www.almrsal.com/post/910612

7-التعاقد عن طريق تطبيق الفايبر (Viber):

هو أحد تطبيقات المراسلة الذي يسمح لمستخدمين الهواتف الذكية إجراء مكالمات صوتية ومكالمات الفيديو والتواصل أيضاً من خلال الرسائل النصية مع الآخرين في جميع أنحاء العالم، ويعد تطبيق الفايبر من أسهل التطبيقات استخدامًا حيث أن المستخدم لا يحتاج أكثر من رقم هاتف واتصال بالإنترنت لاستخدامه، وهو تطبيق مشهور جداً في جل مناطق العالم.[1]

8- التعاقد عن طريق تطبيق بالواتساب آب (WhatsApp):

يمكن استخدام تطبيق الواتس آب في مراسلة فورية، ويمكن استخدامه عبر أنواع مختلفة من الأجهزة، كأجهزة الهواتف الذكية التي تشكل الأجهزة التي تعمل بنظام الآيفون والأجهزة التي تعمل بنظام الأندرويد، بالإضافة إلى أجهزة الكمبيوتر، ويُعتبر الواتس آب من أكثر تطبيقات المراسلة الفورية انتشارا وشيوعا في العالم، نظرا إلى كونه يقدم خدمات مجانية،[2] وهذا التطبيق يوفر للمتعاقدين إمكانية تبادل المراسلات والوثائق دون تلف.

9- التعاقد عن طريق تطبيق الإيمو (imo):

هو عبارة عن تطبيق سهل الاستخدام والتواصل مع الأهل والأصدقاء كونه يدعم المكالمة بالفيديو والصورة في آن واحد، ويسهل فيه مراسلة الأشخاص فورا، لذلك فهو من أفضل التطبيقات التي زادت معرفة الناس بها خاصة في فترة كوفيد 19 لأنه كان من أسهل وسائل التواصل بين الأهل والأصدقاء عند تفشي هذا المرض بين الناس وأيضا فهو مرن يمكن تسجيل الدخول عليه بطريقه مرنه ومن الممكن أيضاً أن تقوم بتنزيله على الكمبيوتر بكل سهولة، فهذا التطبيق يسهل تواصل المتعاقدين بالصوت والصورة، رغم التباعد المكاني.

ولقد مررنا بتجربة التعامل عن بعد، خلال إعداد هذه الأطروحة دون أن نعرف أو نرى الشخص المتعامل معه أو نلتقي به حتى، وبدأ الأمر حين ظهر لنا إعلان عبر تطبيق الفيس بوك، حيث استخدمنا هذا التطبيق عبر جهاز الإعلام الآلي المتصل بالإنترنت، تمثل الإعلان في عرض كتب للبيع لها علاقة

1- فتحي ملحس، تطبيقات، تم الاطلاع عليه يوم:2023/08/24، على الساعة 15:00، متاح على الرابط، https://tatbeekat.com/b/ .

2 - احسان العقلة، موضوع، تم الاطلاع عليه يوم 2023/08/24، على الساعة 15:20، متاح على الرابط، https://mawdoo3.com/.

مباشرة بموضوع الأطروحة، وهذه الكتب متوفرة فقط في النسخ الورقية في هذه المكتبة، (وهنا ظهر لنا دور الفيس بوك، وجهاز الإعلام الآلي والأنترنت في التعاقد)، وعند تواصلنا مع المكتبة موفرة هاته الكتب، طلب منا التعامل معهم عبر تطبيق الماسنجر(تطبيق آخر مستخدم في التعاقد عن بعد)، نظرا لما يوفره من حماية للخصوصية، وبعد التأكد من جديتنا في الحصول على هذه الكتب وبعد المفاوضات وطلبنا مشاهدة الفهرس لكل كتاب وموافقة أصحاب المكتبة على هذا الشرط، إلا أن تلبية هذا الطلب يتم حصرا عبر تطبيق (WhatsApp) الواتساب، (تطبيق آخر مستخدم في التعاقد عن بعد)، وبالفعل كان الأمر كذلك، وبعد أن تم الاتفاق على اتمام عملية الشراء والاتفاق حول كيفية الدفع وكيفية التسليم (المكان والزمان)، تم ذلك بعد حوالي ثمان وأربعين ساعة، دون عناء التنقل، رغم أن المسافة تبلغ حولي ألف كيلو مترا، وما شد انتباهنا، هو تدخل طرف ثالث يسمي نفسه وكالة التوصيل، الذي اتصل بنا عبر الهاتف النقال، (وسيلة أخرى مستخدمة في التعاقد)، حيث تم الاستلام والتسليم المادي للمنتج طبقا للطلبية المتفق عليها بعد المعاينة الحقيقية للمنج.

فمن هذه التجربة البسيطة التي أثبتت لنا إمكانية استخدام أكثر من تطبيق أو وسيلة الإلكترونية ومادية في معاملة واحدة، ودخول طرف ثالث لم يكن موجود في البداية، من أجل القيام بالتوصيل بعد الاتفاق النهائي حول تفاصيل المعاملة.

إن استخدام أكثر من تطبيق في معاملة واحدة، يثبت لنا بأن الوسائط الإلكترونية ليست على نفس الدرجة من التطور، فمنها ما يعرف بالوسائط الذكية، والتي تمتاز بالقدرة على التفاعل وتبادل البيانات ومعالجتها والمشاركة في العمليات التجارية من مراحل التفاوض إلى إبرام العقد.[1]

ورغم أن هذه التطبيقات لم تكن معدة للتعاقد إلا أنه في كل الأحوال لا يمكن إنكار الدور الذي تلعبه هذه الوسائط الإلكترونية في إبرام عقد عبر الإنترنت، فالعقد الإلكتروني متشابها فيما يتعلق بالموضوع والأطراف مع العقود التقليدية الأخرى، إلا فيما يتعلق بطريقة الإبرام والقيام به باستخدام وسائط

1 – أسعد عبيد عزيز الجميلي، صدام فيصل كوكز المحمدي، **تكوين العقد بالوسائط الإلكترونية الذكية**، (دراسة مقارنة)، مجلة الحقوق، جامعة النهرين بغداد، العراق، المجلد12، العدد2، ص329.

إلكترونية، حيث قدم برنامج الإنترنت وسيلة سريعة للتواصل تجعل من السهل على جميع الأطراف بيع مجموعة متنوعة من السلع والخدمات.[1]

إن الالتزامات في قانون العقد لا يمكن أن تحدث دون تدخل الأطراف في نوع من التفاعل في بيئة الانترنت، ولا يمكن أن تتم دون مساعدة الأجهزة والبرامج التي تساعد في إنشاء الالتزام على أنه جزء من العلاقات القانونية، ولا يمكن أن يكون تحد لحوكمة قانون العقود بقدر ما هو تطبيق قواعد العقد في بيئة الانترنت.[2]

إن البرامج الحاسوبية، وما توفره من إمكانية التعاقد من خلالها، إلا أنه قد تفرض إجراءات تقنية قبل بدء عملية التعاقد، كالنقر على زر إنشاء حساب (Create Account)، عند استخدام المتصفح أو التطبيق، أو يطلب البرنامج من المستخدم إدخال المعلومات الشخصية (كالاسم، ورقم الهاتف أو البريد الإلكتروني، وتاريخ الميلاد)، وعادة ما تلحق هذه المرحلة بالنقر على زر التالي(Next) ، وعادة ما يتم تكرار إجراء النقر على زر التالي(Next) لعدة مرات متتالية، وهناك برامج تطلب رمز التأكيد (Verification Code)، أو كلمة المرور (Password)، حتى يسمح للمتعاقد الولوج والتمكن من استخدام التطبيق أو البرنامج، أو المرور الى المراحل التالية.

ورغم هذا وذاك فلا يختلف اثنان بأن الوسائل الإلكترونية تساهم بشكل ملحوظ في تكوين العقد، وتوفر فضاء للمنتجين بتسويق منتجاتهم عبر الإنترنت، لذلك فالنظر لقواعد بيئة الانترنت بصفة عامة، وما تلعبه من أسبقية في تجسيد التكنلوجيا ودمجها بالقواعد العامة لتتعاقد عبر الانترنت.

في حقيق الأمر فهذه البرامج لم تكن معدة للتعاقد بقدر ما كانت للتواصل بين الأفراد، ولكن لسهولتها وللدور الذي يمكن أن تلعبه في التعاقد تم استخدامها في مختلف مراحل التعاقد، وقد يتم الجمع أو الدمج بين الوسائل المكتوبة والمرئية، وربما التطور التكنولوجي مكن دمج هذه الوسائل بتقنيات وبرمجيات حديثة مستغلة في ذلك إمكانية استخدامها للإنترنت، فمن خلالها يمكن إرسال عبر وسائل التواصل الإلكتروني والبرامج إرسال الوثائق والصور والملفات، والمستندات والبرامج الشارحة والجاهزة للاستخدام والمفعلة أو الجاهزة للتثبيت والتشغيل.

1 - Djebbar (Rekaia)، **The Privacy Of Mutual Consent In The Electronic Contract In The Algerian Legislation- Between General Rules And Special Legislation-**، Journal Of Politic And Law، Volume: 12 ، N°: 02 (2020), P، P221.

2 - Savirimuthu (Joseph), **Online Contract Formation: Taking Technological Infrastructure Seriously**, University Of Ottawa Law & Technology Journal, 2005 2 Uoltj 105، P119.

إن المتتبع للبرامج الحاسوبية يجد أنها لا حصر لها وهي في تطور وتزايد مستمر، وقد تكون البرامج مزودة بمشغل خاص بها بحيث يجب تنزيله وتثبيته من أجل تشغيل البرامج الذي لا يشتغل من دون البرامج الملحقة به، وتعتبر الوسائل والبرامج التي تطرقنا لها ما هي إلا على سبيل المثال لا الحصر، ولم يرد تحديد أو حصرا معينا أو نموذجا معينا لوسائل الاتصال أو وسيلة محددة بذاتها أو ذات خصائص محددة أو وسائل وتقنيات بعينها تستثنى من التعامل، ما عدى ما كان منها يمس بأمن الدول، أو المساس بالنظام العام والأمن العام والسكينة العامة، وهذا راجع للتطور المتسارع والتقنيات الحديثة التي ما فتئت تتطور يوما بعد يوم تطورا متلاحق مهولا ، ولذلك اختلف في التكييف القانوني لهاته الوسائل نظرا لما تقوم به في التعاقد.

المطلب الثاني: تقييم الوسائل الإلكترونية المستخدمة في التعاقد.

إذا كانت تقنية الاتصال عن بعد تمكن المستهلك من طلب منتج أو خدمة دون عناء التنقل بشتى أنواع وأشكال الاتصال، عبر الإنترنت، والهاتف، ونقل الفيديو، والبريد العادي، وتوزيع المطبوعات من ضمن التقنيات التي تُعتبر تقنيات اتصال عن بُعد، وبالتالي، ينطبق بوضوح على العقود المبرمة عبر الإنترنت، وفي ذات السياق يلتزم المحترف بتحديد السعر بشكل دقيق للمستهلك، وذلك باستخدام أي وسيلة تثبت صحة السعر للمنتج أو الخدمة قبل إبرام العقد.

ورغم ما توفره الوسائل المذكورة أعلاه على سبيل المثال من تسهيل عملية التعاقد، وتقريب وجهات النظر، إلا أنه قد أختلف حول دورها من الناحية القانونية (الفرع الأول)، ومن الناحية التقنية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تقييم الوسائل من الناحية القانونية.

بعد فرض الوسائل الإلكترونية نفسها في التعاقد، اختلف الفقه في طبيعة استخدام الأجهزة والوسائط الإلكترونية في التعبير عن الإرادة وحلولها محل المتعاقد، فبعض الفقه اعتبر بأن هذه الوسائل تنوب عن المتعاقد، وهي تمثل الوكيل بين الوسيط الإلكتروني والمستخدم، وهناك من اعتبر بأنها مجرد وسيلة يتم استخدامها لتساعد المتعاقد من اتمام التعقد.

أولا: فكرة النيابة والوكالة بين الوسيط الإلكتروني والمستخدم.

اختلفت الآراء الفقهية حول الوسيط الإلكتروني وما يمثله من الناحية القانونية، كونه يقف وسط بين المتعاقدين، ويقوم بعملية مهمة تتمثل في نقل الإرادة بين المتعاقدين، وينقل وجهات النظر، في مرحلة المفاوضات، لذلك اختلف الفقه هل يمثل وكيل أو وسيط الإلكتروني أم هو عبارة عن وسيلة ناقة للإرادة فقط.

1_ الرأي المؤيد لفكرة النيابة والوكالة:

ترتكز فكرة النيابة والوكالة إلى مدى التبعية والاستقلالية بين الوكيل الإلكتروني والمستخدم، خاصة إذا علمنا بأن برامج الحاسوب مزودة بخدمات وتقنيات تمكنها القيام بالعمل الذي يمكن أن يقوم به المستخدم، وبمقارنة بسيطة فالتقنيات المزود بها البرنامج الحاسوبي يقوم بالعمل بشكل أفضل من العمل الذي يقوم به المتعاقد في العادة، وهذا راجع لكونها مزودة بخصائص تنسجم مع بيئة الإنترنت بالشكل والسرعة المطلوبة، فلها القدرة الكافية لتقوم بدور الوسيط بين أطراف العلاقة التعاقدية، بشكل أفضل من الوسيط في الحالة العادية التقليدية، ولقد تبنى هذه الفكرة، المشرع الفدرالي الأمريكي، وذلك بتسميته الوسيط الإلكتروني الذكي، بالوكيل الإلكتروني (Electronic Agent) .[1]

ويميل بعض الفقه الى توسيع الهدف من الوكيل الالكتروني ويعرفه بأنه "برنامج من برامج الحاسب الآلي يقوم بعمل معين نيابة عن الشخص الذي يستخدم الحاسب الآلي، ويكون له في قيامه بهذا العمل قدر من الاستقلالية فلا يتطلب قيامه بهذا العمل تدخل مباشر من الشخص الذي يمثله". [2]

بنظرة بسيطة نجد أن هذا الرأي يعتمد على الترابط والاستقلالية بين الوكيل الإلكتروني والمستخدم، وذلك بالأخص إذا تأكدنا من أن البرمجيات مزودة بخدمات وتقنيات تمكنها من أداء الوظائف التي يمكن للمستخدم القيام بها، وبأداء أفضل، حيث تقوم هذه البرمجيات بأداء دور المتعاقد الأصيل، وتأتي هذه البرمجيات مجهزة بسمات تتناسب مع بيئة الإنترنت بالشكل والسرعة الملائمين، وتتمتع بالكفاية اللازمة لتقديم وساطة فعالة بين الأطراف في العلاقة التعاقدية.

1- أسعد عبيد عزيز الجميلي، صدام فيصل كوكز المحمدي، مرجع سابق، ص329.

2 - معداوي نجية، مرجع سابق، ص273.

ويستند بعض الفقه والتشريع بما في ذلك المشرع الفدرالي الأمريكي، على فكرة النيابة والاستقلالية بين الوسيط الإلكتروني الذكي ومستخدمه، ويعتبرونه برنامجا مصمما للعمل نيابة عن شخص معين، ويدعم أنصار هذه الفكرة، إلى أن المتعاقد في العقود التقليدية يحتاج إلى من يمثله والمتعاقد في البيئة الإلكترونية يحتاج إلى من يساعده، في إبرام التصرف القانوني، لذلك فهو بحاجة إلى وكيل الإلكتروني، يمتاز بخصائص تنسجم مع بيئة الإنترنت، لذلك فبرنامج الوكيل الإلكتروني يتميز عن غيره من برامج الحاسب الآلي بقدرته على التصرف الذاتي، فلا يحتاج إلى التدخل المباشر من شخص طبيعي لينجز العمل الموكول إليه إنجازه.[1]

فالوكيل الإلكتروني حسب المادة الثانية من القانون التجاري الأمريكي الموحد UCC، والمادة (6/2) من القسم رقم:(401) من القانون الأمريكي الموحد للمعاملات الإلكترونية UETA، الوكيل الإلكتروني يمثل برنامجا حاسوبيا أو إلكترونيا، أو أية وسيلة إلكترونية أخرى أُعد لكي يبدأ عملاً أو الرد على تسجيلات إلكترونية أو أداء معين بصفة كلية أو جزئية دون الرجوع إلى شخص طبيعي.[2]

ولقد تطرق قانون المعاملات الالكترونية الموحد (UETA) الى الوكلاء الإلكترونيين، أعتبر بأن العقود المبرمة من طرف هؤلاء هي عقود صحيحة ولو أبرمت دون علم أو تدخل بشري، والوكيل عبارة عن أداة مستقلة لا تملك الإرادة الخاصة بها، وتقع مسؤوليتها المترتبة على أعمال الوكيل الإلكتروني بشكل مطلق على الشخص الذي يوظفها دون النظر لظروف التعاقد.[3]

ولقد عرف القانون الأمريكي الموحد للمعلومات المتعلقة بصفقات الحاسوب (UCITA) حيث عرف الوكيل الإلكتروني بموجب المادة 102 منه، بأنه عبارة عن برنامج أو نظام الكتروني يستخدم بشكل مستقل للقيام بمهمة ما من ذلك الرد على الرسائل الإلكترونية أو التصرف الآلي دون الرجوع للبشر، وبالرجوع للمادة b107 بأن من يقوم باستخدام الوكيل الكرتوني في القيام بالتصرفات يكون ملزم بكل هذه التصرفات ولو لم يكن على علم بها. [4]

1 – أسعد عبيد عزيز الجميلي، صدام فيصل كوكز المحمدي، مرجع سابق، ص 329.

2 – خالد ممدوح، **التعاقد عبر الوكيل الالكترونية**، صفحة عبر الانترنت، مرجع سابق.

3 – عماد عبد الرحيم الدحيات، **نحو تنظيم قانوني للذكاء الاصطناعي في حياتنا: إشكالية العلاقة بين البشر والآلة**، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تامنغست، الجزائر، المجلد 08، العدد 05، سنة 2019، ص 23.

4 – المرجع نفسه، ص 24.

ومن الحجج المقدمة لأصحاب فكرة الوكالة، بأن الإرادة التعاقدية لدى الوكيل الالكتروني، تترتب على المعاملات الالكترونية التي تتم بواسطة الوكيل الالكتروني كافة الآثار القانونية المترتبة على العقد الذي يبرمه الأفراد بالطرق التقليدية، ومنه تنصرف آثار العقد إلى الموكل فيكون طرف العقد الالكتروني هما الموكل ومن تعاقد معه الوكيل الالكتروني.[1]

2_ النقد الموجه لأصحاب فكرة الوكالة:

انتقد الرأي المؤيد لفكرة الوكالة والإنابة من عدة زوايا، فمن بين الجوانب المهمة التي تم انتقادها ما يلي:

أ- صعوبة تطبيق فكرة الوكالة:

الوكيل الإلكتروني يقوم بتصرفات محددة ضمن الوكالة ولا يمكنه تجاوز حدود الوكالة الممنوحة له، وتكون بعلاقة تعاقدية بين شخصين طبيعيين أو شخص طبيعي وشخص معنوي، ولا يمكن أن تكون بين شخص طبيعي وهو المستخدم وبين وكيل إلكتروني وهو الوسيط الإلكتروني الذكي، علاوة على ذلك فالوكيل الإلكتروني يمكنه القيام بإعطاء اقتراحات أو تجاوز العديد من المراحل بشكل آلي ودون تدخل من المشرف على استخدامه، هذا الأمر قد يتعارض مع حدود الوكالة التقليدية، التي تمنع على الوكيل تجاوز حدود الوكالة.[2]

فالوكالة عقد لا ينطبق على العلاقة بين الوسيلة الإلكترونية ومستخدمه، فبالرجوع للمادة 34 من ق ت ج، التي تعتبر عقد الوكالة التجارية اتفاقية يلتزم بواسطتها الشخص عادة بإعداد أو ابرام البيوع أو الشراء وبوجه عام جميع العمليات التجارية باسم ولحساب التاجر، والقيام عند الاقتضاء بعمليات تجارية لحسابه الخاص ولكن دون أن يكون مرتبطا بعقد إجارة الخدمات، أما بالنسبة للقواعد العامة، فالوكالة أو الإنابة هي عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه، وفقا للمادة 571 من القانون المدني الجزائري، وتقابلها المادة 699 من القانون المدني المصري.[3]

1 – معداوي نجية، مرجع سابق، ص279.

2– أسعد عبيد عزيز الجملي، صدام فيصل كوكز المحمدي، مرجع سابق، ص 331.

3– محمد حسنين، **عقد البيع في القانون المدني الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، دون سنة نشر، ص17.

ب- الوكيل الإلكتروني يعتمد على البرمجة:

فالوكيل الإلكتروني يعتمد على البرمجة المسبقة، حيث يتم إعداد وإنشاء الوكيل الإلكتروني عبر ثلاث خطوات تتمثل في الآتي:

- قرار يتُخذ بواسطة إنسان لبرمجة الكمبيوتر للرد بطريقة معينة، وهو ما يعني أن إنسان طبيعي سواء كان بالأصالة عن نفسه أو ممثل قانوني عن شخص معنوي قد اتخذ قراراً إرادياً بتجهيز وإعداد وكيل إلكتروني للقيام بالعمليات الإلكترونية المؤتمتة.

- يقوم صانع البرنامج ببرمجة الكمبيوتر للرد حسب القرار السابق اتخاذه، لأن البرنامج المعلوماتي يعمل حسب المعلومات التي يتم تزويده بها.

- يقوم الكمبيوتر بالرد بطريقة أتوماتيكية حسب البرمجة التي تم عليها.[1]

ففي هذه المرحلة يتم التعامل وفقًا للإرادة والتوجيهات الصريحة للمستخدم، تمثل هذه القدرة على التجاوز الأوتوماتيكي للمراحل وإعطاء الاقتراحات تحديًا فيما يتعلق بتحديد حدود واختصاصات الوكيل الإلكتروني، وبالنتيجة فهذه النقاط تسلط الضوء على الحاجة إلى إجراءات وتنظيمات أكثر دقة للتعامل مع وكلاء الوساطة الإلكترونية الذكية، وتحديد سلطاتهم وتفويضاتهم بشكل أفضل لضمان التوافق مع الأنظمة والقوانين المعمول بها.

ثانيا: الرأي القائل بأن الوسائل الإلكترونية مجرد أدوات اتصال:

فالوكيل الإلكتروني في العقد يساعد على ابرام وتنفيذ العقد ويقرب وجهات النظر، فهو عبارة عن ناقل للإرادة ولا يعبر عن الإرادة من تلقاء نفسه، فلا بد من القيم بعمل، كالكبس عن الزر، أو الضغط على الأيقونة، التي تفيد بالموافقة من طرف المتعاقد،

1- الوسائل الإلكترونية عبارة عن وسيط الكتروني:

إن الرأي الغالب هو اعتبار جهاز الحاسوب الآلي وسيلة للتعبير عن الإرادة من طرفي العقد، وبهذا فهو ينقل إرادة المتعاقدين فيما بينهما[1]. وهذا ما يوافق ما ذهب إليه قانون الأونيسترال النموذجي.

1 - خالد ممدوح، التعاقد عبر الوكيل الالكترونية، صفحة على الانترنت، مرجع سابق.

وباعتبار الوسائط الإلكترونية، فهي مختلفة بين الوسائط الإلكترونية العادية، والوسائط الإلكترونية المؤتمتة المعتمدة على الذكاء الاصطناعي.

أ- الوسائط الإلكترونية المبرمجة:

الوسيط الإلكتروني يعتبر البرنامج الحاسوبي، أو أي وسيلة أخرى تستعمل من أجل تنفيذ إجراء أو الاستجابة لإجراء بقصد إنشاء أو إرسال رسالة معلومات، دون التدخل الشخصي، أو هو الوسيلة المستخدمة لإتمام العقد، أو وضع أجهزة تمت برمجتها كي تتولى إبرام المعاملات الإلكترونية، دون تدخل من طرفي العلاقة العقدية.[2]

فهذه الوسائط تعتمد على البرمجة، دون أن تخرج على ما تم برمجته عليها في تعاملها، فقد تكون مبرمجة على شيء واحد دون غيره.

ب- الوسائط الإلكترونية المؤتمتة:

فالوسيط الإلكتروني المؤتمت بأنه " برنامج أو نظام إلكتروني لحاسب ألي يمكن أن يتصرف أو يستجيب لتصرف بشكل مستقل، كلياً أو جزئياً، دون إشراف أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتم فيه التصرف أو الاستجابة له "، كما عرف هذا القانون المعاملات الإلكترونية المؤتمتة بأنها " معاملات يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة وسائل أو سجلات إلكترونية، والتي لا تكون فيها هذه الأعمال أو السجلات خاضعة لأية متابعة أو مراجعة من قبل أي شخص طبيعي، كما في السياق العادي لإنشاء وتنفيذ العقود والمعاملات".[3]

وقد يكون الوكيل الإلكتروني مبرمج ويرد على المتعاملين من تلقاء نفسه دون الرجوع للمتعاقد، وقد تكون طبيعة العقد المبرم عن بعد تقتضي ذلك مثاله في العقود الذكية، فهذه العقود تقوم بتنفيذ العقد بمجرد إتمام الشروط المطلوبة من المبرمج.

1- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، **إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي**، ص 11، متاح على الرابط: Arab Law Info, WWW. Arablawinfo. Com

2- بعداش سعد، مرجع سابق، ص424.

3 - خالد ممدوح، التعاقد عبر الوكيل الالكترونية، صفحة عبر الانترنت، مرجع سابق.

2- النقد الموجه لفكرة الوسيط الإلكتروني:

أنتقد الرأي المدافع عن فكرة الوسيط الإلكتروني، من حيث تمتع بعض الوسائل الإلكترونية بنوع من الاستقلالية، ناهيك عن الوسائل المزودة ببرام الذكاء الاصطناعي، كونها تمتلك نوع من حرية الاختيار.

أ- الوسائل الإلكترونية تمتاز بنوع من الاستقلالية:

دافع أصحاب هذه الفكرة على أن الأنظمة التقنية لها نوع من الاستقلالية، مستندين في ذلك إلى أنه يمكن لهذه الوسائل التحرك بمفردها واتخاذ قرارات العمل دون مساعدة الآخر، كما يحدث لسيارة ذاتية القيادة تختار طريقها بنفسها أو لنظام من الأسلحة التي قد تؤدي إلى إطلاق النار على الهدف. [1]

برنامج الكمبيوتر يمثل مجموعة من الإرشادات أو التعليمات التي تستخدم بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في نظام معالجة المعلومات لكي تحدث نتيجة معينة[2]

ب_ إمكانية استخدام الذكاء الاصطناعي في العقود المبرمة عن بعد (الوكلاء الأذكياء):

يمكن استخدام الوكلاء الأذكياء المستقلين والذكاء الاصطناعي في العقود المبرمة عن بعد، وبهذا فاحتمال إبرام العقد تلقائيا بواسطة أجهزة الكمبيوتر أمر وارد جدا فتطبيقات الذكاء الاصطناعي التي يمكن تهيئتها للتدخل بطريقة آلية، أو حتى مستقلة، عند إبرام العقد، أو عند التنفيذ باستعمال الذكاء الاصطناعي.[3]

وهناك من انتقد نظام الذكاء الاصطناعي في حد ذاته وما يقدمه عند التعاقد، حيث يعتبر بأن العقود المقدمة أو المقبولة بواسطة الذكاء الاصطناعي في حد ذاتها، تتطلب منا التمييز بين مستويين لأتمتة إبرام العقد.

-**فالحالة الأولى**؛ تتمثل في تقديم عقود استنتاجات صحيحة، يتم استنتاجها تلقائيًا بالمعنى الدقيق للكلمة، ومن وجهة نظر فنية بحتة، مثال ذلك موزع المشروبات الأوتوماتيكي، الذي وضعه الشخص في مكانه المنتجات التي حدد لها السعر، وهكذا قدم عرضًا تم قبوله في الوقت الحالي يختار المستخدم منتجًا عبر واجهة الجهاز ويدخل التغيير، فالأتمتة هنا هي تقنية فقط، بمعنى أن العرض الذي يتم تشكيله يمثل

1 - Jeremy (Achour), Op Cit, P17.

2- خالد ممدوح، التعاقد عبر الوكيل الالكترونية، صفحة عبر الانترنت، مرجع سابق.

3 - Jeremy (Achour), Op Cit, P19.

عمل الآلة في الواقع، وهي مرحلة تنفيذ العقد، حيث يتم القبول عندما يختار المستخدم المنتج وينفذ العقد عندها.

-**أما الحالة الثانية؛** تتضمن دراسة الحالات التي يكون فيها جزء من العملية التعاقدية يقوم بها البشر، وجزء تقوم به الآلة يخضع للأتمتة، ومن أمثلة هذه الحالة عندما يتعلق الأمر بالتجارة عبر الإنترنت، حيث يقوم التاجر الإلكتروني بوضع برنامج كمبيوتر بطريقة فردية، يقوم هذا البرنامج من معالجة البيانات الشخصية حسب سعر المنتج الذي قرره العارض، ويمكن توسيع نطاق هذه الأتمتة لتشمل اختيار المنتجات المباعة، ويزداد ضيقا واتساعا حسب ما هو معتمد أو متاح في البحث.[1]

وعلى العموم فالوكيل الذكي، عبارة عن برنامج له تطبيقات عديدة في مختلف أوجه النشاط الإنساني بداية من إدارة وتنقية البريد الإلكتروني، ومرورا بجدولة المواعيد وتوفير وفرز المعلومة، فهو لا يقتصر دوره في مجال البحث بل يتعداه لإبرام وتنفيذ العقود والدخول في المفاوضات مع الشركات والانضمام إلى المزايدات دون أن تكون له رقابة من المستخدم أو تحكم بل يتم ذلك عن طريق برمجة مسبقة له. [2]

الفرع الثاني: تقييم وسائل التعاقد من الناحية التقنية:

تكمُن التقنيات التي تم التطرق لها في المبحث الأول من جملة من المعلومات التي تساعد في التعاقد، وتتمثل هذه المعلومات في التعرف على المنتجات ويطلق عليها بالإعلان أو الاشهار، وهي تلعب دور الاشهار أو الإعلان وتساهم في تقريب وجهات النظر بين المتعاقدين وتعرف بمحل التعاقد.

ولا يخفى علينا من أن الاستعمار التكنولوجي لنظرية العقد، حتما لا يمر مرور الكرام دون أن يترك بصماته، سواء من الناحية الإيجابية أو السلبية، ومن بين هذه العناصر الناتجة عنها نبرز أهمها.

أولا: إيجابيات استخدام الوسائل الإلكترونية عند التعاقد:

استحداث مبدأ جديد دخيل على نظرية العقد، يسمى بـ: "الحياد التكنولوجي"، وإحاطة الملفات المرسلة بنوع من السرية كضمان وحفاظ على سريتها.

1 - Ibid, P21.

2 – أحمد كمال عبيد، **الأهلية القانونية للوكيل الذكي ودورها في تحديد المسؤولية الناتجة عن معاملاته الإلكترونية**، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 16، العدد 02، ديسمبر 2019، ص 360.

1- مبدأ الحياد التكنولوجي في العقد المبرم عن بعد:

وهو مبدأ جديد لم تعرفه النظرية التقليدية للعقد سابقا، جاء موازي مع التقنيات الجديدة التي عرفها ميدان التعاقد، وقد تم التطرق لهذا العنصر.

هذا المبدأ يتجسّد في المساواة القانونية بين جميع أشكال ووسائل الاتصال بطريقة متناظرة، حيث يتم تفسيره وتطبيقه دون تفضيل لأي أسلوب على آخر، سواء من حيث مبدأ الصياغة أو مبدأ التفسير، وينبغي توطيد مبدأ الحياد التكنولوجي من خلال قوانين خاصة تحدد أن الوثائق تحمل نفس القيمة القانونية سواء كانت مكتوبة على ورق أو متواجدة على وسائط تكنولوجية في سياق الإثبات.[1]

2_ استخدام التشفير الالكتروني للحفاظ على المعلومات عند التعاقد:

وهي تقنية تستخدم بهدف تغيير المحتوى من أجل عدم تسرب المعلومات ويكون محتوى الرسالة معروفا للمرسل والمستقبل فقط فالتشفير عبارة عن تحويل معلومات مفهومة إلى معلومات غير مفهومة، ويمكن إرجاعها إلى حالتها الأولى باستخدام المفتاح السري الذي تم تشفيرها به، وهدف التشفير هو الحفاظ على سرية المعلومة.[2]

ولقد كرس المشرع الفرنسي على ضرورة سرية المعلومات ضمن المادة 02/1112، من الأمر رقم:2016/131،[3] ويتم الحفاظ على سرية المعلومات بالاعتماد على نظام التشفير، ويسمى أيضا ب: "علم التشفير"، و "علم السرية"، وهو فن قديم (استخدمه بوليس قيصر)، لكنه أصبح مصدر للبحث العلمي فيما بعد، وهو "مجموعة من الوسائل والبرمجيات تعمل، لجعل المعلومات غير مفهومة، ثم يتم استعادتها إلى حالتها الأصلية".[4]

1 - Rapport final du projet de la consommation d'Industrie Canada, Op Cit, P13.

2 – مريم زان، **التجارة الالكترونية: المزايا والمخاطر**، كتاب جماعي، التعاقد في الفضاء الرقمي، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين، ألمانيا، 2021، ص132.

3 – بوكريريس سهام، أحمد داود رقية، **الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات ودوره في تحقيق أمن مرحلة التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية** –دراسة مقارنة–، مجلة القانون والعلوم السياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية بالمركز الجامعي صالحي أحمد بالنعامة، الجزائر، المجلد 06، العدد01، 2023، ص510.

4 - Etienne (virginie), **le développement de lasignature electronique,** master 2 recherche droit des affaires, dirige par m. Guével, universite´paris nord, annee universitaire 2010-2011, p16.

ثانيا: السلبيات الناتجة عن استخدام الوسائل الإلكترونية في التعاقد:

قد يتسبب استخدام التقنيات في فساد بعض العقود من الناحية الشكلية، فيصبح العقد تالفا، بسبب التنفيذ التلقائي للعقد الذكي، أحيانا أو بسبب القراء الوثائق وتحويلها من جهاز للأخر، وبهذا قد تأثر في تعزيز القوة الملزمة للعقد، وقد تهتز الأمان التقني للوسائل التقنية واستخدامها في التعقد، لذلك فقد تسبب في مخاطر مختلفة.

1_ البرمجيات الخبيثة قد تلحق الضرر بالوسائل المستخدمة في التعاقد:

ينتج عن استخدام تقنيات التكنولوجية للاتصال عند التعاقد، سلبيات منها البرمجيات الخبيثة Malicious Software التي تعمل على إتلاف الملفات أو البرمجيات أو البيانات أو أجهزة الحاسوب وأنظمتها أو معدات الاتصال، وتتضمن البرمجيات فيروسات وبرامج التجسس والنسخ غير الشرعي للبرامج، أو البرامج التي قد محملة بفيروسات، والتي تنتشر بفعل الثغرات في الأنظمة والبرامج وحتى أخطأ المستخدمين.[1]

2_ استخدام شكليات تقنية معقدة في التعاقد بالوسائل والبرامج الإلكترونية:

ويرجع السبب في ذلك للإجراءات التقنية المتعلقة بالشكلية وبعض الإجراءات المتعددة والمتنوعة من حيث طبيعتها، فإنها تخلق حالة من عدم اليقين القانوني الكبير للأطراف، طالما أنه لا يمكن استبعادها كونها متعلقة بالجانب التقني للبرنامج ولا دخل للأطراف العلاقة التعاقدية فيها، لذلك طالب جانب من الفقه بضرورة التدخل التشريعي لضبط هذا الأمر خاصة عند الاختلاف بين الدول فقد نجد ما يطبق في دولة ممنوع في دولة أخرى لذلك وجب أن يعرف المتعاقد ما هو مقبل عليه، حتى لا يجد نفسه أبرم عقدا يمنع فيما بعد من تنفذه بسبب الاختلاف التشريعي، لذلك فقد عمد التوجيه الأوروبي المتعلق بالتجارة الإلكترونية، من الدول الأعضاء إلى ضرورة التأكد من أن نظامها القانوني يجعل من الممكن إبرام العقود بالوسائل الإلكترونية، فيجب عليهم ضمان على وجه الخصوص، أن النظام القانوني المطبق على العملية التعاقدية لا يعيق استخدام العقود الإلكترونية أو يؤدي إلى الحرمان من الأثر القانوني لهذه

1 – مريم زان، مرجع سابق، ص128.

العقود وصلاحيتها على أساس أنها تم إبرامها إلكترونيا، وتحقيقا لهذه الغاية ، وألزم كل دولة عضو بتعديل تشريعها بقدر احتوائها على متطلبات رسمية.[1]

3-التوقف الفجائي للبرامج للوسائل والبرامج الإلكترونية:

قد يحدث وأن تتوقف بعض البرامج أو أنظمة التشغيل دون سابق إنذار، وقد تطول المدة أو تقصر، وقد ينتج أن يفقد الشخص البرنامج أو لا يشتغل مرة أخرى لأسباب مجهولة، فعلى سبيل المثال ما حدث في بداية مارس سنة 2024، حين فقد الكثير حساباتهم الفايسبوكية، أو الواتساب، وغيرها من الحسابات التي يمكن استخدامها في التعاقد، والتي توقفت عن العمل فجأة، ودن إعلاما مسبقا، والإشكال المثار في هذه الحالة، يتمثل في مصير الإجراءات العقدية التي بدأت في مرحلة التكوين، وما مصير الحسابات البرمجية، التي بد المتعاقدون في المفاوضات من خلالها، ثم توقفت عن العمل ولم يتم استرجاعها، خاصة إذا علمنا بأنه يمكن وأن تكون قد تم إرسال وثائق، أو معلومات، وقطعت شوطا في تكوين العقد، وأكثر من ذلك فقد نكون أمام عقود وصلت مرحلة التنفيذ، ثم يتم فقد الحساب المستخدم في التعامل بشكل كلي ولا يمكن استرجاعه بعد ذلك، أمام هذه الحالات فمن الأفضل أن يتم استخدام أكثر من وسيلة إلكترونية، زيادة على ضرورة تبادل أرقام الهاتف بين المتعاملين، تحسبا لأي طارئ قد يعترض أي مرحلة من مراحل التعاقد، أو إذا تعطلت وسيلة اتصال يتم الرجوع لوسيلة أخرى.

وعلى هذا الأساس وأمام العقبات التي قد تشكل حجرة عثرة أمام التعاقد عن بعد، فإن التدخل التشريعي ضروري من أجل تكييف الأنظمة القانونية من أجل السماح بإبرام هذه العقود في بيئة مفتوحة.

ناهيك عن المخاطر التي قد تنجم عن تشغيل الأجهزة أو تسببه للملفات المحفوظة أو التخريبات وقطع الاتصال، ومخاطر الاستعمال والمضار التي قد تصيب الأجهزة.

ضف الى ذلك ما يتعلق بالبرامج المستحدثة، وتحيينها في حد ذاته وما يتطلبه من دراية وخبرة وحنكة في التعامل وعلم به لدى المستخدم، وقد يتطلب الأمر من أجل استخدام، برنامجا على سبيل المثال المرور بمراحل معينة وخطوات لازمة الإتباع.

وفيما يتعلق بالبرامج وكيفية وطرق تشغيلها، يشمل بذلك ضرورة الإعلام بالمخاطر التي يمكن أن تسببها أو تحدثها للجهاز المثبتة به، أو تخريب للبرامج المثبتة على الجهاز سابقا، وكذا طرق التثبيت

1 - Demoulin (Marie), ET MONTERO (Étienne), Op¸ Cit¸ P548.

وحجم البرامج واستيعاب الجهاز لها من عدمه والبرامج الملحقة للتثبيت، فبعض البرامج لا تشتغل إلا ببرامج ملحقة تسمى عادة (السريال، رابط التفعيل).

إن المستخدم للإنترنت قد تعترضه إشعارات وعروض، فهل نعتبرها دعوى للتعاقد، أم أنها إيجاب ينتظر الرد، ثم إن النقر على الأيقونة المؤشر عليها، هل تعتبر أن الشخص القائم بالنقر دخل في التعاقد، أم أنه يعتبر قبولا.

إن الوسائل على اختلافها فرضت وجودها وتدخلت في تكوين العقد فأخرجته من الطريقة التقليدية التي كان يبرم بها، حتى أنها أصبحت تعتبر وكأنها جزء من النظرية العقدية، أو هي تمثل النظرية الجديدة للعقود، أو على الأقل تمثل المبادئ الجديدة للتعاقد.

من أجل ذلك فأنه ومن الصعوبة بمكان الاستغناء على التقنيات الجديدة والابتعاد عن التكنولوجيا الرقمية في التعاقد، وفي نفس الوقت لا يمكن أن تمثل مبادئ للتعاقد منفردة عن المبادئ التقليدية، فهي بهذا تعتبر مكملة لبعضها رغم النقص في التأطير التشريعي.

ومهما يكن من أمر فهذه الوسائل والتقنيات تساعد في التعاقد، في كل مراحل العقد، خاصة في مراحل إبرام العقد وهو موضوع الفصل الثاني.

الفصل الثاني: مراحل إبرام العقود عن بعد.

إن اتساع شبكة الإنترنت وازدهارها وانتشارها وتعدد مجالات استخدامها ومنها مجال التعاقد بالإنترنيت، الوسيلة الحديثة المساعدة على الاتصال بين الأفراد والهيئات عبر الدول، بشبكة اتصالات حديثة، تجمع بين المشتركين بهذه الشبكة، وقد يكون الاتصال بالكتابة، أو بالصوت، أو بهما معا، كما تم توضيحه سابقا.

فمما لا شك فيه، أن استعمال الإنترنت في مجال التعاقد أضفى طابعا خاصا للعقد، وتخطى بذلك الطابع التقليدي، رغم أنه انطلق منه، إن من جملة ما ظهر كعنصر جديد قام بالدور التحفيزي للتعاقد بين مشتركي الإنترنت، ما يعرف بالإعلام السابق للتعاقد، كمرحلة تسبق التعاقد، بل وتقوم بدور فعال يهدف إلى لفت الانتباه لدى مشتركي أو منتسبي الإنترنت.

إن مرحلة الإعلام تسبق دون أدنى شك مرحلة التفاوض، وهي المرحلة التالية لمرحلة الإعلام، ففي مرحلة المفاوضات التي قد تنتهي باكتمال التعاقد بين الأطراف بعد الاتفاق ربما على تفاصيل العقد قبل إبرامه، ومنها يقوم طرفي العلاقة التعاقدية، بتذليل الصعوبات التي قد يتعرض لها طرفي العلاقة التعاقدية قبل الجلوس في مجلس العقد.

ولما كان مجلس العقد يمثل خصوصية قائمة بذاتها، كونه ينعقد دون التواجد الجسدي لطرفيه، كون العقد مبرما عن بعد، وهذا ما يطرح العديد من التساؤلات التي يصعب الإجابة عنها، لتشعب عناصر مجلس العقد حتى في العقود التقليدية، فما بالك بالتعاقد عن بعد، حيث يصعب التوفيق بين كل مشتملات مجلس العقد من جهة، ومنه إتمام التعاقد من خلال توقيع الأطراف المتعاقدة على العقد، وذلك باستخدام طرق حديثة في التوقيع كما هو عليه الحال في المراحل السابقة، وهذا راجع للخصوصية التي يمتاز بها العقد المبرم عن بعد، فالتوقيع أيضا له خصوصية تجعله يختلف تماما عن التوقيع المعروف في العقود التقليدية.

المبحث الأول: المرحلة السابقة للتعاقد.

المبحث الثاني: مرحلة إبرام العقد.

المبحث الأول: المرحلة السابقة للتعاقد.

إن الالتزام بالإعلام جاء لكون الإعلام في كثير من الأحيان يكون هو السبب وراء التعاقد، فمن خلاله يدخل أطراف العلاقة التعاقدية في المفاوضات التي قد تفضي للتعاقد وإبرام العقاد، لذلك جاء هذا التقسيم الذي جمعنا فيه الالتزام بالإعلام مع مرحلة المفاوضات واعتبرناها كمرحلة سابقة للتعاقد، رغم أن العديد من المراجع من اعتمد مرحلة المفاوضات من مراحل إبرام العقد، ومراجع أخرى جعلها سابقة لإبرام العقد، فالالتزام بالإعلام قد يكون هو السبب الرئيسي المحفز والمؤثر للتعاقد، (المطلب الأول)، ومنه المرور الى مرحلة المفاوضات، (المطلب الثاني)، وهذا راجع لخصوصية العقود المبرمة عن بعد.

المطلب الأول: الالتزام بالإعلام قبل التعاقد آلية لحماية المستهلك.

الالتزام بإعلام المستهلك قبل التعاقد تفرضه نظرية العقد، سواء كان في العقود العادية أو العقود الإلكترونية، فمبدأ الإعلام هو مبدأ عام نجده في كل العقود وخاصة في عقود الاستهلاك لتفادي الأضرار التي قد تنجم عنه ولخلق التوازن العقدي الذي يخلقه مبدأ الإعلام للعلاقة العقدية.[1]

ويرجع سبب ضرورة الالتزام بالإعلام في أن العقد الذي يبرم بين المرود والمستهلك في العادة هو عقد غير متوازن بسبب عدم تكافؤ بين موازين القوى من حيث المعلومات المتعلقة بالعقد بين طرفي العلاقة التعاقدية، فالطرف الأول فهو "المورد" أو "المحترف"، وهو على دراية كافية بالمنتوج، أما الطرف الثاني فهو "المستهلك"، فهو يفتقر للخبرة اللازمة مقارنة مع من تعاقد معه، وتعتبر مرحلة الاعلان من أكثر المراحل خطورة في احداث عدم التوازن بين طرفي العقد قبل الدخول فيه،[2] لذلك يتوجب علينا معرفة وعن كثب الإعلام من خلال مفهومه (الفرع الأول)، ثم دور الإعلام في التعاقد(الفرع الثاني).

الفرع الأول مفهوم الإعلام:

الالتزام بالإعلام قبل العقد يشير إلى العملية التي يتبعها الأطراف المتعاقدة قبل توقيع العقد النهائي، حيث يتم تبادل المعلومات والوثائق المهمة المتعلقة بالعقد، فهذا الإجراء يهدف إلى توضيح

1- دليلة معزوز، **الإلتزام بإعلام المستهلك الإلكتروني ومدى فعالية وشمولية قانون 03/09، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش**، مجلة معارف، العدد08 السنة الخامسة، جوان 2010، البويرة، الجزائر، ص84.

2 - عبد العزيز محمد حمد ساني، مرجع سابق، ص240.

الحقوق والتزامات لكل طرف وتقليل المخاطر المحتملة، لذلك وجدت عدة تعريفات بالالتزام قبل التعاقد حتى لا يختلط مع ما يشابهه من مصطلحات مقاربة.

أولا التعريف الإعلام:

نوضح جملة من التعاريف حول الإعلام، من الناحية الاصطلاحية والناحية الفقهية، ثم نبين الجانب القانوني.

1-التعريف الاصطلاحي:

الالتزام بالإعلام قبل التعاقد هو تنبيه وإعلام العميل بمعلومات من شأنها إلقاء الضوء على واقعة ما أو عنصر من عناصر العقد المزمع إبرامه حتى يكون على بينة من أمره بحيث يتخذ القرار الذي يراه مناسبا على أساس حاجته وهدفه من التعاقد.[1]

وعرف أيضا على أنه "التزام سابق على التعاقد يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين بأن يوفر للمتعاقد الآخر قبل تكوين العقد كل البيانات اللازمة وكافة تفاصيل العقد، بسبب ظروف واعتبارات قد ترجع إلى طبيعة العقد أو صفة أحد طرفيه مما جعله لا يلم ببيانات معينة"[2]

ولقد استعملت المحاكم الفرنسية تسميات مختلفة للإلتزام بالإعلام، ومنها الإعلام Renseignement، النصيحة Conseil، التحذير Mise en garde، لفت أو حث الانتباه Attirer l'attention، الإعلام والإخبار Information، ولعل اختلاف التسميات هذا خلق جدلا بين الفقه الفرنسي.[3]

فالإعلام أعتبره البعض كمرحلة أولى للتجارة الإلكترونية وهي مرحلة العرض وتتمثل في توفير المعلومات حيث يقوم المنتج أو العارض في هذه المرحلة بعرض سلعته أو خدمته التي يستطيع إنتاجها وتسويقها حسب طلب المستهلكين وطلب السوق سواء أكانت سوقا داخلية أو خارجية، حيث يقوم العارض أو المنتج بالترويج لسلعته أو لخدمته من خلال وسائل الإعلان المختلفة وبطرق سهلة وواضحة ومفهومة

1- حاتم مولود، **إدراج الإلتزام بالتبصرة في إصلاح القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 وأثره على نظرية الإلتزام في القانون المدني الجزائري**، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة الوادي، الجزائر، المجلد 03 العدد02، أكتوبر 2019، ص75 و76.

2- المرجع نفسه، ص76.

3 - عبايد فريحة، سلايم عبد الله، **الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد الالكتروني كآلية لحماية المستهلك**، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر، المجلد 03، العدد 02، 2018، ص 425.

للمستهلكين باستخدام الوسائل الإلكترونية، ولعل من أهمها إنشاء المواقع الإلكترونية على شبكة المعلومات الدولية.[1]

2- التعريف الفقهي للالتزام بالإعلام قبل التعاقد:

عرف الالتزام بالإعلام قبل التعاقد من الناحية الفقهية على أنه "التزام سابق على التعاقد يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد، البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل بكافة تفصيلات 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 يلم بيانات معينة أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر الذي يلزم بناء على جميع هذه الاعتبارات بالالتزام بالإدلاء بالبيانات".[2]

وعرف كونه الوسيلة المشروعة لتقديم الأفكار أو السلع أو الخدمات لصالح المعلن أو المعلن إليه، ليشمل إظهار السلع عن طريق الدلال وغيرها من الوسائل الحديثة كالكتابة في الصحف والمجلات والملصقات واللوحات والمذياع والتليفزيون، سواء كان بأجر أم لا.[3]

وهناك من الفقه من عرفه على أنه "إلزام قانوني عام سابق على التعاقد، يلتزم فيه المدين –سواء كان طرف في العقد المزمع إبرامه، أحدهما أو كليهما أو من الأغيار عن هذا العقد– بإعلام الدائن– سواء كان طرفي العقد أو كليهما– في ظروف معينة إعلاما صحيحا وصادقا بكافة المعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد المراد إبرامه والتي يعجز عن الإحاطة بها بوسائله الخاصة ليبني عليها رضاؤه بالعقد".[4]

وعرف كونه التزام سابق على التعاقد حيث يلتزم التاجر الإلكتروني بتقديم كل البيانات الخاصة بالشيء المبيع سواء كانت هذه البيانات تعليمات أو توصيات أو نصائح هدفها إرضاء المستهلك.[5]

---

1 – محمد عمر الشويرف، **التجارة الالكترونية في ظل النظام التجاري العالمي الجديد**، طبعة 2018/03/03، جامعة نجران، متاح على الرابط: https://drive.google.com/fileC5iB2VzyXqM2Ug ، ص80.

2 – فرحات فاطمة زهرة، قنفود رمضان، **الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد كآلية قانونية لحماية المستهلك**، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، المجلد12، العدد02، العدد التسلسلي24، أكتوبر 2020، ص 818.

3– بشاير عبد الله السماري، عواطف زرارة، **جوانب حماية المستهلك من أشكال الإعلان المضلل (دراسة تحليلية في أحكام القانون الإتحادي رقم 15 لسنة 2020 في شأن حماية المستهلك)**، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة1، الجزائر، المجلد08، العدد03، سنة 2021، ص 1038.

4 – فرحات فاطمة زهرة، قنفود رمضان، مرجع سابق، ص 819.

5 – دليلة معزوز، مرجع سابق، ص80.

3- موقف التشريع من الالتزام الإعلام قبل التعاقد:

بالرجوع للمادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم:65/09 المحدد للكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الأسعار، فإنه يقصد بالكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الأسعار، طرق الاشهار حول الأسعار والتعريفات المتعلقة بالسلع والخدمات التي تعتمد على استعمال وسائل معينة، خاصة الدعائم التقنية والتكنولوجية للإشهار والاتصال، ويتعلق الأمر بكل قطاعات النشاط والسلع والخدمات التي تتطلب أسعارها وتعريفاتها كيفيات خاصة بالإعلام.[1]

التزام قانوني سابق على إبرام العقد الإلكتروني حيث يقوم المدين (المهني)، بإعلام الدائن(المستهلك)، بكافة المعلومات الجوهرية المتصلة بمحل العقد والتي يعجز عن معرفته بوسائله الخاصة وذلك لاستمالة رضاه التعاقدي.[2]

ولقد أوضح المشرع الجزائري ضرورة إعلام المستهلك في العقود العادية دون الإلكترونية طبقا للمادة 17 من القانون رقم:03/09 والمتعلقة بحماية المستهلك وقمع الغش،[3] كما أكد أيضا على ضرورة ضمان أمن المعلومات وسرية البيانات عن طريق نظام التشفير الإلكتروني باستعمال طريقة علمية وتقنية لمنع الغير من الاطلاع على المعلومات التي تعد سرية لأصحابها وذلك من خلال إلزام المرود الإلكتروني الذي يقوم بجمع المعطيات ذات الطابع الشخصي ألا يقوم بجمع ألا البيانات الضرورية لإبرام المعاملات التجارية، تطبيقا للمادة 03/26 من القانون رقم:05/18 المؤرخ في: 2018/05/10 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.[4]

وعلى مستوى المعلومات المقدمة فتتمثل في، الإعلام عن الأسعار والتعريفات المطبقة على بعض قطاعات النشاط والسلع والخدمات المعينة عبر الإعلام الآلي (تيليماتيك) والوسائل السمعية البصرية والهاتفية واللوحات الإلكترونية والدلائل والنشرات البيانية أو أي وسيلة أخرى ملاءمة.[5]

---

1 – أنظر المادة 02، من المرسوم التنفيذي رقم:65/09، المؤرخ في:2009/02/07، المحدد للكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الأسعار المطبقة في بعض قطاعات النشاط أو الأسعار المطبقة في بعض قطاعات النشاط أو بعض السلع والخدمات المعينة، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد10، المؤرخة في: 2009/02/11، ص09.

2- دليلة معزوز، مرجع سابق، ص80.

3- سقلاب فريدة، **المسؤولية العقدية للمورد الإلكترونية في القانون الجزائري**، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، الجزائر، المجلد 12، العدد03 سنة 2021، ص568.

4 – بوكريريس سهام، أحمد داود رقية، مرجع سابق، ص513.

5-أنظر المادة 03، من المرسوم التنفيذي رقم:65/09، مرجع سابق، ص09.

ولعل من أهم الخصائص الرئيسية الواجب إعلام المستهلك وإرضائه بصفة واضحة هي التي تحمل على الأقل تعريف المنتوج والمتدخل المعني بعرض المنتوج للاستهلاك للمرة الأولى وطبيعة المنتوج والمكونات والمعلومات المتعلقة بأمن المنتوج والسعر ومدة عقود الخدمات.[1]

كما ألزم المشرع الجزائري من خلال المادة 17 من القانون رقم:03/09 المتعلق حماية المستهلك وقمع الغش بأنه "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة".[2]

ومن بين المعلومات الضرورية أيضا ما جاء في المادة 18 من القانون رقم:03/09 المتعلق حماية المستهلك وقمع الغش "يجب أن تحرر بيانات الوسم وطريقة الاستخدام ودليل الاستعمال وشروط ضمان المنتج وكل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساسا، وعلى سبيل الإضافة، يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين وبطريقة مرئية ومقروءة ومتعذر محوها".[3]

وتكريسا لضمان حماية المستهلك من جهة، وحتى لا يختلط الالتزام بالمعلومات مع ما هو مغلوط من المعلومات المقدمة من جهة ثانية، فقد منع المرسوم التنفيذي رقم:378/13 المحدد لشروط وكيفيات حماية المستهلك، من خلال المادة 60 منه، كل بيان أو إشارة أوكل تسمية خيالية أو كل طريقة تقديم أو وسم وكل أسلوب للإشهار أو العرض أو الوسم أو البيع من شأنه إدخال لبس في ذهن المستهلك، خاصة ما تعلق بطبيعة وتركيبة ونوعية المنتج، أو مقدار العناصر الأساسية وطريقة التناول تاريخ الإنتاج وتاريخ الحد الأقصى للاستهلاك والكمية ومنشأ أو مصدر المنتوج، ويمنع كل بيان يرمي الى التمييز المفرط لمنتوج على حساب منتوج آخر.[4]

ولا يعدو أن يكون إعلام المستهلك حول المنتجات بكل معلومة متعلقة بالمنتوج موجهة للمستهلك على بطاقة أو أي وثيقة أخرى مرفقة به، أو بواسطة أي وسيلة أخرى، بما في ذلك الطرق التكنولوجية

1- أنظر الفقرة الثالثة من المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم:378/13، المؤرخ في: 2013/11/09، المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد58، المؤرخة في: 2013/11/18، ص09.

2 - أنظر المادة 17، من القانون رقم:03/09، مرجع سابق، ص15.

3 - أنظر المادة 18، المرجع نفسه، ص15.

4- أنظر المادة 60 من المرسوم التنفيذي رقم:378/13، مرجع سابق، ص17.

الحديثة أو من خلال الاتصال الشفهي حسب ما جاء في المادة 15/03 من القانون رقم:03/09، المحدد للشروط وكيفيات إعلام المستهلك.[1]

ثانيا: تمييز الالتزام بالإعلام عنما يشابهه:

وحتى لا يختلط الالتزام بالإعلام بما يقاربه من المصطلحات كالإشهار، والترويج، والدعاية، والنصيحة، سنميزها فيما يلي:

1- تمييز الالتزام بالإعلام عن الإشهار:

إذا كان الإشهار يمثل مجموعة من الدعايات والعروض والإعلانات والمنشورات التي يتم إعدادها لترويج سلعة أو خدمة معينة، ويُستخدم لاستقطاب المستهلكين دون ذكر كافة المعلومات المتعلقة بالمنتج. يمكن أن يكون الإشهار قانونياً، أو قد يتعارض مع القواعد القانونية السارية، مما يؤدي إلى وجود أنواع من الإشهار غير القانونية، مثل الإشهار الخفي، أو الإشهار الكاذب، أو الإشهار الغامض، أو الإشهار المقارن.[2]

أما المادة 30 من القانون رقم:05/18، فهو كل اشهار او ترويج أو رسالة ذات طبيعة أو هدف تجاري يتم عن طريق الاتصالات الإلكترونية يجب أن يلبي المقتضيات الواجبة بموجب القانون.[3]

ولما كان استخدام الإشهار للوسائل الإلكترونية، فهو الإشهار الإلكتروني، هو كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع سلع أو خدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية.[4]

والإشهار حسب المادة 03 من القانون رقم:02/04، الإشهار هو كل إعلان يهدف بضفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع السلع أو الخدمات مهما كان المكان أو الاتصالات المستعملة.[5]

ولقد قيد المشرع الجزائري الإشهارات الإلكترونية إلى ضرورة الخضوع للموافقة المسبقة والحرة واستيفاء الشروط اللازمة للإشهار، خاصة في حال قيام نزاع.[1]

1- أنظر الفقرة الخامسة عشرة من المادة 03، المرجع نفسه، ص09.

2- دليلة معزوز، مرجع سابق، ص82.

3- أنظر المادة 30 من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص09.

4- أنظر الفقرة السادس من المادة 06، المرجع نفسه، ص05.

5- أنظر الفقرة الثالثة من المادة 03 من القانون رقم 02/04، مرجع سابق، ص04.

وقد يحصل أن يكون، اشهارا ممنوع قانونا، إذا تعلق الأمر بعرض لسلع أو خدمات في حين أن العون الاقتصادي لا يتوفر على مخزون كاف من تلك السلع، أو لا يمكنه ضمان الخدمات التي يجب تقديمها عادة بالمقارنة مع ضخامة الاشهار.[2]

من أجل ذلك، فقد منع المشرع نشر أي اشهار أو ترويج عن طريق الاتصالات الإلكترونية لكل منتوج أو خدمة ممنوعة من التسويق عن طريق الاتصالات الإلكترونية بموجب التشريع والتنظيم المعمول بهما.[3]

ونميز بين الإشهار المطابق للتشريعات المعمول بها وبين الإشهار الكاذب، فقد اعتبر المشرع الجزائري إشهارا غير شرعي وممنوعا إذا تعلق الأمر بعرض سلع أو خدمات، في حين أن العون الاقتصادي لا يتوفر على مخزون كاف من تلك السلع أو لا يمكنه ضمان الخدمات التي يجب تقديمها عادة بالمقارنة مع ضخامة الإشهار.[4]

وقد نكون أمام إشهار مضلل، إذا تضمن معلومات قد توقع المستهلك في الغلط والخطأ، فالإشهار الكاذب لا يستوجب حتما الخطأ، وإنما يقدم معلومات من شأنها خلق لبس لدى المستهلك سواء علامة تجارية أخرى أو تقديم خدمة مماثلة أو اسم تجاري مماثل.[5]

ويكون الإشهار كاذبا منذ اللحظة التي لا تتطابق فيها الرسالة الإعلانية التي يتضمنها مع واقع المنتج أو الخدمة المعلن عنها.[6]

فمن هذا المنطلق فالإشهار، مجموعة من الدعايات والعروض والإعلانات والمنشورات المصممة للترويج لسلعة أو خدمة دون ذكر كافة المعلومات المتعلقة بها، هذا بخلاف الالتزام بالإعلام الذي يفرض الإعلام بكافة المعلومات، ويتنوع الإشهار بين أنواع قانونية وأخرى غير قانونية، مثل الإشهار الخفي والكاذب والغامض والمقارن، بخلاف الالتزام بالإعلام الذي لا يمكن أن يتصف بهذه الصفات، إلا أنه

1- أنظر المادة 33، من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص09.

2- أنظر الفقرة الثالثة من المادة 28 من القانون رقم 02/04، مرجع سابق، ص06.

3- أنظر المادة 34، من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص09.

4- أنظر الفقرة الثالثة من المادة 28 من القانون رقم 02/04، مرجع سابق، ص06.

5- منية شوايدية، **ضوابط المستهلك من الإشهار الكاذب وفقا للمرسوم التنفيذي13-378**، مجلة تطوير العلوم الاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، العدد12، جوان2015، ص146.

6- صليح بونفلة، **المسؤولية المدنية عن الإشهار الإلكترونية الكاذب والمظلل**، مجلة آفاق للعلوم، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد05، العدد17، سبتمبر 2019، ص99.

يمكننا أن نعتبر الإشهار بوابة للالتزام بالإعلام إذا أقدم من تأثر بالإشهار ليواصل المرحلة التالية ليستطلع بقية المعلومات.

2- التفرقة بين الإعلام والترويج في التعاقد عن بعد:

يعتبر الترويج نشاطا تسويقيا ينطوي على عملية اتصال إقناعي يتم من خلال إبراز المزايا النسبية الخاصة بالسلعة أو الخدمة أو الفكرة أو نمط سلوكي يهدف التأثير على أذهان جمهور معين لاستمالة السلوك الشرائي لديه، أما الإعلام فيكتفي بإعلام المستهلك بوجود سلعة معينة عرضها للبيع، بخلاف الترويج الذي يحاول جلب المستهلك لاقتناء سلعة معينة وإقناعه بجودتها وأهميتها.

أما الإعلان فهو الترويج للمنتجات والخدمات، قصد تحقيق الربح والكسب المادي، وبالتالي فهو رسالة إعلامية ووسيلة ترويجية، هدفها التحريض على الإقبال، عكس الإعلام الذي يذكر البيانات دون مبالغة، والكثير من الإعلانات تكون مبنية على الغش والخداع والتظليل وقد تذكر مواصفات خاطئة، وهنا يجب حماية المستهلك من كل إعلان وإشهار خادع.[1]

فالترويج يمثل عملية تسويقية تستند إلى إبراز المزايا النسبية للسلعة أو الخدمة للتأثير على الجمهور وزيادة اهتمامه بالشراء، بينما يقتصر دور الإعلام على إبلاغ المستهلك بالسلع المتوفرة دون التركيز على الإقناع بالشراء، فالإعلان يشمل الترويج للمنتجات والخدمات بهدف تحقيق الربح، ويتضمن عادةً رسائل ترويجية تهدف إلى جذب الاهتمام والزبائن. يمكن أن يكون الإعلان مبنيًا على المبالغة والخداع، مما يتطلب حماية المستهلك من الإعلانات الخادعة والمضللة.

3- التفرقة بين الإعلام والدعاية في التعاقد عن بعد:

فالدعاية هي نشاط يهدف إلى تأثير آراء وأفكار الجمهور، سواء بتعزيز اعتقادات معينة أو إبعاده عن أخرى، وتتم عادةً من خلال استخدام الخطابات والاجتماعات وتنظيم المؤتمرات. تعتبر الدعاية غالبًا مجانية وغير تجارية، حيث لا تهدف إلى تحقيق ربح مادي مباشر، بالمقارنة مع الإعلانات التجارية التي تسعى إلى الربح والفائدة المادية.[2]

1- دليلة معزوز، مرجع سابق، ص82.

2- بشاير عبد الله السماري، عواطف زرارة، مرجع سابق، ص 1040.

ولقد عرف المشرع الجزائري الدعاية بموجب المادة 03، من المرسوم التنفيذي رقم:378/13، المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، بأن الادعاء هو كل عرض أو إشهار يبين أو يقترح أو بفهم منه أن للمنتوج مميزات خاصة مرتبطة بمنشئه ومكوناته أو كل خاصية أخرى.[1]

ويمكن القول بأن الدعاية تعني نشاطًا يهدف إلى تأثير آراء وأفكار الجمهور، سواء بتعزيز معتقدات معينة أو إبعادها عن أخرى، ويتم ذلك بواسطة الخطابات والاجتماعات والمؤتمرات، عادة ما تكون الدعاية مجانية وغير تجارية، حيث لا تستهدف تحقيق ربح مادي مباشر، وعلى العكس من ذلك، فالإعلانات التجارية تهدف إلى الربح المادي، وهي تمثل كل عرض يظهر أو يقترح أو يعطي فهمًا بأن للمنتج مميزات خاصة مرتبطة بمنشئه ومكوناته أو أي خاصية أخرى.

4- التفرقة بين الإعلام والنصيحة في التعاقد عن بعد:

الالتزام بالإعلام عرف على أنه، "التزام بمقابل أو دون مقابل محله التزام المتعاقد المحترف ذو الخبرة بتقديم معلومات للمتعاقد الآخر محددة بشأن مسألة معينة، وبالتالي تتضمن النصيحة توجيها للشخص فيما يجب القيام به"،[2] ولب التفرقة بين النصيحة والالتزام بالإعلام يكمن في الإلزامية فالواضح بأن النصيحة ليست إلزامية.

فيبدو أنه هناك خيط رفيع بين الإشهار والترويج والدعاية والنصيحة مع الالتزام بالإعلام دون أن تتداخل معه، فهي تعتبر كلها إجراءات سابقة للالتزام، الذي يعتبر في حد ذاته إجراء سابقا للتعاقد، ومن ذلك فهي إجراءات تمهيدية للالتزام، ولقد ساهم في تطوير وانتعاش هاته الإجراءات، توفر وتنوع الوسائل الإلكترونية التي يمكن استغلالها في مثل هكذا إجراءات لا سيما في ظل توفر الإنترنت.

الفرع الثاني: دور الإعلام في التعاقد عن بعد:

إذا كان التعاقد عن بعد يتم باستخدام وسائل الاتصال المختلفة، سواء كانت تقليدية أو حديثة، بهدف تسهيل وتسريع إبرام العقود، فهو يتميز بتقليل دور المفاوضات الطويلة المسبقة لإتمام العقد، حيث يتم تقديم عقود نموذجية معدة مسبقًا من قبل البائع أو مقدم الخدمة، ويقوم المستهلك بتوقيعها دون الحاجة

1- أنظر الفقرة الأولى من المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 378/13، مرجع سابق، ص09.

2- حاتم مولود، مرجع سابق، ص79.

إلى فحص تفاصيلها بعناية لضمان تحقيق مصالحه الشخصية، إن هذا الأمر قد يؤدي في بعض الأحيان إلى وقوع أضرار تجعل من الضروري منح المستهلك الحق في العودة عن العقد.[1]

ويظهر دور الالتزام بالإعلام في التعاقد خاصة في ظل تدخل المشرع بضرورة تواجد معلومات ترى معظم التشريعات بأنها ضرورية وتساهم بشكل كبير في رفع اللبس والغموض عن المنتجات المتعامل فيها عن بعد. وهي تمثل محل الالتزام والمعلومات الواجب توفرها في محل الالتزام.

أولا: محل الالتزام بالتعاقد (موضوع الالتزام):

الالتزام بالإعلام لا ينصب فقط على المعلومات المقدمة المتعلقة بالشيء المبيع، بل يتعداه الى المعلومات المتعلقة بشخصية البائع أو المهني الإلكتروني، حتى يكون المستهلك على بينة من أمره كتحديد مركزه القانوني والتزاماته ومدى أمكانية تنفيذها.

ولا ننكر بأنه من أهم المعلومات الرئيسية الواجب لإعلام المستهلك وإرضائه بصفة واضحة، هي التي تحمل على الأقل تعريف المنتوج والمتدخل المعني بعرض المنتوج للاستهلاك للمرة الأولى وطبيعة المنتوج والمكونات والمعلومات المتعلقة بأمن المنتوج والسعر ومدة عقود الخدمات.[2]

ولقد حدد المشرع الفرنسي، بموجب المواد 1/111 و3/113، من قانون الاستهلاك الفرنسي على ضرورة التزام كل بائع مهني أو مقدم خدمات بإحاطة المستهلك علما قبل إبرام العقد بالمميزات أو الخصائص الأساسية أو الخدمة المقدمة.[3]

وفي ذات السياق وافق هذا الرأي، جانب من الفقه أن الالتزام بالإعلام ليس مقتصرًا على المنتجات الخطرة فحسب، بل يتجاوز ذلك ليشمل الأشياء المتميزة بالجدية والحداثة، حيث يصعب على المشتري معرفة خصائصها بشكل كامل، مما يؤدي إلى تباعد الطرفين في العلاقة التعاقدية وعدم إمكانية المعاينة المادية للمنتجات.[4]

1- منى أبو بكر الصديق، محمد حسان، مرجع سابق، ص 795.

2- أنظر الفقرة الثالثة من المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 378/13، مرجع سابق، ص09.

3- دليلة معزوز، مرجع سابق، ص81.

4- مرتضى عبد الله خيري، **المسؤولية العقدية عن الإخلال بالحق في إعلام المستهلك بالمنتجات الخطرة**، مجلة البحوث القانونية والسياسية، جامعة مولاي طاهر سعيدة الجزائر العدد09، ديسمبر 2017، ص30.

ومن جملة ما يشمله الإعلام من معلومات يجب توفرها في حال التعاقد حتى يكون المقبل على التعاقد على دراية وعلم كاف بالمنتج أو الخدمة المقدمة العديد من المعلومات الواجب توفرها، ومن هاته المعلومات نجد ما يلي:

1- طريقة الدفع في التعاقد عن بعد:

يجب أن يلتزم التاجر بإبلاغ المستهلك مسبقا بأي ترتيب ينتج عنه دفع المستهلك وديعة إلى التاجر، بما في ذلك الترتيب الذي يتم بموجبه حظر مبلغ على بطاقة الائتمان أو الخصم الخاصة بالمستهلك[1].

يلزم البائع على سبيل الوجوب بإعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وشروط البيع.[2]

حيث نصت المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم:271/22، على ضرورة تضمن العرض التجاري الإلكتروني كيفية الدفع.[3]

كما ألزم المشرع في العلاقات بين الأعوان الإقتصاديين بموجب المادة 09 من القانون رقم:02/04، على تضمين العقد شروط كيفية الدفع وكذا التخفيضات والمسترجعات.[4]

ولأن الموضوع يميل أكثر للجانب الإلكتروني، فالالتزام بالإعلام الإلكتروني السابق للتعاقد هو " التزام يقع على عاتق التاجر الإلكتروني أو مقدم الخدمة الذي يتعاقد مع المستهلك من خلال الوسائل الإلكترونية الحديثة، بمقتضاه يجبر المستهلك بشخصه وبياناته التجارية وبكافة البيانات الجوهرية المتعلقة بالعقد والتي بناء عليها يتخذ المستهلك قراره بالإقدام على التعاقد أو عدم التعاقد بناء على إرادة حرة مستنيرة.[5]

وعلاوة على ذلك، فالإعلام يشمل كيفية الدفع إذا تعلق الأمر بعرض تجاري، تطبيا لنص المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم:271/22، حيث تؤكد على ضرورة تضمن العرض التجاري الإلكتروني

1 -Moulay (zakaria), khdim (karim), **protection of consumer in e-commerce- comparison study between algeria and european legislations** -, the algerian and comparative public law journal, vol. 06, n 02/ december 2020, pp, 08- 28, p23.

2- أنظر المادة 04 من القانون رقم 02/04، مرجع سابق، ص04.

3- أنظر المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم:271/22، مرجع سابق، ص21.

4- أنظر المادة 09 من القانون رقم 02/04، المؤرخ في: مرجع سابق، ص04.

5 - بلحاج محجوبة، مرجع سابق، ص65.

كيفية الدفع،[1] وفي ذات السياق فقد نصت المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم:271/22، على إلزام المستهلك بدفع الثمن المتفق عليه في العقد بمجرد إبرامه ويكون الدفع عن بعد أو عند تسليم الكتاب، مالم ينص العقد الإلكتروني على خلاف ذلك.[2]

كما ألزم المشرع في العلاقات بين الأعوان الاقتصاديين بموجب المادة 09 من القانون رقم:02/04، على تضمين العقد شروط كيفية الدفع وكذا التخفيضات والمسترجعات.[3]

2- التزام بتحديد السعر ومشتملاته في التعاقد عن بعد:

حيث حدد المشرع الجزائري على سبيل الإلزام على العون الاقتصادي في إطار عملية إعلام المستهلك بخصوص الأسعار والتعريفات، وذلك قبل إنجاز المعاملة، وكذا طبيعة السلع والخدمات ومجموع العناصر المكونة للسعر على أن يشمل طريقة الدفع والاقتطاعات أو التخفيضات وكل الرسوم المطبقة.[4] ولقد أضاف من خلال المادة 06 من المرسوم التنفيذي المذكور بأنه يتعين على العون الاقتصادي تسليم كسف للمستهلك قبل إنجاز الخدمات يوضح فيه بكل مفصل كل ما يتعلق بالسعر وكيفية الدفع ويبين طبيعة الخدمات المقدمة.[5]

ولقد وافق نصت المادة 04 من القانون رقم:02/04 المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، على وجوب إعلام الزبائن بأسعار السلع والخدمات وشروط البيع من طرف البائع.[6]

ناهيك عن الوضوح في تحديد الأسعار، فهو كالتزام يقع على البائع بتحديد السعر بطريقة تكون واضحة لا لبس فيها، وإبلاغ المتعاقد بالسعر وإعلامه إذا كان السعر المعروض يشمل الضرائب وتكاليف النقل أم لا.[7]

1- أنظر المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 271/22، مرجع سابق، ص21.

2- أنظر المادة 09، المرجع نفسه، ص21.

3- أنظر المادة 09، من القانون رقم:02/04، مرجع سابق، ص04.

4 -أنظر المادة 05، من المرسوم التنفيذي رقم:65/09، مرجع سابق، ص09.

5 -أنظر المادة 06، المرجع نفسه، ص09.

6 - Merliaud (jonathan)¸ **les contrats conclus avec des plateformes collaboratives ou par leur intermediaire**¸ master 2 mention droit civil general¸ faculte de droit, sciences economiques et gestion¸ universite de lorraine¸ annee universitaire 2018-2019¸ p21.

2- كيفية التسليم في العقود المبرمة عن بعد:

من بين الالتزامات التي حددها المشرع الجزائري بضرورة الإعلام بها في بعض المنتجات، ما جاءت به المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم:271/22، على ضرورة تضمن العرض التجاري الإلكتروني كيفية إعادة الكتاب.[1]

3- مدة العقد عند التعاقد عن بعد:

يلتزم مقدمي السلع والخدمات بإعلام المستهلك حتى يكون عالما لما هو مقدم عليه وملزم أيضا بإعلامه بكل مشتملات التعاقد حتى لا يتفاجأ بشرط، بحيث لو علم به قبل التعاقد لما أبرم العقد، وعليه فإعلام المستهلك آلية من أليات عقود التجارة الإلكترونية الهادفة لحماية المستهلك.[2]

حيث نصت المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم:271/22، على ضرورة تضمن العرض التجاري الإلكتروني مدة العقد.[3]

فعلى سبيل المثال، في العقود المصرفية الإلكترونية يتم من خلالها البنك رغم اعتباره في موقف قوة، إلا أنه يقوم بالإعلام بكل بنود العقد بما في ذلك مدة العقد، والمدة من أهم المعلومات لكلا الطرفين خاصة عندما يكون أحد الطرفين بنك، ويشمل الالتزام بالإفصاح، إلا أن المضمون هو الاطلاع المتعاقد بكل تفاصيل العقد ليعرف المتعاقد ما هو مقدم عليه.[4]

4- الإفصاح عن هوية المتعاقد في العقود المبرمة عن بعد:

الالتزام بتحديد هوية كل من يقوم بالنشاط المتعلقة بتوريد السلع أو تقديم الخدمات حت يكون من السهل الوصول المباشر والدائم باستخدام للمعلومات المتعلقة بهم، ولا سيما أسمائهم الأولى والأخيرة أو اسم الشركة، العنوان، البريد الإلكتروني، وتفاصيل الاتصالات الهاتفية.[5]

يتوجب على المورد قبل ابرام العقد عن بعد وفي الوقت المناسب بإعلام المستهلك بالمعلومات الضرورية والمتمثلة في هوية المورد ونشاطه الرئيسي، والعنوان الجغرافي لمقر المورد، والمعلومات

1- أنظر المادة 07، من المرسوم التنفيذي رقم:271/22، مرجع سابق، ص21.

2- سقلاب فريدة، مرجع سابق، ص567.

3- أنظر المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 271/22، مرجع سابق، ص21.

4 - بلحاج محجوبة، مرجع سابق، ص63.

5 - Merliaud (jonathan), op, cit, p21.

المتعلقة بالحد الأدنى لمدة العقد في حالة تقديم عقد لخدمات دائمة أو دورية، والمعلومات المتعلقة بإنهاء العقد بين الطرفين مبكرا أو من جانب واحد، وتعليمات عملية ممارسة حق الانسحاب والعنوان الذي يجب إرسال الإخطار إليه، والدولة التي يعتمد المورد على تشريعاتها في علاقاته مع المستهلك قبل ابرام العقد عن بعد، و أي بند يتعلق بالقانون المطبق على العقد أو ما تعلق بالمحكمة المختصة، ناهيك عن الإفصاح عن اللغة التي يتم التواصل بها خلال مدة العقد.[1]

وقد حدد شروط لبيع الكتب بالطرق الإلكتروني، بموجب المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 271/22، بإلزامية التسجيل في السجل التجاري، ونشر موقع إلكتروني أو صفة إلكترونية مستضاف في الجزائر بامتداد "com.dz"، حيث توفر الموقع الإلكتروني على وسائل تسمح بالتأكد من صحته، زيادة على إيداع اسم النطاق لدى مصالح المركز الوطني للسجل التجاري.[2]

وقد أوجب المشرع على بائع الكتب بالطرق الإلكترونية على وضع الشروط التعاقدية في متناول المستهلك بكيفية تجعله يتعاقد عن دراية،[3]

ثانيا: شروط الالتزام بالإعلام:

يخضع الالتزام بالإعلام لجملة من الشروط التي تساعد المتعاقدين على إزالة اللبس الذي قد يقعان فيه أ يتعرض له أحدهما، ومن هذه المعلومات:

1- يتوجب الوضوح والشفافية والنزاهة في الإعلام:

ألزم المشروع بضرورة إعلام، وأردف لذلك الصراحة والشفافية في الإعلام، وعدم الاعتماد على التظليل وعدم الوضوح، ومن ذلك ما جاء في المادة 11 من القانون رقم:05/18، حيث تنص على أنه، "يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة،...."[4].

وتتضمن الشفافية العناصر الأساسية التي يجب إدراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادية والمستهلك، وتتمثل في العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق بالإعلام المسبق

1 - Directive 2002/65/Ce Du Parlement Européen Et Du Conseil Du 23 Septembre، Op، Cit، P L271/20.

2- أنظر المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم:271/22، مرجع سابق، ص20.

3- أنظر الفقرة الأولى المادة 05 المرجع نفسه، ص21.

4- أنظر المادة 11 من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص06.

للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وأمن ومطابقة السلع و/أو الخدمات وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع.[1]

ويتطلب الأمر إلى بذل جهد من أجل توصيل المعلومات، للمتعاملين، فإنه يجب على مقدم الخدمة أن يبذل قصارى جهده لضمان أن العلاقات التي يقيمها على الشبكات مع عملائه شفافة قدر الإمكان، استجابة للتعقيد المتزايد للتقنيات والاتهامات بالممارسات الاحتيالية أو غزو الخصوصية، أصبحت الثقة هي الفكرة المهيمنة الحقيقية للتجارة الإلكترونية.[2]

وبالرجوع للمادة 29 من القانون رقم:02/04، حيث اعتبر بأن بعض الشروط من الشروط التعسفية في العقود بين المستهلك والبائع، كأخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك، أو فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد، أو شرط يمنح للمهني الحق في تعديل عناصر أو مميزات أساسية تتعلق بالمنتوج في العقد دون موافقة المستهلك، أو من خلال التفرد بحق تفسير شروط العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية، أو إلزام المستهلك بتنفيذ التزامات، أو رفض حق المستهلك في حق فسخ العقد إذا أخل المهني بالالتزام أو عدة التزامات، أو التفرد في تغيير آجال تسليم المنتوج أو آجال تنفيذ الخدمة، أو التهديد بقطع العلاقة التعاقدية، في حال رفض المستهلك الخضوع لشروط جديدة غير متكافئة.[3]

فمن الضروري أن يتم إبلاغ المستهلك بوضوح حول المنتجات التي يرغب في شرائها، ولا يجب أن يكون ضحية لإعلان غامض أو مضلل على سبيل المثال. يجب اتخاذ كل الإجراءات لتكوين ثقة المستهلك الإلكتروني قبل موافقته، لذلك، لا يستهدف هذا الجهاز من الحماية فقط العقد الإلكتروني أثناء مرحلة تكوينه، بل يشمل أيضًا جميع المرحلة السابقة لتكوين العقد الإلكتروني، والتي تشمل عموما الاستطلاع عبر الإنترنت والتي تترجم عادةً إلى الإعلان الإلكتروني والعرض الإلكتروني.[4]

1- أنظر المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم:06/306، المؤرخ في: 2006/09/10، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد56، المؤرخة في: 2006/09/11، ص17.

2 - Demoulin (Marie), ET MONTERO (Étienne)¸ Op¸ Cit, p573.

3- أنظر المادة 29 من القانون رقم:02/04، مرجع سابق، ص07.

4 - Geslak (Virginie) ¸ **La Protection Du Consommateur Et Le Contrat En Ligne**¸ Master 2 Consommation Et Concurrence¸Centre De Droit De La Consommation Et Du Marche Umr 5815 Cnrs Dynamiques Du Droit ¸Université De Montpellie ¸Annee Universitaire : 2010-2011¸ P14.

وفي ذات السياق فقد ألزم المشرع البائع من خلال المادة 08 من القانون رقم:02/04، بإعلام المستهلك وبكل الطرق، بالمعلومات النزيهة والصادقة المتعلقة بمميزات المنتوج أو الخدمة المقدمة، وكذا شروط البيع وحدود المسؤولية التعاقدية لعملية البيع أو الخدمة.[1]

ومن المبادئ الأخلاقية لدى المتعامل، التزام النزاهة خاصة في ظل صعوبة تمييز الغش، لهذا السبب، توجهت المذهبة بعد ذلك نحو مفهوم "الالتزام بتوفير المعلومات القبلي"، جاءت العديد من القرارات في هذا السياق، بما في ذلك تلك التي تطبق مفهوم الالتزام بتوفير المعلومات قبل العقد لمعاقبة الإخفاء حتى وإن كان الصدد قد اتخذ من أساس الغش. وعلى الرغم من أن المحكمين ظلوا ملتزمين بمفهوم النية السيئة، والتي غالباً ما يتم اعتبارها بناءً على الإخفاء، وخاصةً لمنع مرتكب الإخفاء من انتقاد شريكه في العقد لأنه لم يتعرف على الأمور بشكل كافي بنفسه.[2]

ومن الواجبات المتفق عليها فقها، والمنصوص عليها قانونا أن يقوم المحترف بإعطاء المستهلك، معلومات واضحة ومفهومة قبل أن يلتزم المستهلك بعقد بعيد أو خارج مكان العمل، أو عقد خارج المقر، أو أي عرض مقابل، ويترتب على المحترف عند تقديم هذه المعلومات، أن يأخذ في الاعتبار الاحتياجات المحددة للمستهلكين المعرضين للخطر بشكل خاص بسبب ضعفهم العقلي أو الجسدي أو النفسي أو العمر أو السذاجة، بطريقة يمكن أن يتوقعها التاجر بشكل معقول، ومع ذلك، فإن مراعاة مثل هذه الاحتياجات المحددة لا ينبغي أن تؤدي إلى مستويات مختلفة من حماية المستهلك، ويجب أن تكون المعلومات التي يقدمها التاجر للمستهلك إلزامية ولا يجب تغييرها، ومع ذلك، يجب أن تكون الأطراف المتعاقدة قادرة على الموافقة صراحة على تغيير محتوى العقد المبرم لاحقا، على سبيل المثال كيفية التسليم[3].

ويقع على التاجر واجب إلصاق على موقعه كل ما يتعلق بالمنتج أو الخدمات المقدمة، وهو ما وافق ما جاء به المشرع الجزائري على أن العرض المقدمة من قبل المورد الإلكتروني تشمل الطبيعة والخصائص وسعر السلع أو الخدمات المقدمة، بما في ذلك جميع الضرائب[4]

1- أنظر المادة 08، من القانون رقم:02/04، مرجع سابق، ص04.

2 - Mahi Mahi-Disdet (djamila)، Op، Cit، P46.

3 -Moulay (zakaria), Khdim (karim), Op Cit, P23.

4 - Harrat (Mohammed)، **La Protection Du E-Consommateur Dans Le Contrat Electronique (Etude Comparative) E-Consumer Protection In The Electronic Contract (Comparative Study)**، Revue De Droit Et Société، Vol : 08،No : 01، Année : 2020، P 591.

ومن هذا المنطلق فالمعلومات المقدمة، تشمل زيادة على المصداقية في تقديم المعلومة، أن تكون مشمولة لكل المعطيات التي من شأنها تساعد على التعاقد، شريطة أن تقدم بشكل واضح غير مبهم، وبكل مشتملاتها بما في ذلك السعر والضرائب الممكن ترتبها على العملية التعاقدية.

2- ضرورة الحفاض على أمن وسرية المعلومات:

أكد المشرع الجزائري على ضرورة ضمان أمن المعلومات وسرية البيانات عن طريق نظام التشفير الإلكتروني باستعمال طريقة علمية وتقنية لمنع الغير من الاطلاع على المعلومات التي تعد سرية لأصحابها وذلك من خلال إلزام المرود الالكتروني الذي يقوم بجمع المعطيات ذات الطابع الشخصي ألا يقوم بجمع إلا البيانات الضرورية لإبرام المعاملات التجارية، تطبيقا للمادة 03/26 من القانون رقم:05/18 المؤرخ في 2018/05/10 المتعلق بالتجارة الالكترونية.[1]

من الضروري صياغة الإعلان عبر الإنترنت بدقة ووضوح لما يرتبه من مسؤولية في حال الإخلال بالعقد عن التقاء القبول بالإيجاب، إذ يجب توضيح شروطه المحددة مسبقا، بمثابة عقد نموذجي يمهد لإبرام عقد مستقبلي بين طرفيه يفيد بان العرض عبر الإنترنت يمثل دعوة للتفاوض ولا يرتب التزاما قانونيا على الجهة المعلنة على السلع أو البضاعة.[2]

ومن مبادئ الأمان الواجب توفرها ضرورة أمن المعلومة الصحيحة في الإعلام، حيث يمنع المرسوم التنفيذي رقم:378/13 المحدد لشروط وكيفيات حماية المستهلك، من خلال المادة 60 منه، كل بيان أو إشارة أوكل تسمية خيالية أو كل طريقة تقديم أو وسم وكل أسلوب للإشهار أو العرض أو الوسم أو البيع من شأنه إدخال لبس في ذهن المستهلك، خاصة ما تعلق بطبيعة وتركيبة ونوعية المنتج، أو مقدار العناصر الأساسية وطريقة التناول تاريخ الإنتاج وتاريخ الحد الأقصى للاستهلاك والكمية ومنشأ أو مصدر المنتوج، ويمنع كل بيان يرمي الى التمييز المفرط لمنتوج على حساب منتوج آخر.[3]

حيث يتعين على العون الاقتصادي إعلام المستهلكين بكل الوسائل الملائمة بالشروط العامة والخاصة لبيع السلع و/ أو تأدية الخدمات ومنحهم مدة كافية لفحص العقد وإبرامه.[4]

1 - بوكريريس سهام، أحمد داود رقية، مرجع سابق، ص513.

2- مها نصيف جاسم، رشا عامر صادق، **التفاوض الإلكتروني**، مجلة مداد الآداب، العراق، العدد 31/15، ديسمبر 2018، ص 564.

3- أنظر المادة 60، من المرسوم التنفيذي رقم:378/13، مرجع سابق، ص17.

4- أنظر المادة 04، من المرسوم التنفيذي رقم:306/06، مرجع سابق، ص17.

3- ضرورة اعلام المستهلك بالبرمجيات المستخدمة:

في حالة التعاقد عن بعد، يجب تكييف متطلبات المعلومات لمراعاة القيود الفنية لوسائط معينة، مثل القيود المفروضة على عدد الأحرف على شاشات هواتف محمولة معينة أو قيود الوقت على نقاط بيع التلفزيون، في مثل هذه الحالات، يجب على المتداول الامتثال للحد الأدنى من مجموعة متطلبات المعلومات وإحالة المستهلك إلى مصدر آخر للمعلومات، على سبيل المثال من خلال توفير رقم هاتف مجاني أو رابط نص تشعبي إلى صفحة ويب خاصة بالتداول، حيث تكون المعلومات ذات الصلة متاحة مباشرة ويمكن الوصول إليها بسهولة، فيما يتعلق بمتطلبات إبلاغ المستهلك بتكلفة إعادة البضائع التي لا يمكن إعادتها بالبريد بحكم طبيعتها.[1]

الشرط التعسفي هو كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد.[2]

تم اعتبار هذه الشرط واعتباره حافزًا حقيقيًا للشركات للحصول على أعلى مستوى ممكن من الحماية، حيث تلزم مقدمي الخدمات بإبلاغ عملائهم حول أسماء وإصدارات البرمجيات المستخدمة لإجراء المعاملات وضمان سرية المعلومات الشخصية المتداولة عبر الشبكة، وإعطاء إشارة حول توفر مصدر الشفرة الخاصة بهم.[3]

الفرع الثالث: الجزاء المترتب عن الإخلال بالالتزام المسبق للتعاقد:

نظرا للأهمية البالغة للالتزام بالإعلام وما يوفره من حماية للمستهلك فقد رتبة التشريعات جزا للإخلال بالالتزام بالإعلام، أو التبصرة قبل التعاقد.

فقد يشكل الالتزام بالإعلام أحد عناصر حسن النية، حيث يترتب على كل متعاقد يمتلك معلومات عن موضوع العقد تسليط الضوء على كل ما له علاقة بموضوع العقد تجعل من المقدم على التعاقد على

1 -Moulay (Zakaria), Khdim (Karim), Op Cit, P23.

2- أنظر الفقرة الخامسة من المادة 03 من القانون رقم 02/04، مرجع سابق، ص04.

3 _ Kablan (Serge) Et Oulaï (Arthur) ¸ **La Formalisation Du Devoir D'information Dans Les Contrats De Cyberconsommation : Analyse De La Solution Québécoise**¸ Mcgill Law Journal Revue De Droit De Mcgill¸ Volume 54, Numéro 4, Winter 2009¸ P636.

بينة من أمره، كما يمتنع عن كتم المعلومات عن التي قد تعد ضرورية أو قد تؤثر على إبرام العقد، وأصل المسؤولية على الالتزام بالإعلام.[1]

فالالتزام بتوفير المعلومات اختلف الفقه بين من يعتبره من عيوب الرضا، باستناده إلى مواد من القانون المدني المتعلقة، وأحيانًا أخرى إلى قواعد المسؤولية المدنية الواردة في المواد 1147 و1382، من القانون المدني الفرنسي، لذلك يشدد القضاء على إلزامية توفير المعلومات قبل إبرام العقد.[2]

ولقد أوجب الالتزام بالإعلام كأساس للتكافؤ ووسيلة لحماية الطرف الضعيف بسبب نقص المعرفة.[3]

بينما جانب آخر من الفقه، اعتبر بأن أساس الالتزام بالإعلام قبل التعاقد يرجع إلى قصور نظرية عيوب الإرادة في تحقيق هدفها، فالكتمان والسكوت بالرجوع لهذه النظرية لا يسمح للمتعاقد المخدوع طلب ابطال العقد أو التعويض عن الضرر الذي أصابه جراء الكتمان، وهذا ما يظهر لنا جانب الإرادة المعيبة والإرادة غير المتكافئة والتي تؤدي إلى عدم توازن العقد في مجال الإرادة، فنقص المعلومة تؤدي إلى إخلال التوازن في الالتزامات العقدية.[4]

أولا: في حالة إغفال المعلومات الواجب التصريح بها عند التعاقد عن بعد :

ولما كانت هاته المعلومات من الأهمية بمكان بحيث لولاها لما تم التعاقد ويرجع السبب في ذلك لتوفرها من عدمه، فقد رتبت التشريعات جزاءات في حالة اغفال كل أو جزء من المعلومات، يجب التأكد من أن المعلومات الموجهة المستهلك هي نفساها لأن انكماش المعلومات يؤدي الى الخطأ أو الاحتيال الذي قد يؤدي الى بطلان العقد، خاصة إذا كانت المعلومات المحذوفة تتعلق بمعلومات مهمة أدت بالمستهلك بالتعاقد طبقا للماد 1110 من القانون المدني الفرنسي، ومن جهة أخرى قد يتم الغاء بعض المعلومات لتحريض المستهلك الالكتروني على التعاقد، مما تجعله يقع في خطأ جسيم.[5]

1- مها نصيف جاسم، رشا عامر صادق، مرجع سابق، ص 575.

2 - Mahi Mahi-Disdet (Djamila), Op, Cit P45.

3- سقلاب فريدة، المرجع السابق، ص568.

4- بن أحمد الحاج، **القانون المدني الجزائري ومرحلة المفاوضات العقدية**، مجلة القانون والعلوم السياسية، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي النعامة، الجزائر، العدد02 كوان 2015، ص18 و19.

5 -Moreau (nathalie), op, cit, p47.

أما بالنسبة للجزاء عن الإخلال بالالتزام بالإعلام فالرأي السائد لدى الفقه أنه يترتب المسؤولية التقصيرية على اعتبار بأن المحادثات السابقة للتعاقد عبارة عن وقائع قانونية يترتب عليها التزامات خلال مرحلة ما قبل التعاقد تهدف على بذل جهد وغاية للوصول إلى إبرام اتفاق نهائي.[1]

إن عدم إلتزام الدقة والوضوح في صياغة الإعلان عبر الإنترنت، ترتب مسؤولية المعلن، إذ يجب عليه، توضيح كل الشروط المحددة مسبقا، بمثابة عقد نموذجي يمهد لإبرام عقد مستقبلي بين طرفيه، يفيد بان العرض عبر الإنترنت يمثل دعوة للتفاوض ولا يرتب التزاما قانونيا على الجهة المعلنة على السلع أو البضاعة.[2]

أما المرسوم رقم:741-2001 فقد أدمجت مواده في إطار تقنين الاستهلاك الفرنسي، حيث نص المرسم بموجب المادة 13-121 على حق المستهلك في الرجوع في العقد المبرم عن بعد، القانون رقم:344-2014 المتعلق بحماية المستهلك، حيث يهدف إلى تنظيم علاقات الاستهلاك بما يكفل حماية المستهلكين في إطار حماية تطوير وتحسين الأداء الاقتصادي على الصعيد الوطني.[3]

وجدير بالذكر، ولما تتمتع به مرحلة الإعلام من أهمية، وما يقربها من مرحلة التعاقد، فإن جانب كبير من الفقه يعترف بوجود صعوبة الفصل بين إيجاد الحد الفاصل بين مرحلة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ومرحلة التعاقد.[4]

عرف الإعلام في الآونة الأخيرة وجودًا مفروضا، يرجع السبب في ذلك إلى انتشار الإنترنت، في أصقاع المعمورة، فهو يظهر في شكل إعلانات تتضمن أغلب المعلومات المهمة عن المنتجات والخدمات المقدمة، فهو يمكن الجمهور من الوصول إلى النصوص والصور التي ربما تهدف إلى عرض علامات الخدمات والسلع وتشجيع العملاء المحتملين على الاستفادة من العلامة التجارية للخدمات والسلع وتعزيز العقود معهم، وعلى الرغم من أن الوصول إلى الموقع يكون فقط بعد الاشتراك، وباختيار المستخدم، إلا أن هذا لا يغير من طابع الإعلان الذي يمكن نشره على الموقع، والصفحات، عبر الوسائل الذكية المدعمة بالتقنيات البرمجية الحديثة.

1- بن أحمد الحاج، مرجع سابق، ص21.

2- مها نصيف جاسم، رشا عامر صادق، مرجع سابق، ص 564.

3- منى أبو بكر الصديق، محمد حسان، مرجع سابق، ص 777.

4- عايد فريحة، **الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد الالكتروني كآلية لحماية المستهلك**، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، الجزائر، المجلد 03، العدد 02، 2018، ص 423.

المطلب الثاني: المفاوضات التمهيدية للتعاقد.

تقوم المفاوضات التمهيدية للتعاقد على مبادئ معينة تجعل منها ذات خصوصية تختلف عن التفاوض في العقود التقليدية عنه في العقود المبرمة بالوسائل الرقمية الحديثة، فهي تعمل على تنوير وتبصرة المتعاقدين، فهي مهمة من أجل بعث التوازن العقدي، قبل الدخول للتعاقد بشكل رسمي.

تجدر الإشارة الى أن جانب من الفقه يعترف بوجود صعوبة الفصل بين إيجاد الحد الفاصل بين مرحلة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد والمرحلة التعاقدية.[1] لذلك فقد أختلف في الطبيعة القانونية للمفاوضات (الفرع الأول)،

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للمفاوضات:

للإحاطة بالطبيعة القانونية للمفاوضات، نضطلع على تعريف المفاوضات، ثم نميز بينها وبين الدعوى للتعاقد، ونوضح يعدها خصائصها، ثم نتطرق للمبادئ التي تحكم هذه المرحلة.

أولا: تعريف المفاوضات العقدية:

مرحلة التفاوض تعرف على أنها الفترة التي يتم فيها تبادل الاقتراحات والمساومات والمراسلات والتقارير والدراسات الفنية والاستشارات القانونية بين الأطراف قبل إبرام العقد. تهدف هذه المرحلة إلى توضيح الإجراءات القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف والتعرف على الحقوق والالتزامات التي تنشأ عن الاتفاق النهائي بينهم.[2]

أو هي تلك المرحلة التي يتم فيها اتصال مباشر أو غير مباشر بين شخصين أو أكثر بمقتضى اتفاق بينهم يتم خلاله تبادل العروض والمقترحات، وبذل فالمساعي المشتركة تهدف للتوصل إلى اتفاق بشأن عقد معين تمهيدا لإبرامه في المستقبل.[3]

---

1 عبايد فريحة، سلايم عبد الله، مرجع سابق، ص 423.

2- نبيل إسماعيل الشبلاق، محمد سعيد أحمد إسماعيل، فاروق أبو الشامات، **الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد (دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا)**، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد29، العدد02، سنة 2013، سوريا، ص 308.

3- حليس لخضر، **مرحلة المفاوضات التعاقدية**، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة المدية، الجزائر، العدد الأول، جوان 2017، ص 164.

فالمفاوضات التمهيدية السابقة للتعاقد، قد تنتهي إلى مجرد مسودة أو مشروع يحدد طبيعة العقد المزمع إبرامه، وهي المرحلة التي يتبادل فيها الطرفان المشاورات والآراء الخاصة بكل منهما، وكذا الاقتراحات المتبادلة بهدف الوصول إلى بلورة تحديد مضمون العقد المراد إبرامه، ويحكم هذه المرحلة مبدأ حرية التعاقد، ويحق لكل متفاوض وضع حدا للمفاوضات دون التقييد بأي ارتباط عقدي.[1]

ومن بين المدارس التي تزعمت البحث في مرحلة المفاوضات هل هي من مراحل إبرام العقد أم هي مرحلة سابقة للتعاقد، نجد المدرستين الفرنسية، والجرمانية.

1-المدرسة الفرنسية:

وفقًا لرأي هذه المدرسة، يعتبر الاتفاق ضروريًا لتحقيق صحة التفاوض، وقد اتبعته فرنسا والجزائر ومصر، حيث اعتبرت أن التفاوض بدون اتفاق لا يصل إلى مستوى العمل القانوني ويعتبر مجرد نشاط مادي، وبالتالي لا يحدث تأثير قانوني. وبناءً على ذلك، يحق لكل شخص متفاوض قطع التفاوض دون الالتزام بأي التزامات، وهو ما نصت عليه المادة 1112 من القانون الفرنسي بعد تعديلها في عام 2016، مما ينبع من مبدأ حرية التفاوض المستمدة من مبدأ الحرية العقدية.[2]

وقد ذهب الفقه الفرنسي، إلى اعتبار المرحلة السابقة للعقد، كونها المرحلة التي تنظم جملة من العمليات التمهيدية، والتي تتمثل في المباحثات والمساعي والمشورات وتبادل وجهات النظر بهدف التوصل إلى اتفاق.[3]

أما العميد "Carbonnier"، فيرى مرحلة التفاوض العقدي على أنها: "تلك المرحلة التمهيدية التي يتم فيها دراسة ومناقشة شروط العقد وفي هذه المرحلة لا يكون العقد قد تم بل ليس هناك إيجاب بالعقد تم قبوله وإنما هناك فقط عروض وعروض مضادة".[4]

---

1 – العربي بلحاج، **مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري**، الجزء الأول، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، دار هومة، الطبعة الثانية، 2016/2015، ص 197.

2– بن أحمد صليحة، **تنازع القوانين بشأن المسؤولية المدنية الناشئة عن قطع التفاوض**، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، الجزائر، المجلد04، العدد02، سنة 2019، ص 812.

3– نبيل إسماعيل الشبلاق، محمد سعيد أحمد إسماعيل، فاروق أبو الشامات، مرجع سابق، ص 308.

4– فطيمة زهرة عبد العزيز، **أساس المسؤولية المدنية المترتبة عن المفاوضات قبل التعاقد**، مجلة الرسالة للدراسات والبحوث الإنسانية، جامعة تبسة، الجزائر، المجلد 6، العدد1، مارس 2021، ص27.

2-المدرسة الجرمانية:

وهي تمثل الفقه الألماني والسويسري، الذي يعتبر المفاوضات هي مقدمة لإبرام العقد، وتعتبر المسؤولية الناشئة في مرحلة التفاوض بمثابة مسؤولية شبه عقدية تنطبق عليها المسؤولية العقدية وهذا راجع لنظرية الفقيه الألماني "اهرنج Ihring" المعروفة بنظرية الخطأ عند تكوين العقد " Culpa in contrahendo" ومرد هذه النظرية أن الخطأ في الفترة السابقة على التعاقد سواء ترتب عليه إبرام العقد أو بطلانه، يعد خطأ عقديا يلزم مرتكبه بتعويض الضرر الذي لحق الطرف الآخر، اعتبارا لوجود عقد ضمني بين المتفاوضين، مفاده بذل العناية اللازمة في سبيل إبرام العقد المنشود، وكل قطع دون مبرر المفاوضات يعتبر إخلال بالالتزام الذي يمليه العقد الضمني، ومن ثمة يسأل مسؤولية عقدية وعليه يترتب تعويض المضرور.[1]

ثانيا: التفرقة بين الدعوة للتعاقد والدعوة للتفاوض:

يرى بعض الفقه بوجود فارق بين الدعوة إلى التفاوض والدعوة للتعاقد، فالدعوى للتعاقد تهدف إلى دعوة الناس إلى إبرام العقد حالا، بينما الدعوى للتفاوض فهو الدخول في مفاوضات لمناقشة شروط العقد على قدم المساوات.[2]

قد يصعب التفريق بينهم واقعيا، فقد يكون العرض دعوة للدخول في التفاوض من أجل التعاقد عن بعد Contrat à Distance وقد يكون العرض صريحا أو ضمنيا ويمكن تقديمه للجمهور أو لشخص معين.[3]

وقد يصعب التفريق بين الدعوة للتعاقد والدعوة للتفاوض أكثر في العقود المبرمة عن بعد، عند تقديم البضائع للجمهور من خلال النشرات الإعلانية والكتالوجات يعد عادة مدعاة للتفاوض وليس بالضرورة تأكيدًا نهائيًا، عندما يقدم شخص طلبًا محددًا لشراء سلعة معينة من النشرة أو الإعلان أو الكتالوج، والتي لم يكن قد تم توجيهها إليه شخصيًا، يُعتبر هذا التصرف تجاه البائع مجرد دعوة للتعاقد، ويعتبر قبولًا من جانب البائع، ولكن يتم تأكيد الاتفاق بواسطة البائع في وقت لاحق. ومن الممكن رفض البائع للاتفاق بعد هذا الزمن فقط في حالة وجود أسباب مشروعة. وفيما يخص الحالات التي يتم إرسال

1- بن أحمد صليحة، مرجع سابق، ص 814.

2- ماجد محمد سليمان أبا الخيل، مرجع سابق، ص48.

3 -Moreau (nathalie), op¸ cit, p39.

النشرة أو الإعلان أو الكتالوج بشكل موجه إلى فرد معين باستخدام عنوانه الشخصي، فإن استجابة الشخص المعني تُعتبر قبولًا كاملاً، ومن ثم يتم إتمام الصفقة دون إمكانية للبائع الانسحاب من التعاقد بعد ذلك.[1]

وقد يختلط الأمر أكثر أحيانا، فتكون المفاوضات جزء من العقد إذا ألحقت به، فهي بمثابة الأعمال التحضيرية وقد يستعان بها في تفسير العقد وكلما كان التحضير للقد جيدا كلما كان أقرب للتوازن والتكافؤ وبعيدا عن الغموض ويبعث للطمأنينة.[2]

وعلى العموم فالمفاوضات السابقة للتعاقد عبارة عن قيام أطراف العلاقة العقدية المستقبلية المحتملة بتبادل الاقتراحات والمساومات والدراسات والتقارير الفنية والاستشارات القانونية، وفي بعض الحالات قد تصل إلى مناقشة الاقتراحات التي يضعانها سوية أو ينفرد بوضعها أحدهما، ليكون كل منهما على بينة مما يقدمان عليه وللوصول إلى أفضل النتائج التي تحقق مصالحهما، وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق بينهما من حقوق لهما والتزامات عليهما".[3]

فاستقراء لما سبق فالتفاوض السابق في الحقيقة يرسم معالم العقد، من أجل الوصول لحماية الأطراف في العلاقة القانونية المستقبلية، حيث يتبادلون الاقتراحات والمساومات ويقومون بإعداد دراسات وتقارير فنية، بالإضافة إلى استشارات قانونية، وذلك من خلال مناقشة الاقتراحات المشتركة أو الفردية التي يُقدِّمها كل طرف، يهدف هذا الأمر إلى توضيح الإجراءات القانونية المطلوبة لتحقيق مصلحة كل طرف، وكذلك لفهم الحقوق والالتزامات الناتجة عن الاتفاق بينهما.

ثالثا: خصائص مرحلة المفاوضات العقدية:

دون أدنى شك فالتفاوض يعتبر عملية ديناميكية حساسة، تجري بين طرفين أو مجموعتين، يعملون سويا للوصول إلى حلول تلبي متطلبات الأطراف في العلاقة التعاقدية، وتساعد في حل النزاعات

1 – عبد الرازق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، الجزء الرابع، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1962، ص43.

2– حليس لخضر، مرجع سابق، ص 165.

3– نبيل إسماعيل الشبلاق، محمد سعيد أحمد إسماعيل، فاروق أبو الشامات، مرجع سابق، ص 310.

والتناقضات بينهما، وتعمل على تقريب وجهات النظر، وتحاول تذليل الصعوبات التي قد تعترض مرحلة التعاقد،[1] وعلى هذا فمرحلة التفاوض لها خصوصيتها.

1- المرحلة السابقة على العقد مرحلة تمهد لإبرام العقد:

مرحلة تهيئة الأرضية المناسبة للتعاقد، وهي مرحلة أساسية في عملية العقد، يتم فيها مناقشة شروط العقد، بهدف الوصول إلى أفضل صياغة ممكنة والتوصل إلى اتفاق يلبي مصالح الأطراف في العقد.[2]

التفاوض على العقد مرحلة تمهيدية لإبرامه، تهدف مرحلة التفاوض على الإعداد والتحضير لإبرام العقد النهائي، ولو أن التفاوض لا يلزم الطرفين، فهو يهدف إلى التمهيد لإبرام العقد النهائي من خلال الاتفاقات المرحلية،[3] ورغم أن مرحلة التفاوض هي تمهيد لمرحلة قادمة تتمثل في مرحلة التعاقد، إلا أن نتائجها غير مضمونة فهي ذات نتائج احتمالية.

2- المرحلة السابقة على العقد ذات نتيجة احتمالية:

يغلب على مرحلة المفاوضات مبدأ حرية التعاقد، فالأطراف ليسوا ملزمين بإتمام إبرام العقد فقد تفضي هذه المرحلة إلى إبرام العقد وقد تفشل المفاوضات، ويكون مصيرها الإخفاق والفشل.[4]

إن عملية التفاوض على التعاقد ذو نتيجة احتمالية، أي أن أطراف التفاوض قد تنجح في إيصال المفاوضات إلى مرحلة إبرام العقد ويتم الاتفاق على كل المسائل بشأن جميع الشروط وبشكل نهائي ومن ثمة التوقيع وإبرام العقد، وقد لا يتم الاتفاق ولا يصل الأطراف إلى إبرام العقد، وقد ينسحب أحد الأطراف من المفاوضات وقد يقترن العدول بخطأ وقد تترتب مسؤولية على مرتكب هذا الخطأ، فهنا يتحمل تبعة المسؤولية على أساس المسؤولية التقصيرية لا المسؤولية العقدية، تأسيسا على الإخلال بواجب حسن النية خاصة إذا كان العذر غير مقبول لأن مرحلة المفاوضات العقدية تخضع لمبادئ من بينها، مبدأ حرية التفاوض، ومبدأ حسن النية.

1- فطيمة زهرة عبد العزيز، مرجع سابق، ص26.

2- نبيل إسماعيل الشبلاق، محمد سعيد أحمد إسماعيل، فاروق أبو الشامات، مرجع سابق، ص 316.

3- مها نصيف جاسم، رشا عامر صادق، مرجع سابق، ص 570.

4- نبيل إسماعيل الشبلاق، محمد سعيد أحمد إسماعيل، فاروق أبو الشامات، مرجع سابق، ص 317.

رابعا: المبادئ التي تحكم مرحلة المفاوضات العقدية:

تخضع مرحلة التفاوض لعدد من المبادئ، فهي ليست مطلقة ولا ثابتة ومن بين هذه المبادئ ما يلي:

1- مبدأ حرية التفاوض:

إرادة الأطراف تبقى حرة طوال مرحلة المفاوضات ويمكن لكل طرف الانسحاب منها ما دام العقد لم يبرم ولم يحدث تطابق بين الإرادتين.[1]

مرحلة التفاوض هي مرحلة تهيئة الأرضية المناسبة للتعاقد تستند إلى مبدأ حرية التعاقد، ففي هذه المرحلة، الأطراف غير ملزمة بإبرام العقد، ولديها الحرية في اتخاذ قرارهم بشأن ما إذا كانوا سيواصلون المفاوضات أو ينهونها، من الممكن أن تتم هذه المرحلة بنجاح بإبرام العقد النهائي، ولكنها أيضا قد تفشل إذا لم يتم التوصل إلى اتفاق نهائي يراعي مصالح جميع الأطراف المتعاقدين.

2- مبدأ التحلي بحسن النية أثناء التفاوض:

حسن النية يبعث بالمتفاوضين على التعامل على أساس الثقة والاستقامة في التعامل والابتعاد عن أساليب الخداع والتحايل والأفعال التي من شأنها خلق عدم الطمأنينة بين الأطراف.[2] فالأصل أن الغش يفسد كل ما يقوم عليه،[3] فمرحلة المفاوضات لا يمكن أن تستغل لبواعث وأغراض غير مشروعة فهي ساحة للتعارف والتفاهم ولا يمكن أن تكون لاصطياد الأخطاء، فهي تعتمد بالأساس على مبدأ حسن النية وهو عنصر جوهري لإنجاح المفاوضات.[4]

وفي الحقيقة فإن مبدأ إلزامية التفاوض بحسن نية، تأخذ به أغلب التشريعات، حتى تحافظ على التعاون بين أطراف العلاقة التعاقدية وخلق جو من التفاهم المتبادل، وأن يتصرف بحسن نية وبقدر من التبصرة والاهتمام وتفادي إيقاع الضرر بالطرف الآخر سواء عن سوء نية أو عن إهمال.[5]

1- بن أحمد الحاج، مرجع سابق، ص13.

2 - عبد المجيد قادري، مراد عمراني، **التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد**، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، المجلد 04، العدد 02، 2019، ص789.

3- فطيمة زهرة عبد العزيز، مرجع سابق، ص28.

4- المرجع نفسه، ص29.

5 - عبد المجيد قادري، مراد عمراني، مرجع سابق، ص788.

يفرض الالتزام بحسن النية في التفاوض على الأطراف بالتعاون فيما بينهم طوال مرحلة التفاوض، فيتوجب عليهم من الناحية الأخلاقية والعملية تقديم كل الآراء والأفكار التي يحتاجها العميل، وكذا بيان الخصائص وعيوب المنتج أو الخدمة التي يقدمها للمتعامل الآخر، كما يمكن من فحص المنتوج وإخضاعه للدراسة في حال استوجب الأمر إبداء الرأي، حيث يكون قد بواجب التعاون وبحسن نية.[1]

وقد كرست المادة 1104، من القانون المدني الفرنسي، على ضرورة الالتزام بحسن النية والجدية، وكذا الاستمرار في التفاوض وعدم قطعها دون مبرر.[2]

3- مبدأ ضرورة الالتزام بالاستمرار بالتفاوض:

لما كان الالتزام بمواصلة التفاوض والاستمرار فيه يقتضي بأن لا يقوم المتفاوض بالانسحاب من المفاوضات من تلقاء نفسه في أي مرحلة كانت عليها المفاوضات، ودون الاعتماد على مبرر جدي، أو أن يقف موقف سلبي، تجاه كل ما من شأنه إعاقة المفاوضات، حيث يتوجب عليه مواصلة المفاوضات والاستمرار فيها بشكل جدي وهادف، وكلما تقدمت المفاوضات كلما ازدادت أهمية الاستمرار فيها.[3]

4- مبدأ الالتزام بالتفاوض بحسن نية:

ظهر مبدأ حسن النية في بادئ الأمر في القانون الروماني، حيث اعتبر مصدرا من مصادر القاعدة القانونية، فبموجب هذا المبدأ كان يمكن للقاضي التدخل لفرض التزامات تعاقدية على طرفي العقد، من أجل إحداث التوازن العقدي بين المتعاقدين، متى كان أمام عدم تعادل المراكز القانونية لطرفي العلاقة التعاقدية.[4]

ولم يضع القانون تعريفا لمبدأ حسن النية غير أنه يمكن القول بأن النية الغالية من الغدر والخداع أو القصد السيئ، فهي النية الصادقة الصريحة الحسنة المضادة لسوء النية والغش أو الرغبة في الإضرار بالغير، وهو مفهوم واسع يعبر عن كل إحساس بالأمانة واستقامة الضمير.[5]

1- مها نصيف جاسم، رشا عامر صادق، التفاوض الإلكتروني، مجلة مداد الآداب، العدد 15، العراق، ص 572.

2- بن أحمد صليحة، مرجع سابق، ص 812.

3 - عبد المجيد قادري، مراد عمراني، مراجع سابق، ص787.

4 - المرجع نفسه، ص789.

5 - منذر الفضل، **الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزامات وأحكامها**، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي معززة بآراء وأحكام القضاء، الطبعة الأولى 2012، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ص 210.

ولما كانت، أغلبية القوانين تأخذ بمبدأ إلزامية التفاوض بحسن نية، وهذا من اجل الحفاض على التعاون بين أطراف العلاقة التعاقدية من جهة، وخلق جو من التفاهم المتبادل من جهة ثانية، حتى يكلل العمل بينهما بحسن نية، وبقدر من التبصرة والاهتمام وتفادي إيقاع الضرر بالطرف الآخر سواء عن سوء نية أو عن إهمال.[1]

ومن شراح القانون من يرى، بأن حسن النية، إقدام المتفاوضين أو الراغبين بالتعاقد على أساس من الثقة والاستقامة في التعامل، والابتعاد عن أساليب الخداع والتحايل والافعال، التي من شأنها خلق عدم الطمأنينة بين الأطراف.[2]

أما القانون الإنجليزي، فمبدأ حسن النية عنده ينظر له عند إنشاء العقود ووقت تنفيذها، لأن هناك من عقود تتطلب درجة عالية من الثقة، لذلك يستوجب الأمر توافر حسن النية للحفاظ على العلاقة متميزة بين أطراف حتى نهاية العقد. [3]

وبالرجوع للفقه الفرنسي، نجد بأنه اختلف في ضرورة اعتماد مبدأ حسن النية من عدمه في مرحلة التفاوض، ومن الفقه من فرق بين مرحلة التنفيذ التي أوجب فيها مبدأ حسن النية، وبين مرحلة التفاوض التي لا يرد بشأنها حسن النية، على خلاف القضاء الذي اعتبر مبدأ حسن في مرحلة التفاوض على يعتبر كضابط أخلاقي للسلوك، وبخلاف ذلك، فالمشرع الفرنسي فقد اعتبر تنفيذ العقد والتفاوض بحسن نية، من النظام العام، وهذا تطبيقا لما جاء في المادة 1104 من تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة 2016.[4]

وعلى غرار المدرسة الفرنسية والمدرسة الإنجليزية، فقد كانت المدرسة الألمانية السباقة في فرض مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، وذلك حفاظا على مصالح الأطراف في مرحلة تكوين العقد وتنفيذه، على اعتبار ما ورد في المادة 2/241 من القانون المدني الألماني (BGEB)، حيث

1 – عبد المجيد قادري، مراد عمراني، مرجع سابق، ص788.

2 – المرجع نفسه، ص789.

3 – منذر الفضل، مرجع سابق، ص 210.

4 -Article 14¸ Ordonnance N°2016/131 Du 10 Février2016 Portant Réforme Du Droit Des Contrats, Du Régime Général Et De La Preuve Des Obligations, JORF N°0035 Du 11 Février 2016-Texte N° 26¸ "Les Contrats Doivent Être Négociés, Formés Et Exécutés De Bonne Foi. Cette Disposition Est D'ordre Public"

ألزمت كل متعاقد بمراعاة حقوق ومصالح المتعاقد الآخر، وتم توسيع هذا المبدأ ليشمل مبدأ حسن النية مرحلة التفاوض بموجب المادة 2/311 من نفس القانون.[1]

3- مبدأ الالتزام بمواصلة المفاوضات:

يعتبر هذا الالتزام تبادلي بين الطرفين، فيفرض عليهما مواصلة التفاوض وهو الالتزام ببذل العناية وليس تحقيق النتيجة، فيبذل كل طرف قصارى جهده من أجل إنجاح المفاوضات دون أن يكون ملزم بتحقيق النتيجة.[2]

لما كان الالتزام بمواصلة التفاوض والاستمرار فيه يقتضي بأن لا يقوم المتفاوض بالانسحاب من المفاوضات من تلقاء نفسه، في أي مرحلة كانت عليها المفاوضات، ودون الاعتماد على مبرر جدي، أو أن يقف موقف سلبي تجاه كل ما من شأنه إعاقة المفاوضات، حيث يتوجب عليه مواصلة المفاوضات والاستمرار فيها بشكل جدي وهادف، وكلما تقدمت المفاوضات كلما برزت أهمية الاستمرار فيها.[3]

ولقد اعتبرت المحاكم في فرنسا إلى اعتبار الانسحاب من المفاوضات بعد قطعها شوطا كبريا يعتبر تعسفا في استعمال الحق، خاصة إذا كان نتيجة لعمد وسوء نية، وفي ذات السياق الدخول في المفاوضات لا يلزم أي طرف بإبرام العقد النهائي، فالأمر يتعلق بنتيجة وهي إبرام العقد النهائي.[4]

واستنتاجا لما سبق، فإنه في حال تم الاتفاق بين الأطراف على الدخول في المفاوضات، من أجل إبرام عقد، أعتبر التزاما، يحتم من أجل الاستمرار في التفاوض للوصول لإبرام العقد النهائي، وهذا لا يمنع من الاتفاق على كيفية التعاقد وتحديد الشروط والأهداف التي يريدانها من التفاوض وكذا شكل وصيغة النقاش المطروح، ويترتب على الاتفاق الالتزام بالمفاوضات، ويعد الالتزام في هذه الحالة التزام ببذل عناية، فيستوجب على كل طرف بذل العناية المطلوبة من أجل إنجاح المفاوضات، معتمدا في ذلك على مسلك الشخص المعتاد، والذي يتفق مع مقتضيات حسن النية في تنفيذ الالتزامات.[5]

1 - عبد المجيد قادري، مراد عمراني، مرجع سابق، ص792.

2- فطيمة زهرة عبد العزيز، مرجع سابق، ص28.

3 - عبد المجيد قادري، مراد عمراني، مرجع سابق، ص787.

4- بن أحمد الحاج، مرجع سابق، ص23.

5- مها نصيف جاسم، رشا عامر صادق، مرجع سابق، ص 571.

إن مقتضيات العصر الحديث تؤدي إلى أن الدخول في المفاوضات قبل التعاقد تجعل منه حتمية تفرض نوعا من الثقة المتبادلة بين الأطراف، يحتم عدم إفشاء الأسرار والالتزام بأصول المفاوضات والاستمرار فيها.[1]

خامسا: الالتزامات الناشئة عن المفاوضات:

قد تنشأ عن الدخول في المفاوضات جملة من الالتزامات ذات الصلة بهذه المرحلة وما تتطلبه من ضرورة الحفاض على المعلومات المطلع عليها بسبب الدخول في المفاوضات ولعل من بين هاته الالتزامات ما يلي:

1- الالتزام ببذل العناية اللازمة:

يفرض التفاوض بين طرفي العلاقة التفاوضية، بذل العناية اللازمة وليس التزام بتحقيق نتيجة أي أنه يترتب على كل طرف بذل كل ما في وسعه بصورة إيجابية وفعالة من أجل الوصول على إبرام العقد المراد، وفي ذات السياق لا يحتم عليهما ابرام العقد النهائي.[2]

2- الالتزام بالمحافظة على الأسرار:

لا يقصد به إجراء المفاوضات في سرية تامة بالمعني الحرفي للكلمة، بل تعني التزام الصمت لكل ما قد يعرفه أو يعلمه أو يتلقاه من معلومات جراء المفاوضات، أو يكشفه أو من خلال المستندات المتبادلة أو من خلال المناقشات أو من خلال الأبحاث والدراسات التي تتطلبها بعض العقود.[3]

ويرجع ذلك إلى أنه قد تكون بعض المعلومات تمتاز بالسرية، وغير قابلة للنشر أو غير قابلة للاطلاع عليها من الجميع، أو أنها تمتاز بطابع خاص بشأن نقل التكنولوجيا، أو تتطلب مبالغ باهظة من أجل الحصول عليها، أو للموازنة بينها وبين ما يشبهها، فمن هذا المنطلق لا بد من الالتزام بالسرية والحفاض على الخصوصية وعدم إفشاء الأسرار التي أفشيت للمتعاقد بسبب دخوله في المفاوضات العقدية، أو قد يلحق بأصحابها أضرار بسبب إفشاء أسرار علم بها الطرف المتعاقد بسبب دخوله في المفاوضات العقدية، والالتزام بالسرية في هذه الحالة هو التزام بالامتناع وفي حال قام المتفاوض بإفشاء

1- بن أحمد الحاج، مرجع سابق، ص18.

2- فطيمة زهرة عبد العزيز، مرجع سابق، ص28.

3- المرجع نفسه، ص29.

سر علم به من خلال دخوله في المفاوضات يعتبر مخل بالتزامه بالسرية، ما يرتب عليه تحمل المسؤولية عما نتج من ضرر بصاحب السر.[1]

3- الالتزام بالتعاون:

يجب الالتزام بالاعتدال والجدية وتقديم التضحية لكل طرف من أطراف التفاوض، ولعل من صورها الاستمرار في المفاوضات، الالتزام بالجدية في إبراز الأفكار وعدم التهديد بفشل المفاوضات، وعدم التفاوض مع طرف ثالث أو القيام بما يعرف بالمفاوضات الموازية وذلك شريط أن يكون هناك اتفاق مسبق على ذلك، كما قد يقع على عاتق المتفاوض يبذل مجهود مضاعف في إعطاء النصيحة وذلك راجع الى عدم التوازي بين المتعاقدين، فالتفاوت بينهما من حيث المؤهلات والمهارات المهنية، كالمفاوضات التي تجري بين مهني وشخص عادي.[2]

يتعين على المتفاوض التصريح إلى الطرف الآخر بكل ما لديه من بيانات ومعلومات تتعلق بالعقد موضوع التفاوض ولا بد من التصريح بالمعلومات كاملة ما دامت لها أهمية في التعاقد لكي يتم التفاوض بالشفافية ويرتكز على المصارحة والمكاشفة.[3]

يقوم التفاوض على التبادل والأخذ والعطاء بالتعاون فيما بين الأطراف من أجل تقريب بين وجهات النظر المختلفة والشروط، عن طريق تبادل العروض والمقترحات من خلال تقديم التنازلات والشروط من أجل الوصول إلى التوازن بين المصالح.[4]

الفرع الثاني: أهمية المفاوضات قبل التعاقد.

تلعب المفاوضات دور كبير في الوصول بأطراف إلى التعاقد إلى إبرام العقد، ولها دور كبير أيضا في الحفاض على هذه العلاقة بعد التعاقد، وبعده من خلال التقليل من النزاعات بين المتعاقدين، فالاهتمام بالتفاصيل أثناء التفاوض يساهم دون شك في تقريب وجهة النظر من جهة وبالتالي إبرام العقد، وهذا ما ينكس بالإيجاب على تقليل النزاع بين المتعاقدين.

1 - مها نصيف جاسم، رشا عامر صادق، مرجع سابق، ص 576.

2- المرجع نفسه، ص 577.

3- فطيمة زهرة عبد العزيز، مرجع سابق، ص29.

4- مها نصيف جاسم، رشا عامر صادق، مرجع سابق، ص 570.

أولا: الهدف من المفاوضات:

إن المخاطر والصعوبات التي تحملها بعض العقود تجعل منها من الصعوبة بمكان إبرامها مباشرة بل لا بد من الدخول في مفاوضات قد تستغرق وقتا طويلا وقد يتم الاستعانة بأطراف عدة لها خبرات فنية في جوانب مختلفة.[1]

1- دور المفاوضات في إعادة التوازن العقدي:

يلعب التفاوض الإلكتروني دورا بارزا في الحفاض على التوازن العقدي، لا سيما في العقود التجارية أو الصناعية حيث يمتد تنفيذها لفترة طويلة فيظهر دوره في إعادة التوازن العقدي في حالة تغيير الظروف نضرا لقابلية الظروف الاقتصادية المحيطة بالعقد للتغيير المستمر مما قد يخل بتوازن العلاقة التعاقدية، إذ يحرص طرفا العقد على إدراج شروط يلتزم بمقتضاها كل طرف من أجل تفادي إخفاق تنفيذ الالتزام العقدي،[2] وقد يستعان بالمفاوضات وتظهر وكأنها بمثابة أعمال تحضيرية يستعان بها في تفسير العقد، وكلما كان التحضير للعقد جيدا كلما كان أقرب للتوازن والتكافؤ وبعيدا عن الغموض ويبعث للطمأنينة، بين المتفاوضين.[3]

تلعب المرحلة السابقة على التعاقد دورا تفسيريا وتكميليا بالنسبة لانعقاد العقد كما أن حسن إدارة عملية التفاوض يؤدي إلى الحد من المنازعات في المستقبل.[4]

2- دور المفاوضات في منع الادعاء بالإذعان:

يمنع إبرام العقد بعد المفاوضات من الادعاء بالإذعان، لا سيما في العقود التي يكون فيها فارق اقتصادي بين طرفي العقد، أو احتكاري لبعض السلع والمنتجات، غير أنه يمكن للقاضي التدخل للتوازن لتحقيق التوازن الاقتصادي.[5]

ويتجلى دور المفاوضات في منع الادعاء بالإذعان لما يلعبه الأطراف العلاقة العقدية المستقبلية بتبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية والاستشارات القانونية، التي يضعانها

1- حليس لخضر، مرجع سابق، ص 165.
2- مها نصيف جاسم، رشا عامر صادق، مرجع سابق، ص 566.
3- حليس لخضر، مرجع سابق، ص 165.
4- مها نصيف جاسم، رشا عامر صادق، مرجع سابق، ص 563.
5- بن أحمد الحاج، مرجع سابق، ص17.

سوية أو ينفرد بوضعها أحدهما، ليكون كل منهم على بينة مما يقدمان عليه والوصول إلى أفضل النتائج التي تحقق مصالحهما، وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق بينهما من حقوق وامتيازات لهما.[1]

3- دور المفاوضات في تبادل المعلومات:

لم يعد العقد يقتصر على تبادل السلع والمنتجات أو الخدمات بل تعداه ليشمل الخبرات الفنية والتكنولوجية ليستنجد بقواعد غير تقليدية تستجيب لضرورات وسائل الإنتاج الصناعي وطرق التوثيق الحديث،[2] ففي بعض الحالات قد يقوم أطراف العلاقة العقدية المستقبلية بتبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية والاستشارات القانونية التي يضعانها سوية أو ينفرد بوضعها أحدهما ليكون كل منهم على بينة مما يقدم عليه والوصول إلى أفضل النتائج التي تحقق مصالحه وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق بينهما من حقوق وامتيازات لهما.[3]

4- دور المفاوضات للوصول للقناعة النهائية:

الإرادة النهائية في العقود التفاوضية لا يقع دفعة واحدة، فهي تتحقق تدريجيا وبعد أخذ ورد بين طرفي التفاوض وتلقي الاقتراحات والاقتراحات المضادة وبموجب حركات التقارب بين وجهات بين الطرفين ويبقى عليها سوى التوقيع على مشروع العقد وباقتران الإيجاب بالقبول المشترك ينشأ العقد.[4]

5- دور المفاوضات في تقليص النزاعات العقدية:

تلعب المرحلة السابقة على التعاقد دورا تفسيريا وتكميليا بالنسبة لانعقاد العقد كما أن حسن إدارة عملية التفاوض يؤدي الى الحد من المنازعات في المستقبل، [5] ومن جانب آخر لا تعتبر المفاوضات شرطا لتكوين العقد أو لصحته، بقدر ما تلعب دورا وقائيا سابق لمرحلة إبرام العقد يتطلب فيه حسن إرادة عملية المفاوضات لتوقي وتفادي ما قد يثور من منازعات في المستقبل.[6]

1- مها نصيف جاسم، رشا عامر صادق، مرجع سابق، ص 562.
2- حليس لخضر، مرجع سابق، ص 164.
3- مها نصيف جاسم، رشا عامر صادق، مرجع سابق، ص 562.
4- بن أحمد الحاج، مرجع سابق، 31.
5- مها نصيف جاسم، رشا عامر صادق، مرجع سابق، ص 563.
6- بن أحمد الحاج، مرجع سابق، ص16.

ثانيا: حدود التفاوض عند التعاقد عن بعد.

المفاوضات ليست مطلقة بين الأطراف من حيث الأعمال والإجراءات التي يقوم بها كل طراف، فمنها ما يمكن اعتباره يدخل ضمن المفاوضات ومنها ما لا يمكن اعتبارها داخل مرحلة المفاوضات.

1- ما يدخل ضمن المفاوضات:

وتشمل المفاوضات الأعمال والمقترحات التي يبديها أطراف العلاقة التعاقدية والمقترحات المضادة والمناقشات الدائرة بينهما بكل الطرق لتشمل الكتابة والمشافهة، وسواء كانت مباشرة أو غير مباشرة أو تمت بوسطاء.[1]

2- ما يستثنى من المفاوضات:

ويخرج من دائرة المفاوضات كل الأعمال التي يقوم بها أحد طرفي التعاقد دون علم الطرف الآخر أو تتصل بعلمه، بما في ذلك الدراسات والمشاورات ولو كانت ذات صلة بالعقد المراد ابرامه من خلال المتفاوض أو تابعيه، فالعبرة باشتراك الإرادة للطرفين وليست إرادة أحدهما فقط.[2]

ثالثا: المفاوضات في العقود الذكية.

وتختلف المفاوضات في العقد الذكي من حيث تكوينه عن العقود التقليدية، حيث يجمع بين أطراف لا يربطهم مجلس عقد واحد مكانيا، وقد تكون شروط العقد معدة سلفا في قالب يمكن الحصول عليها من استعمال وسائط التواصل الإلكتروني، ولعل استخدام اللغة التقنية المعتمدة على الرقمنة هو ما يزيد من أهمية مراحل تكوين العقد المكونة من مرحلة يمر العقد الذكي بمرحلة التفاوض وهي المرحلة السابقة لإبرام العقد وهي مهمة جدا في تكوين العقد، وهنا نعلم المخاطر التي تحيط بمرحلة ما قبل التعاقد أي أثناء تفاوض الأطراف والتي يصفها البعض بالمنطقة الدافئة بالنسبة للأطراف المتفاوضة، وقد تتداخل مرحلة التفاوض مع مرحلة الإبرام وهذا راجع إلى الإشكالات التي قد ترجع في الغالب إلى تعدد أطراف العقد، وتسلسل مراحل الإبرام بدءا باشتراط تسليم الوثائق الثبوتية، وتبليغها بشكل رسمي، إضافة لطول المدة التي يستغرقها تطابق إرادة الأطراف وهنا يمكن للعقد الذكي تقديم حلول فعالة لإتمام مرحلة الإبرام في أسرع وقت وبأقل تكلفة اذ يمكن تعزيز عنصر الأمان خلال هذه المرحلة خصوصا في ظل الرقمنة

1- بن أحمد الحاج، مرجع سابق، ص14.

2- المرجع نفسه، ص15.

التي تصاحب الوثائق والمستندات التعاقدية وعلى وجه الخصوص في مجال المعاملات العقارية.[1] فهذه المرحلة تمكن كل طرف من تعديل أو الحد من بعض الشروط غير المناسبة له، أو يعدلها بما يلائمه.[2]

قد تتطلب ذلك الطرف التفاوض على بعض أو كل شروط العقد من خلال تبادل الاتصالات الإلكترونية لإتاحة تلك الإلكترونية للطرف الآخر الاتصالات التي تحتوي على شروط تعاقدية بطريقة معينة، أو يعفي أحد الأطراف من العواقب القانونية لعدم قيامها بذلك.[3]

يكمن الهدف من المفاوضات هو الوصول لإبرام العقد المنشود على الشروط المرضية للأطراف، وفي حال الفشل في المفاوضات فيكون عدم التعاقد بدلا من إبرام العقد ثم السعي لإبطاله، أو السعي من أجل التعويض للأضرار التي قد تلحق الأطراف من جراء إبرام العقد.

حيث من المفترض أن تعالج وتفصل مرحلة التفاوض في كل الإشكالات التي قد تنشأ في المراحل اللاحقة لها أو من المتوقع حصولها، وبالتالي يتفادى الأطراف ما هو أشد ضرار أو أكثر ضرار، فليس غالبا يؤدي التفاوض إلى إبرام العقد فقد يقضي إلى إبرام العقد وقد يؤول إلى عدم الإبرام، فالظروف والعوامل المحيطة بالتفاوض، قد تكون ليست ثابتة وقد تتغير لصالح أحد أطراف العقد أو لكليهما أو قد تحول لتضر بهما معا.

بعد اكتمال التفاوض بين الأطراف في العقود عموما، والعقود المبرمة عن بعد على الخصوص لما لأهمية هذه المرحلة في هذا النوع من التعاقد، يمر المتعاقدان لمرحلة هي ليست أقل أهمية من سابقتها، وهي تمثل تجسيد العقد فعليا، وهي إبرام العقد، وهي موضوع المبحث الموالي.

1 – نادية عبد الرزاق، مرجع سابق.

2 – غسان سالم الطالب، مرجع سابق، ص 44.

3 - United Nations Conference on Trade and Development, Information Economy, Report 2006, The Development, Perspective, p309.

المبحث الثاني: مرحلة إبرام العقد.

تمثل لحظة إبرام العقد، مرحلة تأسيسية له من مراحل التكوين، وهي تسبق مرحلة التنفيذ، لذلك أصبحت هذه اللحظة موضوعا ساخنا في الأوساط القانونية، وازداد الاهتمام بهذه اللحظة خاصة مع ظهور العقود المبرمة عن بعد، وما تلاها مع التطور تكنولوجيا المعلومات، مما يثير مخاوف بشأن تأثير الصعوبات المحتملة في نقل رغبات الطرفين بعدم التواجد معا في نفس الوقت، والتي قد يكون من الصعب تحديدها عمليا، وأثار ظهور تكنولوجيات الاتصال مرة أخرى جدلاً نظريًا، لعدم تنظيمها صراحة مع بداية ظهورها بواسطة القانون المدني في مختلف التشريعات، خاصة مع عدم الاستقرار التقني المصاحب للتطور التكنولوجي، والذي يمكن أن يحدث أثناء تبادل الإرادة التعاقدية بشكل رقمي، ومع ذلك، فإن الوقت الشبه فوري لوسيلة الاتصال، الذي يسمح بالتحقق الفوري من وجود عطل تقني، لا ينفي أبدا عن العملية أنها تعاقد عن بعد، بسبب عدم الالتقاء المباشر بين طرفي العلاقة التعاقدية، رغم أن بعض الوسائل تجعل من الإرادة تنتقل في وقت قصير جدا قد لا يتجاوز بضع دقائق أو ثوان عادة بين إصدار القبول واستلامه.

من أجل ذلك سنعالج هذه النقاط من خلال دراسة إشكالية مجلس العقد المبرم عن بعد، (المطلب الأول) ثم التطرق للمرحلة الموالية لها المتمثلة في حجية التوقيع في العقود المبرمة عن بعد، (المطلب الثاني)

المطلب الأول: إشكالية مجلس العقد في العقود المبرمة عن بعد:

يعتبر البعض من فقهاء القانون بأن مجلس العقد يمثل مكان وزمان التعاقد، حيث يبدأ بالانشغال البات بالصيغة وينقض بانتهاء الانشغال بالتعاقد.[1] بينما عبر البعض الآخر من الفقه بأن مجلس العقد هو "الاجتماع الواقع على أي حال كان المتعاقدان".[2] فالتعاقد بين غائبين (Contrat entre absents)، هو العقد الذي يتحد فيه مجلس العقد حقيقة أو حكما، فلا يكون بين المتعاقدان اتصالا مباشرا، أي عدم اتحاد المجلس، بحيث تفصل مدة زمنية بين صدور الإيجاب والقبول.[3]

1- ماجد محمد سليمان أبا الخيل، مرجع سابق، ص61.

2 – نجوى رأفت محمد محمود، مرجع سابق، ص376.

3 – بلحاج العربي، **مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري**، المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2016/2015، ص 264.

إن نظرية مجلس العقد قديمة من حيث الظهور، فمن هذا المنطلق يرى الأستاذ عبد الرزاق السنهوري بأن نظرية مجلس العقد عولجت في الفقه الإسلامي، وهي من صنعه، حيث يسمح للمتعاقد التراخي إلى حد لا يلحق الإضرار بالموجب، ولا يطلب منه القبول فورا، فله أن يتدبر بعض الوقت، ولا يترك الموجب معلقا، فالأمر وسطا بينمها.[1]

وفي ضوء ذلك، تتجلى خصوصية مجلس العقد في العقود الإلكترونية عموما من خلال غياب المجلس العقدي التقليدي، إذ تختلف هذه العقود عن العقود التقليدية فيما يتعلق بوسيلة التعاقد، حيث تجري العقود التقليدية في سياق مادي ملموس، بينما تندرج العقود الإلكترونية ضمن فضاء إلكتروني.[2]

ولعل ما يميز عقد البيع الإلكتروني أيضًا بخاصية أساسية، هي أنه يكون بين متعاقدين لا يجتمعون في مجلس عقد فعلي، حيث يدرجون ضمن العقود التي تبرم عن بُعد، والتي تكون بين أشخاص غائبين، تمامًا كما هو الحال في العقد عبر البريد العادي، أو الهاتف، أو الفاكس، أو حتى التلفزيون.[3]

ومن المعلوم لدى رجال القانون أن مجلس العقد هو المكان الذي يلتقي فيه الأطراف المتعاقدين ويشاركون في تفاصيل العقد، وعادة ما يكون كل طرف منشغل تماما بالتعاقد خلال المجلس، ولكن مع تقدم وتنوع وسائل الاتصال الإلكتروني، أصبح من الممكن التعاقد دون الحاجة إلى مجلس العقد التقليدي كما كان في السابق.[4]

ومما تم ذكره فمجلس العقد في العقود المبرم عن بعد، يجمع بين متناقضين يتمثلان في الجمع بين أطراف العقد دون أن يتحد الجمع في المكان والزمان، وهو ما أحدث خلاف بين الفقهاء حول أحكام مجلس العقد.

الفرع الأول: أحكام مجلس العقد المبرم عن بعد:

إذا كان مجلس العقد يمثل الحال التي يكون فيها المتعاقدان مشتغلين فيه بالتعاقد، ونعني بذلك اتحاد الكلام في موضوع التعاقد، فمجلس العقد، هيئة معينة، المقصود بها أن يكون العاقدان على هيئة

1- ماجد محمد سليمان أبا الخيل، مرجع سابق، ص60.

2- بوشنافة جمال، **خصوصية التراضي في العقود الإلكترونية**، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، المجلد 03، العدد02 جوان 2018، ص129.

3 - Djebbar (Rekaia), Op, Cit, P221.

4- ماجد محمد سليمان أبا الخيل، مرجع سابق، ص34.

معينة عند التعاقد فإذا اختلفت الهيئة قبل صدور القبول لا ينعقد العقد،[1] وإذا كان مجلس العقد يمثل مكان وزمان التعاقد والذي يبدأ بالانشغال البات بالصيغة وينقضي بانتهاء الانشغال بالتعاقد،[2] فهو بهذا يمثل وحدة معنوية، بمعنى أن المجلس يظل قائما ما دام الطرفين لم ينشغلا بما يقطعه.[3]

فعلى هذا الأساس اختلفت الاتجاهات الفقهية وكل حسب وجهة نظره، والجانب الذي يقيم به مجلس العقد، فما بالك إذ اختلف الأمر من حيث طريقة التعاقد في حد ذاته، فنحن الآن بصدد دراسة التعاقد عن بعد، فالأكيد أن وجهات النظر ستزداد حدة فيما يتعلق بالاختلاف وتظهر التوجهات الفقهية، والآراء الشارحة للقانون، حول الإشكال القائم حول التعاقد عن بعد، في اعتباره تعاقد بين حاضرين أم بين غائبين، ناهيك عن الرأي المنكر لمجلس العقد من أساسه.

1- الرأي المنكر لمجلس العقد:

ذهب جانب من الفقه بأنه لا وجود لمجلس العقد في العقود المبرمة بالطريق الحديثة عبر الإنترنت، فهي لا تتوفر على مجلس العقد، على اعتبار التعاقد بالطريقة التقليدية له أركان لا بد من توافرها عكس التعاقد الإلكتروني الذي لا يشترط انعقاد مجلس العقد.[4]

فمجلس العقد عبارة عن وحدة مكانية، حيث يركز أصحاب هذه النظرة على الجانب المكاني، ويرون أنه لا بد من أن يصدر الإيجاب والقبول في مكان واحد، فباختلاف المكان لا ينعقد العقد،[5] ناهيك عن كون مجلس العقد يحظره أطرافه أو من ينوبهم، لذلك أنكر أصحاب هذه الوجهة فكرة مجلس العقد عن العقود المبرمة عن بعد، لغياب الأطراف عنه، واعتبروا بأنه لا يمكن الحديث عن مجلس العقد في العقود المبرمة عن بعد.

2- الرأي القائل بأن التعاقد عن بعد هو تعاقد بين غائبين:

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن التعاقد بواسطة الهاتف والوسائل المرئية (تعاقد بين غائبين)، ويقوم الجهاز بدور الرسول الذي يحمل الإيجاب إلى مقر من وجهه إليه، وحجتهم في اعتباره تعاقد بين

1- عبد الكريم بن صالح العبود، مرجع السابق، ص 51.
2 - نجوى رأفت محمد محمود، مرجع سابق ص376.
3- عبد الكريم بن صالح العبود، مرجع السابق، ص 51.
4- ماجد محمد سليمان أبا الخيل، مرجع سابق، ص35.
5- عبد الكريم بن صالح العبود، مرجع سابق، ص50.

غائبين بأن الركن المكاني لمجلس العقد غير متحقق لذا يأخذ حكم التعاقد بين غائبين، بمعنى أنهم يرون أن مجلس العقد (مجلس حكمي).[1]

3- الرأي القائل بأن التعاقد عن بعد هو تعاقد بين حاضرين:

بينما يرى أنصار الاتجاه القائل بأن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين، لأن المتعاقدين على اتصال مباشر بينهما، ولا وجود للفاصل الزمني بين صدور القبول من القبال ومن وجه إليه الإيجاب والعلم به، ومجلس العقد حينها هو مجلس حكمي، تطبق عليه قواعد التعاقد بين حاضرين.[2]

4- الرأي القائل بأن التعاقد عن بعد هو تعاقد بين حاضرين زمانيا وغائبين مكانيا:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التعاقد بهذه الوسائل يعد (تعاقداً بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان)، فليس هو تعاقدا بين حاضرين من كل الوجوه ولا بين غائبين من كل الوجوه، ويستند أصحاب هذا الرأي إلى التفرقة بين الوسائل المستخدمة في حد ذاتها، وإنه لا يمكن القياس بين التعاقد بالوسائل الصوتية التي تنقل الصوت فقط على التعاقد بين حاضرين أو بين غائبين إذ إنه قياس مع الفارق، لذلك يرون أن مجلس العقد مجلس مختلط بين الحقيقي والحكمي، ويلاحظ أن الأخذ بالقول الأخير يؤدي إلى الفصل بين ركني مجلس العقد عن بعضهما، ويجعل للعقد مجلسين، أو يجعل للمجلس شقين، ومن المعروف أن مجلس العقد مجلس واحد يقوم على الركنين معا.[3]

ويستند البعض من مؤيدي هذا لعدم وجود الفارق الزمني، ويرجع سبب ذلك حسبهم إلى أنه، بمجرد إدخال القبول في جهاز الكمبيوتر المرسل، يصل في نفس اللحظة عبر الإنترنت إلى جهاز المستقبل، وعليه ففكرة الفوارق الزمنية غير مطروحة لهذا النوع من التعاقد، ولكن من وجهة إليه الرسالة قد لا يكون على علم بها، ولا بلحظة وصولها، لأن احتمالية اطلاعه على الرسالة، أو احتمالية أن يكون جهاز الإعلام الآلي مغلقا أمر وارد جدا، وربما يكون مستلم الرسالة أحد مقدمي خدمات الإنترنت، وليس القابل

1- المرجع نفسه، ص 55.

2 - نجوى رأفت محمد محمود، مرجع سابق، ص378.

3- عبد الكريم بن صالح العبود، مرجع سابق، ص 56.

نفسه،[1] فمجلس العقد، وحدة زمنية، ويقصدون بها الفترة التي يكون فيها المتعاقدان منشغلين بالتعاقد، وقد نسب هذا القول إلى الفقهاء القدامى.[2]

5- الرأي القائل بأن مجلس التعاقد عن بعد هو مجلس حقيقي:

إذا كان مجلس العقد الحقيقي هو المجلس الذي يجمع المتعاقدين في مكان واحد فيكونان على اتصال مباشر بحيث يسمع إحداهما كلام الآخر مباشرة حالة كونهما منصرفين إلى التعاقد لا يشغلهما عنه شاغل، وهو يبدأ بتقديم الإيجاب وينتهي بالرد على الإيجاب قبولا أو رفضا، وإما بانقضائه دون رد.[3]

يرى أصحاب هذا الاتجاه إلى أن التعاقد بواسطة الهاتف وما شابهه هو: (تعاقد بين حاضرين) بحكم الاتحاد الزمني بين الموجب والقابل، فيرون أن مجلس العقد يتحد بزمان المحادثة التلفونية، وينفض بإنهائها أو بانتهاء مجلس العقد بتغيير موضوع الحادثة، وهذا الرأي يفترض أن مجلس العقد وحدة زمنية فقط، وعلى هذا قرار مجمع الفقه الإسلامي ونصه: (إذا تم التعاقد بين طرفين في وقت واحد وهما في مكانين متباعدين، وينطبق هذا على الهاتف واللاسلكي، فإن التعاقد بينهما يعتبر تعاقداً بين حاضرين، وتطبق على هذه الحالة الأحكام الأصلية المقررة لدى الفقهاء المشار إليها في الديباجة)، ولذلك يعتبر مجلس التعاقد عند أصحاب هذا القول (مجلس حقيقي وليس حكميا).[4]

6- الرأي القائل بأن مجلس التعاقد عن بعد هو مجلس حكمي (الافتراضي):

فهو الذي يكون أحد المتعاقدين غير حاضر فيه كما في العقد الإلكتروني، والفارق بين مجلس العقد الحقيقي والحكمي هو فارق الزمان والمكان، وعنصر الزمان هو المعيار الأساسي في التفرقة.[5]

ويبدو الاختلاف جليا بسبب الوسائل الإلكترونية التي أختلف في تصنيفها الوسائل (السمعية والبصرية)، فهل هي تعتبر وسائل تعاقد بين حاضرين أو غائبين، ومنه انتقل الاختلاف حول مجلس العقد، ويثار الإشكال حول التعاقد عن بعد هل هو تعاقد بين حاضرين أم بين غائبين، كون التبادل بين أطراف العقد يتم عبر شبكة الإنترنت، أين يختفي فيها العنصر البشري من المواجهة المباشرة، فيتم

1 - نجوى رأفت محمد محمود، مرجع سابق، ص379.

2- عبد الكريم بن صالح العبود، مرجع سابق، ص50.

3- ماجد محمد سليمان أبا الخيل، مرجع سابق، ص62.

4- عبد الكريم بن صالح العبود، مرجع سابق، ص 56.

5- ماجد محمد سليمان أبا الخيل، مرجع سابق، ص62.

التراسل بين أجهزة الحاسوب للطرفي العقد، وقد تقوم برامج تم وضعها بالتراسل بذاتها، كالحالات التي تكون فيها الشركات قد حددت برامج للرد على الزبائن بشكل آلي، كما في حالة إصدار الفواتير بشكل آلي عند حلول الأجل وذلك بربطها بالحواسيب وتزويدها ببرامج تقوم بهذه العملية دون تدخل من العنصر البشري، ما عدى في عملية تثبيت البرامج في البداية.[1]

من الصعب الحديث عن مجلس العقد في حالة كان القائم بالرد على المراسلات برنامجا مثبتا بقوم بهذه المهمة، ومن جانب آخر من الصعوبة بمكان الحديث عن لإبرام عقد دون انعقاد مجلس له.

الفرع الثاني: خصوصية التراضي في العقود المبرمة عن بعد:

يعرف الرضاء الرقمي بأنه "كل تعبير عن الإرادة في صورة إلكترونية، (عبر الانترنت أو التطبيقات الإلكترونية) يصدر عن صاحب البيانات أو نائبه القانوني، يكون حرا وواضحا ومحددا ومستنيرا وقاطعا، ويدل على قبوله بصورة صريحة وإيجابية، لمعالجة أو جمع أو تداول أو إفشاء بياناته الشخصية المعالجة الكترونيا"،[2] إن رضاء صاحب البيانات الشخصية هو الأساس في حماية هذه البيانات الشخصية، في التعبير عن الرضاء الرقمي (Consentement Numérique).[3]

أولا: الجانب التقني في التعبير عن الإرادة:

يتم نقل الإرادة في البيئة الرقمية بإرسال نبضات إلكترونية عبر شبكة الاتصالات إلى الجهاز المخصص لاستقبالها، فيقوم الجهاز المستقبل بتحويل البيانات إلى معلومات يمكن فهمها من قبل الإنسان، يتم تنفيذ هذا النقل عن طريق إيماءة، والتي يمكن أن تكون عبارة عن الضغط على الماوس، أو شاشة تعمل باللمس، أو أي نوع آخر من الأجهزة المخصصة لذلك، عند النظر إليها بشكل مستقل عن السياق الذي تحدث فيه، فإنها لا تحمل أي معنى خاص، كما يؤكده الأستاذ "ميشيل فيفان" النقرة ليس لها معنى في حد ذاته، حيث يبرز الاختلاف أكثر في عدم وجود الإشارة التقليدية كحركة الأصبع أو اليدين أو حركة الرأس أو غيرها من الحركات المفهومة في التعبير عن الإرادة في المجلس التقليدي.[4]

1- لما عبد الله صادق سلهب، مرجع سابق، ص17.

2 – تامر محمد الدمياطي، **الرضاء الرقمي بمعالجة البيانات الشخصية "دراسة مقارنة"**، مجلة القانون والتكنولوجيا، مصر، المجلد 02 العدد 01، أفريل 2022، ص 33.

3 – المرجع نفسه، ص 18.

4 - Assoko (Heracles Maye), Op Cit , P 101.

وحتى يتم التعبير عن الإرادة ويتم نقله يشترط، أن يكون الاتصال بالإنترنت فعال، عبر مختلف الوسائل الإلكترونية، وهو ما يعرف "بالاتصالات الإلكترونية"، ويقصد بهذه الأخيرة، كل إرسال أو تراسل أو استقبال علامات أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو بيانات أو معلومات مهما كانت طبيعتها، عبر الأسلاك أو الألياف البصرية أو بطريقة كهرومغناطيسية.[1]

1-التعبير الصريح:

ينعقد العقد بكل ما يدل على الرضا من قول أو كتابة أو إشارة من أحدهما، ويتفق العلماء على صحة التعاقد بالكتابة إذا كانت بين غائبين لأن الكتابة أو الخطاب كالنطق بين الحاضرين، والإنترنت تمثل آلة معبرة لتوصيل الكتابة.[2]

وقد أكد المشرع الجزائري بموجب المادة 12 من القانون رقم:05/18، بأن يكون الاختيار الذي يقوم به المستهلك الإلكتروني معبرا عنه بصراحة.[3]

وبالاطلاع على القواعد العامة نجد بأن المادة 60 من القانون المدني الجزائري، تحدد حالات التعبير عن الإرادة، بأنه يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع مجال للشك على ما يقصده صاحبه.[4]

فعلى سبيل المثال، يمكن التعبير الصريح في العقود المبرمة عن بعد، عبر مواقع الويب بالكتابة أو النقر على الأيقونة المخصصة لذلك فعادة ما تكون متواجدة في لوحة المفاتيح المتصلة بالكمبيوتر الشخصي، أو الضغط على الفأرة في الخانة المخصصة بالموافقة ضمن صفحة الويب.[5]

أما التعبير عن طريق الإشارة في العقود المبرمة عن بعد، يختلف عنه في العقود التقليدية، وهذا راجع لاختلاف الإشارة المتداولة في العقود التقليدية في حد ذاتها عما هي عليه في العقود المبرمة عن بعد.

1- أنظر الفقرة الأولى من المادة 10، من القانون رقم:04/18، مرجع سابق، ص06.
2 - مصطفى عشمان عبد الله، جمال بشير عبد الهادي، مرجع سابق، ص138.
3- أنظر الفقرة الرابع من المادة 12، من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص07.
4 - أنظر المادة 60، من الأمر رقم:58/75، المعدل والمتمم، مرجع سابق، ص 993.
5 - بوقرط أحمد، مرجع سابق، ص101.

فالإشارات والرموز المتعارف عليها بين مستخدمي شبكة المعلومات الدولية كإشارة "وجه مبتسم" تدل على الموافقة "وجه غاضب" للدلالة على الرفض، وهذه الإشارة تصدر عن الجهاز وهي رموز لها دلالة متعارف عليها بين مستعملي جهاز الحاسوب، وهي تمثل إرادة المتعاقد لا إرادة الكمبيوتر.[1]

ومعنى هذا أن التعامل بالإشارة من حيث المبدأ موجود، ولكن الإشارة وكيفية تبادلها مختلف، ناهيك عن الإشارة في حد ذاتها فالتعاملات الإلكترونية جاءت بإشارات جديدة متعارفة بين متعاملي الوسائل التكنلوجية الحديثة.

وقد يكون التعبير عن الإرادة صريحا عن طريق الإعلان والنشر،[2] وهذا النوع من التعبير عن الإرادة يتماشى مع العقود المبرمة عن بعد.

2-التعبير الضمني:

في الأصل يمكن التعبير الضمني على الإرادة، إذا لم ينص القانون أو يكون إتفاق الأطراف على أن يكون صريحا.[3]

الإيجاب الموافق للتعامل السابق باستخدام الآليات التكنولوجية الحديثة، قد يقوم الموجب بفعل يفهم منه الموافقة كتعبير ضمني مثاله إدخال الموجب رقم بطاقته الائتمانية فيخصم منها قيمة السلع بشكل فوري والقابل هنا لم يقم بأي لفظ يدل على القبول بل قام بفعل يدل على رضاه وهو إدخال رقم بطاقته الائتمانية، فخصم منها قيمة السلع محل التعاقد.[4]

ونستنتج بأن استخدام التكنولوجيا الحديثة في عمليات التعامل يمكن أن يفهم منه التعبير الضمني على الإرادة، مثالها إدخال رقم البطاقة الائتمانية، أو إدخال الرقم السري عبر نظام آلي لشراء سلعة، فإن تقديم هذا الرقم يُفهم عادة كموافقة ضمنية على الشراء.

1- بن محمد عمر الحمراوي، **التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني عبر Website ووسائل حمايته، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي**، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، العدد 39، أكتوبر 2022، ص 637.

2 - فاضلي إدريس، **الوجيز في النظرية العامة للإلتزام**، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون الجزائر بن عكنون الجزائر، سنة 2009، ص57.

3 - أنظر الفقرة الثانية، من المادة 60، من الأمر رقم:58/75، المعدل والمتمم، مرجع سابق، ص 993.

4- بن محمد عمر الحمراوي، مرجع سابق، ص 637.

3-صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة في العقود المبرمة عن بعد:

بالرجوع للقواعد العامة فإنه لا يعتبر السكوت تعبيرا عن الإرادة، غير أنه يمكن أن يكون السكوت ملابس ويضفي عليه وضعا إيجابيا كتعبير عن الإرادة (طبيعة المعاملة أو العرف، أو وجود تعامل سابق بين الأطراف، أو كان الإيجاب باتا لمنفعة الموجب إليه)، وفي حالة التجارة الإلكترونية، العبرة بالإيجاب البات دون الدعوة للتعاقد، وفي حال كان هناك تعامل بين الطرفين فإن سكوت أحد الطرفين يمكن أن يستخلص منه القبول، وعدم الخروج عن النظرية التقليدية، فلا يعد استعمال الوسيلة الإلكترونية مبررا للخروج على القواعد العامة.[1]

وبالاطلاع على نص المادة ،68 من القانون المدني الجزائري، نجد بأن المشرع اعتد بالسكوت في التعبير على الإرادة عندما يتعلق الأمر بالقبول، وذلك إذا اتصل الايجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه.[2]

ليس من السهل تقييم السكوت في العقود المبرمة عن بعد، وهل عدم الرد على الإيميل المرسل يعتبر سكوتا، فربما يرجع السبب في عدم الرد يكمن في عطل في شبكة الإنترنت، أو أن المرسل له، انقطع عن الاتصال، أو أنه لم يطلع على الرسالة، أو أن الجهاز المستخدم متصل بالإنترنت، والمرسل له بعيد عنه أو انشغل عنه.

وإذا علمنا بأن التبادل الإلكتروني للبيانات، أدى إلى وجود لغة إلكترونية موحدة لتفادي سوء الفهم والاختلاف في التفسير المتعلق بالحقوق والالتزامات لكل من طرفي العقد الإلكتروني.[3]

لذلك من الصعوبة بمكان، الاعتماد على السكوت في العقود المبرمة عن بعد في ظل استعمال الوسائل التقنية التي لا يمكن التعاقد عن بعد دونها في الوقت الراهن، خاصة بعد تراجع باقي الوسائل التي أصبحت تقليدية مقارنة بالوسائل المعتمدة على التطور التكنولوجي.

1 – إلياس بن ساسي، **التعاقد الالكتروني والمسائل القانونية المتعلقة به**، مجلة الباحث، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، العدد 02، 2003، ص ص 60-68، ص62.

2 – أنظر الفقرة الثانية، من المادة 68، من الأمر رقم:58/75، مرجع سابق، ص 993.

3 – معداوي نجية، مرجع سابق، ص266.

ثانيا-توافق الإرادتين:

لذلك فتوافق الإرادتين متوقف على تبادل الإيجاب والقبول بين طرفي العلاقة التعاقدية، ولما كان العقد المبرم عن بعد، يعتمد على شبكة الانترنت، فتوافق الإرادة به ذو طبيع خاصة.

ولعل من أبرز صور التعاقد عبر الانترنت شيوعا تبادل الرسائل عبر البريد الالكتروني، حيث يقوم التاجر بإرسال رسالة عبر البريد الإلكتروني مضمنة بالإيجاب، ويشير الى أنه سيرفق برسالة البيانات مرفقات، تتمثل في صيغة معدة مسبقا لشروط وبنود العقد، ثم يقوم الطرف الموجب له بقبول العرض ويرسل رسالة إلكترونية بالموافقة على الإيجاب وفق شروطه الملحقة برسالته المعدة سلفا والمتضمنة بنود ومصطلحات وشروط تختلف عن الصيغة المرسلة من الموجب.[1]

1-الايجاب:

نجد عدة تسميات للإيجاب المتعلق بالعقود المعتمدة على التكنولوجيا، وهذا راجع لاستخدامها الرقمنة.

وعلى ذلك، يُعرف الايجاب الإلكتروني بأنه التعبير البات الصادر من أحد المتعاقدين الموجه الى المتعاقد الآخر عبر الشبكة المعلوماتية بقصد لإبرام عقد في مجال المعاملات الالكترونية.[2]

ومن شراح القانون، من يرى بأن الإيجاب الرقمي أو الإلكتروني، يتبع العقد في خصائصه، فهو يتم عن بعد، كون العقود الإلكترونية تنتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد، وهو يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، وهي القيود التي تفرض على المهني أو المورد والمتمثلة في جملة من التعليمات والتوصيات والمعطيات، المتعلقة بالمنتج والمنتوج، وواجبات يلتزم بها المستهلك حماية له، وهو يتم عبر وسيط إلكتروني، فهو يتم من خلال مقدم خدمة الإنترنت، زيادة على انفتاحه على دول العالم فهو يمتاز بالدولية الإيجاب.[3]

1 - ربحي تبوب فاطمة الزهراء، **واقع النظرية العامة للعقد في البيئة الرقمية**، بحوث جامعة الجزائر 1، الجزائر، الجزء الأول العدد 14، سنة 2020، ص ص 73-96، ص 78.

2 - عقوني محمد، **التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني على ضوء التشريع الجزائري**، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، المجلد 33، العدد 1 جوان 2022، ص243.

3- ماجد محمد سليمان أبا الخيل، مرجع سابق، ص43.

تكمن خصوصية الإيجاب في البيئة الرقمية بدأ من استخدامه للتكنولوجيا المعلوماتية، والتي من خلالها يكون الإيجاب بشكل مخالف لما هو عليه في العقود التقليدية، فقد يكون في حالة عرض أحدهم عرضاً على شبكة الإنترنت أو عرضا لبضاعة معينة ويطلب الاتصال به لمن له رغبة الحصول على المعروض، فهذا العرض بمثابة إيجاب ينتظر القبول، وقد يكون هذا الإيجاب موجها لعدة أشخاص أو موجه للعامة فشكل مؤتمر إنترنت بحيث يرى ويسمع كلُّ مشارك في هذا المؤتمر.

وحتى يكون التعاقد عبر الانترنت دقيقا ومستكملا لكافة الشروط الجوهرية، ولأن المتعاقدين لا يعرفان بعضهما، يتوجب عليهما أن يكونا أكثر حذرا.[1]

أ-شروط خاصة بالإيجاب في العقود المبرمة عن بعد:

قيد الإيجاب الصادر عبر وسائل التواصل الإلكتروني، وحت لا نكون أمام عروض لا ترقى لأن تكون إيجاب فقد قيدت بجملة من الشروط نذكر البعض منها:

***أن يكون الايجاب جازما:** ومعنى ذلك أن يكون الإيجاب يؤدي التعبير عن الإرادة المرجوة من طرف من أصدره، رغم استعماله لتقنيات الاتصال الحديثة، سواء مسموعة أو مرئية، أو كليهما، ويتضمن بذلك كافة الشروط والعناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، بحيث ينعقد به العقد، إذا ما تلاقى مع القبول.[2]

***أن يكون الإيجاب كاملا ومحددا:** يجب أن يكون الإيجاب كاملا وحددا، ويجب أن يشتمل على كل البيانات والمعلومات الكاملة المتعلقة بمحل العقد وبطريقة واضحة خالية من الغموض واللبس بشكل يسمح للقابل أن يحيط علما بكافة أوصاف وتفاصيل العقد عن بعد بوضوح محدد.[3]

ولقد حدد المشرع الجزائري بموجب الماد 11 من القانون رقم:05/18، بأنه وحتى نكون أما إيجاب حقيقي لابد أن يشتمل على، طبيعة العقد المراد إبرامه مع وصف كامل لمختلف مراحل تنفيذ المعاملة الإلكترونية، وخصائص الشيء المتعاقد حوله، والأسعار المطبقة وكيفيات الدفع، إضافة إلى تحديد موعد التسليم، وشروط فسخ العقد ومختلف شروط التعاقد بصفة عامة.[4]

1 – ربحي تبوب فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص 78.

2– بن محمد عمر الحمراوي، مرجع سابق، ص 642.

3 – عبد العزيز محمد حمد ساني، مرجع سابق، ص243.

4 – أنظر المادة 11، من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص 06.

ولإزالة اللبس بين الإيجاب وما يقترب منه من الإجراءات التي لم تكن معروفة في العقود التقليدية، ويرجع سبب ذلك لاستعمال الإنترنت ووسائل الاتصال التقنية والبرمجية، وما توفره من إمكانية التبادل.

ب-التفرقة بين الإيجاب والدعوة للتفاوض الإلكتروني:

يرى جانب من الفقه الى أن الفارق بين الإيجاب والدعوة للتفاوض هو فارق وضيفي، فوظيفته الثانية مجرد الإعلان من صاحبها من رغبة في التعاقد بقصد اكتشاف من تكون لديه رغبة مقابلة، بينما الهدف من الإيجاب صياغة مشروع محدد المعالم يرمي إلى عقد متكامل الأركان، بمجرد قبوله ممن وجه إليه.[1]

ولأن الإيجاب الإلكتروني يتم باستخدام الإنترنت، ولأن هاته الأخيرة تظل مستمرة طيلة الأربعة والعشرين ساعة، يكون الإيجاب موجها لكل من يدخل الشبكة ويمكنه إبرام العقد إلا في حال كانت هناك موانع تحول دون ذلك، فالعروض المقدمة على واجهات إلكترونية وعادة ما تكون هذه الواجهات للمحلات التجارية، فيكون الإيجاب موجه للجمهور وغير محدد أو مقتصر على أشخاص محددين.[2]

ولهذا فقد ذهب جانب آخر من الفقه، إلى التفرقة بين الإيجاب والدعوى للتفاوض، وأهم فارق بينهما، هو وجود النية الجازمة في التعاقد، أي أن كل عرض يهدف للتعاقد هو دعوة للتفاوض مالم يثبت اعتباره إيجابا، ويكون كذلك إذا عبر المتعاقد عن رغبته وكانت الرغبة واضحة جازمة في نيتها للتعاقد.[3]

ولا يمكن أن يشتمل العرض على ما يشتمل عليه الإيجاب، فالإيجاب لابد أن يكون واضحا، ويحتوي على جميع العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، حتى تتضح نية الموجب الباتة في التعاقد، وفي حال عدم توضيح أحد العناصر فيعد دعوة للتفاوض مثاله من أراد بيع عقارا ولم يحدد الثمن، فهذا يعتبر دعوة للتفاوض.[4]

كما يتضح أيضًا، بأن عرض السلعة في مكان عام مع ذكر سعرها، يُعَدُّ إيجابًا فعليًا وليس مجرد دعوة للتعاقد، على الرغم من أن هذا الإيجاب موجه إلى الجمهور بشكل عام وليس إلى فرد محدد، إلا أن

1- ماجد محمد سليمان أبا الخيل، المرجع السابق، ص47.

2 - بلحسيني حمزة، **خصوصيات الإيجاب في عقود التجارة الإلكترونية**، مجلة الحوار المتوسطي، المجلد 13، العدد02، سنة 2022، ص ص 50-72، ص 57.

3- ماجد محمد سليمان أبا الخيل، المرجع السابق، ص47.

4 - يوسف محمد عبيدات، **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني**، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، 2011، دار الميسرة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ص59.

قبول أي فرد لهذا العرض يُعتبر موافقة كاملة، وبالتالي يتم إتمام الصفقة. في حال كانت السلعة غير معروضة في المكان العام، بل داخل المتجر مع ذكر سعرها، وكان دخول المتجر مفتوحًا للجمهور كالمعتاد، وعرض صاحب المتجر السلعة على الزبون مع ذكر سعرها، يُعتبر هذا إيجابًا إذا قبله الزبون، وتتم عملية البيع. وإذا لم يُبَيِّن سعر السلعة، أو كان هناك بيانات حول الثمن لا يمكن للزبون فهمها، وكان القصد منها توجيه صاحب المتجر لتحديد السعر، فيجب على صاحب المتجر أن يُوضِّح سعر السلعة حتى يكون العرض إيجابًا.[1]

بينما يعد النشر والإعلان بيع بضاعة، وبيان الأسعار الجاري التعامل، بها وكل بيان آخر متعلق بعرض، أو بطلبات موجهة للجمهور، أو للأفراد فلا يعتبر عند الشك إيجابا وإنما دعوة للتفاوض.[2]

وهناك من اعتمد في التفرقة بين الإيجاب البات والدعوى للتفاوض الى معيار الإرادة، فمتى كان اتجاه الإرادة الى التعاقد إذا ما اقترن بقبول الطرف الآخر، وتحديد ما إذا كان الإيجاب باتا أمر يخضع لقاضي الموضوع ولا رقابة عليه من محكمة التمييز، فالدعوة للتفاوض لا يمكن أن تشكل عنصرا لإبرام عقد ملزم حتى ولو قُبلت شروطها من قبل شخص أخر فهي بشكل عام تُشير إلى رغبة أحد الأطراف لمناقشة شروط العقد والتي لو كتب لها النجاح أن تؤدي إلى إيجاب وقبول ينعقد بهما العقد.[3]

2-القبول:

مرحلة القبول وهي المرحلة الثانية حيث يتم الاتصال بين البائع والمشتري من خلال البريد الإلكتروني، ويتم الاتفاق من خلاله على كل تفاصيل العملية، أومن خلال البريد الالكتروني، حيث يمكن ارسال الأوراق والعقود والصور والرسومات المتعلقة بعملية الشراء،[4] والقبول يمثل "الرد" على العرض، والذي يثب بوضوح الموافقة على العرض كما هي، ويتم إبلاغه في فترة زمنية معقولة إلى مقدم العرض الأول.[5]

1 – عبد الرازق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص44.

2 – يوسف محمد عبيدات، مرجع سابق، ص59.

3 – المرجع نفسه، ص60.

4 – محمد عمر الشويرف، مرجع سابق، ص82.

5 -Tărchilă (Petru), Et Nagy (Mariana), Op Cit¸ P465.

ويشترط أن يكون القبول جازما، ومعنى ذلك أي أن يكون معبرا عن المقصود، ومنتجا للأثر القانوني، بحيث يكون جدي ويقترن بالإيجاب ويتطابق معه ليعتبر قبولا للعقد بصفة نهائية.[1]

الموافقة تعني بشكل عام، التعبير اللاحق عن إرادة إيجابية وتعبير عن إرادة الشخص الذي كانت موجهة إليه والتي تنتج إذا تطابقت مع عقد الإيجاب، والموافقة الإلكترونية لا تختلف عن المفهوم التقليدي للموافقة، إلا أنها تتم من خلال وسائط إلكترونية، وهي موافقة عن بُعد، والتي تتطابق مع الموافقة الإيجابية، أي تعبير عن موافقة الشخص المستلم على إبرام العقد، وفقًا للشروط المحددة مسبقًا من قبل الالتزام.[2]

ويتم القبول في العقود المبرمة عن بعد، عن طريق اللمسة او النقرة أو التأشير بفأرة الحاسوب، أو الضغط على مفاتيح لوحة الحاسوب أو ملامسة لأيقونة القبول، من الأساليب الحديثة للتعبير عن القبول إذا حصل بتأن وعناية، إلا أنه يثير صعوبات من حيث الاثبات، خاصة عند الإنكار بان الشخص ليس هو من نقر أو ضغط على الزر القبول أو تذرعه بأن اللمسة حدثت دون قصد أو بالخطأ في اختيار الزر المناسب.[3]

ويتم القبول بالطرق التكنولوجية بطرق مختلفة مثال ذلك:

–القبول بالضغط على زر في الموقع يعني أن المستفيد يقبل العرض "كما هو"، و قد يكون زر التأكيد الثاني متاحا.

–القبول تعبئة استمارة على الموقع، عادة، يمكن إضافة التعليقات أو الطلبات الخاصة في مربع ن، أو تعبئة حقل معلومات.

–القبول بالبريد الالكتروني، هذا نوع خاص من العقود يتم وضعه كنتيجة للتفاوض. يمكن أن يلبي عرضا مفتوحا أو محدودا أثناء استخدام خدمة البريد الإلكتروني للتفاوض.[4]

–القبول بواسطة النقرة المزدوجة، يمكن أن يقوم بالنقر مرتين متتاليتين للتعبير عن إرادته في الالتزام، فالنقرة الواحدة ليست كافية لأن هناك خطرًا كبيرًا من حدوث نقرة غير مقصودة على الإنترنت

1 – عبد العزيز محمد حمد ساني، مرجع سابق، ص243.

2 - Djebbar (Rekaia), Op, Cit, P224.

3 – ربحي تبوب فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص 80.

4 - Tărchilă (Petru), Et Nagy (Mariana), Op Cit, P465.

والتي لا تظهر أي قبول فعلي من مستلم العرض، مما يؤدي إلى إجراءات غير صحيحة، فالقابل يقوم بالنقر وهو أمر ضروري لأن العقد من هذا النوع يكون ساري المفعول.[1]

لذلك يعمد الكثير من الموردين في العادة إلى اعتماد التأكيد على الرغبة الجادة في إبرام العقد، كالضغط مرتين على الأيقونة المخصصة لذلك (Double Click)، ولا يتم الأمر بلمسة واحدة، وتعرف هذه النقرة أو اللمسة، باللمسة الأخيرة للقبول (Clic Final d´acceptation).[2]

ويمكن أن يتم القبول بإرسال رسالة بيانات رقمية من حاسوب القابل إلى موقع الانترنت الخاص بالموجب، ويعتبر هذا قبولا صحيحا، ما دام أن القابل أكد أنه قرأ محتويات العرض وقبله كما يعتبر قبولا صريحا للإيجاب المعروض على موقع الويب.[3]

وهذا ما وافق ما جاء في قانون التعاملات الالكترونية الأردني رقم:185 لسنة 2001 المادة 13 منه الذي اعتبر الرسالة الالكترونية وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانون لإجراء الإيجاب والقبول بنية إنشاء التزام تعاقدي.[4]

أما المشرع الجزائري فقد أوضح على ضرورة تأكيد الطلبية التي تؤدي إلى تأكيد تكوين العقد تطبيقا لما جاء في المادة 12 من القانون رقم:05/18،[5] وقد وفر لها مجموعة من الضمانات لحماية المستهلك وتوجيه اختياره، حتى يتيح للمستهلك الإلكتروني التحقق من تفاصيل الطلب، خاصة فيما يتعلق بالمنتجات أو الخدمات المطلوبة، والسعر الإجمالي والسعر الفردي، والكميات المطلوبة، بهدف تمكينه من تعديل الطلب، أو إلغائه، أو تصحيح الأخطاء المحتملة، قبل تأكيد الموافقة.[6]

ويتم القبول أيضا، عن طريق الاتصالات الإلكترونية، ويقصد بهذه الأخيرة، أي تراسل أو إرسال أو استقبال علامات أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو معلومات مختلفة بواسطة أي وسيلة إلكترونية.[7] وعند إتمام تأكيد الطلبية، يؤدي الى تكوين العقد تطبيقا للمادة 12 من القانون رقم:05/18.[8]

1 - Assoko (Heracles Maye)¸ Op Cit ¸ P106

2 – بوقرط أحمد، مرجع سابق، ص101.

3 – عبد العزيز محمد حمد ساني، مرجع سابق، ص239.

4 – المرجع نفسه، ص237.

5 – أنظر الفقرة الثالثة المادة 12، من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص 07.

6 - Djebbar (Rekaia)¸ Op¸ Cit¸ P224.

7– أنظر الفقرة 06 من المادة 02، من المرسوم التنفيذي رقم:04/09، مرجع سابق، ص05.

8– أنظر الفقرة الأولى من المادة 12، من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص07.

3-إقتران الإيجاب بالقبول:

يتم تبادل الإرادة بين طرفي العلاقة التعاقدية باستخدام الرسائل الإلكترونية، وهذه الأخيرة، اعتبرت حسب ما جاء في المادة 13 من القانون الأردني رقم:85 الصادر سنة 2001، على أن اعتماد الرسالة الإلكترونية وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانونا، لإبداء الايجاب والقبول وكافة الأمور المتعلقة بإبرام العقد، والعمل بموجبه بما في ذلك أي تعديل أو عدول أو إبطال للإيجاب أو القبول عن طريق السجلات الإلكترونية، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك"[1]

والرسائل الإلكترونية تختلف فمنها ما اعتبر بأنها مراسلات تقليدية (Contrat par Correspondence)، كالبريد أو الفاكس أو رسول لا يكون نائبا أو غير ذلك، أما المراسلة الإلكترونية بوسائل الاتصال الحديثة، في حالة وجود فاصل زمني بين صدور الإيجاب والقبول، كما هو الشأن عند التعاقد عن بعد بالريد الإلكتروني مثلا أو الإيميل E- mail.[2]

واعتمد القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، من خلال المادة 11 منه برسالة البيانات كوسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة العقدية على أنها، "في سياق تكوين العقود وما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن الإيجاب والقبول، وعند استخدام رسائل البيانات في تكوين العقد، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ بمجرد استخدام رسائل البيانات لذلك الغرض".[3]

وقد نكون أمام من عقود مبرمة عن بعد إلا أن تبادل الإرادة يكون مباشر، حيث يكون الاتصال المباشر بالصورة أو الكتابة فالإيجاب والقبول فيها يتم عن طريق اللفظ الفوري المباشر، فالإيجاب يعقبه جواب مباشر من الطرف الآخر بصوتيهما، وقد يتم الإيجاب والقبول كتابة، فيمكن للشخص المتعاقد تأمين وصول إيجابه إلى الشخص الاخر في أي بلد كان، والحصول على الإجابة المباشرة بالقبول أو الرفض خلال ثوان أو دقائق معدودة، ويمكن أن يرد الإيجاب والقبول في نفس الوقت، فالمتعاقدين وهما بعيدين من حيث المكان فهما متحدين في الزمن.[4]

1 – بعداش سعد، مرجع سابق، ص424.

2 – بلحاج العربي، **مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري**، المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 264.

3 – معداوي نجية، مرجع سابق، ص263.

4– أسماء بنت محمد العمري، **تأجيل دفع الثمن في عقود التجارة الإلكترونية – دراسة فقهية–**، مجلة كلية الدراسات الإسلامية، الإسكندرية، العدد 39، الإصدار الأول، الجزء الثالث، دون سنة نشر، ص1847.

ويترتب على صدور الإيجاب من المورد الإلكتروني الزامية ابرام العقد في حالة اقتران الايجاب مع قبول، مع أي مستهلك كان، ويمنع القانون رفض بيع السلع أو تأدية الخدمات، دون مبرر شرعي إذا كانت معروضة للبيع أو كانت الخدمة متوفرة،[1] ويعتبر المورد الالكتروني مرتكبا لجريمة في حال رفضه البيع أو تأدية الخدمة.[2]

ولتحديد زمان ومكان التعاقد، أهمية تنعكس على العقد، فهي تمثل جزءًا هامًا في عملية توثيق العقود، ولها عدة أهداف، كتحديد التزامات الأطراف في العقد، فعلى سبيل المثال، تحديد موعد تسليم سلعة معينة في عقد، فإن معرفة زمان ومكان التعاقد يساعد في تحديد متى وأين يجب تسليم السلعة.

ويمكننا أيضا تحديد القوانين الواجب التطبيق، فقد تختلف القوانين المطبقة على العقود باختلاف المكان، لذا يمكن أن يؤثر تحديد مكان التعاقد على القوانين التي تنطبق على العقد وعلى الحقوق والالتزامات المترتبة على الأطراف، وينعكس تطبيق القوانين بطبيعة الحال، على النزاعات في حالة حدوث خلافات أو نزاعات بين الأطراف.

وبشكل عام، يمثل تحديد زمان ومكان التعاقد جزءًا أساسيًا من عملية توثيق العقود وتحديد الالتزامات وحل النزاعات المحتملة، ويسهم في توفير بيئة تعاقدية تتسم بالشفافية والموثوقية.

ومن أجل هذا فقد سعى الفقه في البحث عن كيفية تحديد زمان ومكان انعقاد العقد، ومن ذلك نجد النظريات الفقهية التي

ثالثا: إشكالية التأكد من الأهلية في غياب الأطراف:

عند التعاقد عن بعد يصعب معرفة الأهلية لدى الأطراف المتعاقدة، وهذا راجع الى التباعد بينهما، فكل متعاقد يجلس خلف الوسيلة الإلكترونية المستخدمة، وقد لا تمكن من رؤية مع من يتعاقد، خاصة عندما لا تستعمل الكاميرات، أو الأجهزة المساعدة المرفقة، لذلك لا يتمكن كل شخص من التحقق من اهلية المتعاقد الآخر.

1 – أنظر المادة 15، من القانون رقم:02/04، ص 06.

2 – أنظر المادة 35، المرجع نفسه، ص07.

1- أهمية الأهلية في التعاقد عن بعد.

الأهلية هي شرط من شروط صحة العقد، فكل شخص طبيعي بلغ سن الرشد يكون أهلا للتعاقد، ما لم يمنعه القانون ذلك، والأهلية نوعان، أهلية وجوب Capacité de Jouissance، وهي قدرة الشخص وصلاحيته للتمتع بالحقوق والالتزام بالواجبات التي ترتبط بها أو التي يفرضها القانون، وهي تثبت لكل الأشخاص الطبيعيين من ولادتهم وتثبت للجنين أيضا، أما أهلية الأداء Capacité D'Exercice، وهي صلاحية الشخص على استعمال الحق المقرر له، وهي تنشأ وجودا وعدما بالسن القانونية للإنسان.[1]

إذا كانت الأهلية، تمثل صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق أو عليه حقوق، ولأن يباشر بنفسه الأعمال القانونية والقضائية المتعلقة بهذه الحقوق، ويعبر كل شخص أهلا للتعاقد مالم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم قضائي، ويقع عبء إثبات عدم الأهلية على من يدعيه،[2] فمن السهل إثبات هوية العاقد في العقود المبرمة بين حاضرين، حيث العلاقة المباشرة بينهما تمكن كل طرف من طلب وثائق الهوية للشخص الطبيعي أو شهادة تسجيل الشركة، ولكن الأمر يختلف كليا في التعاقد عن بعد وهذا ما يجعل نوعا من الخطورة في العقود المبرمة عن بعد، ناهيك عن الأهلية اللازمة للتعاقد فمن الصعوبة بمكان معرفة البالغ الراشد من الصغير غير المميز.[3]

وقد فصل المشرع الجزائري في الأهلية بخصوص التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها، فإذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص أهليته يرجع الى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهلية وفي صحة المعاملة.[4]

وهو ما يعرف لدى الفقه بالوضع الضاهر وقد أخذ بعض الفقه به من أجل التثبت من أهلية المتعاقد، أو صحة تمثيله لشخص آخر إذا كان المتعاقد شخصا معنويا، بنظرية "الوضع الظاهر" وهذا من أجل إتمام تصرف متى كان الشخص المتعاقد معه اتخذ مظهر الشخص الراشد وكان المتعاقد الاخر

1 – كوسام أمينة، **خصوصية الأهلية في التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة**، مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، الجزائر، العدد6، جوان 2015، ص345.

2 – فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص76.

3 – عبد الباسط عبد الصمد الشاوي، **إبرام العقود عبر شبكة الإنترنت (دراسة في ضوء الفقه الإسلامي)**، مجلة العلوم الاقتصادية، جامعة البصرة، العراق، العدد23، المجلد06، كانون الثاني2009، ص08.

4- أنظر الفقرة الثانية من المادة 10 من القانون رقم:10/05، المؤرخ في: 2005/06/20، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد44، المعدل والمتمم للأمر رقم: 58/75، مرجع سابق، ص18.

عبر الأنترنت لا يمكنه التأكد من ذلك، وفي حال كان الأمر عبلا غير ما هو ظاهر، ففي هذه الحالة ينبغي حماية المتعاقد حسن النية.[1]

ومن جانبنا فإنه من المستحسن أن تزود الأجهزة الإلكترونية المستخدمة في التعاقد، ببرامج وأجهزة، يمكنها أن تكشف عن السن الحقيقية للمستخدم، وذلك من خلال البصمة أو بصمة العين، حيث من الممكن إيجاد أليات ومكنات يتم من خلالها إدخال بصمات المتعاقدين ويبقى ربط هذه الأجهزة سوى ربطها بأجهزة يمكنها القيام بالكشف عن السن الحقيقية أو الفعلية، ولا غرابة في ذلك فمازلنا نسمع بل ونشاهد في عديد البرامج التلفزيونية عن أجهزة كشف الكذب، وع تفعيل برامج مماثلة يتفادى الكذب عن التصريح بالسن القانونية، ولا يتوقف الأمر عند اثبات الأهلية فقط بل لا بد من النظر لعوارض الأهلية.

2-عوارض الأهلية في التعاقد عن بعد:

بالاطلاع للقواعد العامة، المادة 78 من القانون المدني الجزائري، فكل أهل للتعاقد مالم يطرأ على أهليته عرض تجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون،[2] إلا أنه من الصعب معرفة أهلية المتعاقد في ظل استخدام الوسائل الرقمية عند التعاقد، كأن يكون الشخص المتعامل معه في حالة جُنُون،[3] وما يهمنا من حالة المجنون، هو حكم تصرفاته من الناحية القانونية، لأن اختلال العقل، يجعل من صاحبه لا يميز بين الأمور الحسنة والقبيحة، وعليه يمنع من ابرام العقود، وحكم تصرفاته كتصرفات الصبي غير المميز، فلا تصح ولو كانت نافعة نفعا محضا، بخلال الجنون المتقطع، الذي تصح منه التصرفات التي تصدر منه وقت الإفاقة ما دام العقل سليما.[4]

أما الشخص المعتوه،[5] فحكم تصرفاته كتصرف الصبي المميز، فيصح ما كان نافعا نفعا محض، ولا يصح منه ما كان فيه ضرر محض،[6] وعلى غرارهما نجد، السفيه،[1] وذو الغفلة،[2] فحكم تصرفاتهما

---

1 – منية نشناش، **تأثير التقنية الرقمية على إسناد الإرادة والتحقق من الأهلية في العقود الإلكترونية**، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل، العدد 06، جوان 2018، ص253.

2– أنظر المادة 78، من القانون رقم:10/05، المؤرخ في: 2005/06/20، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد44، ص 21، المعدل والمتمم للأمر رقم: 58/75، المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني الجزائري، العدد78، المؤرخة في: 1975/09/30.

3 – معنى الجنون زوال العَقْل أَو فسادٌ فيه، قاموس ومعجم المعاني، متاح على الرابط: https://www.almaany.com/

4 – ميكائيل رشيد علي الزيباري، **العقود الإلكترونية على شبكة الإنترنت بين الشريعة والقانون**، أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة، الجامعة العراقية، سنة 2012، ص247.

5 – العته، آفة تجعل الإنسان مختلط العقل، فبعض كلامه ككلام العقلاء، وبعضه، ككلام المجانين، قاموس ومعجم المعاني، متاح على الرابط: https://www.almaany.com/

6 – ميكائيل رشيد علي الزيباري، مرجع سابق، ص247.

بعد الحجر في المعاملات كالصغير المميز، أما تصرفاته التي لا تقبل الفسخ كالنكاح والطلاق، فتقع منهما صحيحة نافذة خلافا لحكم الصغير المميز، أما قبل الحجر فحكمهما حكم البالغ الراشد، إلا إذا وقع التصرف من قبل الحجر عن طريق الغش والتواطؤ من الغير.[3]

فمن الواضح، بأنه قد يحدث وأن يستعمل المجنون، أو المعتوه، أو ذو الغفلة، أو السفيه، وسائل الاتصال، فمن غير الممكن التنبه لأهلية هؤلاء في حال العقود المبرمة عن بعد، ومن الصعب التمييز بين المجنون متقطع الجنون، والجنون الدائم، وغير المجنون أصلا، كون المتصل لا يظهر أو ظاهر بصورة فقط، فالإشكال يقع إذا قام هذا الشخص، بتصرفات ممنوع عليه القيام بها من الناحية القانونية، فقد نكون أمام متعاقد فاقد للأهلية، ومع هذا فقد قام بتصرفات قانونية، وقد يرتب التزامات لذلك من الضروري معرفة مصير هذه الالتزامات بالنسبة للشخص المتعقد معه.

ولقد أخذ بعض الفقه من أجل التثبت من أهلية المتعاقد، أو صحة تمثيله لشخص آخر إذا كان المتعاقد شخصا معنويا، بنظرية "الوضع الظاهر" وهذا من أجل إتمام تصرف متى كان الشخص المتعاقد معه اتخذ مظهر الشخص الراشد وكان المتعاقد الاخر عبر الأنترنت لا يمكنه التأكد من ذلك، وفي حال كان الأمر على غير ما هو ظاهر، ففي هذه الحالة ينبغي حماية المتعاقد حسن النية.[4]

رابعا: عيوب الرضا في التعاقد عن بعد:

قد يصاب الرضا بأحد العيوب، وقد حدد المسرع الجزائري عيوب الرضا في القانون المدني الجزائري، على أنها الغلط، والتدليس، والإكراه، والاستغلال والغبن.

والعيب هو "كل نقص في قيمة أو منفعة أي من المنتجات بحسب الغاية المقصودة منها، ويؤدي بالضرورة إلى حرمان المستهلك كليا أو جزئيا من الاستفادة بها فيما أعدت من أجله، بما في ذلك النقص الذي ينتج من خطأ في مناولة السلعة أو تخزينها، وذلك كله ما لم يكن المستهلك قد تسبب في وقوع هذا النقص".[5]

---

1 – السفيه، هو من لا يحسن التصرف في المال أو يتصرف في المال بغير مقتضى العقل، يناقض الحكمة، قاموس ومعجم المعاني، مرجع سابق.

2 – ذو الغفلة، هو تخلف الذكاء وقلة الفطانة، ومن السهل خداعه رغم كمال عقله، قاموس ومعجم المعاني، مرجع سابق.

3 – ميكائيل رشيد علي الزيباري، مرجع سابق، ص247.

4 – منية نشناش، مرجع سابق، ص253.

5 – أنظر المادة الأولى، الفقرة السابعة، من القانون المصري رقم:181 لسنة 2018، مرجع سابق، ص 04.

1-الغلط في العقد المبرم عن بعد:

لا يختلف الفقه والقضاء وحتى شراح القانون في كون الغلط[1]، عيب من عيوب الرضى، سواء في العقد التقليدي كعيب من عيوب الإرادة أو الغلط في العقد الإلكتروني فهذا العيب يمكن حدوثه في كلا العقدين.[2]

والغلط ليس كل وهم يقوم في ذهن المتعاقد يؤدي إلى إبطال العقد لذلك نميز بين الغلط، المعدم للرضا (الغلط المانع)، وهو الغلط الذي يؤدي الى فقدان ركن من أركان العقد مما يؤدي إلى بطلانه بطلانا مطلقا، ويسميه البعض (الغلط العقبة) فهو يعدم الإرادة من الأساس ولا يعيبها فقط، وغلط غير مؤثر، وهو غلط يفسد الإرادة ولا يمنع وجود التراضي والتطابق، فهو لا يؤثر في إرادة من وقع فيه ولا يعد عيبا يشوب الإرادة.[3]

أما الغلط المعيب للرضا، فهو الغلط الذي، لو علم من وقع فيه من البداية، لما أقدم على التعاقد من الأساس، فالغلط لا يعدم الرضا ولكنه يعيبه، فالغلط الجوهري (الغلط الذي بلغ حدا من الجسامة)،[4] لا يقوم على معيار موضوعي متعلق بالشيء، بل يقوم على معيار ذاتي بمدى تأثير الغلط في إرادة المتعاقد،[5] ويجوز للمتعاقد الذي وقع في الغلط الجوهري وقت إبرام العقد أن يطلب ابطاله.[6]

ويكون الغلط في العقود المبرمة عن بعد، بكيفيات مختلفة كاحتجاج المشتري عند تسليمه المبيع أنه بخلاف ما تم الاتفاق عليه، أو لا يستعمل للغرض الذي اشتراه من أجله، ويطلب الإبطال استنادا لنظرية الغلط، كما تعد صفة عدم الاحتراف أو عدم الخبرة في المعاملات الإلكترونية عنصرا جوهريا في قبول ادعاء المتعاقد الواقع في غلط جوهري، خاصة إذا ما تعلق الأمر بمسائل فنية أو ذات مهارات تقنيات

1 – الغلط l'erreur: يراد به حالة، تقوم في النفس تعمل على توهم غير الواقع، إما أن تكون واقعة غير صحيحة يتوهم الانسان صحتها أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها والغلط بهذا المعنى يشمل كل أنواع الغلط، منذر الفضل مرجع سابق، ص 138.

2 – أسال محمد جبريل، **فسخ عقد البيع الإلكتروني**، ماجستير في القانون الخاص، فسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان الأردن، 2018، ص 30.

3 – فاطمة دريسي، حمو فرحات، **خصوصية عيوب الإرادة في العقود الإلكترونية**، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، الجزائر، المجلد12، العدد02، سبتمبر 2021، ص 612.

4 – أنظر المادة 82 من الأمر رقم:58/75، المعدل والمتمم، مرجع سابق، ص 994.

5 – فاطمة دريسي، حمو فرحات، مرجع سابق، ص 612.

6 – أنظر المادة 81 من الأمر رقم:58/75، المعدل والمتمم، مرجع سابق، ص 994.

متطورة كبرامج الحاسوب، وهذه الصفة من القرائن التي يستعين بها قاضي الموضوع قي تقرير مدى وقوع المتعاقد في الغلط.[1]

أما الغلط الذي لا يوثر في صحة العقد الغلط في الحسابات أو غلطات القلم لا تؤثر في صحة العقد إلا أنه يجب تصحيح الغلط،[2] ففي مثل هذه الحالات نكون بصدد مجرد غلط مادي، مثاله لو باع تاجر قماش ما لديه من الأقمشة وحدد سعر المتر الواحد، ثم بعد عد الأمتار يقع غلط في تحديد السعر الإجمالي فهذا الغلط لا أثر له على الإرادة وتكوينها أو على صحتها.[3] وقد تختلف في اعتبار عذا الغلط مؤثر او غير مؤثر بين العقود التقليدية والتعاقد عن بعد إذ قد تختلف الوسائل المستخدمة من شخص لآخر مما قد تتغير المعطيات بانتقالها من جهاز لجهاز آخر فقد تفقد بعض الكلمات أو قد تتغير فتعطي معنى آخر مخالف لما قصده التعاقد، ويرجه هذا أيضا للبرامج المستخدمة وطريقة تشغيلها وعرض البيانات، وقد تفهم أو تفسر على غير ما قصده المرسل.

ومن هذا المنطلق وفي حال طلب إبطال العقد من المشتري بسبب الوقوع في الغلط، فهو لا يتحمل مصاريف النقل، بل يتحملها البائع وحده، فرخصة الرجوع المقررة للمستهلك في عقود المبرمة عن بعد قد لا تحقق الفوائد التي يحققها التمسك بالإبطال بسبب عيب الغلط،[4] وقد يقع الغلط في العقد المبرمة عن بعد، بسبب نقص العرض غير المكتمل وغير الواضح أو غير المفهوم، أو غير مضمن الوصف الدقيق للسلع والخدمات، فيقع الغلط في المنتوج المعروض عبر الإنترنت.[5]

إن ميزة التباعد في العقود المبرمة عن بعد، تجعل من المتعاقد يقع في الغلط بشكل أسهل، من أجل ذلك نجد أن أغلب التشريعات اعتمدت على ضرورة الالتزام بالإعلام وتمكين المتعاقد بالمعطيات الكفيلة والكافية بمحل الالتزام حتى لا يكون هناك غلط.

1 – فاطمة دريسي، حمو فرحات، مرجع سابق، ص 613.

2 – أنظر المادة 84 من الأمر رقم:58/75، المعدل والمتمم، مرجع سابق، ص 994.

3 – فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص80.

4 – فاطمة دريسي، حمو فرحات، مرجع سابق، ص 614.

5 – ميكائيل رشيد علي الزيباري، مرجع سابق، ص261.

2-التدليس في العقد المبرم عن بعد:

التدليس هو سلوك يهدف إلى دفع شخص إلى التعاقد عن طريق استعمال الحيل أو الكذب أو السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة ولولا ذلك ما أبرم العقد،[1] ويميز الفقه الفرنسي بين نوعين من التدليس، التدليس الرئيسي Dol principal، وهذا التدليس يجعل من العقد قابل للإبطال، أما التدليس العرضيDol incident ، فهذا التدليس يحمل المتعاقد بقبول التعاقد بشروط أشد، فهو لا يؤدي إلى إبطال العقد وإنما إلى المطالبة بتعويض الضرر، طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية، إلا أن المشرع الجزائري لم يأخذ بهذه التفرقة في التدليس، وأكتفى بأن يبلغ التدليس من الجسامة بحيث لولاه ما أبرم المدلس عليه العقد، فيستوي التدليس سوى كان عرضيا أو رئيسيا ما دام هو الذي دفع المتعاقد الى ابرام العقد ولولاه ما ابرم العقد وهذا ما يسمى Dol molus.[2]

ومن صور التدليس والغش في التعاقد عن بعد، استعمال علامة تجارية لشخص آخر وتعمد نشر بيانات غير صحيحة على الموقع عن سلع أو خدمات بقصد ترويجها أو استخدامها اسم نطاق غير مملوك له، أو إنشاء موقع وهمي عبر الإنترنت لا وجود له على الإطلاق وهو من أشهر طرق التدليس والغش المستخدمة عبي الإنترنت، ومنها البنوك الافتراضية التي من السهل عليها التغرير بالعملاء وعدم رد الأموال المتحصل عليها من خلال مواقعها الافتراضية لأصحابها.[3]

حيث اعتبر المشرع الجزائري بنص المادة 24 من القانون رقم:02/04، بعض من المعاملات التجارية بأنها أعمال تدليسيه، وتتمثل في دفع أو استلام فوارق مخفية للقيمة، أو تحرير فواتير وهمية أو فواتير مزيفة أو إتلاف الوثائق التجارية والمحاسبية وإخفائها أو اخفائها قصد إخفائها الشروط الحقيقة للمعاملات التجارية.[4]

والتدليس أكثير وقوع وهذا راجع لقدرة الكثير ممن لهم القدرة على العبث بنظام المعلومات من خلال سوء استخدام الإنترنت، فيتم التدليس والخداع والاحتيال في الإعلان، أو استخدام رسائل إلكترونية بميزات

1 – شوقي بناسي، **عيوب الرضاء في قانون العقود المعاصر**، دراسة تأصيلية في القانون المدني الجزائري والفرنسي (المعدل) والفقه الإسلامي، بيت الأفكار، الدار البيضاء، الجزائر، الطبعة الأولى، مارس 2022، ص 116.

2 – علي علي سليمان، **النظرية العامة للإلتزام**، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة التاسعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون الجزائر، سنة 2015، ص 62.

3 – فاطمة دريسي، حمو فرحات، مرجع سابق، ص 615.

4- أنظر المادة 24، من القانون رقم:02/04، مرجع سابق، ص06.

وهمية تدفع المتعاقد الآخر إلى إبرام العقد، ويتم ذلك باستخدام وسائل ودعائم الكرتونية مزورة، فالمتعاقد إلكترونيا لا يتمكن من رؤية المبيع كما في حالة التعاقد التقليدية، فالرؤية أو المعاينة من خلال الحاسوب تختلف عن الواقع، ناهيك عن إمكانية دعم الصورة إلكترونيا باستخدام برامج إلكترونية تساهم في ذلك.[1]

3-الإكراه في العقد المبرم عن بعد:

الإكراه وهو مجموعة ضغوط تؤثر في الإرادة للمتعاقد وتدفعه للتعاقد وتحدث في نقسه رهبة وخوف،[2] لذلك من الصعب تصور الإكراه في مجال العقود المبرمة عن بعد ومنها العقد الإلكتروني، كون العقود تبرم عن بعد، إلا أنه يمكن أن تحدث الرهبة والخوف بسبب السيطرة على منتوج معين والاحتكار أو النفاذ والقلة أو الانفراد والسيطرة على المنتوج مما تبعث بالمستهلك الى التعاقد بسبب تهديد مصالحه وعدم الحصول على المنتج الذي هو في أمس الحاجة إليه، فيضطر للتعاقد.[3]

ولعل من صور الإكراه في العقود المبرمة عن بعد، ما قد نجده في العقود النموذجية المعدة سلفا على المواقع الإلكترونية، فقد يمسك المكره يد المرسل إليه ويجبره على الضغط على مفتاح القبول فتعاب إرادة المشتري بعيب الإكراه، فالأمر هنا يعدم الإرادة ويجعلها مشوبة بالبطلان المطلق للعقد الإلكتروني.[4]

قد يقع المستهلك تحت ضغط نفسي تسببه له عوامل الإقناع والترغيب في التعاقد وطرق العرض المثيرة للسلع والخدمات مستخدمة تقنيات وفنيات عالية، فبهذا ينتزع رضاؤه ليكتشف بعد التعاقد أنه صدر على غير رغبته الحقيقية، ولم ينل حظه من التدبير والتفكير.[5]

وقد يتم الإكراه من خلال استغلال غرف المحادثات المزودة بكاميرا، حيث يتمكن كل طرف من رؤية المتعاقد الآخر، وقد يتم استخدام وثائق وبيانات تحمل على البريد الإلكتروني وقد يتم التهديد بها ونشرها وقد تحمل الطرف المهدد على التعاقد.[6]

1 – ميكائيل رشيد علي الزيباري، مرجع سابق، ص263.

2 – أسال محمد جبريل، مرجع سابق، ص 33.

3 – ميكائيل رشيد علي الزيباري، مرجع سابق، ص255.

4 – فاطمة دريسي، حمو فرحات، مرجع سابق، ص 617.

5– منى أبو بكر الصديق، محمد حسان، مرجع سابق، ص 804.

6 – فاطمة دريسي، حمو فرحات، مرجع سابق، ص 617.

التبعية الاقتصادية حيث تحمل أشخاص على التعاقد بتوريد منتجات لشركات اشخاص معينين بحجة أنه لا يمكن الحصول على هذه المنتجات أو الخدمات إلا من الأشخاص المحتكرين لها، فلا بديل أمامه سوى القبول، فليس للمتعاقد سوى القبول تحت ضغط عدم وجود البديل.[1]

4-الإستغلال أو الغبن في العقد المبرم عن بعد:

يقصد بالغبن la lésion اختلال التوازن الاقتصادي في عقد المعاوضة، نتيجة عدم التعادل، بين ما يأخذه كل متعاقد وما يعطيه، فهو اختلال التوازن الاقتصادي بين أطراف المتعاقدة،[2] وهو يختلف عن الاستغلال كون الغبن معياره موضوعيا ماديا، بينما الاستغلال معياره شخصي، لذلك فالاستغلال يعيب الإرادة بالطيش البين أو الهوى الجامح فيستغله من تعاقد معه وبالتالي لا تتعادل الالتزامات بين المتعاقدين، وعليه فالغبن عيب في العقد، بينما الاستغلال عيب في الشخص. [3]

وفكرة النظر للاستغلال إذا كان دافعا للتعاقد أم لا، هي مسألة واقع تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، دون رقابة من المحكمة العليا، بخلال التكييف القانوني لوقائع الاستغلال، والاقتصار على الطيش البين والهوى الجامح، التي تخضع لرقابة المحكمة العليا.[4]

وبالنظر للواقع الحالي، يبدو أن الاستغلال أكثر وقوعا، خاصة إذا أخذنا في الاعتبار الخبرة المحدودة لدى الكثير من التعاملين مع شبكة الإنترنت، وهم من يمثلون المستهلك الإلكتروني، وهذا ما يمنح الفرصة للاستغلال من طرف الموردين، خاصة في ظل الانتشار الواسع للاستخدام المفرط لشبكة الإنترنت وضهور المتعاملين وخلق التنافس بين الشركات للوصول للمستهلك دونة ضوابط لاسيما في ظل عدم خبرت هذا الأخير في استخدام شبكة الإنترنت.[5]

وقد يتم الاستغلال من خلال الوسائل الالكترونية، وذلك بالتأثير في أراء وأفكار الجمهور، سواء من جعله يؤمن بفكرة معينة أو إبعاده عن فكرة معينة، وتكون باستعمال الخطب أو الاجتماعات وعقد المؤتمرات وغالبا ما تكون مجانية ولا تستهدف تحقيق مادي.

---

1 – المرجع نفسه، ص 618.

2 – العربي بلحاج، **مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المصادر الإرادية(العقد والإرادة المنفردة)، الجزء الأول**، مرجع سابق، ص465.

3 – علي علي سليمان، **النظرية العامة للإلتزام**، مرجع سابق، ص 67.

4 – شوقي بناسي، **عيوب الرضاء في قانون العقود المعاصر**، دراسة تأصيلية في القانون المدني الجزائري والفرنسي (المعدل) والفقه الإسلامي، بيت الأفكار، الدار البيضاء، الجزائر، 2022، ص 251.

5 – فاطمة دريسي، حمو فرحات، مرجع سابق، ص 618.

كما نجد أنه للعامل النفسي الدور البارز الذي يستغل من طرف المتعاقد الاخر، مما يجعل العقد مختلا بتوازنه كمثال استغلال طيش بين أو هوى جامح بسبب أن الطرف الآخر في التعاقد يمتع بشهرة واسعة أو مكانة اجتماعية بارزة، فباستغلال ضعف الطرف الأخر في التعاقد يجعل من العقد مختلا بتوازنه.[1]

وقد يتم الاستغلال عن طريق الإعلانات التي تظهر لمتصفحي المواقع والصفحات الاجتماعية فايسبوك يوتيوب، وقد يحدث أن يتم دمج منتوجين أو ثلاث أحدها مهم جدا يقبل عليه الناس بكثرة، فيقوم بإضافة له منتج أقل أهمية، بغرض بيعه، حيث يتم دمج سلعة أخرى أقل أهمية، ناهيك عن التخفيضات الوهمية قد يكون التخفيض مقابل النقص في الوزن، فيظهر المنتج وكأنه بسعر أقل دون الإشارة لنقص في الميزان ليشير للنقص في السعر فقط.

ولا يفوتنا الإشارة إلى أن الاستخدام المفرط للإنترنت، ساعده انتشار شبكة الإنترنت على نطاق واسع، وهذا ما قد يؤدي بإمكانية استخدامها من أشخاص قليلي الخبرة، أو غير متمكنين من استخدامها بالقدر الكافي، مما يؤدي إلى استغلال هؤلاء لنقص خبرتهم ومعرفتهم في هذا المجال، مما أدى بالتشريعات إلى البحث عن نصوص لحماية المستهلك.[2]

خامسا: لحظة تشكيل العقد المبرم عن بُعد:

يعتبر معرفة الوقت الذي ينعقد فيه العقد مهم للغاية، فمن هذه اللحظة تتحدد فيها تنفيذ الالتزامات ويعرف الوقت الذي ينتج فيه العقد الأثار القانونية بين أطرافه، وفي العقود المبرمة عن بعد بالذات، تحدد فيها لحظة العدول عن التعاقد، حت لا يبقى العقد مهددا بالزوال، رغم انعقاده صحيحا.

فمن الطبيعي في العقود المبرمة عن بعد، أن يكون الموجب في مكان والقابل في مكان آخر وقت إبرام العقد، مما يترتب عليه وجوب مرور مدة من الزمن بين صدور الإيجاب ووصوله لعلم من وجه غليه، ويطلق على هذا النوع من التعاقد اسم التعاقد بين غائبين، وهذا هو الحال عندما يتم التعاقد بواسطة الرسائل والبرقيات أو رسول خاص أو البريد وفي هذه الحالة تثور مشكلة تحديد زمان ومكان انعقاد العقد

1 – فاطمة دريسي، حمو فرحات، مرجع سابق، ص 619.

2 – ميكائيل رشيد علي الزيباري، مرجع سابق، ص258.

بين غائبين، لذلك نبحث عن أهمية تحديد زمان ومكان إبرام العقد لذلك ظهرت نظريات لتحديد زمان ومكان انعقاد العقد بين غائبين.[1]

1- تحديد القانون الواجب التطبيق في العقد المبرم عن بعد:

ومن أهمية تحديد زمان انعقاد العقد، هي التمكن من تحديد القانون الواجب التطبيق، فعلى سبيل المثال، في حال صدور قانون جديد فإنه لا يسري على العقد الذي انعقد في ظل قانون سابق، فالقانون الواجب التطبيق، هو القانون النافذ وقت ابرام العقد، فلو كان أحد الأطراف كامل أهلية وفقا لقانون القديم، ثم أصبح ناقص الأهلية وفقا للقانون الجديد، وكان قد أبرم عقد في ظل القانون القديم فإن ذلك لا يؤثر في أهليته وبالتالي لا يؤثر على نفاذ العقد. [2]

2-تحديد بداية احتساب الآجال القانونية:

تحديد موعد إبرام العقد الإلكتروني معظم التشريعات المنظمة للتجارة الإلكترونية لا تشترط وجوب العقد يتم إبرامه في وقت العرض لأن الأخير يتميز بالدولية طابعها، مما يثير صعوبة عملية تظهر في الحلول القانونية المختلفة المعنية في تحديد لحظة إبرام العقود من خلال وسائل الاتصال الحديثة التقنيات[3]

لا شك أن تحديد زمان ابرام العقد يلعب دور في بداية احتساب الآجال، خاصة الآجال المتعلقة بالعدول، حت يتحرر العقد ولا يبقى مهدد بالاضمحلال رغم ابرامه صحيحا.

2-تحديد الالتزامات العقدية في العقد المبرم عن بعد:

فعلى سبيل المثال، الوقت الذي يتم فيه شراء كتاب عبر الهاتف عن بُعد أو في محل لبيع الكتب، لتشكيل التزام، يجب تحديد الكتاب ودفع سعر الشراء، لا تمنعنا طريقة الاتصال من الإشارة إلى متى تم النص على التزام ملزم، ويقال إن تبادل الوعود والالتزام الملزم الناتج عنها يظهران عند قبول العرض، هناك اجتماع للعقول، يوفر نظام الاتصالات المدعوم من الإنترنت هيكًلا معماريًا متميزًا حيث يتم تكوين العلاقات من خلال نقرات الماوس ومن خلال استجابة برنامج الكمبيوتر لكل منها في أعماله الأساسية،

1 - يوسف محمد عبيدات، مرجع سابق، ص71.

2 - المرجع نفسه، ص72.

3 -Maazi (Djihad), AMROUNE (Celia),Op, Cit, p 418.

الرمز ومستقبل الأفكار ،يستخدم ليسيج الاستعارات الهندسة المعمارية والتعليمات البرمجية لتوضيح المضخة الحدسية الجديدة لفهم الطلب الخاص ومؤسسات الحوكمة التقليدية [1].

سادسا-النظرية المعتمدة في تحديد زمان ومكان إبرام العقد.

انقسم الفقه والقضاء في تحديد الوقت الذي يبرم فيه العقد، وظهرت نظريات مختلفة فيما يتعلق بزمان ومكان العقد، في العقود المبرمة عن بعد ومن بين هذه النظريات.

1-نظرية إعلان القبول: Système De Declaration

يرى أنصار هذه النظرية بانها تتفق مع القواعد العامة، من حيث أن العقد توافق إرادتين ويتم التوافق بمجرد إعلان الطرف الآخر قبول الإيجاب الموجه إليه، وحسب وجهة نظرهم فهذه النظرية تتوافق مع سرعة المعاملات التجارية.[2]

2-نظرية تصدير القبول: Système D´Expedition

وحسب أنصار هذه النظرية، فإن العقد يتم في الوقت الذي يصدر في القابل رسالته المتضمنة القبول، وبالتصدير يكون قد استحال عليه العدول عن قبوله. [3]

3-نظرية استلام القبول: Système De Reception

ومفاد هذه النظرية أن القبول لا يكون نهائيا إلا إذا تسلمه الموجب، فعندها لا يستطيع القابل استرداد قبوله، وبالتالي يتم العقد في هذا الوقت، وعلم الموجب به أو عدم علمه لا يؤثر في إبرام العقد، ما دام قد تسلم القبول فإن العقد ينعقد.[4]

1 - Savirimuthu (Joseph), Op, Cit، P125.

2 – محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني**، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2021، ص113.

3 – علي علي سليمان، **النظرية العامة للإلتزام**، مرجع سابق، ص34.

4 – محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني**، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص114.

4-نظرية تسليم القبول: Système D´Einformation

والتي تري بأن العقد ينعقد لحظة تسليم القبول، أي في الوقت الذي يتسلم فيه الموجب فعلا القبول، وقد استلزم بعض الفقهاء علم الموجب بالقبول وعلى وجه اليقين، فالعقد لا ينعقد إلا بالعلم الحقيقي للموجب.[1]

وقد أخذ المشرع الجزائري بنظرية العلم بالقبول، وهو ما يظهر جليا من خلال ما جاء في نص المادة 67 من القانون المدني الجزائري، حيث يعتبر التعاقد قد تم في المكان والزمان لذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، مالم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.[2]

ويبدو جليا الأخذ بنظرية تأكيد القبول في سياق تحديد وقت تكوين العقد الإلكتروني، تطبيق لما جاء في المادة 12 الفقرة الثالثة والرابعة منها، من القانون رقم:05/18.[3]

ولقد انتقد بعض الفقه من تطبيق أو اعتماد النظريات التقليدية في مواجهة التعاقد عن بعد، وما دام أسلوبا غير تقليديا للتعاقد، لابد من مواجهته بوسائل غير تقليدية وحديثة ضمانا لسلامة إرادة المتعاقد.[4]

إن تحديد لحظة تكوين العقد الإلكتروني ما زال لم يتم حله بشكل كامل، فالحلول التقليدية، من حيث نظريات الإصدار والاستلام، فسرعة شبكة الإنترنت، التي تجمع بين المسافة والوقت، تجعل الفارق الزمني في تبادل الموافقات شبه منعدمة، إلا في حالة وجود عطل تقني أو فني حال دون تبادل الإرادة.

التعبير عن الإرادة في العقود المبرمة عن بعد، رغم أنه يتميز بنوع من الحرية في التعبير عن الإرادة كأصال عام، إلا أنه قد يضطر المتعاقد إلى التعبير بنفس الوسيلة أو البرنامج الذي تلقى بها العرض الأول، وقد يضطر الى فتح إيميل أو ماسنجر أو برنامج يتلاءم مع الوسيلة المطلوبة للتعبير، مثالها جهاز لا يقرأ برنامج معين فيضطر لتحميل البرنامج والعمل به من أجل التعبير عن الإرادة، لعقد معين يتطلب التعامل مع أصحاب العقد تحميل ذلك البرنامج، أو أن العرض لا يرد إلا على أجهزة معينة ومزودة ببرامج خاصة، أو عدم الرد في الوقت المناسب، أو تعدد الأجهزة المتصلة في نفس الوقت

1 – العربي بلحاج، **مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري**، المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 266.

2 – أنظر المادة 61 من الأمر رقم:58/75، المعدل والمتمم، مرجع سابق، ص 993.

3 – أنظر الفقرة الثالثة، والرابعة، من المادة 12، من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص 07.

4- منى أبو بكر الصديق، محمد حسان، المرجع السابق، ص 804.

والمتصلين من شتى بقاع العالم، أو أن والسلع الموجودة محددة أو عدد محدد، أو قام شخص بالرد على متعاقد الأول بوسيلة كانت لا تعمل لدى المتعاقد الأول ولم يرد في الوقت المناسب.

القبول قد يصدر باستخدام التوقيع الالكتروني المعتمد على تشفير المحرر أو رسالة البيانات الحاملة للتعبير الالكتروني باستخدام المفتاح الخاص للموقع وتكوين التوقيع الالكتروني من سلسلة من الأرقام الحسابية ومن مجموعها يتكون التوقيع الالكتروني الرقمي.[1]

لذلك وجب التمييز بين قبول الإيميل أو البريد الإلكتروني، وبين قبول مضمون البريد الإلكتروني، والخطأ الذي تقع، فقد يضغط شخصا على أيقونة موافق ضننا منه أنه يوافق على البريد الإلكتروني كبرنامج بينما هو يوافق على المحتوى، خاصة البرامج التي تفرض ضرورة الضغط على الموافقة لبداية العمل.

لذلك فنحن نؤيد فكرة إيجاد نظريات تتلاءم مع الوسائل الحديثة المستخدمة للتكنولوجية والمعتمدة على الرقمنة في التعبير عن الإرادة، دون أن نهمل النظريات التقليدية، فالغرض منه التوافق في تحديد زمان ومكان انعقاد العقد، لما له من أهمية في مرحلة التكوين وبعدها، والعل من الإشكاليات التي تواجه التعاقد عن بعد، هو توقيعه في ظل تباعد أطرافه، وهو موضوع المطلب التالي.

المطلب الثاني: التوقيع في العقود المبرمة عن بعد:

يعتبر التوقيع في المرحلة التعاقدية أهم مرحلة يمكن من خلالها نقل العقد من مرحلة التكوين إلى مرحلة التنفيذ، ولأن أطراف العقد لم تلتقي بعد رغم أنهم اتفقوا على أغلب تفاصيل العقد، فلا بد أن ينجلي هذا الغموض بتبادل التوقيع بين أطرافه وهو ذو خصوصية لأنه مختلف عنما عهدناه في العقود التقليدية، وهذ لاعتماده على الوسائل الإلكترونية، التوقيع الإلكتروني (الفرع الأول)، ولأنه يتم عن بعد، ولا يلتقي أطرافه عند التوقيع، فلا بد من حل للتأكد من التوقيع، التصديق الإلكتروني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التوقيع الإلكتروني:

يعتبر التوقيع الإلكتروني وسيلة تعتمد على التشفير باستخدام الوسائل المساعدة للقيام بهذا الإجراء، فهو يساعد على ابرام التعاقد عن بعد، ودون التواجد المادي للمتعاقدين.

1 – عبد العزيز محمد حمد ساني، مرجع سابق، ص239.

أولا: تعريف التوقيع الإلكتروني:

بالنظر للتوقيع الإلكتروني من الناحية الشكلية، هو عبارة عن توقيع، يتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها، وله رموز مميزة تسمح بالتعرف على الموقع وتمييزه بالنسبة للأشخاص الآخرين، يستخدم التوقيع الإلكتروني نظام الاختبار الذي يعتمد على المفاتيح الخاصة والعامة.[1]

أما التوقيع الإلكتروني لدى بعض الفقه: فهو "مجموعة من الأرقام التي تختلط مع بعضها البعض في إطار علاقات رياضة معينة ومعقدة مكونة بذلك رقم سري (كود) يتعلق بشخص معين".[2]

ويرى جانب من الفقه بأن التوقيع الالكتروني، وسيلة للتعبير عن القبول وليس قبولا في حد ذاته إذا ان القبول يكون في العبارات المستخدمة التي تعبر عن القبول.[3]

ومن الناحية التقنية فالتوقيع الالكتروني، "عبارة عن مجموعة أرقام تمثل توقيعا على رسالة معينة بحيث يتحقق هذا التوقيع من خلال الإجراءات الحسابية المرتبطة بمفتاح رقمي خاص بالشخص المرسل ومن خلال الضغط على هذا الأرقام الخاصة لمستخدم الشبكة المعلوماتية يتكون التوقيع الالكتروني".[4]

أما من الناحية القانونية، فبالرجوع لقانون اليونيسترال، فالتوقيع الإلكتروني، يعني بيانات في شكل الكتروني مدرجة في رسالة بيانات، مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا، يمكن أن تستخدم في تعيين هوية الموقع في رسالة البيانات، وتبين موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات.[5]

وبالاستطلاع على المادة 1/ج من القانون رقم:15 الصادر سنة 2004 المتعلق بتنظيم التوقيع الإلكتروني الفرنسي: "كل ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون لها طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع وتمييزه عن غيره".[6]

1 - Morad (shnikat), et consul**, the legal framework of electronic contract in the jordanian legislation**, global journal of politics and law research, vol.5 no.5, september 2017, P57.

2 – عبد الحليم بن بادة، **التنظيم القانوني لمتطلبات التجارة الإلكترونية وصور حمايتها الجزائية في التشريع الجزائري والمقارن**، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، الجزائري، المجلد 06، العدد02، سنة 2020، ص 687.

3 – عبد العزيز محمد حمد ساني، مرجع سابق، 2021، ص239.

4 – بان سيف الدين محمود، مرجع سابق، ص 13.

5 – قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية مع دليل الاشتراع 2001، منشورات عن الأمم المتحدة، نيويورك 2002، ص2.

6 – عبيزة منيرة، **التوقيع الإلكتروني كضمانة قانونية لحماية المستهلك الإلكتروني**، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي الأغواط، الجزائر، المجلد 01، العدد 03، د و س، ص 185.

أما المشرع المصري فقد اعتبر التوقيع الإلكتروني في القانون رقم:15 لسنة 2004، في المادة الأولي المخصصة للتعريفات على أنه ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره، وهو في ذلك يساير التشريعات الحديثة الخاصة بالتجارة الإلكترونية.[1]

كما يتم استخدامه في توثيق العقود ذات الأهمية والتي تجرى عن بعد بوسائل محددة، وذلك للتأكد من هوية المتعاقدين، فهي عقود تحتاج إلى توثيق من قبل طرفي العقد وتتم بطرق إلكترونية معينة، ويشتهر مصطلح التوقيع الإلكتروني في توثيق المعاملات التي تتم عن بعد بواسطة الإنترنت.[2]

2-التفرقة بين التوقيع العادي والتوقيع الإلكتروني:

يكمن الفرق بين التوقيع العادي والتوقيع الإلكتروني، من حيث أن التوقيع العادي، عبارة عن فن، صنعه الشخص وليس علما. لذلك يسهل تزويره، ولكن التوقيع الإلكتروني هو علم وليس فنا ومن الصعب تزويره، ويتم التوقيع على التوقيع الإلكتروني بواسطة برنامج كمبيوتر خاص، ولهذا الغرض قام الشخص بالتوقيع على الرسالة وتوقيعه ماديا، بخلاف التوقيع الإلكتروني فهو إجراءات تقنية تسمح بتحديد شخصية مؤلف هذا الإجراء وقبوله لمحتوى السلوك الذي تم إصدار التوقيعات من أجله[3].

وفي ذات السياق نميز بين التوقيع الالكتروني، والتوقيع الإلكتروني الموصوف، حيث يستعمل التوقيع الإلكتروني لتوثيق هوية الموقع واثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني، [4] بينما يعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف ممثلا للتوقيع المكتوب سواء كان وارد من شخص طبيعي أو معنوي،[5] فالموقع عادة يكون شخص طبيعي يحوز بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني ويتصرف لحسابه الخاص أو لحساب الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمثله،[6]

إن التوقيع الإلكتروني على المحررات الإلكترونية يدل على موافقة الأطراف الموقعة على مضمون الوثائق ومن أشكال التوقيع الإلكتروني نجد التوقيع البيومتري، والرقمي، والتوقيع بالقلم الإلكتروني مهما

1 – خالد ممدوح، التوقيع الإلكتروني، تم الإطلاع عليه يوم 2023/12/03، على الساعة 14:58، متاح على الرابط، https://kenanaonline.com/users/KhaledMamdouh/posts/77882

2 – عبد الكريم بن صالح العبود، مرجع سابق، ص 87.

3 - Morad (Shnikat), et consul, Op¸ Cit¸ P57 .

4- أنظر المادة 06 من القانون رقم:04/15، مرجع سابق، ص08.

5- أنظر المادة 08، المرجع نفسه، ص08.

6- أنظر الفقرة الثاني من المادة 02، المرجع نفسه، ص07.

كان شكله ذو ارتباط وثيق بدرجة الإئتمان والثقة المتوفرة بين طرفي العقد الإلكتروني، ولهذا سعت عديد التشريعات الى فرضت شروط معينة على التوقيع الإلكتروني لمنحه حجية الإثبات اللازمة،[1] بخلاف التوقيع العادي المتمثل في توقيع شخص طبيعي على محرر ورقي، سواء أصالة عن نفسه أو عمن يمثله قانونيا، أو وكيلا عنه.

3-خصوصية التوقيع الإلكتروني:

تكمن الخصوصية في التوقيع الإلكتروني، من طبيعة الشخص القائم بالتوقع، فالشخص الحائز على بيانات إنشاء التوقيع فهو يتصرف إما بالأصالة عن نفسه وإما بالبيانات عن الشخص الذي يمثله، ويستخدم التوقيع إلكتروني في معاملة إلكترونية، أو رسالة معلومات أو سجل إلكتروني، ويستخدم في تطوير التوقيع الإلكتروني على، وينتج عن ذلك شهادة فهي تعني رسالة بيانات أو سجلا آخر يؤكدان الارتباط بين الموقع وبيانات انشاء التوقيع. [2]

إضافة إلى اعتماد التوقيع الإلكتروني على مفاتيح خاصة بالتوقيع الإلكتروني، تمثل تعبير يستخدمه الشخص، لإنشاء الوثيقة الإلكترونية، تتألف من محتوى وبنية منطقية وسمات العرض، تسمح بتمثيلها واستغلالها من قبل الشخص عبر نظام إلكتروني،[3] أما الوثيقة الموقعة إلكترونيا هي وثيقة إلكترونية مرفقة أو متصلة منطقيا بتوقيع إلكتروني، والنتيجة المتوخاة من التوقيع الإلكتروني.[4]

فالتوقيع الإلكتروني يُمكن من التعرف على هوية شخص المتعاقد من خلال استعمال وسائل التعريف الشخصية عبر كلمة السر أو الأرقام السرية، وكذا وسائل التشفير كالمفتاح العام والمفتاح الخاص، ووسائل التعريف البيولوجية للمستخدم كبصمات الأصابع المنقولة رقميا أو تناظريا وسمات والصوت أو حدقات العين أو غيرها.[5]

1- بتوجي سامية، مرجع سابق، ص412.

2 - قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية مع دليل الاشتراع 2001مرجع سابق، ص2.

3- أنظر الفقرة الأولى من المادة 02، من المرسوم التنفيذي رقم:16-142 المؤرخ في 2016/05/05، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 28، المؤرخة في 2016/05/08، المحدد لكيفيات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا، ص12.

4- أنظر الفقرة الثانية من المادة 02، من المرسوم التنفيذي رقم:16-142 مرجع سابق، ص12.

5 - رقية جبار، **خصوصية إثبات التعاقد الإلكترونية في التشريع الجزائري**، مجلة الدراسات القانونية، جامعة يحي فارس المدية، الجزائر، المجلد 08، العدد02، 2022 ص 911.

وتأمينا للتوقيع الإلكتروني، فقد حددت دعامة للحفظ، وهي أي وسيلة مادية أيا كان شكلها أو خصائصها المادية، تسمح باستلام وحفظ واسترجاع الوثيقة الموقعة إلكترونيا،[1] والهدف منه اتخاذ كل التدابير التقنية، التي تسمح بتخزين الوثيقة الموقعة إلكترونيا في دعامة للحفظ،[2] وقد أضافت المادة 03، من المرسوم التنفيذي رقم:16-142، المحدد لكيفيات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا، على سبيل الوجوب أن يضمن حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا استرجاع هذه الوثيقة في شكلها الأصلي لاحقا والتحقق من التوقيع الإلكتروني.[3]

ولفرض ائتمان أكثر فرض مجموعة من الإجراءات أو الوسائل التقنية التي يتاح استخدامها عن طريق الرمز أو الأرقام أو الشفرات، بقصد إخراج علامة مميزة لصاحب الرسالة التي نقلت إلكترونيا.[4]

ولما كانت التوقيعات الإلكترونية تمثل وسيلة جيدة للضمان والأصالة، فهي تمكن من التأكد من أصل المعلومات والتحقق من عدم وجود احتيال، بفضل الوسائل المستخدمة في التوقيع كالبطاقة الذكية وبطاقة الذاكرة، وهذا ما يميزها عن التوقيع المكتوب بخط اليد.[5]

ثانيا: حجية التوقيع الإلكتروني:

اعتبر جل التعريفات التي جاء فيها النص على التوقيع الإلكتروني، على وضيفة التوقيع الإلكتروني في تحديد هوية صاحبه وتمكنه من إعطاء حجية قانونية للتوقيع الإلكتروني، ففي التوقيع التقليدي وعند الحضور الجسدي للأشخاص الموقعين مصحوبين بوثائق الهوية الثبوتية، لا يتم اللجوء للإثبات إلا في حالة حصول نزاع بين المتعاقدين حول التصرف القانوني، بخلاف التوقيع الإلكتروني المستخدم للتقنية الرقمية، حيث يكون التوقيع الإلكتروني يمثل الدليل في تحديد هوية الموقع.[6]

وبالرجوع للمادة 1316-4 من القانون المدني الفرنسي، الذي يعتبر بأن التوقيع الإلكتروني "فعل قانوني" يسمح بتحديد هوية الموقع، والذي يعبّر من خلال هذا الفعل عن إرادته وموافقته بشأن محتوى

1 -أنظر الفقرة الثالثة من المادة 02، من المرسوم التنفيذي رقم:16-142 مرجع سابق، ص12.

2 -أنظر الفقرة الرابعة من المادة 02، المرجع نفسه، ص12.

3- أنظر المادة 03، المرجع نفسه، ص13.

4 - عبد الفتح بيومي الحجازي، مرجع سابق، ص 72.

5 - Etienne (Virginie)، Op¸ Cit P18.

6 - منية نشناش، مرجع سابق، ص255

المعلومات المدرجة في الوثيقة، وبالتالي فالتوقيع الإلكتروني يقوم بوظيفتين، وهما تحديد هوية القائم بالتوقيع من جهة، والموافقة على محتوى الفعل القانوني من جهة ثانية. [1]

في حالة التنازع حول الحجية بين الكتابة الإلكترونية والكتابة الورقية، بخلاف المحررات العرفية غير معدة للإثبات، وبظهور الوسائط التقنية التي تختلف في طبيعتها عن الوثائق المكتوبة وتوزيعها في نفس الوقت في قوتها الثبوتية أصبح من الممكن حدوث تنازع فيما بينها، وقد يتعلق الأمر بتمسك كل طرف بوثيقة الاثبات التي بحوزته وكان أحدهما يحوز وثيقة إلكترونية والثاني وثيقة ورقية، فالمشرع الفرنسي في هذه الحالة منح سلطة التقديرية واسعة للقاضي في مسألة ترجيح وسيلة الاثبات المناسبة سواء الإلكترونية أو الورقية.[2]

يعتد بالكتابة الإلكترونية في الإثبات كالكتابة على الورق، وبالتوقيع الإلكتروني بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون محمية وآمنة،[3] وهذا ما نص عيه المشرع الجزائري في المادة 323 مكرر 1 والمادة 327 من القانون المدني،[4] ولقد منح إمكانية الاعتداد بالتوقيع الإلكتروني، وهذا لا يمنع من ضرورة التأكد من هوية الأشخاص الموقعة.

ويقابل المادة 323 مكرر 1 والمادة 327 من القانون المدني الجزائري، المادة 1366 من القانون المدني الفرنسي.[5] على أن الكتابة الإلكتروني لها نفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الكتاب على الورق، على أن يتم تمييز الشخص الذي أصدره بشكل سليم، وأن يتم إعداده وحفظه في ظروف تضمن سلامة محتواه.

ولما كانت الكتابة على الورق، مكافئ للكتابة الإلكترونية، فالورقة الرسمية في حد ذاتها مقيدة بشروط من أجل اعتمادها، تتمثل في، ضرورة صدورها من موظف عام مختص، ويجب أن تنسب الورقة للموظف المختص ويوقعها ويمضيها، ويكون إصدارها من اختصاصه وضمن مهامه والأعمال التي يقوم

1 - Ghaith (Saadi)¸ Op¸ Cit¸ P106.

2 – رقية جبار، مرجع سابق، ص 914.

3_ بلحاج العربي، **مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري**، المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، مرجع سابق، ص111.

4_ أنظر المواد 323 مكرر 1 و327، القانون رقم: 10/05، مرجع سابق.

5 _ Art 1366 : l'écrit électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier, sous reserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité, ordonnance n 2016-131 du 10 février 2016-portant réformé du droit du contrats, du régime général et de la preuve des obligations, jorf n 0035 modifiant le code civil français, journal officiel de la république française, texte 19 sur 133.

بها،[1] وهي تختلف عن الورقة العرفية، والورقة العرفية، المقصود بالأوراق العرفية هي التي تصدر من ذوي الشأن ويثبت بها واقعة قانونية وموقعة من الشخص الذي يحتج بها عليه بإمضائه أو ختمه أو بصمة إصبعه، والأوراق العرفية نوعان، أوراق عرفية معدة للإثبات أي أعدها ذوو الشأن مقدما دليلا على تصرف قانوني معين وأوراق لم تعد مقدمة للإثبات فلم يقصد بتحريرها أن تكون دليلا على تصرف قانوني معين لذا تتفاوت قوة النوعين في الإثبات، فالنوع الأول يعترف له بحجية في الاثبات يعتبر دليلا أما النوع الثاني فليست له حجية.[2]

وعلى غرار الورقة الرسمية فقد قيد المشرع التوقيع الإلكتروني وحت يكون له أثر الصلاحية المكافئ للتوقيع بخط اليد ببعض الشروط ممثلة في:

1-أن يتم على أساس تصديق إلكتروني مؤهل وموصوف ويكون مرتبطا بشهادة تصديق إلكترونية سارية ومعتمدة صادرة عن مزود خدمة الكرتوني معتمد، ويمكن التأكد من صحة التوقيع طبقا للمادة 15 من قانون التوقيع الإلكتروني.

2-أن تكون مرتبطة بشكل فريد بالموقع، بحيث تجعل من التوقيع الإلكتروني يمكن بالفعل من تحديد هوية الموقع، ولا يمكن الخلط مع موقع آخر.

3-أن يكون دقيق في تحديد هوية الموقع ويمكن التعرف على الموقع من خلالها ومنحه شهادة التصديق الإلكتروني الشاملة لجميع تفاصيل الموقع.

4-لا بد من تأمين الأجهزة المستخدمة في إنشاء التوقيع الإلكتروني وجعلها تبعث على الطمأنينة للمستخدم.

5-يتم إنشاؤه باستخدام بيانات إنشاء التوقيع الالكتروني التي يمكن للموقع بدرجة استخدامها تحت سيطرته وحدها، الشخص المتمتع بالأهلية القانونية للتوقيع.

1 – نبيل إبراهيم سعد، **الإثبات في المواد المدنية والتجارية والقضاء**، طبعة 2020، ص65.

2 – محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني**، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، طبعة 2009، ص 66.

6-تمكن من اكتشاف التغيرات اللاحقة للبيانات، وتمكن من تفعيل وضيفة التوقيع وتحديد رضا الموقع سواء كان كتابيا أو إلكترونيا. [1]

رابعا: صور التوقيع الإلكتروني:

التوقيع الإلكتروني قد يأخذ عدة صور، وقد يكون بعدة أشكال وهذا راجع للوسيلة المستخدمة في التوقيع من جهة، وللوسائل المتاحة وما توفره من أمكانية استخدامها في التوقيع.

1_التوقيع الرقمي La Signature Numérique.

ويسمى أيضا التوقيع الممسوح ضوئيا أو التوقيع الرقمي، وعلى عكس التوقيع الإلكتروني يضمن الأمان للرسالة من خلال ضمان النزاهة وتحديد الهوية، بينما يضمن التوقيع الالكتروني أمنها القانوني، والتوقيع الإلكتروني معادل للتوقيع بخط اليد، بينما الوقيع الممسوح ضوئيا وهو التوقيع الرقمي فيمكن تنحية أثاره ومن الصعب اعتماده من قبل مزود الخدمة معتمد، فيمكن تخزينه في ذاكرة الكمبيوتر ويمكن نسخه وطباعته في ملف آخر، ومن ناحية أخرى فالتوقيع الممسوح ضوئيا لا يضمن الارتباط بين التوقيع والموقع[2].

فالتوقيع الرقمي يعتمد على توقيع مشفر، يحدده الشخص الذي قام به مع ذكر كل المعلومات الشخصية، فهو يمثل رقم سري أو رمز ينشئه صاحبه باستخدام برنامج حاسب يسمى الترميز الذي يقوم على تحويل الرسالة الى صيغ غير مفهومة، ثم إعادة صياغتها الى طبيعتها الأصلية، ويحدد الوقت الذي قام فيه بالتوقيع ومدة صلاحيته[3]

2_التوقيع البيومتري Signature Biométriques.

تتم عملية التوقيع البيومتري في ثلاث خطوات بسيطة، تتمثل الخطوة الأولى، في تحقق الموقع من المعلومات، ثم تقوم جهة الإصدار باستكمال البيانات الشخصية للعميل وإعطاء الوثيقة الإلكترونية للموقع على جهاز لوحي، حتى يتمكن من قراءة محتوياتها ثم الخطوة الثانية التوقيع على الوثيقة إذا وافق الموقع، إذ يجب عليه التوقيع على الجهاز الذي المستخدم، كما لو كان يوقع على قطعة من الورق، ثم

1 - El Mossouess (Attou), Azrou (Mohamed Rida) "**Electronic commercial transactions evidence in the Algerian legislation ",** Revue Académique de la Recherche Juridique, RARJ, Vol. 12, n° 01 (spécial), 2021، p733.

2 - Etienne (Virginie)، Op¸ Cit¸ P 22.

3 – رقية جبار، مرجع سابق، ص 916.

الخطوة الثالثة، يتم أرشفة الوثائق ويتلقى الموقع نسخة إلكترونية من المستند الموقع ويتم وضع الملف رقميًا في حافظة إدارة المستندات الخاصة بالشركة.[1]

3_التوقيع بالقلم الإلكتروني Pen Op:

حيث يتم التوقيع باستخدام قلم إلكتروني يمكن لهذا الأخير الكتابة على شاشة الكمبيوتر عن طريق برنامج معد خصيصا لهذا الأمر، حيث يقوم هذا القلم بإلتقاط التوقيع والتحقق من صحته [2]

4_التوقيع باستخدام بطاقة الإئتمان:

عادة ما يتم تطبيق التوقيع الإلكتروني على مجالات مختلفة، بما في ذلك الشيك الإلكتروني، والذي يحتوي على نفس بيانات التحقق الورقي باستثناء أنه يتم عبر الإنترنت ويحتوي على توقيع إلكتروني منسوب إلى مصدره، بمجرد استيفاء البيانات المطلوبة واحتوائها على التوقيع الإلكتروني، فإنها تكتسب نفس تأثير الصلاحية مثل الشيك الورقي.

كما تعتبر بطاقة الائتمان من أقدم المجالات التي استخدمت التوقيع الإلكتروني، في البداية كانت وسيلة دفع لموظفي محطة الوقود والمتاجر الكبرى، ثم تم توسيعها فيما بعد لتشمل البنوك، وهناك أنواع عديدة من بطاقات الائتمان، مثل، بطاقة الصراف الآلي، بطاقة الدفع[3]

5_التوقيع الخطي الإلكتروني:

حيث يتم هذا التوقيع بأخذ نسخة من التوقيع اليدوي عن طريق نسخه بجهاز السكانير وتحويله إلى ملفا معلوماتي في شكل صور رقمية، بحيث يمكن نسخ التوقيع على جهاز الحاسوب أو أداة مغناطيسية حيث يمكن نقل التوقيع من خلالها، بحيث يتم طبع التوقيع في الوثيقة المراد توقيعها كلما دعت الحاجة لذلك.[4]

---

1 - Signature biométrique, signature électronique sur tablette pour les situations en face à face, vérifiez-le un jour 06/02/2024, à l'heure 10:00, disponible a https://www.validatedid.com/fr/signature-biometrique .

2 – عبيزة منيرة، مرجع سابق، ص 193.

3 - El Mossouess (Attou), Azrou (Mohamed Rida) Op, Cit، P735.

4 – حاتم شالبي، التوقيع الإلكتروني من الناحية القانونية، تم الإطلاع علي، يوم: 2024/02/06، متاح على الرابط: https://ae.linkedin.com/pulse/-hatem-shalby

6-التوقيع بالبصمة الالكترونية:

وهي بصمة رقمية يتم اشتقاقها بناء على معدلات خوارزمية تطابق هذه الخوارزميات حسابات رياضية على الرسالة لتوليد بصمة تمثل ملفا كاملا أو رسالة تدعى البيانات الناتجة بالبصمة الالكترونية للرسالة، فالبصمة الالكترونية مكون من بيانات لها طول ثابت وتستطيع هذه البصمة تمييز الرسالة إذ أن التغيير سينتج عنه بصمة مختلفة عن الأصلية اختلافا تاما ومن غير الممكن اشتقاق البصمة الالكترونية ذاتها من رسالتين مختلفتين، وللبصمة الالكترونية عدة أنواع فهي إما أن تكون بصمة بالصوت أو بصمة بالأصابع أو بقزحية العين.[1]

ومما لا شك فيه، فوظيفه التوقيع الإلكتروني في تحديد هوية صاحبه، تمكنه من إعطاء حجية قانونية للتوقيع الإلكتروني، بخلاف التوقيع التقليدي الذي يكون فيه الحضور الجسدي للأشخاص الموقعين مصحوبين بوثائق الهوية الثبوتية، حيث لا يتم اللجوء للإثبات إلا في حالة حصول نزاع بين المتعاقدين حول التصرف القانوني، بخلاف التوقيع الإلكتروني المستخدم للتقنية الرقمية، حيث يكون التوقيع الإلكتروني يمثل الدليل في تحديد هوية الموقع.[2]

ومع ذلك وقصد إعطاء مصداقية أكثر للتوقيع الإلكتروني فقد حددت جل التشريعات التصديق الإلكتروني كألية لمنح الائتمان التوقيعي والموثوقية للتوقيع الرقمي بمختلف صوره، وحتى يعطى للتوقيع الإلكتروني أكثر حجية، فقد أعطى له القانون مكنة تتمثل في التصديق الإلكتروني.

الفرع الثاني: التصديق الإلكتروني.

التصديق الإلكتروني "وسيلة فنية آمنة للتحقيق من صحة التوقيع الإلكتروني أو المحرر الإلكتروني، حيث يتم نسبته إلى شخص أو كيان عبر جهة موثوق بها أو طرف محايد يطلق عليه اسم مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني".[3]

إضافة للتصديق الإلكتروني، فهناك التصديق الإلكتروني الموصوف، هو التوقيع المتوفر على جملة من الشروط، كأن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوف، ويرتبط بالموقع دون سواه،

1 – بان سيف الدين محمود، مرجع سابق، ص 15.

2 – منية نشناش، مراجع سابق، ص255

3 – قلي أحمد، **القوة الثبوتية لشهادات التصديق الإلكتروني**، يوم دراسي، ص 120.

ويمكن من تحديد هوية الموقع، ويكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني، وينشأ بواسطة وسائل تحت التحكم الحصري للموقع، ويكون مرتبط بالبيانات الخاصة به ليكشف عن التغيرات اللاحقة بالبيانات. [1]

والهدف من التصديق الإلكتروني هو زيادة الثقة بين المتعاملين عبر الإنترنت، ولعل من بين الضمانات التي لابد من توافرها من اجل تعزيز أواصر الثقة بين المتعاملين من خلال إيجاد آليات هدفها تحديد هوية الأطراف والتأكد من صحة المعلومات التي صدرت من المتعاملين والتيقن من مضمون العلاقة، ويكون التأكد من المعلومات عن طريق التحقق من كل المعلومات الواردة في كل معاملة، من أجل سلامتها.

كما يهدف التصديق أيضا لمنع التلاعب بين المتعاملين سواء في المعلومات أو في مضمون المحررات الإلكترونية، المعتمد عليها التعاملات الإلكترونية،[2] ولمنح الثقة والأمان وإعطاء السرية، فالتصديق الإلكتروني يرتبط بتقنية التشفير،[3] وبهذا يمنح وسيلة فنية للتحقق من صحة التوقيع أو المحرر الإلكتروني، فالتصديق الإلكتروني يخلق بيئة إلكترونية آمنة للتعامل على الإنترنت.[4]

وقد كلف المشرع الجزائري هيئة ثالثة لتقوم بدور التصديق الإلكتروني، وذلك لضمان الشفافية ومنح الاستقرار المتعلق بالتوقيع الإلكتروني.

أولا: الهيئات المكلفة بالتصديق الإلكتروني.

لقد عبر على الهيئة المكلفة بالتصديق بأنها الطرف الثالث المقدم لخدمات التصديق، او انه شخص يصدر شهادات كما يمكنه تقديم خدمات أخرى لها علاقة بالتوقيع الإلكتروني،[5] وتعتبر الهيئة المكلفة بالتصديق سواء كانت شخص طبيعي او معنوي، فهي الطرف الثالث الذي يمنح التعامل الإلكتروني،

1- أنظر المادة 07 من القانون رقم:04/15، مرجع سابق ، ص08.

2_ بلقنيش حبيب، **إثبات التعاقد عبر الأنترنت (البريد المرئي)** _دراسة مقارنة_ رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، قسم القانون الخاص كلية الحقوق، جامعة وهران السانية، الجزائر، السنة الجامعية 2011/2010، ص 134.

3_ دريس كمال فتحي، **آلية التصديق الإلكتروني كضمانة للتعاملات التجارية بالوسائل الحديثة في التشريع الجزائري**، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الوادي، الجزائر، العدد 24، سنة 2017، ص 163.

4- عبد السلام عبد اللاوي، **مستقبل التجارة الإلكترونية على ضوء تطور الأطر القانونية لآليات التصديق الإلكتروني**، دراسات وأبحاث المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة زيان عشور الجلفة، الجزائر، المجلد12، العدد03، سنة 2020، ص87.

5 – مسعودي يوسف، أرجيلوس رحاب، **مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في التشريع الجزائري**، (دراسة على ضوء أحكام القانون رقم:04/15، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر العدد11، جانفي 2017، ص90.

المصداقية، ويمنح الثقة بين المتعاقدين، هذا ما وافق الفقرة 11 من المادة 02 من القانون رقم:04/15، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.[1]

ومن الهيئات الوطنية للتصديق التي حددها المشرع، (السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني)، وهي عبارة عن سلطة إدارية مستقلة، تتمتع بالشخصية المعنوية ومستقلة ماليا تسجل اعتماداتها المالية من الميزانية الدولة، وهي تابعة للوزير الأول،[2] و(السلطة الحكومية للتصديق الإلكتروني) وهي السلطة تتبع للوزير المكلف بالبريد وتكنولوجيا الإعلام والاتصال وهي تتمتع بالاستقلال المالي والشخصية المعنوية،[3] (السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني) هذه السلطة تعين من طرف السلطة المكلفة بضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية سلطة اقتصادية للتصديق الإلكتروني،[4] ولعل من أهم التزامات هدفها الحفاض على تأمين المعلومات و لكونها التزامات أخلاقية، والتزامات حماية المعلومات، حماية المعلومات لطالبي شهادة التصديق الإلكتروني، الى منح الثقة للمتعاملين الإلكترونيين.[5]

وقد فرض المشرع الجزائري على مؤدي خدمة التصديق الالكتروني عدم التمييز في إطار تحديد تعريفة الخدمات الممنوحة، وإذا كانت التعريفات مرتبطة بشرط الاشتراك أو بعرض معين فلا بد من أن تكون هذه العروض أو الشروط منشورة مع التعريفات، وكذا التخفيضات دون التمييز بين الزبائن.[6]

كما حدد المشرع الجزائري بأنه لابد من ضمان الشفافية من طرف مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، وعليه لا بد من عرض على الموقع الإلكتروني على الإنترنت، بيان مفصل لتعريفات خدمات التصديق الإلكتروني، زيادة على إمكانية نشر البيان بكل طرق النشر المتاحة، مع إلزامية مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بإعلام زبائنه بالتعريفات والشروط المرتبطة بها.[7]

1_ أنظر الفقرة 12 من المادة 02، من القانون رقم: 04/15، مرجع سابق.

2_ أنظر المادة 16، من القانون رقم:04/15، مرجع سابق.

3_ أنظر المادة 26، المرجع نفسه.

4_ أنظر المادة 29، المرجع نفسه.

5_ فوغالي بسمة، **إثبات العقد الإلكتروني وحجيته في ظل عالم الإنترنت**، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين سطيف 02، السنة الجامعية 2015/2014، ص82.

6- أنظر المادة 02، من المرسوم التنفيذي رقم:110/22، المؤرخ في: 2022/03/14، يضبط مبادئ تحديد تعريف خدمات التصديق الإلكترونيين، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد19، المؤرخة في: 2022/03/19، ص10.

7- أنظر المادة 03، المرجع نفسه، ص10.

ثانيا: إجراءات التصديق الإلكتروني.

تمر إجراءات التصديق الإلكتروني من أجل الحصول على شهادة التصديق الإلكتروني بعدة مراحل:

1-المرحلة الأولى: تقديم طلب للحصول على شهادة الى جهة التصديق الى وكلائها، عندها يطلب من مقدم الطلب تقديم الأدلة على قدرته من إبرام التصرفات القانونية في حال حصوله على الشهادة.

2_المرحلة الثانية: التحقق من المعلومات المتعلقة بالشهادة، ويقوم بهذه المرحلة سلطة التصديق المقدم لها الطلب.

3_المرحلة الثالثة: إصدار المفتاح العام والخاص، حيث يقوم بهذه المرحلة السلطة صاحبة التصديق أو الهيئة المقدم لها الطلب والتي تملك صلاحية التصديق.

4_المرحلةالرابعة: طلب الشهادة إما بكتاب خطي او عبر الإنترنت.[1]

لقد راعى المشرع الجزائري، في عملية إجراءات التصديق الإلكتروني ضرورة التأكد من المعلومات والتحقق من البيانات المتداولة عند إبرام التصرفات القانونية، بموجب شهادة التصديق الإلكتروني.

ثالثا: شهادة التصديق الإلكتروني.

ينتج عن التصديق الإلكتروني شهادة، تسمى: "شهادة التصديق الإلكتروني"، وهي عبارة عن وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقيق من التوقيع الالكتروني والموقع،[2] كما تبين شهادة التصديق الإلكتروني مدى صحة البيانات الموقع عليها ومن كونها صادرة عن الموقع ولم يطرأ عليها أي تعديل.

فشهادة التصديق الإلكتروني بمثابة بطاقة هوية إلكترونية بالنسبة للموقع،[3] وهي كل وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين التحقيق من التوقيع الإلكتروني والموقع.[4]

1_ آمال بوبكر، **التصديق الإلكتروني في النظام القانوني الجزائري**، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلاني بونعامة خميس مليانة، العدد3 سبتمبر 2018، ص221.

2- أنظر الفقرة السابعة من المادة 02 من القانون رقم 04/15، مرجع سابق، ص07.

3 - بلقنيشي حبيب، مرجع سابق، ص 63.

4_ أنظر الفقرة 07 من المادة 02، من القانون رقم: 04/15، مرجع سابق.

وهي تتضمن معلومات لا بد منها، كالإشارة الواضحة أن شهادة التصديق صادرة بصفة موصوفة، وبيان يوضح الجهة مصدرة الشهادة، وهوية الموقع، إضافة الى بيان يتضمن تحقيق التوقيع الإلكتروني، مع ضرورة بيان مدة صلاحية الشهادة ورمز تعريفي لها، وضرورة ذكر حدود استعمال شهادة التصديق الإلكتروني.[1]

رابعا: أنواع شهادات التصديق:

يوجد عدد من الشهادات يمثل كل منها شاهدة التصديق ومنها:

1_**شهادة الإمضاء الإلكتروني:** فهي تربط هوية شخص بمفتاح عمومي، كما تستخدم لإمضاء الرسائل الإلكترونية والمصادقة ضمن مناخ مؤمن مثل استخدام الخدمات البنكية عن بعد.

2_شهادة موزع ويب: تلم بين معلومات موزع ويب والمفتاح العمومي، وتستعمل بين الموزع وعملائه مثل عمليات الشراء أو الدفع الآليين.

3_شهادة شبكة افتراضية خاصة: تربط المعلومات المتعلقة ببعضها على الشبكة المعنية بالمفتاح العمومي، وتستعمل هذه الشهادة لضمان سلامة المبادلات بين منظمة وفروعها. مثل الجدار الناري.

4_شهادة إمضاء الرمز: تضمن تعريف التوقيع على النص البرمجي بإمضاء صاحبه وحمايته ضد مخاطر القرصنة.[2]

خامسا: دور التصديق الإلكتروني في منح الحجية اللازمة.

تتجلى حجية التصديق الإلكتروني من خلال حجية شهادة التصديق الصادرة في القالب الإلكتروني، وتأخذ حكم الوثيقة الإلكترونية، وعليه فالقيمة القانونية للمستند الإلكتروني من حيث الحجية في الإثبات تقع على مدى الاعتراف بالمستندات والمحررات الإلكترونية وتأخذ حكمها في الحجية.[3]

وقد أقر المشرع الجزائري بالمسؤولية الكاملة لصاحب، عن الأضرار التي يتسبب فيها سواء لمقدمي خدمات التصديق أو الغير الذي تعامل معه، خاصة إذا كان هناك شك في سرية البيانات أو كانت غير

1- مسعودي يوسف، أرجيلوس رحاب، مرجع سابق، ص93.

2- المرجع نفسه، ص92.

3 - الزهرة بره، جميلة حميدة، **شهادة التصديق الإلكتروني كآلية لتعزيز الثقة في المعاملات الإلكترونية**، مجلة العلوم القانونية والساسية، جامعة لونيسي علي البليدة2 الجزائر المجلد رقم10، أفريل 2019، ص900.

مطابقة للمعلومات المتضمنة شهادة التصديق، كما لا يمكن استعمال الشهادة في حال انتهاء صلاحيتها، أو لأغراض غير التي منحت من أجلها.[1]

لقد اقر المشرع الجزائري التصديق الإلكتروني كإجراء وقائي هدفه منح الثقة ما بين المتعاملين عبر الإنترنت وفي ذات السياق يعتبر دفع لوتيرة التطور في المجال التكنلوجي وتفادي لبعض المشاكل التي قد يقع فيها كل من يتعامل عبر الإنترنت، ويعزز من التعامل الاقتصادي، ودخول مجال المعلوماتية.

وبما أن التعامل باستخدام البيئة الرقمية، فرضته ضرورة حتمية، ولعل استخدام الوثائق والمحررات الإلكترونية في المعاملات يعتمد على التوقيع الإلكتروني، وعلى الرغم من أن التوقيع الإلكتروني يمكن له أن يقوم مقام التوقيع التقليدي، إلا أن التوقيع بخط اليد في حد ذاته يحتاج لتصديقه في غالب الأحيان، وذلك بغرض التأكد من صحته، ومعنى هذا فالتوقيع الإلكتروني وحده لابد له من تصديق إلكتروني لتعزيز الثقة ما بين المتعاملين.

1- صليحة مرباح، **دور التصديق الإلكتروني في إثبات المعاملات الإلكترونية وحفظها**، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي، الجزائر، المجلد07، العدد01، سنة 2021، ص 885.

خلاصة الباب الأول:

إن العقود المبرمة بالوسائل الرقمية الإلكترونية، المستخدمة للتكنولوجيا الحديثة، تسمى بعدة مسميات وهي متقاربة الى حد ما، ورغم ما يثار حولها في كونها عقود مكتملة لوحدها أم أنها عقود إلكترونية في ثوب جديد، إلا أن الرابط بينها هو التعاقد عن بعد، فمنها ما يتم إبرام العقد عن بعد ثم يتمم التنفيذ المادي، وهذا راجع لخصوصية محل العقد، ومنها ما يبرم وينفذ عن بعد، وهي لا تزال في تطور مستمر، وقد نقف على عقود أخرى غير معروفة اليوم ما دام التطور التكنولوجي لم يتوقف من جهة، وغزوه للمجال القانوني من جهة أخرى أمر حتمي، وتقبل المجتمع لهذه المنتجات الرقمية التي أصبحت وكأنها ضروري في الحياة، فاحتمال ظهور طرق أخرى للتعاقد عن بعد أمر وارد جدا.

ولما كانت العقود المبرمة عن بعد، يتم إبرامها وتوقيعها بواسطة الأطراف دون الحاجة إلى وجودهم في مكان واحد، وذلك باستخدام وسائل الاتصال عن بعد مثل الهاتف أو البريد الإلكتروني أو الفاكس أو البرامج الحاسوبية المخصصة للتوقيع الإلكترونين.

فمن أجل ذلك نجد بأن الجوانب الإيجابية للعقود المبرمة عن بُعد توفيرها للوقت والجهد في الاتصال والتوقيع، وتسهيلها للتعامل الدولي والعابر للحدود، وتقليل التكاليف المرتبطة بالسفر والاجتماعات الشخصية، ومع ذلك، يجب أن يتم التعامل معها بتبصرة وتوخي الحذر وأخذ الحطة لضمان الامتثال للقوانين والحفاض على حقوق ومصالح الأطراف المعنية.

وقد توجد بعض القيود على العقود المبرمة عن بعد في بعض القطاعات أو في حالات معينة، قد تتطلب بعض القوانين واللوائح توقيع العقود بشكل يدوي أو تواجد الأطراف في نفس الموقع الجغرافي، لذلك، يجب على المتعاقدين، الاطلاع على القوانين المحلية واللوائح ذات الصلة قبل توقيع أو إبرام العقود عن بُعد.

العقود المبرمة عن بعد هي عقود يتم إجراءاتها وتوقيعها عبر وسائل الاتصال عن بُعد، المعتمدة على الإنترنت في الغالب، وهنا يثار إشكال تنفيذ هذه العقود وما يرتبه من أثار، وهو ما سنتناوله في الباب الثاني.

الباب الثاني:

خصوصية تنفيذ العقود

المبرمة عن بعد

الباب الثاني: خصوصية تنفيذ العقود المبرمة عن بعد

يستخدم التوقيع الإلكتروني كوسيلة لتأكيد الموافقة وتوقيع العقد عن بعد، ويتضمن كذلك استخدام تقنيات التشفير لضمان سلامة وتأمين المعلومات، لا سيما عند ما يتعلق الآمر بالإرسال والتبادل الإلكتروني للمستندات، يتم تبادل المستندات والوثائق المتعلقة بالعقد عن طريق البريد الإلكتروني أو منصات التعاون عبر الإنترنت، حيث يتم توفير الوثائق الضرورية للأطراف المعنية للتعرف على التفاصيل والالتزامات الواردة في العقد.

وتستخدم الوسائل التقنية كذلك في عملية الدفع الإلكتروني الموفرة لهاته الخدمة عن طريق عمليات تحويل الأموال، مثل التحويلات المصرفية عبر الإنترنت أو استخدام خدمات الدفع الإلكتروني.

ويستمر العمل بالتقنيات الرقمية باستخدام التكنولوجيا لمتابعة تنفيذ العقد، ومراقبة الأداء وتحقيق الالتزامات التعاقدية.

ولا يتوقف الأمر عند هذا الحد، بل يتعداه لما يرتبه التعاقد عن بعد من آثار قانونية، فيثار الإشكال عن تحمل المسؤولية، وما قد ينشأ من نزاعات جراء عدم التنفيذ، أو التنفيذ على غير الوجه المتفق عليه عند تكوين العقد، وهذا ما سنناقشه في هذا الباب حيث سيتم التطرق لهذا الموضوع تكملة لما جاء في الباب الأول، وذلك من خلال تبادل الالتزامات التعاقدية المتفق عليها في مرحلة تكوين العقد، وما يترتب عليها من استثناءات (الفصل الأول)، ثم نتطرق الى ما قد ينجم من آثار قانونية تتمثل في المسؤولية الناتجة جراء التعاقد عن بعد سواء في المرحلة التعاقدية، أو المرحلة السابقة على التعاقد، وما يثار بشأنها من اختلافات، ثم المنازعات التي قد تنشب بين المتعاقدين خاصة إذا علمنا بدولية العقود المبرمة عن بعد وما يثيره من اشكالات حول المنازعات، (الفصل الثاني).

الفصل الأول: ضوابط تنفيذ العقود المبرمة عن بعد.

الفصل الثاني: الأثار الناتجة عن تنفيذ العقد عن بعد.

الفصل الأول: ضوابط تنفيذ العقود المبرمة عن بعد

إن الخصوصية التي يمتاز بها التعاقد عن بعد، تجعلنا نقف عند تنفيذه، كون هذا العقد لم يلتقي أطرافه عند تكوينه، وما اتصالهما عبر الوسائل التقنية والتكنولوجية، سوى مرحلة لا بد أن تكلل بتبادل محل العقد المبرم بينهم، سواء كان محل التعاقد منتجات مادية، أو غير ذلك كخدمات أو منتجات غير مادية يتم تبادلها من خلال الوسائل الإلكترونية وهذا ما سنتناوله من خلال المبحث الأول، إلا أن عدم تلاقي طرفي العقد لا يقف عن عدم المواجهة الحقيقية بين المتعاقدين فقط بل تجعل المتعاقد على خطوة من الاطلاع الحقيقي لمحل العقد فهو لم يعاين محل العقد عن قرب، ولم يتبين له مدى صلاحيته لما أعد له فتجعل المتعاقد قد يقبل على أتخاذ إجراء حوله القانون القيام به، يتمثل هذا الإجراء في العدول عن التعاقد، المبحث الثاني.

تتمة لإبرام العقد، وحتى يتمكن كل طرف من المتعاقدين من أداء التزاماته، لابد من أن يرتب العقد أثاره بمجرد انعقاده، ومن بين هاته الأثار التسليم والاستلام بين المتعاقدين سواء بالإرسال عن طريق البريد أو إحدى المؤسسات المعتمدة في التوصيل أو عن طريق شبكة الإنترنت إذا كان المنتوج يقبل ذلك، ويقع على البائع أو مقدم الخدمة مسؤولية ضمان المنتج ولو لم يشترط في العقد، ويلتزم أيضا بضمان العيوب الخفية والظاهرة التي لم يرها المشتري.

المبحث الأول: الالتزامات المتبادلة بين طرفي العلاقة التعاقدية ذات طبيعة خاصة.

المبحث الثاني: العدول كاستثناء وارد على تنفيذ العقد.

المبحث الأول:

الالتزامات المتبادلة بين طرفي العلاقة التعاقدية ذات طبيعة خاصة

تنقسم العقود المبرمة عن بعد من حيث كيفية تنفيذها إلى نوعين، منها ما يبرم عبر الأنترنيت وينفذ خارجها، حيث يشمل هذا النوع العقود التي يكون محلها الأشياء المادية التي يقتضي تسليمها في بيئة مادية، والنوع الآخر من هذه العقود ما يبرم وينفذ عبر شبكات الاتصال ذاتها، حيث يشمل العقود التي يكون محلها الأشياء غير المادية وتقديم الخدمات، ومنها عقود الاشتراك في الأنترنيت وعقود الاشتراك في بنوك المعلومات وعقود الإعلانات وغيرها، ولما كان العقد مبرم عن بعد، والهدف من التعاقد هو الاستلام الحقيقي لمحل العقد، هو ما يعرف بالوفاء بتسليم محل الالتزام (المطلب الأول)، وغالبا ما يتم دفع مقابل السلعة أو الخدمة عبر هذه الشبكات أو غيرها، لذلك يختلف الأمر عند الحديث عن التنفيذ عبر الإنترنت، عنه في الواقع المادي وأداء الخدمة، وفاء المدين بالدفع، (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الوفاء بتسليم محل الالتزام

في الأصل فإنه يتم التسليم طبقا للقواعد العامة، حيث تنص المادة 364 من القانون المدني الجزائري،[1] على أنه يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري على الحالة التي كان عليها وقت البيع، وحسب هذه المادة فإن موضوع التسليم هو الشيء المبيع، والذي قد يكون سلعة ذات كيان مادي محسوس كالمعدات والأجهزة الكهربائية أو الإلكترونية أو الكتب، وأي شيء مادي يلزم انتقاله من مكانه إلى المكان المتواجد فيه المستلم، وهو المشتري أو المستهلك، وقد تكون أشياء ذات كيانات معنوية أو اعتبارية ليس لها وجود مادي ملموس، مثل برامج الكمبيوتر وقواعد البيانات أو القطع الموسيقية أو الفيديوهات التعليمية وغيرها، فيمكن في هذه الحالة أن يكون التسليم بالوسائل الإلكترونية، بحيث يمكن نقل هذه البيانات أو المعلومات إلكترونيا إلى المتعاقد بدون اللجوء إلى الطرق التقليدية في التسليم.

إن إلزام البائع بتسليم المبيع وذلك بوضعه تحت سلطة المشتري الفعلية، لذا فهو يتحمل كافة المصاريف التي يقتضيها تمام هذه العملية، أما مصاريف التسليم فيتحملها المشتري، ومصاريف التسليم تشمل بالعموم، نفقات نقل المبيع إلى مكان التسليم إذا كان وقت البيع موجودا في مكان آخر.[2]

1 – أنظر المادة 364، من الأمر رقم:58/75، مرجع سابق، ص 1011.

2 – أنور سلطان، **العقود المسماة شرح عقد البيع وعقد المقايضة**، دار النهضة العربية، بيروت، 1980، ص 172

إن الوفاء بتسليم المنتج أو تقديم الخدمة، أهم مرحلة في العقود المبرمة عن بعد، لأن هذه المرحلة تبرز خصوصية التعاقد عن بعد، حيث تأتي المرحلة، بعد عدة مراحل سابقة بين المتعاقدين، بحيث كل منهما يجهل حقيقة الآخر، ومع ذلك جمع بينهما التعامل العقدي، ثم جاءت مرحلة التسليم، وهي المرحلة التي يلتقي فيها محل الالتزام بالمتعاقد من خلال استلامه، وبذلك يتجلى الاتمان العقدي بين المتعاملين، ولأن هذا المحل مختلف بين ما هو مادي، يتوجب انتقال الشيء موضوع العقد بذاته، فالأمر يختلف إذا كان موضوع العقد شيء معنوي.

الفرع الأول: تسليم الأشياء المادية في التعاقد عن بعد:

التسليم في العقود المبرمة عن بعد، هو تمكين المتعاقد من المنتج، ففي حالة كان المنتوج شيئا ماديا أو منتوجا له واقع مادي ملموس فمن غير المعقول تسليمه عن طريق الإنترنت مباشرة، وهذا لا يمكن اصلا، لذلك يتم التسليم وفقا للقواعد العامة ويكون في الواقع أي ماديا خارج المواقع الإلكترونية، فالتسليم هو تمكين المشتري من المبيع واقعيا فيستطيع حيازته دون عائق.[1]

ولما كان التسليم له أهمية كبيرة فهو يحتاج لدليل يتم التأكد من خلاله، بأن العملية التسليم تمت بنجاح، فالدليل على ذلك هو تقديم الفاتورة، ولقد اعتبر التشريع بأن عدم تسليم الفاتورة للمستهلك، يعتبر خطأ في عقود التجارة الإلكترونية، حيث يتوجب أن تتوفر الفاتورة المقدمة من طرف موفر الخدمة والتاجر بعد إبرام العقد تبين تكاليف الشراء للمنتج المبيع وإجمالي السعر مشتملا لكل الرسوم والضرائب وكذا المبالغ الإضافية المتعلقة بالتسليم وزمانه ومكانه.[2]

ومن أمثلة إلزامية تقديم الفاتورة لدى المشرع الجزائري، ما يتعلق بتقديم خدمات ما بعد البيع المتعلقة بالمستهلك، فقد حدد المشرع الجزائري ضرورة تمكين المستهلك من المنتج طبقا للمعلومات المقدمة له في العرض وخدمة ما بعد البيع، بموجب المرسوم التنفيذي رقم:244/21، المحدد لشروط وكيفيات تقديم خدمة ما بعد بيع السلع، بأنه على البائع أن يضع تحت تصرف المستهلك كل المعلومات اللازمة، وخاصة منها المعلومات المتعلقة بهوية مقدم خدمة ما بعد البيع، وبتوفر قطع الغيار.[3]

1- سقلاب فريدة، مرجع سابق ص571.

2 - حمد محمد عبد الله آل قريشه، **الأحكام الإجرائية والموضوعية للتجارة الالكترونية في الأنظمة السعودية ولوائحها التنفيذية**، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، كلية الشريعة والقانون، بدمنهور، جامعة الأزهر، مصر، العدد 41، أفريل 2023، ص 1831.

3- أنظر المادة 05، من المرسوم التنفيذي رقم:244/21، المؤرخ في: 2021/05/31، المحدد لشروط وكيفيات تقديم خدمات ما بعد بيع السلع، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد45، المؤرخة في: 2021/06/09، ص14.

فالمتعارف عليه، هو أن الأشياء المادية، يتم تسليمها بوضع المبيع تحت تصرف المشتري، بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، ولو لم يتسلمه ماديا مادام البائع قد أخبره بانه مستعد لتسليمه، بذلك ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع، وهو ما جاء في المادة 367 من القانون المدني الجزائري.[1]

وفي بعض الحالات يتم التسليم بمجرد تراضي الطرفين على البيع، إذا كان المبيع موجودا تحت يد المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر لا علاقة له بالملكية، وهو ما يوافق المادة 367/2 القانون المدني الجزائري.[2]

غير أنه لا يتم التسليم في الحالة التي يجب فيها تصدير البيع، الا إذا وصل محل الالتزام للمشتري ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك، تطبيقا لما رود في المادة 368 من القانون المدني الجزائري.[3]

ويرتب العقد أثاره بمجرد انعقاده، ومن بين هاته الآثار التسليم والاستلام بين المتعاقدين، سواء تم ذلك بالإرسال عن طريق البريد أو إحدى المؤسسات المعتمدة في التوصيل أو عن طريق شبكة الإنترنت إذا كان المنتوج يقبل ذلك، ويقع على البائع أو مقدم الخدمة مسؤولية ضمان المنتج ولو لم يشترط في العقد، ويلتزم أيضا بضمان العيوب الخفية والظاهرة التي لم يرها المشتري، أو التي لا يمكن للمشتري اكتشافها.[4]

ولعل ما يميز التنفيذ المادي في العقود المبرمة عن بعد، هو أنه لا يتم تسليم المنتج المطلوب على الفور، إلا في حالات خاصة بالتنفيذ الفوري، مثال ذلك إذا تعلق محل الالتزام بالتسليم عن طريق التنزيل، إذا كان العقد يتعلق بمنتج غير مادي، يجب إرسالها، بشكل عام في عبوة أو ظروف بريدي، عبر وسيلة النقل المعتادة عن طريق البر، أو القطار، أو الطائرة، أو القارب، وما إلى ذلك، إلى عنوان يحدده المستهلك، في دول الاتحاد الأوروبي، هناك عدة أحكام تحمي الأخيرة من تقلبات الأداء المؤجل.[5]

إن تمكين المشتري من المبيع ليس بالضرورة تنقل البائع لمقر المشتري، ففي العقود المبرمة عن بعد خاصة في ظل انتشارها الأوبئة، مثال دلك ما حدث في ظل جائحة كورونا 19Covid، ظهر ما

1 – أنظر الفقرة الأولى، من المادة 367، من الأمر رقم:58/75، مرجع سابق، ص 1011.

2 – أنظر الفقرة الثانية، من المادة 367، المرجع نفسه، ص 1011.

3 – أنظر المادة 368، من الأمر رقم:58/75، مرجع سابق، ص 1011.

4– عبد الباسط عبد الصمد الشاوي، مرجع سابق، ص21.

5 - Montero (Etienne), Op, Cit, P304.

يعرف بخدمات التوصيل، التي تقوم بتوصيل المنتجات بين المتعاملين، دون عناء التنقل لطرفي العلاقة التعاقدية، ويكون هذا الأمر بعد الاتفاق على كل التفاصيل حول العقد بين المتعاملين.

وما نلاحظه مؤخرا هو اعتماد خدمات التوصيل بين المتعاقدين، واستفحال هذه الظاهرة، بل وتبنى الفكرة شركات ومؤسسات أو حتى أفراد، أصبحت تشرف أو تقوم بهذه المهام وتقوم بنقل السلع أو البضائع من المورد أو المصنع أو المتجر إلى العملاء، أو الشركات المستوردة، ويمكن أن تتضمن هذه الخدمات نقل البضائع بين الشركات التصنيعية والتجارية، وكذلك بين الشركات والمستهلكين، فقد أخذت على عاتقها مهام التسليم، فهي بهذا تقوم بجزء من العقد المبرم عن بعد، مقابل الحصول على عمولة جراء القيام بهذا العمل، وبهذا قد تزداد تكاليف التعاقد عن بعد.

كما تعتمد خدمات التوصيل بين المتعاملين باستخدام مختلف وسائل النقل، مثل الدراجات النارية والسيارات، وغيرها وربما يصل الأمر إلى السفن والطائرات لأن نقل البضائع قد يكون بين متعاقدين يفصل بينهم مسافات كبيرة وتضاريس مختلفة، كالبحار، وينتمون لدول مختلفة، ومع ذلك فهم يقومون بالخدمات القائمة على التوصيل، نظير عمولة، يكون في الغالب قد تم الاتفاق عليها من طرف المتعاقدين.

يمكن أن تكون خدمات التوصيل بين المتعاملين ذات أهمية كبيرة في سلاسة سلسلة التوريد للشركات، حيث تساهم في تقليل التكاليف وتحسين الخدمة للعملاء من خلال ضمان وصول البضائع في الوقت المحدد وبالحالة التي تم استلامها في البداية.

ولا يفوتنا الإشارة بأن تمام التسليم فيما إذا تعلق الأمر بالعقارات، يكون باحترام قاعدة الرسمية، ومرورها بإجراءات الكتابة والتسجيل والإشهار،[1] وفي ذات السياق تجدر الإشارة بأن المشرع الجزائري، منع مثل هذه الصرفات، مجال التعامل عبر الإنترنت، بل ومنع كل سلعة أو خدمة تستوجب إعداد عقد رسمي.[2]

1 _ مجيد خلفوني، **العقار في القانون الجزائري**، دار الخلدونية، القبة القديمة الجزائر، طبعة 2012، ص 118.

2 – أنظر المادة 03 من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص05.

وبالرجوع للمادة 793 من القانون المدني الجزائري، نجد بأن الحقوق العينية العقارية لا تنتقل بين المتعاقدين إلا إذا أخذ بعين الاعتبار إجراءات الشهر العقاري،[1] وكل تصرف لم يراعى فيه إجراءات الشهر العقاري حكمه حكم العدم.[2]

ومن جانبنا فإننا نعتقد بانه آن الأوان للمشرع الجزائري أن يجاري التطورات الحاصلة في المجال التكنولوجي، وإدخال موضوع الرقمنة في المجال العقاري، بل وتطبيقها لتسريع عمليات الإشهار العقاري، وهذا ما يعني بأنه لابد من تعديل المنظومة التشريعية المتعلقة بالعقار في الجزائر وإقحام الرقمنة في هذا المجال الحساس.

ولتوضيح الفكرة أكثر، فإن منع المشرع تطبيق التعاقد عن بعد عندما يتعلق الأمر بالحقوق العقارية، فهذا الأمر مقتصر على الجانب التطبيقي فقط، لأن ما نشاهده اليوم من إعلانات وإشهارات في المجال العقاري لا حصر له، حيث أصبحت العديد من الصفحات متخصصة في المجال العقاري، عبر الويب وصفحات الفاسبوك وفيديوهات "الريلز" التي يستخدم فيها الإعلانات الإشهارية بكثرة، وغيرها من التطبيقات، التي يسهل الوصول إليها، وقد تظهر للمتصفح لهذه الصفحات دون متابعتها، فيكفي أن تشاهد فيديو واحدا فقط ولو لمرة واحدة، فتبدأ بالظهور متتالية، أو يتابعها صديق لك، فتظهر لك كاقتراح بمتابعتها، بل اصبح هناك من يمتهن هذه الفكرة، حيث يقوم بالإعلان والترويج لمن يريد بيع إ إيجار عقاره، ويسمون أنفسهم بصناع المحتوى، خاصة لمن لهم قاعدة جماهيرية كبيرة من المتابعين، وفي هذا الصدد، لا يسعنا إلا دعوة المشرع إلى تأطير هذه العملية، وإخضاعها للإطار القانوني وتنظيمها تشريعيا.

الفرع الثاني: تسليم الأشياء المعنوية في التعاقد عن بعد:

إن التطور التكنولوجي أحدث طرق جديدة لتسليم محل الالتزام، فلم يعد الأمر يعتمد على التسليم المادي للمنتجات، وهذا راجع لوجود منتجات تعتمد على تقنيات التكنولوجيا، ومنتجات ناجمة عن الرقمنة، فهناك العديد من الخدمات التي تقدم على شبكة الإنترنيت، دون الحاجة التي التسليم المادي.

كما تشمل خدمات مجتمع المعلومات نطاقًا واسعًا من الأنشطة الاقتصادية التي يمكن أن تتم عبر الإنترنت، ويمكن أن تتكون هذه الأنشطة، على وجه الخصوص، على بيع البضائع عبر الإنترنت، وقد

1 _ مجيد خلفوني، مرجع سابق، ص 84.

2 – أنظر المادة 16، من الأمر رقم: 74/75 المؤرخ في: 1975/11/12، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد92، المؤرخة في 1975/11/18، ص 1207.

تتم تغطية الأنشطة كالإعلانات عبر الإنترنت، ثم يتمم بقية الإجراءات خارج الإنترنت، مثل تسليم البضائع في حد ذاتها أو تقديم الخدمات خارج الإنترنت، ولا تقتصر خدمات مجتمع المعلومات على الخدمات التي تؤدي إلى التعاقد عبر الإنترنت فحسب، بل تمتد أيضًا، إلى الخدمات التي لا يحصل عليها أولئك الذين يتلقونها، مثل أولئك الذين يقدمون معلومات عبر الإنترنت، أو الاتصالات التجارية، أو تلك التي توفر الأدوات التي تسمح بالوصول إلى البحث واسترجاع البيانات، وتشمل خدمات مجتمع المعلومات أيضًا الخدمات التي تتكون من نقل المعلومات عبر شبكة الاتصالات.[1]

أولا: التسليم في المجال الرقمي:

تسليم المبيع الرقمي عبر شبكة الإنترنت، يشمل تسليم التطبيقات التكنولوجية الحديثة، في بيئة لا مادية حيث يتم فيها بيع المنتجات غير الملموسة المنحصر وجودها بشكل رقمي على الانترنت، حيث يكون الإبرام والتنفيذ بشكل إلكتروني رقمي.[2]

والتسليم الرقمي يعني انه يمكن تنفيذ العقد دون الوجود المادي، وهذا يقتصر على بعض المنتجات فيمكن التسليم والاستلام عبر شبكة الإنترنت مباشرة ويتعلق الأمر بالبرامج والتسجيلات الصوتية.[3]

تُمكن العقود الإلكترونية من التنفيذ بتسليم الشيء أو تقديم الخدمة عبر شبكة الإنترنت، إذا تعلق الأمر بتقديم معلومات أو برامج، وقد يتم التنفيذ باستلام محل العقد عن طريق البريد، كما تلعب ميزة التفاعلية الأداء الآني والفوري بين الطرفين المتعاقدين كما يظهر جليا دور الوسائل الإلكترونية الحديثة في إبرام العقد.[4]

وقد يكون التسليم الرقمي عبر التطبيقات كالتسليم عبر الويب، وهذا التسليم في الغالب يشمل تسليم محل العقد الذي يكون عبارة عن تطبيقات، حيث تتم عملية التسليم عبر الويب، عن طريق موقع المعلومات الرقمية مباشرة باستعمال برنامج التحميل باستعمال تقنيات تساعد على التحميل كأن يكون في

1 - Directive 2000/31/Ec Of The European Parliament And Of The Council Of 8 June 2000 On Certain Legal Aspects Of Information Society Services Op, Cit, P L 178/3.

2 – عبد الرحمان بليلة، **التسليم في عقد البيع الإلكتروني كآلية قانونية لحماية المستهلك**، مجلة معارف، جامعة البويرة، الجزائر، المجلد 16، العدد 02، سنة 2021، ص 116.

3– ماجد محمد سليمان أبا الخيل، مرجع سابق، ص38.

4 – منصور الصرايرة، **الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الالكتروني**، دراسة في التشريع الأردني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، سوريا، المجلد 25، العدد 02، سنة 2009، سوريا، ص 829.

شكل ملف PDF حيث يقوم على تنسيق المستندات المنقولة، حيث يتمكن المستهلك من حيازة الشيء والانتفاع به بفضل تحميل المشتري للمبيع الرقمي ومشاهدته وقراءته.[1]

ويختلف الأمر بين العقود التقليدية التي كان فيها مكان التسليم وصول الشيء الى موطن المشتري، أي الموطن المكاني المادي، بينما في البيئة الإلكترونية تستخدم العناوين الإلكترونية، التي حلت محل عناوين الأجهزة، محل عناوين المقرات الفعلية، والمؤسسات الافتراضية، محل المؤسسات الفعلية.[2]

ومن الواضح بأن عملية التسليم عبر التكنولوجيا الحديثة، هي السمة الأساسية التي تميز الاقتصاد الرقمي، وبهذا فهي لا تشمل البرامج الإلكترونية والموسيقى والفيديو فقط، بل يمتد ليشمل الكتب والصحف والمجلات الرقمية، بالإضافة إلى الخدمات الرقمية التي يتم تقديمها كحجز تذاكر السفر، والخدمات المصرفية، ولعل ظهور العملة الإلكترونية والخدمات الحكومية، ساهم في انتعاش المجتمعات الرقمية.[3]

إضافة إلى أنه بمقدور البائع توفير السلع والخدمات من خلال المواقع الإلكترونية، يضع المستهلك طلبا عن طريق تنفيذ وإرسال نموذج الطلب المقدم على صفحة الويب، قد يتم تسليم المنتج فعليا في وقت لاحق أو تسليمه إلكترونيا على الفور.[4]

من الواضح بأن العقود التقليدية، تتم عملية التسليم فيها عند وصول السلعة إلى موطن المشتري، ولكن في البيئة الإلكترونية، تطورت العمليات بشكل كبير حيث تستخدم العناوين الإلكترونية بدلاً من العناوين الفعلية، وتحل محل الأجهزة والمقرات الفعلية بالمؤسسات الافتراضية، وهذا جوهر الاختلاف بين العقود المبرمة عن بعد والعقود التقليدية.

وفي ضوء ذلك، فالملاحظ أن عملية التسليم عبر التكنولوجيا الحديثة هي سمة رئيسية للاقتصاد الرقمي، حيث تشمل ليس فقط البرامج الإلكترونية والموسيقى والفيديو، ولكن أيضًا الكتب والصحف والمجلات الرقمية، بالإضافة إلى الخدمات الرقمية مثل حجز تذاكر السفر والخدمات المصرفية، وتقديم الخدمات الحكومية، وبظهور العملات الإلكترونية، فإن المجتمعات الرقمية تشهد انتعاشًا ملحوظًا، يمكن للبائع توفير السلع والخدمات عبر المواقع الإلكترونية، حيث يقوم المستهلك بتقديم طلب من خلال ملء

1 – عبد الرحمان بليلة، مرجع سابق، ص119.

2– سقلاب فريدة، مرجع سابق، ص572.

3 - Hadji (soumya)، **the digital economy in algeria - prospects and challenges**، journal of contemporary business and economic studies، vol.(06) no.(02) (2023), p176.

4 - Manoj Kumar (Sadual), Op Cit، P13

وإرسال نموذج الطلب الموجود على صفحة الويب، ومن ثم يتم تسليم المنتج إما في وقت لاحق أو فوريًا عبر الإنترنت.

وبناء على هذه المعطيات فسبب تطور التنفيذ الرقمي، يرجع لظهور صيغ جديدة من المبيعات التي يتم التعاقد والتنفيذ عن بعد بسبب قبولها للتحويل الرقمي بعد ما كانت كل تعاملاتها مادية فيما مضى، وكمثال على ذلك الأشرطة الفيديو والأفلام والدروس والمجلات الكتب والتي تنتقل مباشرة بمجرد التحميل بالنقر على الزر المخصص للعملية.[1]

إن ما يميز المنتجات الرقمية، هي إمكانية إنتاجها حسب رغبة العملاء، وهي توفر أكثر ربحاً، ويرجع سبب ذلك لأن تكاليفها قليلة.[2]

فمن هذا المنطلق فإنه ونتيجة لقبول العديد من المنتجات للتحويل الرقمي، حيث يتم نقلها مباشرة بمجرد التحميل بالنقر على زر العملية المخصص لذلك، وعملية التحويل هذه لا تقتصر على المنتجات فقط، فإمكانية تعميمها على الخدمات سيكون أقرب.

ثانيا: التسليم في مجال الخدمات:

يكمن الالتزام بتسليم الأشياء المعنوية، غير المادية بطريقة مباشرة دون عائق باستخدام شبكة الإنترنت فيتلقها المتعاقد الآخر فور إرسالها من الطرف الأول فيتمكن كم حيازتها والانتفاع بها دون عائق ولو لم يتسلمه ماديا مادام البائع أعلمه بذلك،[3] ومن ذلك على سبيل المثال تقديم الاستشارات القانونية من قبل المحامين، أو الاشتراك في بنوك المعلومات، ويلاحظ أن هذا الالتزام غالبا ما يكون مستمرا لفترة من الزمن، فعقد الاشتراك مثلا في قواعد المعلومات عبر شبكة الأنترنيت لا يمكن تنفيذه في لحظة واحدة بل يكون تنفيذه متتابع على فترات زمنية مستمرة.

1 – عبد الرحمان بليلة، مرجع سابق، ص 118.

2 - Hadji (Soumya), Op Cit, P176.

3– سقلاب فريدة، مرجع سابق، ص572.

ويمكن الاتفاق بين المتعاقدين، حول نظام أو برنامج استقبال معين من أجل استلام المعلومات إذا اختار المستلم نظاما لمعالجة المعلومات لتسليم المستندات، فإنه يعتبر مستلما عند الدخول إلى النظام، وإذا لم يتم إرسالها إلى النظام المحدد، فلا يمكن اعتباره قد تم استلامه.[1]

إنه وبقدر ما تعددت الأنظمة والبرامج المتاحة، والممكن استخدامها في الاستلام، بقدر ما تمنح إمكانية الاختيار أكثر للمتعاملين، لذلك فإنه يمكن للمتعاقدين الاتفاق على نظام أو برنامج معين لاستقبال المعلومات، حيث يعتبر المستلم استلاماً للمعلومات عندما يقوم بالدخول إلى النظام المحدد المتفق عليه مع المتعاقد الآخر، وفي حال عدم إرسال المعلومات إلى النظام المعين، فلا يمكن اعتباره قد تم استلامه، وفي ذات المنحى لا يمكن أعتبر الطرف الأول قد أرسل المعلومات الضرورية أو المنتج.

ثالثا: التسليم في العقود الذكية:

تبدو مرحلة التنفيذ أسهل في العقود الذكية، حيث تقدم أداة لحل مشكلات الغموض المطروحة في العقود التقليدية أو المشاكل المحتملة في العقود الإلكترونية، ويرجع سبب البساطة في تنفيذ العقود الذكية للمرونة التي يمتاز بها هذا النوع من العقود.[2]

ومن أمثلة استغلال تطبيق العقود الذكية، ما يتعلق ب "البيع على التصاميم في الجزائر" المنظمة بموجب القانون رقم:04/11 المؤرخ في:2011/02/18، المتعلق بالنشاط العقاري، فبالرجوع للمادة 28 منه التي تفيد بأن عقد البيع على التصاميم يتم فيه بيع بناية أو جزء من بناية غير متممة الإنجاز، حيث يقوم المرقي بإتمام الإنجاز بينما يتم دفع مبالغ البيع من طرف المكتتب على شكل أقساط، بالموازاة مع تقدم الشغال، حيث يمكن استخدام العقود الذكية في الجزائر على ما يعرف بعقود البيع على التصاميم، وذلك بعد ربط العقد الذكي بتقنية قوقل الخرائط (google Earth)، الذي من خلاله يقوم بالاطلاع على مدى تقدم الأشغال من الواقع، فهو يقوم بتحقيق واقعي ميداني حقيقي، للوضعية وفق ما هو موجد فعلا، وعند توفير هذه المعلومات يقوم بالتنفيذ بشكل آلي للأموال المستحقة من حساب المكتتب الى حساب المرقي العقاري، طبعا وذلك بعد تزويده بكل معلومات المكتتب خاصة رقم التعريف الوطني، وكل المعلومات الشخصية، بينما لا يقوم بالتنفيذ في حال كانت نسبة الإنجاز لم تصل إلى الحد المتفق عليه عند إبرام العقد، وبالتالي نتفادى العديد من الوثائق التي يستوجب على المرقي العقاري إصدارها من أجل

1 - Al-saadi (jaleel hasan), challabi (hussein abdullah), **electronic contract under iraqi law a study under the iraqi electronic transactions act no. 78 / 2012,** revue académique de la recherche juridique ,2017 ،p36.
2 - Max (Raskin), Op Cit, P326.

تبرير نسبة الإنجاز والتي قد لا توافق الواقع في بعض الأحيان، وقد يتطلب الأمر في بعض الأحيان تعيين خبير، وربما لجان للتحقيق من النسب المصرح بها ومدى حقيقتها.[1]

كما لا يفوتنا الاشارة الى أن العقود الذكية تقدم ضمانات أكثر للأطراف نتيجة استخدام آليات أخرى تضمن من خلالها فعالية لأداء، وهذا راجع للتنفيذ الفوري والآني ناهيك عن الأداء الأكثر ضمانا.[2]

فعلى العموم، فإنه لا يمكننا إنكار ما يمكن أن تُقدمه العقود الذكية كضمانات للأطراف بفضل استخدام آليات تضمن فعالية الأداء، وهذا راجع إلى التنفيذ الفوري والآني، بالإضافة إلى الأداء المضمون، ناهيك عن تفادي العديد من المشكل وبعض الغموض المعتادة في العقود التقليدية.

الفرع الثالث: شروط التسليم في التعاقد عن بعد:

يخضع التسليم لشروط مهمة كونها جزءًا مهمًا من العقد المراد تنفيذه، فعملية التسليم، تجسد الانتقال الفعلي لتنفيذ العقد، وهذا التنفيذ لا بد له من احترام شروط معينة تكون في الغالب تم الاتفاق عليها من طرف المتعاقدين في المراحل السابقة.

لذلك ولأجل هاته اللحظة، يجب على الأطراف المتعاقدة تحديد شروط التسليم بعناية ووضوح في عقودهم، بغية تجنب الخلافات وضمان سلاسة عملية التسليم في العقد.

وعلى هذا الأساس فمرحلة تسليم المنتوج أو تقديم الخدمة، تمثل مرحلة تجسيد لمرحلة الإعلام، ومرحلة المفوضات، وهو ما تم الاتفاق عليه في مجلس العقد، وما تم التوقيع بشأنه في العقد.

1- مطابقة العرض في العقد المبرم عن بعد:

يجب أن يتم الاتفاق عند التسليم على جملة من الشروط التي يشتمل عليها العرض بالضرورة من طرف المورد لاسيما ما تعلق بموعد التسليم وسعر المنتوج وموضوع الطلبية وكيفيات إلغاء الطلبية المسبقة عند الاقتضاء.[3]

1 – حمصي ميلود، مقلاتي مونة، **العقود الذكية كآلية للتعاقد عن بعد**، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة حمه لخضر بالوادي، الجزائر، المجلد 06، العدد 02، أكتوبر 2022، ص151.

2 - Max (Raskin), Op Cit, P334.

3- أنظر المادة 11 من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص06.

ينبغي التوافق على مجموعة من الشروط عند التسليم، والتي يجب أن يتضمنها العرض بالضرورة من جانب المورد، وتتعلق هذه الشروط بعدة جوانب أساسية، بما في ذلك موعد التسليم، وسعر المنتج، وموضوع الطلبية، كما يمكن تضمين كيفيات إلغاء الطلبية المسبقة عند الضرورة، لضمان سلاسة العملية وحفظ حقوق بين المتعاقدين.

وهذه الشروط تمثل عناصر أساسية متعلقة بخصوصيات السلع و/أو الخدمات وطبيعتها، والأسعار والتعريفات وكيفيات الدفع، وشروط التسليم وآجاله، وعقوبات التأخير، والدفع و/أو التسليم، وكيفيات الضمان ومطابقة السلع و/أو الخدمات، وشروط تعديل البنود التعاقدية، وشروط تسوية النزاعات التعاقدية، وإجراءات فسخ العقد.[1]

وقد يحدث وأن يستلم المستهلك منتجا غير مطابق لما تم الاتفاق عليه، أو كان المنتوج معيبا، ففي هذه الحالة، فإنه يتوجب على المورد الإلكتروني، وتطبيقا لما ورد في نص المادة 23 من القانون 05/18، أن يقوم ب:

- استعادة سلعته.
- تسليم جديد موافق للطلبية أو
- إصلاح المنتوج المعيب أو
- استبدال المنتوج باخر مماثل أو
- إلغاء الطلبية وارجاع المبالغ المدفوعة دون الاخلال بإمكانية مطالبة المستهلك الالكتروني بالتعويض في حالة وقوع ضرر، ويجب ان يتم ارجاع المبالغ المدفعة خلال 15 يوما من تاريخ استلامه المنتوج.[2]

وبالنسبة للآجال القانونية، فقد أعطى المشرع للمستهلك إمكانية اعادة المنتج في حال عدم احترام المرود الإلكتروني لآجال التسليم، على أن يقوم المستهلك بإرجاع المنتج على حالته، وذلك في أجل

1- أنظر المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم:306/06، مرجع سابق، ص17.

2- أنظر المادة 23 من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص08.

أقصاه أربعة (04) أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج، دون المساس بحقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر.[1]

وفي حال قام المورد الالكتروني بتسليم منتوجا أو خدمة لم يطلبها المستهلك فإنه لا يمكن له المطالبة بدفع ثمنت المنتوج أو الخدمة، ولا المطالبة بمصاريف التسليم.[2]

وفي ذات السياق، فقد ألزم المشرع من خلال المادة 23 من القانون رقم:05/18، المورد الالكتروني إمكانية استعادة سلعته، في حالة تسليم غرض غير مطابق للطلبية، أو في حالة كان المنتوج معيبا، فإنه يجب على المستهلك الالكتروني إعادة إرسال السلعة في غلافها الأصلي خلال مدة أقصاها أربعة (04) أيام عمل، ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج، ومع الإشارة الى سبب الرفض، وتكون تكاليف إعادة الإرسال على عاتق المورد الإلكتروني.[3]

ففي بعض الأحيان يقوم المشتري في حالة التعاقد بالوسيط الإلكتروني بدفع القيمة أولاً للبائع، وذلك قبل استلام السلعة، وتتنوع وسائل الدفع الحديثة وتتجاوز التقابض التقليدي المتعارف عليه سابقاً، فالدفع حالياً يتم بواسطة: التحويل البنكي، أو بواسطة إرسال شيك، أو بواسطة البطاقات المسبوقة الدفع، أو بواسطة النقود الإلكترونية، أو بواسطة بطاقات الائتمان.[4]

إن حالة استلام منتج غير مطابق للطلب أو معيب، تبرز لنا حقيقة قانونية تتمثل في حماية المستهلك، فهذه الحالة تفرض على المورد الإلكتروني، تقديم خيارات مثل استعادة السلعة، أو تسليم جديد مطابق للطلب، أو إصلاح المنتج، أو استبداله بمنتج مماثل، أو إلغاء الطلبية واسترداد المبالغ المدفوعة، كما يحق للمستهلك المطالبة بالتعويض في حالة وقوع ضرر، مع ضرورة استرداد المبالغ خلال 15 يومًا من تاريخ استلام المنتج، على أن يعيد المستهلك المنتج في أجل أربعة أيام عمل، دون المساس بحقه في المطالبة بالتعويض.

وبالنسبة لإرسال السلعة فللبائع القيام بهذا العمل عبر وسيلتين:

1- أنظر الفقرة الأولى من المادة 22، المرجع نفسه، ص08.

2- أنظر المادة 21، المرجع نفسه، ص08.

3- أنظر المادة 23، المرجع نفسه، ص08.

4 - عبد الكريم بن صالح العبود، مرجع سابق، ص 58.

الوسيلة الأولى: في حالة ما إذا كان المنتج أو السلعة منتجاً رقمياً، يمكن إرساله بنفس الوسيلة التي تم التعاقد عليها أو بوسيلة إلكترونية أخرى، كأن يكون محل التعاقد برنامجاً أو كتاباً إلكترونياً أو مادة صوتية، أو رقماً سرياً (Pin number) لمنتج ليتم تفعيلة.

الوسيلة الثانية: في حالة ما إذا كان المنتج أو السلعة مادة حقيقية ملموسة، فيتم إرسالها عن طريق وكالات الشحن، وصفة وكالات الشحن في هذه العملية أنها تأخذ صفة الوكيل إما للبائع أو المشتري.[1]

إن تسليم المنتج أو الخدمة محل العقد، هو ما يجعل العقد يخرج للحياة حقيقة، وهنا يبرز الاختلاف الحقيقي بين تسليم المنتج الرقمي عبر الوسائل التكنولوجية، وبين المنتج المادي الواجب التسليم يد بيد، تفرض ذلك طبيعة محل العقد في حد ذاته.

2-احترام كيفيات التسليم في العقد المبرم عن بعد:

والتسليم لا يمكن أن يتم مالم يتفق الأطراف على تفاصيل مهمة جدا، فكيف يتم التسليم مالم يحدد المقدار، أو المكان الواجب التسليم فيه او الزمان المتفق عليه، كون هذه الأمور من أهم التفاصيل الواجب الاتفاق عليها من الناحية القانونية.

وقد يكون التسليم عن طريق العقد الذكي، والتنفيذ الذكي هو اتفاق بين المتعاقدين حول طريقة تنفيذ العقد التقليدي، خاصة ونحن أمام تنفيذ رقمي لعقد تقليدي، أي أن العقد من حيث الشروط والأركان هي ذاتها في العقد التقليدي، ولكن باستخدام الرقمنة والبرامج المساعدة، ينفذ العقد بالطريقة الذكية، والتي يكون الأطراف على علم بها منذ البداية.[2]

أ-آجال التسليم:

لما يثار إشكال آجال التسليم، لا يخفى علينا بأن التسليم في العقود المبرمة عن بعد ليس على حد السوى بين زمان التسليم في البيئة الإلكترونية عنه في العقود التقليدية التي يمكن أن تكون فوريا أو على

1 – المرجع نفسه، ص 59.

2 – محمد عرفان الخطيب، **العقود الذكية...الصدقية والمنهجية: دراسة نقدية معمقة**، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، العدد02، العدد التسلسلي 30، يونيو 2020، ص 196.

دفعات أو حسب الاتفاق بين الأطراف، بينما في البيئة الإلكترونية فهي لا تعرف الفارق الزمني فقد يكون فوريا أو يتم بالاتفاق على زمان معين.[1]

لذلك فلا بد من احترام المواعيد المتفق عليها بين المتعاقدين، وذلك بوصول المنتجات وتقديم الخدمات في الوقت المحدد، ومن الكيفيات الواجب احترامها، ويتوجب على البائع تمكين المشتري من المبيع وتجنب كل ما من شأنه جعل التسليم أو نقل الحق عسيرا أو مستحيلا، طبقا لما جاء في المادة 361 من القانون المدني الجزائري.[2]

ونشير إلى أن القانون ترك الحرية للمتعاقدين في تحديد زمان التسليم، فقد يكون فور إبرام العقد، أو في أجل يتفق حوله أطراف العقد، غير أنه إذا لم يتفق المتعاقدين على زمان التسليم يكون التسليم فور الانتهاء من إبرام العقد، ولا مانع إن تأخر التسليم لبعض الوقت حسب مقتضيات العرف وطبيعة الشيء،[3] وهذا ما وافق ما جاء في المادة 281 ق م ج.[4]

وإذا لم يحدد المرسل إليه نظاما لمعالجة المعلومات لاستلام المستندات الإلكترونية، فيعتبر وقت التسليم، هو وقت الدخول إلى النظام لمعالجة معلومات المرسل إليه.[5]

من خلال الاطلاع على أجال التسليم، يبدو لنا جليا أهمية احترام مواعيد التسليم في العقود المبرمة عن بعد، كما يبدو بأن الفارق واضح بين زمن التسليم في البيئة الإلكترونية والبيئة التقليدية، ففي البيئة الإلكترونية، قد يكون التسليم فوريًا أو في زمن محدد باتفاق الأطراف، ولكن يجب احترام المواعيد المتفق عليها، وتحقيق الغرض من التسليم المتمثل في تمكين البائع للمشتري من المبيع، وتجنب أي عوائق تجعل التسليم صعبًا أو مستحيلاً، غير أنه في حال عدم تحديد زمن التسليم في العقد، يكون التسليم فور انتهاء عملية إبرام العقد، ومن ثم قد يتأخر التسليم وفقًا لمقتضيات العرف وطبيعة السلعة، وعندما يتعلق الأمر ببرنامج معالجة المعلومة في الاستلام، يُعتبر وقت التسليم هو وقت دخول المرسل إلى النظام لمعالجة المعلومات المرسلة إليه.

1- سقلاب فريدة، مرجع سابق، ص571.

2 – أنظر المادة 361، من الأمر رقم:58/75، مرجع سابق، ص 1011.

3 – سقلاب فريدة، مرجع سابق، ص 572.

4 – أنظر المادة 281، من الأمر رقم:58/75، مرجع سابق، ص 1001.

5 - Al-saadi (jaleel hasan), challabi (hussein abdullah), **electronic contract under iraqi law a study under the iraqi electronic transactions act no. 78 / 2012,** revue académique de la recherche juridique ,2017 ،p36.

ب-مكان التسليم:

بالنسبة لمكان التسليم، فقد حدد المشرع الجزائري المادة 282 ق م ج يكون التسليم في المكان الموجود في الشيء إذا كان الشيء معين بالذات، أما في الأحوال الأخرى فيكون الوفاء في المكان المتواجد فيه موطن المدين أو مؤسسته،[1] وهو ما يوافق التسليم في العقود المبرمة عن بعد، حيث يتم بتصدير المنتج أو المبيع محل العقد الى المشتري تطبيقا للمادة 368 ق م ج.[2] التي يتضح من خلالها أن القواعد العامة للتسليم يتم بموطن البائع، وبذلك فتبعة الهلاك في حل وقوعه يتحمله البائع وليس المشتري لأن التسليم لم يتم بعد.[3]

يحدد مكان التسليم في العقود، في المكان الموجود في الشيء إذا كان الشيء محددًا بالذات، أما في الحالات الأخرى، فيتم التسليم في المكان الواقع في موطن المدين أو مؤسسته، وهذا يتماشى مع تسليم السلع في العقود المبرمة عن بعد، حيث يتم توصيل المنتج أو السلعة المباعة إلى المشتري.

ج-محل الالتزام في العقد المبرم عن بعد:

كما يتم تسليم محل الالتزام على الحالة التي يكون عليها المبيع وقت الاتفاق،[4] وهذا ما يقتضي الالتزام في حال المنتج يحتاج الى صيانة خاصة أو شروط تخزين معينة أن تحترم ما دام المنتج لم يستلم، أي قبل وصوله وتسليمه، كما يجب أن يكون الاستلام كاملا إلا إذا كان الاتفاق بين الأطراف على خلاف ذلك.

والتسليم يشمل عنصرين مهمين الأول هو وضع الشيء المبيع تحت تصرف المشتري وتمكينه من حيازته، والثاني هو إخطار البائع للمشتري بوضع الشيء المبيع تحت تصرفه بأية وسيلة اتصال.[5]

وإذا علمنا بأن التسليم الفعلي، هو نقل السلطة والسيطرة على المنتج وفقا لما تم الاتفاق عليه م 367 ق م ج، فإن هذا التسليم وفي حال تعلق الأمر بمقدار، فإنه يجب احترام المقدار المتفق عليه وفقا لنص المادة 365 ق م ج.[1]

1 – أنظر المادة 282، من الأمر رقم:58/75، مرجع سابق، ص 1001.

2 – أنظر المادة 368، المرجع نفسه، ص 1011.

3– لعروي زواوية، **العقد الإلكتروني، والمسؤولية المدنية الناتجة عنه (دراسة مقارنة)**، دكتوراه في القانون الأساسي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، السنة الجامعية، 2018/2017، ص 92.

4 – أنظر المادة 341، من الأمر رقم:58/75، مرجع سابق، ص 1011.

5– لعروي زواوية، مرجع سابق، ص 91.

غير أنه قد يكون التسليم بتنفيذ أعمال قانونية، فيكون التسليم حكميا كما في الحالة التي يكون فيها محل العقد تحت يد المشتري كأن يكون مستأجرا له أو راهنا له، قبل عملية البيع، وبخلاف ذلك قد يكون اتفاقا بين طرفي العقد على زمان ومكان التسليم فيكون التسليم اتفاقيا.[2]

ولما كان عقد البيع عقدا ناقلا للملكية، ولا تنتقل الأشياء غير المعينة بالذات إلا بتعيينها، أما بيع الأشياء المستقبلية فلا تنتقل إلا عند وجودها.[3]

وبالنسبة للتسليم عن بعد، فقد أكد المركز الأمريكي CD NOW، بأنه التسليم يأخذ بعين الاعتبار القطع المشمولة بالتسليم ففي حال كانت القطع محل التسليم ثلاثة فما اقل، فالأمر متوقف على ظروف خدمة البريد في الولايات المتحدة الأمريكية، وإذ كان محل العقد يضم أربعة قطع فما أكثر، أو قيمته مائة دولار أو أكثر، فيستعمل البريد السريع، مع اشتراط التوقيع عند التسليم، وقد لا يتم التسليم أيام العطل، مع إمكانية تقديم خدمات البريد السريع حسب الاختيار في حالة ثلاث قطع أو أقل.[4]

ولتحقيق هذه النتيجة يتعين على المهني الالتزام بتسليم المبيع بحالته وقت البيع، وهذا الالتزام يتمثل في التزام بتحقيق نتيجة، وهذا ما يوافق ما جاء في المادة 13 /2 من القانون رقم:05/18، وهو ما يحتم على المهني الالتزام بسلامة الشيء وأمن المنتجات تطبيقا لنص المادة 107 الفقرة 02 من القانون المدني الجزائري.

غير أنه إذا كان محل الالتزام القيام بالتسليم، كالتزام الناقل للبضاعة الذي لا ينتهي إلا بتسليمها نهائيا إلى المرسل إليه.[5]

وزيادة على ذلك لا بد من تسليم الوثائق المطلوبة المرتبطة بمحل التزام العقد، من ذلك تسليم نسخة من العقد الإلكتروني،[6] ويشترط عليه أيضا إعداد فاتورة من قبل المورد الإلكتروني تسلم للمستهلك الإلكتروني، على أن تكون هذه الفاتورة مستوفية للشروط القانونية المعمول بها.[1]

---

1 – أنظر المادتين 367 و365، من الأمر رقم:58/75، مرجع سابق، ص 1011.

2– لعروي زواوية، مرجع سابق، ص 91.

3– محمد حسنين، مرجع سابق، ص12.

4– لعروي زواوية، مرجع سابق، ص 93.

5– العربي بلحاج ، **أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري**، وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دراسة مقارنة، دار هومة الطبعة الثانية، 2015، ص77.

6 – أنظر المادة 19، من القانون 05/18، مرجع سابق، ص 07.

وللتأكد من تأدية الخدمة أو وصول المنتج، فقد ألزم المشرع المورد الإلكتروني أن يطلب من المستهلك الإلكتروني توقيع وصل استلام عند التسليم الفعلي للمنتوج أو تأدية الخدمة موضوع العقد الإلكتروني، ويمنع على المستهلك رفض توقيع وصل الاستلام، وتسلم نسخة من وصل الاستلام وجوبا للمستهلك الإلكتروني.[2]

ويتضح مما سبق ذكره بأن عملية التسليم الفعلي، تشير إلى نقل السيطرة والسلطة على المنتج وفقًا لاتفاقية معينة، مما يتطلب احترام المقدار وحفاضا على قيمة الشيء المتفق عليه مع احترام القوانين السارية المفعول، لاسيما المتعلقة بمحل العقد، فعقد البيع مثلا يعتبر عقدًا تنتقل فيه حق الملكية، مع الأخذ بعين الاعتبار تعيين الأشياء تعيينا دقيقا، كما أن بيع الأشياء المستقبلية لا ينتقل فيها الملكية إلا بعد توفرها فعليًا.

ولا يخفى علينا فإنه ولتحقيق هذه النتيجة، يتعين على البائع الالتزام بتسليم المنتج بحالته وفقًا للاتفاق، وينبغي أن يلتزم بسلامة السلعة وأمانها، ويتوجب عليه أيضا تقديم الوثائق المطلوبة، بما في ذلك نسخة من العقد الإلكتروني وفاتورة تلبي الشروط القانونية، ومقابل ذلك فإنه يمكن للمورد الإلكتروني، طلب توقيع وصل استلام من المستهلك عند التسليم الفعلي للمنتج، أو تقديم الخدمة المتعلقة بالعقد الإلكتروني، ويُمنع على المستهلك رفض التوقيع، كما يجب على المستهلك الحصول على نسخة من وصل الاستلام.

د- حالة الإخلال بالتسليم في العقد المبرم عن بعد:

إذا اختل استلام محل العقد، للمستهلك الحق في المطالبة بالتنفيذ العيني أو الفسخ مع التعويض عن الإضرار التي لحقته نتيجة التسليم أو التسليم الناقص أو التأخير عن وقت التسليم المتفق عليه أو المحدد قانونا.[3]

وفي حال كان تسليم المبيع به نقص أو زيادة، يكون البائع مسؤولا على المقدار سواء بالنقص أو الزيادة، بحسب ما يقضي به العرف، غير انه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في البيع إلا إذا أثبت أن النقص يبلغ من الأهمية درجة لو كان يعلمها المشتري لما أتم البيع.[1]

---

1 – أنظر المادة 20، من القانون 05/18، مرجع سابق، ص 08.

2– أنظر المادة 17، المرجع نفسه، ص07.

3– سقلاب فريدة، مرجع سابق، ص577.

إن حالة عدم استلام المستهلك للمنتج، تمنحه الحق في المطالبة بالتنفيذ العيني للعقد، وإذا لم يكن ذلك ممكناً، يحق له الفسخ مع المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقته نتيجة لعدم التسليم، أو التسليم الناقص، أو التأخير عن موعد التسليم المتفق عليه أو المحدد قانوناً، وفي حال كان هناك نقص أو زيادة في المنتج المسلم، يتحمل البائع المسؤولية عن هذا النقص أو الزيادة وفقاً لما ينص عليه العرف، ولكن لا يحق للمشتري أن يطلب فسخ العقد بسبب نقص في المنتج إلا إذا أثبت أن هذا النقص يبلغ درجة تجعله مهماً لو كان يعلمه المشتري في البداية، لما أقبل على إبرام العقد.

ولما كان الأصل هو أن يقوم المدين بنفسه بإداء التزامه طبقا للمادة 258 ق م ج، خاصة إذا كان لشخصه أهمية خاصة بالنسبة للدائن، أو إذا اتفق ضمن العقد كشرط صراحة في العقد أن يقوم المدين شخصيا بأداء الالتزام وفي هذه الحالة لا يجوز له أن يجعل شخصا آخر يقوم مقامه وينفذ الالتزام مكانه، ولو كان هذا الشخص أفضل منه في أدائه، وقد ينوب قانونا عنه نائبه الاتفاقي أو القانوني كالوكيل أو الولي أو الوصي أو القيم المأذون في القيام بالوفاء لاسيما ما جاء في المواد 170 و258 من ق م ج.[2]

وبخصوص نفقات البيع، وخاصة في العقود المبرمة عن بعد حيث يثار إشكال نفقات تسليم المنتج، أو الشيء المبيع، وبالرجوع للقواعد العامة نجد بأن نفقات تسليم المبيع تقع على البائع كأصل عام، غير أنه إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك، وفي حال أخل البائع بالتزامه بتسليم محل العقد، يجوز للمشتري طلب فسخ العقد، مع التعويض عن الضرر الذي لحقه جراء ذلك، ويجوز للبائع المطالبة بالتنفيذ العيني.[3]

وفي حال هلك المبيع قبل تسلمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن الا إذا وقع الهلاك بعد اعذار المشتري بتسليم المبيع.[4]

وقد حدد المشرع الجزائري بأن حسن التنفيذ يقع على مسؤولية المورد الإلكتروني بقوة القانون، وسواء كان التنفيذ من طرفه أو من طرف مؤديي خدمات آخرين، ويمكنه نفي المسؤولية في حال أثبت أن عدم التنفيذ أو سوؤه يرجع للمستهلك القانوني أو إلى قوة قاهرة.[5]

---

1 – أنظر المادة 365، من الأمر رقم:58/75، مرجع سابق، ص 1011.

2– العربي بلحاج ، **أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري**، مرجع سابق، ص98.

3– لعروي زواوية، مرجع سابق، ص 94.

4 – أنظر المادة 369، من الأمر رقم:58/75، مرجع سابق، ص 1011.

5– أنظر المادة 18 من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص07.

غير أنه في العقود المبرمة عن بعد، فإنه في الغالب يقوم شخص بالقيام بخدمات التوصيل، ولما كان تدخل طرف آخر يقوم بعمليات التوصيل بين المتعاقدان، أمر لا بد منه، كون العقد مبرم عن بعد، وهذا يثير إمكانية تحمله مسؤولية التوصيل، فهو يقف وسطا في مرحلية خروج محل العقد من يد المهني، وقبل وصوله للمستهلك، وهو يقوم بهذه الأعمال على الدوام وبمقابل مالي في شكل عمولة نتيجة ما قام به، فعمله في هذه الحالة يعد عملا تجاريا.

وعلى هذا الأساس وبالرجوع لقواعد القانون التجاري، نجد بأن الوكيل بالعمولة يكون مسؤولا من وقت تسلمه الأشياء المطلوب نقلها، عن ضياعها كليا أو جزئيا أو عن تلفها أو التأخير في تسليمها، تطبيقا لما ورد في المادة 58 من ق ت ج.[1]

غير أنه يجوز إعفاء الوكيل بالعمولة كليا أو جزئيا من مسؤوليته عن عدم تنفيذ التزاماته أو تنفيذها الناقص أو المتأخر بشرط أن يثبت أن ذلك ناشئ عن قوة قاهرة أو عيب خاص بالشيء أو عن خطأ منسوب إما لموكله أو المرسل إليه، تطبيقا للمادة 57 من القانون التجاري الجزائري،[2] ولا يمكن الحديث عن القوة القاهرة في تسليم المنتجات المعنوية بخلاف المنتجات المادية التي يطرح فيها إشكال القوة القاهرة، وهذا كله بخلاف نظرية الظروف الطارئة التي تجعل من تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين، حيث يمكن تطبيقها في تنفيذ الاستلام سواء تعلق الأمر في التنفيذ المادي أو التنفيذ المعنوي.

وننوه بأنه بالنسبة للعقود المتضمنة نقل العقار أو نقل حقوق عينية، فإنه يجب أن تحرر في الشكل الرسمي وهذا ما وافق أحكام المادة 793 من ق م ج، مع ضرورة دفع الثمن للموثق وإلا كانت المعاملة باطلة.[3]

إن الالتزام بأداء الخدمة هو التزام بتحقيق نتيجة، وفي حال اتضح بأن العقد أو طبيعة الالتزام يتعلق ببذل عناية، يصبح التزاما ببذل عناية، وعليه فالمورد لا يمكنه التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي القوة القاهرة، أو خطأ الغير أو خطأ المضرور،[4] وهو الالتزام بإعطاء شيء فهو أيضا

1 – أنظر المادة 58، من الأمر رقم:59/75، المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون التجاري، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 101، المؤرخة في: 1975/12/19، ص 1311.

2 – أنظر المادة 57، المرجع نفسه، ص 1311.

3– العربي بلحاج ، **أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري**، مرجع سابق، ص76.

4– لعروي زواوية، مرجع سابق، ص 95.

التزام بتحقيق نتيجة opligation résultat وعليه يعتبر المدين قد أخل بالتزامه، إذا لم يقم بنقل الحق العيني أو لم يدفع مبلغ من النقود.[1]

إن عملية تسليم المنتوج أو الخدمات يكون مقابل دفع هذا المنتوج أو الخدمة مبالغ، وهو هدف المبادلات لدى كل المتعاملين، وفي كل دول العالم، وهو موضوع المطلب الثاني.

المطلب الثاني: الوفاء بالدفع في العقود المبرمة عن بعد

لقد أحدث العالم الرقمي تحولا عميقا من خلال عمليات إنتاج وتوزيع وبيع واستهلاك السلع والخدمات، إن توسع هذه المنتجات باستخدام الوسائل التكنولوجية، التي أصبحت متاحة للجميع، لم يقتصر دورها على المنتج فحسب بل مر إلى المرحلة الموالية وهي تبادل هذه المنتجات والحصول عليها، وطبعا هذا لا يتأتى إلا بدفع قيمة هذه المنتجات والخدمات، ولا يمكن التنقل أو دفع مبالغ نقدية فلكل عملية يقوم بها الشخص، فقد يقوم بعديد العمليات دون أن يبرح مكانه، ويقوم بدفع ما يلزمه من مكانه.

ولأن الدفع يحتل مكانًا خاصًا في العملية التعاقدية، فلولاه لما تعاقد شخص مع آخر، فغرض الحصول على مقابل الخدمة أو المنتج المقدمة دافع للتعاقد بالنسبة للمورد، وقد تم اعتماد وسائل إلكترونية مختلفة تستخدم في الدفع عن بعد، لذلك نجد عدة تسميات للدفع، مدلول نظام الدفع (الفرع الأول)، ويرجع ذلك إلى تعدد وسائل الدفع، أنظمة الدفع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مدلول نظام الدفع.

نجد عدة تسميات للدفع في العقود المبرمة عن بعد فمنها الدفع الإلكتروني، والدفع الرقمي، وكلها تصب في خانة الوفاء بمبلغ الخدمة أو المنتج محل العقد على اختلافه.

أولا: تعريف الدفع الإلكتروني:

عرف الدفع الإلكتروني بأنه نظام يتكون من مجموعة من أنظمة التحويل التي تضمن الأدوات والإجراءات المصرفية وبشكل عام تداول الأموال بين البنوك، وعليه فإن نظام الدفع هو في الأساس

1- العربي بلحاج ، **أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري**، مرجع سابق، ص83.

طرف ثالث يساعد الدافع والمدفوع لأمره على تحويل واستلام الأموال على التوالي أو بعبارة أخرى، يمكننا القول بأن نظام الدفع هو العمود الفقري لإنشاء اتصال بين الدافع والمستفيد.[1]

وقد عرفها البنك المركزي الأوربي على أنها "كل عملية دفع صدرت وعولجت بطريقة إلكترونية، وعليه بعد الالتزام بدفع الثمن من بين الالتزامات التي تقع على عاتق المشتري أو متلقي الخدمة في التعاملات العادية، أما في المعاملات الإلكترونية فيتم فع الثمن مقابل السلع أو الخدمة المقدمة عن طريق وسائل الدفع الإلكتروني".[2]

وعرفه البنك المركزي الأوروبي الدفع الالكتروني: "بأنه كل عملية دفع صدرت وعولجت بطريقة الكتروني".[3]

أما من الناحية التشريعية فقد عرف القانون التونسي وسائل الدفع بأنها الوسيلة التي تمكن صاحبها من القيام بعمليات الدفع المباشر عن بعد عبر الشبكات العمومية للاتصال.[4]

ومفاد الدفع، هو المبتغى من وراء عملية التعاقد، وفي العادة يكون الدفع هو ثمن، والثمن هو الوسيلة المالية الاتفاقية في المبادلة، وهو لا يتحقق إلا في العقد،[5] وجرت العادة أن يكون الدفع يمثل المبلغ المساوي لقيمة الشيء أو هو الثمن النقدي، وهو من مقومات عقد البيع، وعليه تتجه إرادة المتعاقدين إلى نقل الملكية أو الحق في مقابل ثمن نقدي لأنه عقد معاوضة، ويشترط في الثمن أن يكون جديا وليس صوريا.[6]

1- Benlakehal (Mohamed Amine), **The Relationship Of Applying Electronic Payment Systems To Improving Banks Services Quality's From The Viewpoint Of Bank's Employees: A Case Study Of Commercial Banks In Algeria**, Al Bashaer Economic Journal, Volume 7, N°02 (August 2021) P851.

2- بتوجي سامية، مرجع سابق، ص412.

3 – فاطمة الزهراء تليلاني، **مساهمة نظام الدفع الإلكتروني في تطوير نشاط البنوك الالكترونية، دراسة حالة البنك الوطني الجزائري BNA فرع قسنطينة**، مجلة الأصيل للبحوث الاقتصادية والإدارية، جامعة خنشلة، الجزائر، المجلد 05، العدد01، جوان 2021، ص 124.

4 – أنظر الفقرة الثامنة، من المادة 02، من القانون رقم: 83 لسنة 2000، المتعلق المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، المؤرخ في 09 أوت 2000، ص02، متاح على الرابط: http://data.over-blog-kiwi.com/ob_.pdf

5 – مصطفى أحمد الزرقا، **العقود المسماة في الفقه الإسلامي عقد البيع**، دار القلم، دمشق، سوريا، الطبعة الثانية، 2012، ص 87.

6 – كمال فتحي دريس، **الوجيز في العقود الخاصة**، الجزء الأول، عقد البيع وعقد الكفالة، مطبعة منصور، الوادي الجزائر، جانفي 2022، ص07.

ثانيا: قواعد الدفع الإلكتروني:

من بين القواعد الخاصة في العقود المبرمة عن بعد، قواعد الدفع الإلكتروني، حيث يعتبر الدفع جزءًا من التزامات المشتري، سواء كان ذلك من خلال الشبكات الرقمية أو بالطرق التقليدية، وهو يشمل حرية إرادته، فيما يتعلق بالعقود التجارية الرقمية، يتم الدفع عادة عبر الإنترنت، سواءً كان ذلك عن طريق التحويل البنكي بين البنوك، أو باستخدام بطاقة الدفع، أو حتى عن طريق الشيك الإلكتروني الذي يظهر بصورة مشفرة، ورغم ما توفره وسائل الدفع من خدمات ائتمانية، ولكن ما زال هناك خطر احتمالية الاحتيال، هناك أيضًا، كما ذكرنا، العملات الإلكترونية، وهي وحدات قيمة مخزنة في وسائط إلكترونية أو بطاقة مقابل تحويل أموال يتم إجراؤه من قبل المستخدم، وبالتالي، عندما يرغب المستخدم في تنفيذ التزام الدفع، يتم خصم هذه الوحدات. [1]

ويتم الدفع الإلكتروني من خلال تنفيذ العمليات المالية بمساعدة الأجهزة الإلكترونية، مثل أجهزة الكمبيوتر، الهواتف الذكية أو الأجهزة اللوحية التي تمكننا من الوفاء بالدفع كدفع الرسوم أو الخدمات عبر الإنترنت.[2]

وقد أدرجت البنوك تضمين عقود إصدار بطاقات الائتمان أو بطاقات السحب الآلي، شروطا تهدف إلى إعطاء الحجية الكاملة للتوقيع الإلكتروني المصاحب لهذه البطاقات، من خلال تمرير البطاقة الممغنطة في الجهاز وإدخال الرقم السري، وإعفاء البنوك من عبء إثبات صحة ما تقوم به أجهزة الحاسب الآلي من تسجيلات للعمليات المصرفية التي تتم بواسطة البطاقات، المختلفة التي تصدرها المؤسسات المالية المختصة في هذا المجال لا سيما البنوك.[3]

ويمكن الدفع لمختلف المعاملات التجارية والصناعية والمعاملات والاقتصادية للسلع، أو الخدمات عبر الأدوات الرقمية المختلفة التقنيات، وتستند هذه المدفوعات بالفعل على الإنترنت بالدرجة الأولى، ومنها ما يعتمد على حقل خاص، تشتغل به أجهزة تابعة لها، وهي تهدف إلى خلق احترام قواعد الأمان،

1 - Ghaith (Saadi), Op, Cit, P118.

2 -Benazzouz (daouia), mouterfi (amel), **diagnostic et perspectives du e-payment en algérie**, jefb, université el oued, algérie, volume: 07, numéro: 02, septembre, 2022, p764.

3 – ثروت عبد الحميد، **التوقيع الإلكتروني** –ماهيته مخاطره، وكيفية مواجهتها مدى حجيته في الإثبات، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية مصر، 2007، ص 101.

والأهلية والإجراءات المتبعة، وفي هذا الشأن لكل منهما الأسلوب المستخدم لإرضاء جميع أصحاب المصلحة.[1]

ويضيف البعض بأن الدفع الإلكتروني، يمثل عملية توفير مبلغ نقدي مقابل تسليم السلع أو البضائع، وعليه فالوفاء يعتبر تقنية تهدف لتنفيذ التزامات أطراف العقد.[2]

ومما سبق توضيحه يمكن ببساطة اعتماد نظام الدفع الإلكتروني، على أنه مجموعة من المكونات والعمليات التي تسمح لاثنين أو أكثر من الأطراف بتنفيذ المعاملات وتبادل القيم النقدية على قدم المساواة، من خلال استخدام الوسائل الإلكترونية المتاحة، والمخصصة لهذا الغرض.[3]

في العقود المبرمة عن بُعد، تعتبر قواعد الدفع الإلكتروني جزءًا أساسيًا من التزامات المشتري، يمكن للدفع أن يتم عبر الشبكات الرقمية أو بالطرق التقليدية، ويشمل ذلك التحويل البنكي، واستخدام بطاقات الدفع، والشيك الإلكتروني المشفر، عادةً، يتم الدفع في العقود التجارية الرقمية عبر الإنترنت، ويتم ذلك باستخدام الأجهزة الإلكترونية مثل الكمبيوترات، والهواتف الذكية، والأجهزة اللوحية، التي تساعد بشكل فعال في تنفيذ العمليات المالية الإلكترونية، دون أن نهمل مساعدتها في تنفيذ الدفع المتعلق بالرسوم أو الخدمات عبر الإنترنت، وعلى هذا الأساس فإنه لا بد من مراعاة قواعد الأمان والأهلية، ويتم تحقيق ذلك من خلال اتباع الإجراءات المناسبة لكل طريقة دفع.

ثالثا: تطور وسائل الدفع الإلكتروني.

إذا كانت وسائل الدفع الإلكترونية، تمثل كل وسيلة دفع مرخص بها طبقا للتشريع المعمول به، وتمكن صاحبها من القيام بالدفع عن قرب أو عن بعد، عبر منظومة إلكترونية،[4] فقد شهدت هذه الميزة طفرة نوعية في السنوات القليلة الماضية، يرجع سبب ذلك، إلى انتشار التجارة الإلكترونية التي تعرف نموًا إيجابيًا، مما أسهم وبشكل إيجابي في تطوير وسائل الدفع الإلكتروني، لذلك فهي تلعب دورًا مماثلًا

1 - Bouri (Nassima)، **Digital Payment In Algeria: Opportunity To Redefine The Economic Growth Model**، Journal Of Management And Economic Sciences Prospects، Volume: 03 / N°01، (2019), P299.

2- لعروي زواوية، مرجع سابق، ص 97.

3 -Benazzouz (Daouia)، Mouterfi (Amel)، Op، Cit، P764.

4- أنظر الفقرة الخامس من المادة 06 من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص05.

لوسائل الدفع التقليدية، والتي يمكن أن تساهم في إتمام الاتفاق، ففي ظل تطور التجارة الإلكترونية ساهم بشكل كبير في ازدهار وسائل دفع. [1]

كما لا يخفى علينا بأن توفر الخوادم الوسيطة أيضًا وتعددها، ساهم وبقوة في خلق طرق متعددة للدفع، فمن خلالها يمكن لأي شخص التسوق عبر الإنترنت.[2]

ولم تتوقف وسائل الدفع الإلكتروني عن التطور، فهي تُعد وسيلة مواكبة للتطور التكنولوجي، ولعل من أهم ما يميز عقد البيع الإلكتروني عن العقد التقليدي طريقة الوفاء، وهذا راجع لسبب التطور التكنولوجي في المجال التقني، حيث استبدلت وسائل الدفع الإلكتروني في العقد المبرمة عن بعد (النقود العادية)، وزيادة التعامل بطريقة التجارة الإلكترونية، حيث ظهرت وسائل حديثة مبتكرة لإجراء المدفوعات في مثل هذه الصفقات، وكمثال على الوسائل الحديثة للدفع الإلكتروني، بطاقات البنوك، والشيكات الإلكترونية، والنقود الإلكترونية، التي تنقسم إلى نوعين: النقود الرقمية والمحفظة الإلكترونية.[3]

وفي هذا الصدد لا يفوتنا الحديث عن الدفع في العقود الذكية، التي تعتمد على الدفع الإلكتروني وبشكل آلي، حيث أنه وبمجرد توافر شروط العقد ينفذ العقد بشكل تلقائي، ففي بعض الحالات التي يكون فيها التعامل بشكل متكرر بين متعاملين، فالبرنامج القائم عليه العقد الذكي يقوم بالتحول التلقائي للمبلغ، وذلك بعد الموافقة المسبقة للأطراف العقد، وهذه ميزة العقد الذكي، حيث يعتمد على التنفيذ الآلي للعقد، ومن بين ما يقوم به عند التنفيذ، يقوم بتحويل الأموال من حساب إلى حساب.

في الواقع قد تطورت وسائل الدفع الإلكترونية بشكل كبير مع انتشار التجارة الإلكترونية، حيث أصبحت لها دور مماثل للوسائل التقليدية في إتمام العقود، وظهور آليات ووسائط متعددة ساهمت في إنشاء طرق مختلفة للدفع، مما يسمح للأفراد بالتسوق عبر الإنترنت، وتواكب وسائل الدفع الإلكتروني التطور التكنولوجي، مع تطوير طرق الوفاء مثل بطاقات البنوك، والشيكات الإلكترونية، والنقود الرقمية، والمحافظ الإلكترونية.

1 - Mangin (Céline)، **L'expression Numerique Du Consentement Contractual**، These Doctorat، Ecole Doctoral : Droit Et Science Politique، Deliver Par L'universite Toulouse Capitole ، 2020،P253.
2 - Bouri (Nassima)، Op، Cit، p301.
3 - Djebbar (Rekaia)، Op، Cit، p222.

رابعا: شروط الدفع الإلكتروني في الجزائر:

ألزم المشرع الجزائري، على سبيل الوجوب تحويل عائدات البيع عن طريق الاتصالات الإلكترونية لسلعة و/أو خدمة بعد الدفع الى حساب المورد الإلكتروني الموطن في الجزائر لدى بنك معتمد من قبل بنك الجزائر، أو لدى بريد الجزائر.[1]

كما فرض أيضا طريقة الدفع الإلكتروني بمناسبة شراء سلع أو خدمات من قبل مستهلك إلكتروني مقيم بالجزائر لدى مورد إلكتروني موجود في بلد أجنبي، حيث هذه العملية تتم عن طريق الحساب البنكي بالعملة الصعبة "شخص طبيعي" للمستهلك الإلكتروني الموطن بالجزائر.[2]

وقد حدد بأن يكون الدفع الإلكتروني من خلال منصات الدفع المخصص لهذا الغرض، وتنشأ وتستغل حصريا من طرف البنوك المعتمدة من قبل بنك الجزائر وبريد الجزائر والموصولة بأي نوع من أنواع محطات الدفع الإلكتروني عبر شبكة المتعامل العمومي للمواصلات السلكية واللاسلكية.[3]

ومن جانب آخر فقد اشترط المشرع الجزائري بموجب المادة 11 من القانون رقم:05/18، على أن يتم الاتفاق على كيفية الدفع منذ البداية، وذلك بأن يقدم المورد الإلكتروني من خلال العرض التجاري الإلكتروني، كيفيات وإجراءات الدفع.[4]

وقد أجبر المشرع الجزائري المتعاملين الاقتصاديين على استخدام وسائل الدفع الإلكتروني عند تقديم سلع وخدمات للمستهلكين بوضع في متناولهم وسائل دفع إلكتروني تسمح لهم بدفع ثمن مشترياتهم باستعمال بطاقات الدفع الإلكتروني بناء على طلبهم، تطبيقا للمادة 111 من قانون لمالية الجزائري رقم:11/17.[5]

1- أنظر الفقرة الثانية من المادة 07، من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص06.

2- أنظر الفقرة الرابعة من المادة 07، المرجع نفسه، ص06.

3- أنظر الفقرة الثانية من المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 271/22، مرجع سابق، ص22.

4- أنظر المادة 11 من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص06.

5- لعروي زواوية، مرجع سابق، ص 101.

كما ألزم وعلى سبيل الوجوب أيضا، على أن يكون تحويل عائدات البيع عن طريق الاتصالات الإلكترونية لسلعة و/أو خدمة بعد الدفع إلى حساب المورد الإلكتروني المُوطن في الجزائر لدى بنك معتمد من قبل بنك الجزائر، أو لدى بريد الجزائر.[1]

ومن بين الشروط التي اعتمدها المشرع الجزائري على استخدام الدفع الالكتروني، بأن يتم من خلال منصات دفع مخصصة لهذا الغرض، منشأة ومستغلة حصريا من طرف البنوك المعتمدة من قبل بنك الجزائر وبريد الجزائر، وموصولة بأي نوع من أنواع محطات الدفع الإلكتروني عبر شبكة المتعامل العمومي للمواصلات السلكية واللاسلكية.[2]

وبالاستناد للمادة 69 من الأمر رقم:11/03، المتعلق بالنقد والقرض، بأن وسائل الدفع تشمل كل الوسائل والأدوات التي تمكن الشخص من تحويل أموال مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل.[3]

لا يزال المشرع الجزائري يتعامل بحذر بخصوص الدفع الإلكتروني، وفي ذات السياق فهو يحاول مجاراة التطور التكنولوجي المفروض بموجب المبادلات التجارية التي تعرفها جل دول العالم، وهذا ما أفرز عدد من أنظمة الدفع.

الفرع الثاني: أنظمة الدفع الرقمي:

تعد الأنظمة الأكثر استعمالا للدفع في مجال التجارة الإلكترونية، هي طريقة الدفع التقليدية، العملة الرقمية، المحفظة الإلكترونية، بطاقة الائتمان، الدفع عن طريق الوسيط.[4]

وعادةً ما تكون أنظمة الدفع المتعلقة بالجانب الإلكتروني، في شكل نماذج معتمدة تم تطويرها في إطار مؤسس صادر في نموذج معين يمثل بطاقة ائتمان، أو مؤسسات مالية وبنكية، تقوم بإصدار هاته الوسائل، وتسمح باستخدامها من طرف حامليه، وقد تقوم باستخدام خادم الوسيط الذي يقوم بدوره بتخزين التفاصيل المصرفية، بوسائل تعتمد على تقنيات التشفير، ومن بين هاته الوسائل.

1- أنظر الفقرة الثانية من المادة 07، من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص06.

2- أنظر الفقرة الثانية من المادة 27، المرجع نفسه، ص08.

3- لعروي زواوية، مرجع سابق، ص 100.

4- لعروي زواوية، المرجع نفسه، ص 101.

أولا: الوسائل المستخدمة في الدفع الإلكتروني:

تعرف دول العالم، ومنها الجزائر عدة وسائل تستخدم في الدفع مقابل استلام محل العقد، ولعل من أهم هذه الوسائل المتداولة بين المتعاملين في العقود المبرمة عن بعد.

1-البطاقة الذكية كوسيلة للدفع:

وهي عبارة عن رقائق إلكترونية تصنع من لدائن معالجة بكثافة السليكون، ومن وحدات وشرائح فائقة القدرة، تخزن من خلالها بيانات خاصة بصاحب البطاقة، وهي مختلفة حسب المؤسسة المصدرة لها، وقد تشمل معلومات، كالاسم واللقب والسن والحالة العائلية ومحل الإقامة والرقم السري الخاص بالبطاقة وغيرها من المعلومات.[1]

وتكون البطاقة مزودة بمكونات إلكترونية دقيقة، يمكن من خلالها تخزين المعلومات، والتفاعل مع الآلة بعد إدخال الرقم الصحيح، أو الكود المعرف لها، أو الرقم السري، بالإضافة إلى قدرتها على الحفاض على المعلومات المخزنة بها، ويمكنها الوصول إلى حساب الشخص والتفاعل مع البرامج واقتطاع المبالغ أو تحويلها من حساب إلى حساب آخر.

2-بطاقة الائتمان كوسيلة للدفع:

وتسمى البطاقات المصرفية، أو بطاقات الائتمان، وعلى الرغم من وجود العديد من وسائل الدفع عبر الإنترنت، إلا أن بطاقة الائتمان هي الأداة الأكثر استخدامًا في أغلب الدول، وذلك بسبب تكلفتها المنخفضة وسهولة استخدامها، من الواضح أنه بفضل بطاقة الائتمان، تمكن التجارة الإلكترونية من التطور بالطريقة التي نعرفها، تتطلب نقل أمر الدفع عبر الإنترنت من المستخدم عبر البطاقة الائتمانية بيئة عقدية كثيفة، حيث يتم تنظيم سلسلة من العقود التي تحكم عمليات الدفع عبر الإنترنت باستخدام بطاقة الائتمان. [2]

وتعد بطاقات الائتمان هي الطريقة الأكثر تفضيلاً على الإنترنت لجميع الشركات مما يتيح لهم الاستفادة من ضمانات الدفع، وتتنوع البطاقات الائتمانية، حسب البنوك المصدرة لها، مثلا Master Card، Visa Card، أو أمريكان إكسبريس، التي تسمح بإجراء معاملات مختلفة، مثل سحب النقود من

1 – منية نشناش، مرجع سابق، ص256

2 - Mangin (céline), op cit, p243.

الموزع، أو حتى سداد قيمة المشتريات من التجار، العملاق الأمريكي فيزا، تعتبر Master Card وAmerican Express وغيرها من البطاقات التي يتم استخدامها على نطاق واسع، عبر مختلف دول العالم، ويتم استخدامها وفقًا للوائح معينة، كما يجوز لأي متعامل بنكي، يرغب في الحصول على شيك من مؤسسة مالية، تقديم طلب إلى البنك أو المؤسسة المالية الخاصة به.[1]

وبطاقة الائتمان هي الأكثر تكيفًا مع البيئة الرقمية، في أغلب الدول الأوروبية، ومن بينها فرنسا، بلجيكا وألمانيا وهولندا.[2]

ومن حيث الإصدار، فبطاقة الائتمان يصدرها البنك للعميل، لتمكينه من شراء السلع والخدمات باستخدامها، بحيث يحصل التاجر على ثمن من البنك الذي يتولى تسويق البطاقة، ثم يقوم البنك بعد مدة بمطالبة العميل بالسداد مع وضع فائدة أو مصاريف تحتسب من إجمالي الثمن.[3]

ونشير إلى أهمية بطاقات الائتمان كوسيلة رئيسية للدفع عبر الإنترنت، فهي تمثل البطاقات الأكثر استخدامًا في معظم البلدان بسبب تكلفتها المنخفضة عند التصنيع، وسهولة استخدامها من طرف المتعاملين، فبطاقات الائتمان تمثل بيئة عقدية كثيفة لنقل أوامر الدفع عبر الإنترنت، وهي متنوعة حسب البنوك المصدرة لها وهي الأكثر تداولا في العديد من الدول، يرجع ذلك لتكيفها الجيد مع البيئة الرقمية.

3-البطاقة الإلكترونية كوسيلة للدفع:

وهي تمثل بطاقة ذكية تشبه في حجمها بطاقة الائتمان أو بطاقة الخصم الفوري، وهي مزودة بذاكرة تسمح بتخزين بيانات مخزنة على بطاقة ذكية، وبها اسم صاحب البطاقة والسن ومحل الاقامة، والمصرف المتعامل معه وأسلوب الصرف، والمبلغ المتصرف، وتاريخ صرفه، كما تسمح البطاقة أو الذاكرة بتخزين نقود الكترونية في وحدات يتم استخدامها في سداد قيمة المعاملات التي يجريها العميل، ولهذه البطاقة رقم سري مزودة بعناصر للحماية من التزوير وسوء الاستخدام من الغير في حال الضياع أو السرقة أو التقليد. [4]

1 - Bouri (Nassima)، Op، Cit، p300.
2 - Assoko (Héraclès Mayé)، Op Cit، P 243.

3 – عبد الكريم بن صالح العبود، مرجع سابق، ص 72.

4 – كوسام أمينة، مرجع سابق، ص355.

وعلى العموم تُعتبر بطاقات الائتمان أكثر الطرق تفضيلاً على الإنترنت لجميع الأعمال التجارية، حيث تتيح لها الاستفادة من ضمانات الدفع، يتم تنظيم هذه طريقة الدفع بواسطة البنوك من خلال بإصدار بطاقات مختلفة، مثل ماستركارد، فيزا، أو أمريكان إكسبريس، مما يسمح بإجراء معاملات متنوعة، مثل سحب النقود من ماكينة الصراف الآلي أو حتى دفع المشتريات من التجار.

4- الشيك الإلكتروني كوسيلة للدفع:

يُعتبر ناقل لملكية المبلغ المؤمن به، ويُعرفُ بأمر الدفع الذي يصبح لا يمكن إلغاؤه في هذه اللحظة، أما الدفع فإنه يتم عند التحصيل الفعلي للشيك، ولكي يتم ذلك، يجب نقل الوثيقة بالضرورة إلى الطرف الثاني، الذي لا يتواجد أمام الشخص القابل للشيك، بالتالي، في العقود الإلكترونية التي يتم دفعها عبر شيك، تتم إبرام العقد عند إصدار الشيك، ولكن إذا لم يتم نقله، فببساطة لن يكون هناك أمر دفع أو عقد. [1]

والشيك الإلكترونيELECTRONIC Checks يكافئ الشيكات الورقية، كونه عبارة عن وثيقة إلكترونية يحتوي على بيانات تتمثل في:

*رقم الشيك.

*اسم الدافع.

*رقم حساب الدافع واسم البنك.

*اسم المستفيد.

*القيمة التي ستدفع.

*وحدة العملة المستعملة.

*تاريخ الصلاحية.

*التوقيع الالكتروني للدافع.

*التظهير الالكتروني للشيك المستفيد.[2]

1 - Mangin (céline), op cit ,p250.

2 – فاروق سيد حسين، **التجارة الإلكترونية وتأمينها**، هلا للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2001، ص 27.

نظرًا لعدم ملاءمة هذا الوسيلة للدفع في العالم الافتراضي وتراجع استخدامها، يرفض المزيد من المواقع هذا وسيلة الدفع، لذلك، من المرجح جدًا أنه في غضون بضع سنوات، لن يتم قبولها على الإطلاق للعقود عبر الإنترنت، وقد يكون غير مقبول حتى في العقود خارج الإنترنت. [1]

وباستقرائنا لما سبق نجد أن الشيك الإلكتروني وسيلة دفع آيلة للانقراض، رغم أنه يمكن استخدامه بين المتعقدين في الدفع، بل ويتم إبرام العقد عند إصدار الشيك، ورغم هذا فالشيك الإلكتروني لم يستطع كسب ثقة المتعاملين بالقدر الكافي، لذلك فهو في تراجع مستمر.

5-الدفع عبر النقود الإلكترونية (المحفظة الإلكترونية):

الدفع عبر الأموال الإلكترونية، أو المحافظ الإلكترونية، هو طريقة أخرى تسهلها التقنية الرقمية، يتضمن ذلك تخزين الأموال إلكترونياً، عادةً على جهاز أو منصة عبر الإنترنت، واستخدامها لإجراء مختلف المعاملات، توفر الحافظة الإلكترونية وسيلة مريحة وآمنة لإجراء المدفوعات وإدارة الأموال في العالم الرقمي.[2]

وبالاستناد للمادة 2 من التوجيه رقم:110/2009 المؤرخ 16 سبتمبر 2009، حيث عرفت العملة الإلكترونية على أنها قيمة نقدية تُخزن بصيغة إلكترونية، بما في ذلك المغناطيسية، تُمثل مطالبة للمُصدر، تصدر مقابل تقديم أموال لأغراض عمليات الدفع ويتم قبولها من قبل شخص طبيعي آخر غير مُصدر العملة الإلكترونية، العملة الإلكترونية عمومًا لا تُعتبر عملة جديدة بجانب النقود المعدنية أو الورقية، ولكنها تعتبر، وسيلة دفع تُمثل مطالبة لمصدر معين. [3]

والعملة الإلكترونية تختلف عن النقود المشفرة، فهذه الأخيرة تسمى بعدة تسميات (العملة الافتراضية، العملة المشفرة، الأصول الرقمية)، فالعملة الإلكترونية تتمتع بتنظيم قانوني في عديد الدول في الاتحاد الأوروبي، بينما تُعتبر العملة الافتراضية وحدة حساب مخزنة على وسيط إلكتروني لا يتم إنشاؤه من قبل دولة أو اتحاد نقدي، ولكنها تنشأ من طرف مجموعة من الأشخاص (أفرادًا أو مؤسسات)، وتستخدم لتسجيل المعاملات المتعددة الأطراف للسلع أو الخدمات داخل هذه المجموعة.[4]

1 - Assoko (Héraclès Mayé)، Op، Cit P .250
2 - Bouri (Nassima)، Op، Cit, p300.
3 - Mangin (céline)، op cit ,p254.
4 - Assoko (Héraclès Mayé)، Op، Cit P .257

وللإشارة فالنقود المشفرة تعتمد على تقنية Blockchain، وهذه الأخيرة تعد وسيلة لتنظيم البيانات دون الحاجة إلى سلطة مركزية، فالبلوك تشين، عبارة عن قاعدة بيانات موزعة تستضيف أعدادا متزايدة باستمرار من السجلات، تقوم قاعدة البيانات، بتخزين السجلات في الكتل ويتم ربط كل كتلة بالسلسلة التالية بالترتيب الزمني، باستخدام التوقيع المشفر، ونتيجة لذلك، لا يمكن مراجعة السجلات، وأي محاولة لإجراء تغييرات، فهي مرئية لجميع المشاركين، ويمكن أن ينتشر أيضًا عبر عدد من المواقع أو البلدان أو المنظمة.[1]

ويرجع ظهور العملة المشفرة البتكوين، وهي أشهر العملات المشفرة، إلى عام 2008 من قبل مطور برمجي يُدعى "ساتوشي ناكاموتو"، حيث يتم إنتاج البتكوين بواسطة عملية تسمى "التعدين"، يقوم المُعدنون بتثبيت البرنامج المخصص ويحصلون على بتكوين عن طريق حل معادلات رياضية تمكنهم من تسجيل المعاملات، يقوم البتكوين بتسجيل المعاملات والتحقق منها في نظام يُعرف بـ "البلوكشين"، وهو سجل يحتوي على جميع المعاملات المتعلقة بالبتكوين، وقد بدأت عملة البتكوين في الانتشار بشكل كبير مؤخرا، بينما كانت في البداية، تستخدم من قبل مجموعة محدودة فقط من الأشخاص المطلعين على التقنية.[2]

ولما كانت عملة البتكوين أشهر العملات المشفرة فقد عرفت على أنها: "عملة رقمية افتراضية (ليس لها كيان مادي ملموس او وجود فيزيائي)، وهي منتجة بواسطة برامج حاسوبية، لا تخضع للسيطرة أو التحكم فيها من جانب بنك او أي إدارة رسمية دولية، حيث يتم استخدامها، عن طريق الإنترنت في عمليات البيع والشراء او تحويلها الى عملات أخرى، وهي في الواقع تلقى قبولا اختياريا لدى المتعاملين فيها".[3]

ومن أجل ما تم ذكره، فقد اختلف التشريع بين الاعتراف وعدم الاعتراف بهذه العملة ففي عام 2013، أكد بنك فرنسا أن البتكوين ليس عملة قانونية في فرنسا، ويمكن رفضها كوسيلة للدفع، ثم في عام 2014، نشرت وزارة المالية الفرنسية، توصيات تهدف إلى منع استخدام العملات الافتراضية وذلك تفاديا من استخدامها في أغراض احتيالية أو غسيل الأموال، مع تقديم توصيات الوزارة أيضًا بتنظيم

1 -Bouri (Nassima), Op, Cit, p304.

2 - Assoko (Héraclès Mayé), Op, Cit P .257

3 –عبد المالك توبي، منصف شرفي، **أثر العملات الرقمية المشفرة على مستقبل المعاملات المالية: البتكوين نموذجا**، مجلة الاقتصاد الصناعي (خزارتك)، الجزائر، المجلد11، العدد01، سنة2021، ص 195.

استخدامها، وفي 22 أكتوبر 2015، صدر حكم عن محكمة العدل الأوروبية وقدم مزيدًا من التوضيح بشأن وضع هذه العملة، حيث اعتبر قضاة لوكسمبورغ أنها وسيلة دفع تعاقدية يمكن أن تكون لها تأثير تحريري عند قبولها من الأطراف، كما اعتبروا أن عمليات صرف العملات التقليدية بالبيتكوين تشكل خدمة مقابل بمقابل مالي، وفقًا لتوجيه ضريبة القيمة المضافة.[1]

في حين نجد بأن البنك المركزي الكندي اعتبر العملات الافتراضية على أنها قيمة نقدية تخزن في شكل إلكتروني بوسائل مختلفة، قابلة للتحويل الإلكتروني في معظم الأحيان، وهذه الأموال تصدر عن مؤسسة سواء كانت حكومية أو غير حكومية، ويتم التعبير عن قيمتها بالعملة الوطنية.[2]

واعترفت محكمة العدل الأوروبية بأن العملات والبتكوين يؤديان نفس الوظيفة كوسيلة للدفع، في حال إذا تم قبولهما في التجارة كوسيلة للدفع، وبالتالي يمكن أن يتم إعفاء تبادلهما من ضريبة القيمة المضافة، بغض النظر عن وجود وسيلة دفع قانونية يتم تحويلها إلى عملة أخرى ليست وسيلة دفع قانونية، ولكنها تشارك في تداول كوسيلة دفع، فقد قامت محكمة العدل الأوروبية بتشريع وجود العملات الافتراضية وإمكانية تطبيق بعض قواعد القانون عليها.[3]

وبالرجوع للمشرع الجزائري، نجد بأنه لا يعترف باستخدام بالنقود المشفرة، بل ويمنع التعامل بالعملات الافتراضية جملة وتفصيلا، وذلك من خلال نص المادة 117 من قانون المالية لسنة 2018 التي منعت شراء أو بيع أو استعمال أو حيازة العملة الافتراضية، وحذر من استعمالها، بسبب غياب الدعامة المادية لهذ العملة، بخلاف العملة المادية التي تستند على دائم قانونية تنظمها.[4]

إن من اهم العملات المشفرة هي البتكوين، وعلى العموم فهي تُعتبر ممارسة جديدة للدفع، حيث تتمثل في وحدة حساب مخزنة على وسائط إلكترونية تتيح للمستخدمين تبادل السلع والخدمات دون اللجوء إلى العملة القانونية، لذلك فهو لا يزال يثير مخاوف النظم التشريعية، واختلفت الآراء بين مؤيد ومعارض، خوفا من التهرب الجبائي، لذلك وعدم التحكم في الاقتصاد الرقمي من وراء اعتماد عملة مصدرها مجهول، وهو سبب إثارة المخاوف لدى بعض التشريعات، ومنها المشرع الجزائري.

1 - Assoko (Héraclès Mayé)¸ Op¸ Cit ¸ P .258

2 -BDOULAYE (Hamadou), étude comparative des moyens de paiement, mémoire vue de l'obtention du grade de maitre ès (m.se.) En informatique, département d'informatique et de recherche opérationnelle, université de Montréal, Canada, 2015, p 59.

3 - Mangin (céline)¸ op cit ¸p258.

4– أنظر المادة 117، من القانون رقم:11/17 المؤرخ في: 27 ديسمبر 2017 المتضمن قانون المالية لسنة 2018، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 76، المؤرخة في:28 ديسمبر 2017، ص 54.

إن منع المشرع الجزائري التعامل بالعملة المشفرة لا يعني بتاتا عدم الاعتماد على الدفع الإلكتروني، ونستشف هذا من عديد النصوص التشريعية، حيث نجد المشرع الجزائري، يؤمن بوسائل الدفع الالكترونية.

فقد ورد النص على بطاقة الدفع في القانون رقم:02/05 المؤرخ في 2005/02/06، المعدل والمتمم للقانون التجاري الجزائري، لا سيما المادة 543 مكرر 23، حين اعتبر بأن بطاقة الدفع كل بطاقة صادرة عن البنوك والهيئات المالية المؤهلة قانونا وتسمح لصاحبها بسحب أو تحويل أموال.[1]

وقد أضاف المشرع الجزائري، على أن الدفع إلكترونيا يكون من خلال منصات الدفع المخصص لهذا الغرض، وتنشأ وتستغل حصريا من طرف البنوك المعتمدة من قبل بنك الجزائر وبريد الجزائر، والموصولة بأي نوع من أنواع محطات الدفع الإلكتروني عبر شبكة المتعامل العمومي للمواصلات السلكية واللاسلكية،[2] وهو ما وافق ما جاء في المادة 27 من القانون رقم:05/18، حين نص على أن يكون الدفع الإلكتروني عن طريق وسائل الدفع المرخص بها، ويكون من خلال منصات دفع مخصصة لهذا الغرض، وتكون منشأة ومستغلة من طرف البنوك المعتمدة من طرف بنك الجزائر، وبريد الجزائر، وموصولة بأي نوع من أنواع محطات الدفع الإلكتروني عبر شبكة المتعامل العمومي للموصلات السلكية واللاسلكية.[3]

كما حرص المشرع على ضرورة تحديد كيفية الدفع، بموجب المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم:271/22.[4]

ومن جهة أخرى فقد ألزم المشرع الجزائري بموجب المادة 26 من قانون المالية التكميلي لسنة 2022، المتعاملين الاقتصاديين بضرورة وضع وسائل الدفع الإلكتروني تحت تصرف المستهلك وذلك بناء على طلبه، من أجل تسديد مبلغ مشترياته عبر حسابه البنكي أو البريدي الموطن قانونا على مستوى بنك معتمد، أو بريد الجزائر،[5] وهذا كإجراء من المشرع الجزائري لتشجيع ثقافة الدفع الإلكتروني، والسير

1- أنظر المادة 543 مكرر23، من القانون رقم:05-02 المؤرخ في 2005/02/06، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 11، المؤرخة في 2005/02/09، والمعدل والمتمم للأمر رقم: 75-59 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون التجاري الجزائري، ص11.

2- أنظر الفقرة الثانية من المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 271/22، مرجع سابق، ص22.

3- أنظر المادة 27، من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص08.

4- أنظر المادة 07، من المرسوم التنفيذي رقم 271/22، مرجع سابق، ص21.

5 - أنظر المادة 26، من الأمر رقم 01/22، المؤرخ في 2022/08/04، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2022، المنشور، بالجريدة الرسمية العدد 53، المؤرخة في 2022/08/04، المعدلة للمادة 111 من القانون رقم 11/17 المؤرخ في 2017/12/27، المتضمن قانون المالية لسنة 2018، المعدل والمتمم.

نحو الرقمنة في التعامل المالي فيما يتعلق بالدفع عبر بطاقات الدفع الإلكتروني المتوفرة، ريثما تعمم العملية في مختلف العاملات.

ولا يزال المشرع الجزائري يسعى جاهدا اللحاق بركب التطور الرقمي، ويتجلى ذلك حين أضاف إمكانية تسديد أتاوى ورسوم أملاك الدولة والحفظ العقاري ومسح الأراضي المحصلة من طرف قابضي أملاك الدولة والحفظ العقاري عن طريق الدفع الإلكتروني، تطبيقا للمادة 85 من قانون المالية لسنة 2024.[1]

فالدفع الإلكتروني، يكمُن في تجسيد تنفيذ العقد المبرم بالطرق الإلكترونية، مقابل استلام السلع وتقديم الخدمات إلكترونيا، حيث حلت وسائل الدفع الإلكتروني محل النقود العادية، وتتمثل هذه الوسائل في البطاقات البنكية والنقود الإلكترونية والشيكات الإلكترونية.[2]

ومن جهة أخرى، فهناك من يرى بأن العقود المبرمة بين مستهلك ومحترف تنطبق أيضا على عقود الكهرباء والغاز والماء أو التدفئة الحضرية، كما هو محدد في توجيه الاتحاد الأوروبي رقم:83/2011.[3]

وهذه الأخيرة معتمدة في الجزائر، حيث يمكن للمتعاملين مع شركة الكهرباء والغاز "سونلغاز"، دفع الفواتير عن بعد، باستخدام البرنامج المتاح بهذا الخصوص على شبكة الإنترنت، أو تطبيق "بريدي موب" الذي يمكن تثبيته على جهاز الحاسوب أو الهاتف الذكي أو اللوحات الإلكترونية، حيث يوفر هذا التطبيق إمكانية دفع الفواتير دون عناء التنقل للشبابيك المعتمدة، أو التنقل لمصالح البريد، وذلك بالاعتماد بطاقة الائتمان "البطاقة الذهبية".

إن اعتماد أنظمة الدفع عبر شبكة الانترنت واستغلالها في دفع الفواتير، هو إدخال لأنظمة الدفع الإلكتروني في العقود المستمرة.

إن الدفع الرقمي في الجزائر أو في أي دولة في العالم، يعتبر رمز للاستفادة من خدمات التكنولوجيا الرقمية، فهو يساهم بلا شك في إضفاء الطابع الحديث للدفع.

1 – أنظر المادة 26، من القانون رقم:22/23، المؤرخ في 2023/12/24، المتضمن قانون المالية لسنة 2024، المنشور بالجريدة الرسمية العدد 86، المؤرخة في: 2023/12/31، ص33.

2 – نجوى رأفت محمد محمود، مرجع سابق، ص370.

3 – Alessandra (Ionata), **Le Contrat À Distance En Droit Québécois Et En Droit Européen**, Revue Juridique Étudiante De L'université De Montréal, Vol.1.2, 2015, P 08.

ثانيا: استحقاق الدفع الإلكتروني:

إن استحقاق الدفع مقابل استلام محل الالتزام التعاقدي، لا بد أن يكون محل اتفاق بين المتعاقدين، وإلا يرجع الأمر إلى القواعد العامة فيما يتعلق بزمان ومكان الدفع.

1-زمن استحقاق الدفع الإلكتروني:

بالنسبة لزمان استحقاق الدفع، فبالرجوع للمادة 388 ق م ج، فإن ثمن المبيع يكون مستحقا في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع، مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك، وهو ما وافق ما جاء في المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم:271/22، والمتعلق ببيع الكتاب الإلكتروني، فقد حدد المشرع الجزائري في زمان الدفع يكون.[1]

أما القانون التجاري الجزائري فقد حدد بموجب المادة 414 من القانون رقم:02/05 المعدل والمتمم للقانون التجاري، حيث نص على أنه يجب على حامل السفتجة الواجبة الدفع في يوم محدد أو في أجل ما من تاريخ معين أو بعد الاطلاع، واعتبر بأن التقديم المادي للسفتجة لغرفة المقاصة بمثابة تقديم للوفاء، ويمكن أن يتم هذا التقديم بأية وسيلة تبادل إلكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما،[2] وهوما وافق ما جاء في المادة 502 من نفس القانون بخصوص الشيك.[3]

ويتضح مما سبق أن المشرع الجزائري، عند تعامله مع زمن الدفع والمتطلبات المتعلقة به، يتبين أن زمن الدفع يكون مع تسليم المبيع، ما لم يتم التوصل إلى اتفاق يخالف ذلك.

أما المادة 27 من القانون رقم:05/18، يتم الدفع في المعاملات التجارية الإلكترونية إما عن بعد أو عند تسليم المنتوج، أو عن طريق وسائل الدفع المرخص بها، وفقا للتشريع المعمول به.[4]

وباستقرائنا للمواد القانونية أعلاه، فإن وقت الدفع يكون عند تسليم المنتج، وإذا تعلق الأمر بوسائل الدفع "كالسفتجة أو الشيك"، أو وسائل التبادل إلكترونية المحددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما، فإنه

1- أنظر الفقرة الأولى من المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 271/22، مرجع سابق، ص22.

2- أنظر المادة 414، من القانون رقم:02/05 المؤرخ في 2005/02/06، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 11، المؤرخة في 2005/02/09، والمعدل والمتمم للأمر رقم: 75-59 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون التجاري الجزائري، ص09.

3- أنظر المادة 502، من القانون رقم، 05-02 مرجع سابق، ص09.

4- أنظر الفقرة الأولى من المادة 27 من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص08.

يكون في يوم محدد، أو في تاريخ معين أو بعد الاطلاع، أي أنه عند ما لا يتم تعيين تاريخ معين متفق عليه بين المتعاقدين، فيوم الاطلاع هو يوم الاستحقاق.

2-مكان استحقاق الدفع الإلكتروني:

بالنسبة لمكان استحقاق الدفع، فيكون من مكان تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك، وهذا ورد في المادة 387 ق م ج، غير أنه، إذا لم يكن ثمن المبيع مستحق وقت تسليم المبيع، وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاقه الثمن.

وبالرجوع للقانون التجاري الجزائري فقد حدد كيفية الدفع بالسفتجة والشيك، لا سيما المادة 414 من القانون رقم:02/05 المعدل والمتمم للقانون التجاري، حيث نص على أنه يجب على حامل السفتجة الواجبة الدفع في يوم محدد أو في أجل ما من تاريخ معين أو بعد الاطلاع، واعتبر بأن التقديم المادي للسفتجة لغرفة المقاصة بمثابة تقديم للوفاء، ويمكن أن يتم هذا التقديم بأية وسيلة تبادل إلكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما،[1] أما المادة 502 من نفس القانون فاعتبرت بأن التقديم المادي للشيك إلى إحدى غرف المقاصة بمثابة تقديم للوفاء، ويمكن أن يتم التقديم بأي وسيلة تبادل إلكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما.[2]

إن نتيجة ظهور طرق الدفع الإلكترونية، تمخض عنه مجموعة من الخدمات البنكية الإلكترونية المستحدثة، التي تحاول استخدام التقنية الرقمية في مختلف معاملاتها، مثل خدمات التوكيل الإلكتروني Factoring، وخدمة الصراف الآلي ATM Automated Teller Machine، وخدمة نقاط البيع Point of Sale، والتي يرمز لها بالرمز POS، وخدمة الحصول على الأعمال البنكية من المنزل أو المكتب، [3]وفي هذا السياق لا يزال التطور مستمر، ففي أي لحظة قد تظهر وسائل جديدة يمكنها القيام بعملية الدفع، والمؤسسات المالية في سباق نحو تقديم أحسن الخدمات التي تساهم في تسهيل عملية التواصل مع عملائها.

1- أنظر المادة 414، من القانون رقم، 05-02 مرجع سابق، ص09.

2- أنظر المادة 502، المرجع نفسه، ص09.

3 - خالد ممدوح، ابرام العقد الإلكتروني، تم الإطلاع عليه يوم 2023/12/03، على الساعة 14:45، متاح على الرابط، https://kenanaonline.com/users/KhaledMamdouh/posts/77860

ثالثا: كيفيات الدفع في المعاملات العابرة للحدود:

إن الدفع الإلكتروني قد يكون عابر للدول شأنه في ذلك شأن العقود المبرمة عن بعد فإذا كان التعامل مع متعاقد خارج الوطن، فبطبيعة الحال يكون الدفع باستعمال شبكة الانترنت، فتطور التجارة الدولية الالكترونية، والطابع العالمي لشبكة الانترنت، تنموان بسرعة هائلة جنبا الى جنب، وهو ما يجعل معظم دول العالم في حالة اتصال إلكتروني دائم لإبرام العقود التجارية المختلفة عبر شبكة الاتصالات الالكترونية.[1]

ومن اجل ذلك يتم الدفع في المعاملات التجارية العابرة للحدود حصريا عن بعد، عبر الاتصالات الإلكترونية،[2] وعلى سبيل الإلزام أن يكون موقع الأنترنت الخاص بالمورد موصول بمنصة الدفع الإلكتروني مؤمنا بواسطة نظام تصديق إلكتروني.[3]

كما فرض المشرع طريقة الدفع الإلكتروني بمناسبة شراء سلع أو خدمات من قبل مستهلك إلكتروني مقيم بالجزائر لدى مورد إلكتروني موجود في بلد أجنبي، حيث هذه العملية تكون عن طريق الحساب البنكي بالعملة الصعبة "شخص طبيعي" للمستهلك الإلكتروني الموطن بالجزائر.[4]

وبالنسبة لعائدات البيع فقد ألزم المشرع على سبيل الوجوب تحويل عائدات البيع عن طريق الاتصالات الإلكترونية لسلعة و/أو خدمة بعد الدفع الى حساب المورد الإلكتروني الموطن في الجزائر لدى بنك معتمد من قبل بنك الجزائر، أو لدى بريد الجزائر.[5]

أما منصات الدفع الإلكتروني المنشأة، فهي تخضع لرقابة بنك الجزائر لضمان استجابتها لمتطلبات التشغيل البيني وسرية البيانات وسلامتها وأمن تبادلها.[6]

ولما كانت التجارية الإلكترونية، تعتمد على التداول والعرض، فبالضرورة يجب أن يتضمن العرض التجاري كيفية الدفع، حيث نصت المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم:271/22، على ضرورة تضمين

1 – بلحاج العربي، **مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري**، المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 144.
2– أنظر الفقرة الثانية من المادة 27 من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص08.
3– أنظر المادة 28، المرجع نفسه، ص08.
4– أنظر الفقرة الرابعة من المادة 07 من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص06.
5– أنظر الفقرة الثانية من المادة 07، المرجع نفسه، ص06.
6– أنظر المادة 29، المرجع نفسه، ص08.

العرض التجاري الإلكتروني كيفية الدفع،[1] وتقوم التجارة الإلكترونية بالتداول عبر الإنترنت، حيث يتم قبول الطلبات، ويقوم المستهلك بمراجعة السلع والحصول عليها عبر الإنترنت، ويتوجب تحديد طريقة الدفع والتي يمكن أن تكون بطاقة ائتمان أو نقود إلكترونية أو تحويل مصرفي أو نقدا عند التسليم ويتوجب أيض تحديد كيفية تسليم المنتج.[2]

ولعل من أهم ما يجب تحديده في العرض هو دفع الثمن، حيث نصت المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم:271/22، على إلزام المستهلك بدفع الثمن المتفق عليه في العقد بمجرد إبرامه ويكون الدفع عن بعد أو عند تسليم الكتاب، مالم ينص العقد الإلكتروني على خلاف ذلك.[3]

وقد حدد المشرع طريقة الدفع في حالة تصدير الكتاب المنشور في الجزائر حصريا عن بعد عبر الاتصالات الإلكترونية.[4]

وتعد العقود الإلكترونية بطبيعتها عقودا دولية عابرة للحدود لا تقتصر على حدود دولة معينة، وتكون تجارية، أو مدنية، أو مختلطة وفق طبيعة كل عقد، وطبيعة العلاقة التي تربط أطراف العقد.[5]

إن التعامل مع الدفع الإلكتروني في المعاملات التجارية العابرة للحدود، يخضع بلا شك للقوانين التي بدورها تنظيم هذه العمليات، لذلك يتم الدفع في هذه المعاملات بشكل حصري عبر الاتصالات الإلكترونية، وتتطلب منصات الدفع الإلكتروني التي تم إنشاؤها الامتثال لمتطلبات البنك المركزي لضمان الأمان والسرية والتشغيل السليم للخدمة، كما أن العروض التجارية الإلكترونية، يجب أن تشتمل على وسيلة الدفع المتاحة للمتعاقد وكيفية تسليم المنتج، مع تحديد طريقة الدفع والتسليم بالتفصيل، كما تلزم القوانين المستهلك بدفع الثمن المتفق عليه في العقد بمجرد إبرامه، مع وضوح طريقة الدفع ضمن العرض التجاري.

1- أنظر المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 271/22، مرجع سابق، ص21.

2- Korkusuz (refik), **An Analysis Of The Revised United Nation Guidelines For Consumer Protection And The Oecd Recommendation Of The Council On Consumer Protection In E-Commerce**, El Tourath Review, Number 32, Ninth Folder, December 2019, P314.

3- أنظر المادة 09، من المرسوم التنفيذي رقم 271/22، مرجع سابق، ص21.

4- أنظر الفقرة الثالثة من المادة 18، المرجع نفسه، ص22.

5- يتوجي سامية، **البيئة الرقمية ودورها في تغيير طبيعة المستهلك من تقليدي إلى إلكتروني**، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، المجلد 09، العدد02، سنة2021، ص411 و412.

خامسا: مخاطر الدفع الإلكتروني في العقود المبرمة عن بعد:

إن التعامل بطرق دفع حديثة لا يخلو من أبدا من مخاطر، تأتي هذه الأخيرة من طرق الدفع عبر الإنترنت، أو من الأخطاء التشغيلية للأطراف المعنية أثناء عملية الدفع عبر الإنترنت، ويمكننا إعطاء نبذة عن بعض المخاطر كما يلي:

1- الجريمة الإلكترونية في العقود المبرمة عن بعد:

تشمل الجرائم الإلكترونية عمليات الاحتيال عبر الإنترنت وهجمات القراصنة وتدمير البرامج الفيروسات.[1]

ويكمن الخطر في الجريمة الإلكترونية، عندما يتعلق الأمر بما يعرف بالهاكر، حيث يمكنه الوصول إلى حسابات بنكية وتحويل الأموال، ولعل من أهم المخاطر التي تحول دون تطور وسائل الدفع، أو عدم التعامل عن بعد، أو الإحجام عن التعامل عن بعد بسبب ما قد يتعرض له المتعامل بهذه الطريقة، مما يجعل نوع من عدم الائتمان التعاقدي لدى المتعاملين.

2- الاصطياد الاحتيلي في العقود المبرمة عن بعد:

الاصطياد الاحتيالي هو نوع من عمليات الاحتيال على الإنترنت يتسم بمستوى عالٍ من التكنولوجيا، حيث يتنكر المحتالون كشركات حقيقية، يقوم هؤلاء بإنشاء مواقع ويب مزيفة ويطلقون برمجيات إجرامية لخداع الأشخاص عبر الإنترنت وتحفيزهم على الكشف عن معلومات سرية، مثل أرقام حساباتهم البنكية وبطاقات الائتمان الخاصة بهم.[2]

3- التعرض للفيروسات الإلكترونية في العقود المبرمة عن بعد:

الفيروس هو برنامج صغير قادر على تدمير بيانات الحاسوب أو حتى محو محتويات القرص الصلب بالكامل، أو جعلها غير قابلة للعرض من جديد، أو تظهر بشكل مشوه أو مختلط، وقد يقوم بإخفاء بعض البيانات المهمة، ويمكنه الإنتقال من جهاز حاسوب إلى جهاز آخر، من خلال تعدد استخدام لواحق الحاسوب flash dick أو البطاقات الناقلة للمعلومات من جهاز إلى جهاز، أو عن طريق برامج خبيثة تتسلل للجهاز من خلال شبكة الانترنت، تقوم بتعديل برامج العمل.

1 - Bouri (Nassima), Op, Cit, p303.
2 - Ibid, p303.

سادسا: التصدي لمخاطر الدفع الإلكتروني في العقود المبرمة عن بعد:

لم يكن من بد غير السير قدما نحو الاستخدام الرقمي ومسايرة التطور التكنولوجي، وفي الإطار لا يمكن البقاء مكتوفي الأيدي ننظر إلى المخاطر وهي تهدد ما تم بناؤه من تطور تكنولوجي، فكان لا بد من إيجاد آليات من شأنها تخفيض حدة المخاطر التي قد تهدد الوسائل الإلكترونية المستخدمة في مجال التعاقد عامة وأنظمة الدفع خصوصا، ومن هذه الآليات.

1-الجدار النار أو الحاجز الناري الإلكتروني في العقود المبرمة عن بعد:

يعتبر الجدار الناري، برنامجا متطورا تقنيا يلعب دورا مهما في تصميم حاجز وهمي يصعب اختراقه، أو يمثل أنظمة فعالة لكشف العمليات غير المرخص بها، من جهة ويمكنه أيضا بعث رسائل تحذير عند اختراقها أو محاولة اختراق البيانات أو قرصنتها، من ناحية ثانية، ويمكنه معرفة هوية المتعاملين والتعرف عليهم، من خلال كلمة السر أو البطاقة الذكية أو كليهما.[1]

2-مضاد الفيروسات الإلكترونية في العقود المبرمة عن بعد:

يعتبر مضاد الفيروسات، برنامج يستخدم للكشف عن الفيروسات والبرامج الضارة على أنظمة الكمبيوتر والأجهزة الإلكترونية الأخرى كالهواتف الذكية واللوحات الإلكترونية وغيرها من الأجهزة الممكن استخدامها في التعاقد أو الدفع الإلكتروني، ومن ثم يقوم بتصفيتها من الجهاز، أو عزلها لمنع تلف البيانات أو الأضرار بالنظام، أو توقيفها عن العمل بشكل نهائي، أو لفترة معينة، وقد يقوم مضاد الفيروسات بتحديث قاعدة بياناته بانتظام للكشف عن أحدث الفيروسات والتهديدات في حال تم تثبيته على الجهاز وتم تفعيله بشكل دائم، كما يمكنه القيام بفحص الملفات والبرامج المشبوهة بحثًا عن أي علامة للضرر أو التهديدات الأمنية والمخاطر.

وكنتيجة للعوامل المذكورة أعلاه، ما زالت البنوك العمومية تتحكم في مجال كبير من نظام الدفع حيث تعتمد على نظام الدفع بالصك أو الدفع النقدي، ولم يتم تطوير نظام الدفع الإلكتروني بشكل يتماشى مع التطورات، ولا يزال الدفع الإلكتروني محدود في بعض المعاملات دون تطويره كما في أغلب دول العالم.

1 – منية نشناش، مرجع سابق، ص256

ولا يزال الدفع الإلكتروني في الجزائر فتيا في مرحلة النمو مقارنة بدول العالم المتطورة، التي كانت سباقة في هذا المجال، كما لم ينل الثقة الكاملة لدى المتعاملين، وربما هذا ناتج لانعدام الثقة من جهة، وللتذبذب الذي تعرفه المؤسسات المالية من جهة ثانية، فلا يزال يعرف من حين لآخر عدم وجود السيولة، وأن يتم تحديد مبلغ معين عند عملية السحب، ولا يمكن سحب أكثر من هذا المبلغ إلا بعد أربعة وعشري ساعة، مما يصعب سحب المبالغ الكبيرة، أو توقف التطبيق المخصص للدفع دون سابق إنذار للمتعاملين، صعوبة المرور للمراحل الموالية عند استعمال تطبيقات معينة.

إن تسليم المنتوجات والخدمات عن بعد، والدفع مقابل ما تم استلامه أو القيام به، يمثل في حقيقة الأمر تبادل للالتزامات بين المتعاقدين.

ولما كان التعاقد يتم عن بعد، ولما له من خصوصية، فقد أو أعطت له أغلب التشريعات إمكانية العدول عن التعاقد، لترجع الحالة إلى ما كانت عليه قبل أداء الالتزامات التي تحدثنا عنها، في هذا المبحث، أما العدول وما كيف يتم هذا الإجراء الجديد على النظرية التقليدية للعقد، فهو موضوع المبحث الموالي.

المبحث الثاني: العدول كاستثناء وارد على تنفيذ العقد المبرم عن بعد.

في الأصل بعدما يتم الاتفاق بين الأطراف حول تفاصيل العقد، تترتب حقوق والتزامات ينظمها القانون، تتمثل بالأساس في تنفيذ كل طرف للالتزامات المترتبة عليه، ولما كان العقد المبرم عن بعد، لا يلتقي فيه الأطراف، ولا يتم فيه المعاينة الحقيقية لمحل العقد، وما تم معاينته عن بعد باستخدام الصور، أو الوصف الكتابي، أو الفيديوهات، أو حت الكتالوجات، فهي معاينة لمحل العقد لا يعتبرها القانون والفقه كافية، لذلك تم منح إمكانية العدول عن التعاقد، فنظرة القانون والفقهاء لهذا الأمر، هو أن القوى غير متكافئة بين متعاقدين أحدهما في موقف ضعف وهو المستهلك، والآخر قوي وهو المحترف، السبب في ذلك الاحترافية والخبرة التي يتمتع بها هذا الأخير، وهذا الأمر جعل من العقد الصحيح مهدد بالعدول، لذلك سندرس التنظيم القانوني للعدول (المطلب الأول) ، ولا شك أن العدول عن التعاقد ينتج عنه أثار، وهو ما سنوضحه لاحقا، الأثار المترتبة عن العدول (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التنظيم القانوني للعدول.

يرتكز العدول عن التعاقد إلى النظم القانونية، التي يستمد منها قوته، لأنه من الخطورة بمكان على المراكز القانونية، أن يتم العدول عن العقد الذي ابرم صحيحا، فما هو مفهوم العدول (الفرع الأول)، ثم الطبيعة القانونية للعدول (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم العدول:

للعدول مفاهيم قانونية وفقهية تتناول موضوع التراجع عن العقد قبل تنفيذه باتفاق الطرفين، يمكننا استعراض وجهات النظر حول العدول استجابة لاحتياجات دراستنا في الموضوع، ومنه نقوم بالتفرقة مع بعض المصطلحات القريبة منه.

أولا: تعريف العدول.

أطلقت العديد من المصطلحات، على العدول عن التعاقد، فمنها حق الرجوع، ومهلة التروي، وحق الندم، ومهلة التدارك، ومرحلة إعادة النظر،[1] ورغم أن المشرع الفرنسي كان الأسبق في إصدار قانون

1- وليد لعوامري، **حق الرجوع كآلية لحماية المستهلك في العقد المبرم الكترونيا**، مجلة الشريعة والإقتصاد، قسنطينة، الجزائر، المجلد 07، الإصدار الثاني، العدد 14، سنة 2018، ص37.

حماية المستهلك المتعاقد عن بعد، إلا أنه لم يُعرف الحق في العدول،[1] بينا نجذ بعض الفقه سماه بحق الرجوع، واعتبره بأنه سلطة أحد المتعاقدين بالانفراد بنقض العقد والتحلل منه، دون الأخذ بإرادة الطرف الآخر.[2]

إن المصطلحات التي أطلقت على حق المتعاقدين في العدول عن التعاقد في القوانين والأنظمة المختلفة، تبدو بأنها متقاربة، أو أنه أريد بها معنى متقاربا أو معنى نفسه تقريبا، إلا أنها تختلف بعض الشيء عن بعضها، فعلى سبيل المثال، تسمية حق الرجوع، ليست بمعنى مهلة التروي، فحق الرجوع المقصودة بالتراجع عن العقد، بخلاف مهلة التروي، التي يمنح فيها لأحد المتعاقدين فرصة للإعادة التفكير، إلا أن النتيجة المتوخاة من المصطلحين هي أن كليهما تجعل من العقد قد ينقضي، إلا أنه في غالب تكون مهلة التروي قبل التعاقد أصلا، بخلاف الرجوع الذي يكون بعد التعاقد ثم يأتي الرجوع عن العقد المبرم سابقا.

أما مهلة التدارك فهي الأقرب لحق الرجوع، من ناحية ارتباطهما بمدة معينة، وهذا ما جاء في جل التشريعات، وتختلف في كونها مهلة يُمنح فيها للمتعاقد فرصة لتصحيح الأخطاء أو السلوكيات التي قد تؤدي إلى إلغاء العقد، بينما حق الرجوع لا يفترض بأن يكون المتعاقد قد أخطأ، وإنما يكون الرجوع بسبب عدم التمكن من المعاينة الدقيقة للمنتج.

وبالنسبة لمهلة التدارك، فهي متقاربة جدا من مرحلة إعادة النظر، على اعتبار أنهما يمثلان المدة التي يُمنح فيها المتعاقدين فرصة لمراجعة شروط العقد واتخاذ قرار بالاستمرار أو الانسحاب.

وانتقد البعض من الفقه بأن منح مهلة للتفكير والتروي تتعلق بالاعتداء على مبدأ الرضائية وليس مبدأ القوة الملزمة للعقد.[3]

ومن جانب آخر فقد عرف حق العدول على أنه آلية قانونية حديثة، منحها المشرع لغرض منح الحماية اللازمة والفعالة للمستهلك في المرحلة اللاحقة لإبرام العقد،[4] حيث يمكنه ممارسة حق الرجوع

1- سي يوسف زاهية حورية، **حق العدول عن التعاقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني**، مجلة الإجتهاد للدراسات القانونية والإقتصاد، المجلد07، العدد02، سنة 2018، تمنراست، الجزائر، ص14.

2- وليد لعوامري، مرجع سابق، ص38.

3- فاطمة الزهراء قلواز، **العدول عن العقد في القانون الوضعي والفقه الإسلامي**، دكتوراه في الحقوق، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، سنة 2022/2021، ص136.

4- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص14.

بالإرادة المنفردة، دون انتظار موافقة الطرف الآخر، وأكثر من ذلك عدم الرجوع للقضاء حتى، وهذا ما يخالف مبدأ القوة الملزمة للعقد.[1]

وبين هذا وذاك فهناك من اعتبر العدول عن العقد بأنه، ميزة قانونية أعطاها المشرع للمستهلك في الرجوع عن التعاقد، بعد أن أبرم العقد صحيحا أو قبل إبرامه، دون أن يترتب على ذلك مسؤولية المستهلك في تعويض المتعاقد الآخر عما يصيبه من أضرار بسبب الرجوع.[2]

بينما عرفه آخرين بأنه بمثابة الإعلام عن إرادة مضادة يعتزم من خلالها المتعاقد الرجوع عن إرادته وسحبها واعتبارها كان لم تكن واعتبارها كأن لم تكن وليس لها أثر ساب أو لاحق،[3] وبهذا فهو بمكانة الإعلام عن الإرادة المضادة، واعتبار الإرادة المعبر عنها في البداية كأن لم تكن ويمكنه سحبها من خلال العدول، لينعدم كل أثر ترتب أو سيترتب عنها، وليس لها أثر سابق أو لاحق.

وهذا الراي وافق ما جاء به أما الفقيه "جيرار كورني"، حين عرفه بأنه "تعبير عن إرادة معاكس بمقتضاها يقصد صاحب تصرف أو تعبير بإرادة منفردة الرجوع عن إرادته وسحبها وكأنها لم تكن من أجل إفراغها من كل أثر في الماضي والمستقبل".[4]

ومن منظور أخر يرجح البعض من الفقه الامر إلى الأصل العام أو القاعدة العامة، بأنه لا يحق لأحد طرفي العقد العدول عنه متى ارتبط القبول بالإيجاب، ومراعاة لخصوصية العقد الإلكتروني، خاصة مع عدم قدرة المتعاقد الفعلية من رؤية محل العقد، ومعرفة خصائصها وفحص جودتها قبل إبرام العقد، فقد أعطت بعض التشريعات الطرف الآخر حق العدول.[5]

وهناك من عرفه بأنه "حق يترتب للمستهلك خلال مدة معينة من تاريخ التسليم، يثبت له الخيار بين رد المبيع غير المطابق واستبداله بآخر مطابق أو إعادته أو استرداد الثمن دون أن يتحمل نفقات أو تكاليف إضافية".[6]

1- وليد لعوامري، مرجع سابق، ص38.

2- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص14.

3- وليد لعوامري، مرجع سابق، ص38.

4- على أحمد صالح، بن عيشة عبد الحميد، **العدول آلية قانونية لحماية المستهلك**، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 10، جوان 2018، ص 815.

5- بن محمد عمر الحمراوي، مرجع سابق، ص 615.

6- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص14.

أما الفقه القانوني العربي يرى بأن العدول هو ميزة قانونية أعطاها المشرع للمستهلك في الرجوع عن التعاقد بعد إبرام العقد صحيحا دون أن يرتب على ذلك مسؤولية المستهلك عن حق الرجوع أو مسؤولية تعويض المتعاقد الآخر عما يصيبه من أضرار بسبب الرجوع.[1]

وقد ذهب الفقه الفرنسي بالقول الى أن العدول يمثل تعبير مخالف للإرادة بإرادة أخرى، بحيث يسحب إرادته الأولى وتصبح كأنها لم تكن، وتجرد من كل أثر رتب عنها في الماضي، أو سيرتب في المستقبل،[2] وقد عرفه الأستاذ Pierre Breeze على أنه "الحق المعطى للمتعاقد بأن يلغي من طرف واحد العقد الذي قبله، والذي يجب أن يكون مبدئيا باتا ونهائيا".[3]

بينما اتجه جانب من الفقه إلى دراسة الفكرة من زاوية أخرى حين طرح فكرة تكوين العقد وعلاقتها بالعدول، فالعقد المقترن بالعدول، لا بد له بأن يمر بمرحلين، تفصل بينهما فترة زمنية حتى يكتمل رضا المستهلك، وهو ما يفيد بأن العقد لم ينعقد وليس اعتداء على قوته الملزمة، أين أعتبر جانب من الفقه بأن عدول المستهلك عن العقد يمثل تعد على قوته الملزمة.[4]

وفي ذات السياق فالعدول بهذه الفكرة بمثابة الرضا التعاقبي، ويقصد بذلك الرضا المزدوج الذي يتم على مرحلتين حيث إن المستهلك يوقف تكوين العقد من خلال ممارسة حقه في العدول، فعقد الاستهلاك ينعقد على مرحلتين، بحيث المرحلة الأولى يكون رضا المستهلك فيها أولي فهو عبارة عن تمهيد للعقد النهائي ويكون بمثابة الرضا المؤقت، أما المرحلة الثانية، فهي المرحلة التي يصبح فيها العقد نهائيا بعد انقضاء المدة المحددة لحق العدول، وهو ما يطلق عليه بالرضا النهائي.[5]

وقد تم نقد هذه الفكرة من بعض الفقه، حيث اعتبر بأن تكوين العقد عبر مراحل يفيد في العقود التي لم يتم تنفيذها ولا تصلح في العقود التي لم يتم تنفيذها، أما كون العقد قد يلحقه العدول رغم تكوينه

1- على أحمد صالح، بن عيشة عبد الحميد، مرجع سابق، ص 815.

2 - رفيقة بوالكور، **الأحكام القانونية لحق المستهلك في العدول عن العقد**، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، الجزائر، المجلد 12، العدد01، أفريل 2021، ص 1007.

3- على أحمد صالح، بن عيشة عبد الحميد، مرجع سابق، ص 815.

4- فاطمة الزهراء قلواز، مرجع سابق، ص136.

5- على أحمد صالح، مرجع سابق، ص 819.

صحيحا فهذه الحالة تقترب من العقد الذي أصابه خلل كما في حل تعيب الإرادة أو في حالة تضمن العقد شرط تعسفي.[1]

فمن هذه الأفكار حول العدول عن العقد، نستنتج بأن حق العدول عن العقد يترتب عليه تأثيرات قانونية وفقاً لتفسيرات مختلفة، فهو آلية قانونية منحها المشرع للمستهلك لحمايته، حيث يُمكنه سحب إرادته من دون موافقة الطرف الآخر، ويتجلى تباين آراء الفقهاء حول تطبيق هذا الحق، فمن اعتبره منحة للمستهلك يستعملها دون مسؤولية عن تعويض الطرف الآخر، بينما يرى البعض الآخر أنه مجرد إعلام عن إرادة مضادة يتخذه المتعاقد، تظهر أيضاً وجهات نظر تعتبر العدول عن العقد حقًا يمكن ممارسته في حالة ارتباط القبول بالإيجاب، مع التأكيد على خصوصية هذا الحق في العقود المبرمة عن بعد، ويُعتبر البعض الآخر أن حق العدول يمثل خيار للمستهلك بين عدة خيارات، مثل إعادة المبيع غير المطابقة أو استرداد الثمن دون تحمل تكاليف إضافية.

ثانيا: نظرة التشريع للعدول عن التعاقد.

لم تنص التشريعات على حق العدول في بادئ الأمر، ومنه تلك التشريعات الأوربية، فعلى الرغم من حرص التشريعات الأوربية على حماية المستهلك، إلا أن البعض منها لم تنص على حق العدول، ومن ذلك القانون رقم:83/2011 للاتحاد الأوربي الذي لم ينص على الرجوع عن التعاقد، رغم ما أدرج فيه من ابتكارات، بخلاف قانون الكيبيك الكندي الذي يعتبرُ بأن العدول يمنح حماية قانونية للمستهلك.[2]

وعلى غرار قانون الاتحاد الأوربي، يعتبر المشرع الفرنسي الأسبق في إصدار قانون حماية المستهلك المتعاقد عن بعد، إلا أنه لم يعرف الحق في العدول.[3]

ولقد نص المشرع الفرنسي بموجب المادة L20/121 من قانون الاستهلاك المعدل بالقانون رقم:841-2005، على أن من حق المستهلك ممارسة الرجوع عن العقد المبرم عن بعد، في أجل سبعة أيام كاملة دون أن يبدي أي أسباب، ولا يترتب عليه أي مصاريف ما عدى تلك المتعلقة بالإرجاع.[4]

1- فاطمة الزهراء قلواز، مرجع سابق، ص136.

2 _ Alessandra (ionata), **le contrat a distance en droit quebecois et en droit europeen**, revue juridique etudiante de l'universite de montreal vol.1.2, 2015, p 22.

3- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص14.

4 – شهد محمد خليفه الكبيسي، **إشكاليات الحق في العدول عن عقد البيع الإلكتروني** (دراسة مقارنة)، ماجستير في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة قطر، جانفي 2022، ص 31.

بينما المشرع الجزائري، فقد عرف العدول بأنه حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتوج ما دون وجه سبب، وحدد بأنه للمستهلك الحق في العدول عن اقتناء منتوج ما ضمن احترام شروط التعاقد، ودون دفعه مصاريف إضافية، حسب ما ورد في المادة19 من القانون رقم:09/18 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.[1]

وفي نص خاص ببيع الكتب بالطريقة الإلكترونية، أين نصت المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم:271/22، على ضرورة تضمن العرض التجاري الإلكتروني إمكانية الرجوع عن بيع الكتاب بالطريقة الإلكترونية.[2]

وقد عرف المشرع الجزائري الرجوع عن التعاقد في عقد الهبة ضمن قانون الأسرة الجزائري، بموجب المادة 211 منه وذلك في حالة هبة الوالدين للابن، حين خول المشرع للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا في حالات معينة.[3]

وقد تطرق المشرع الجزائري لحق العدول أيضا في العديد من القوانين منها قانون التأمينات من خلال المادتين 70مكرر و90 مكرر المتعلق بالتأمين على الأشخاص، وقانون الند والقرض في المادة 119 مكرر1.[4]

ومن جانب آخر فقد أشار المشرع الجزائري ضمن قانون التجارة الإلكترونية رقم:05/18، إلى ضرورة إدراج المورد الإلكتروني لشروط وآجال العدول ضمن العرض الإلكتروني المقدم للمستهلك عند الاقتضاء، جاء هذا في المادة 11 من القانون المذكور.[5]

فالعدول يخضع لتقدير المستهلك ليقرر المضي أو لا، دون إلزام بالتبرير، وعليه تزول الرابطة العقدية وتصبح كأن لم تكن، وذلك في حال تم تفعيله من طرف المستهلك، وفي الحالة العكسية وعدم

1- أنظر المادة 19 من القانون رقم:09/18، المؤرخ في: 2018/06/10، المعدل والمتمم للقانون رقم:03/09، المؤرخ في: 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد35، المؤرخة في: 2018/06/13، ص06.

2- أنظر المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم:271/22، مرجع سابق، ص21.

3 - أنظر المادة 211، من القانون رقم:11/84، المؤرخ في: 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد24، ص 924.

4- فاطمة الزهراء قلواز، مرجع سابق، ص27.

5 - رفيقة بوالكور، مرجع سابق، ص 1008.

تفعيل العدول فبهذا الإجراء المتخذ من طرف واحد(المستهلك)، يتحرر العقد من الانهيار في حال انقضاء الآجال دون تفعيله.[1]

وبالحديث عن حق العدول نميز بين حق العدول القانوني وهو حق الرجوع عن العقد المبرم عن بعد والعقود التي تبرم عن طريق الوسيط الالكتروني، وحق الرجوع الاتفاقي وهو أن يتفق الطرفان الى دفع شروط معينة وقد تكون أسهل من الرجوع القانوني وقد يكون الرجوع باتفاق تراضي المتعاقدين عليه صراحة أو ضمنا وقد يكون الرجوع لأحد المتعاقدين أو لكليهما.[2]

وتتلخص نظرة التشريع حول حق العدول، في رؤية بعض الدول الفرنكوفونية المتعلقة بحقوق المستهلك في العدول عن العقود، حيث يُعرَّف المشرع الفرنسي حق العدول على أنه يتيح للمستهلك إلغاء العقد المبرم عن بُعد دون تقديم أي أسباب خلال مدة سبعة أيام، مع عدم تحمله لأية تكاليف إضافية باستثناء تكاليف الإرجاع، أما المشرع الجزائري، فهو يعطي للمستهلك الحق في التراجع عن شراء منتج دون ذكر أسباب، ويكفل له ذلك دون تحمل تكاليف إضافية وفقاً للشروط المتفق عليها، وتشدد المراسيم التنفيذية في الجزائر على ضرورة توفير إمكانية الرجوع عن شراء الكتب بالطريقة الإلكترونية، مما يعكس التزام الحكومة بحماية حقوق المستهلك في البيئة الرقمية أيضًا.

ثالثا: التفرقة بين العدول وما يقاربه من مصطلحات.

يقترب من مصطلح حق العدول عن التعاقد العديد من المصطلحات، من حيث الإجراء وما يترتب عنه حول العقد، وليس كمصطلح حسب المعنى، وحتى لا يلتبس علينا الأمر، نحاول توضيح البعض منها وابراز الفوارق بينها.

1- التفرقة بين العدول والفسخ:

يترتب الفسخ كجزاء عن عدم قيام أحد المتعاقدين بالتزامه،[3] لذلك فالفسخ هو حل الرابطة العقدية، نتيجة إخلال أحد طرفي العقد في العقود الملزمة للجانبين، بأحد التزاماته المترتبة عن العقد.[1]

1 - بوعرعور عياش، **التوازن العقدي في عقود الاستهلاك**، مذكرة ماجستير، في القانون الخاص تخصص قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، سنة 2015، ص99.

2- أحمد نوح عودة، **حق المستهلك في الرجوع عن عقد البيع الالكتروني**، مجلة جامع الامام جعفر الصادق (ع) للدراسات القانونية، كلية القانون، العدد 03، 2022، ص 90.

3- فاطمة الزهراء قلواز، مرجع سابق، ص39.

الفسخ والعدول كلاهما يلحقان العقد الصحيح المستكمل لأركانه وشروطه، ولا يردان إلا على العقد الملزم للجانبين، وكلاهما مقرران بنص القانون، ويلحقان العقد في مرحلة تنفيذه، وكلاهما لا ينتظر تحقيق مصلحة اقتصادية من وراء ممارسة كل من العدول عن العقد فسخه.[2]

لهذا يختلف حق الرجوع عن خيار الفسخ لعيب يصيب العقد في الفسخ، بينما لا يوجد هذا في العدول، وكلاهما ينهيان العلاقة التعاقدية، وكلاهما يخولان لطرف واحد وهو المشتري أو المستهلك، فيختلفان من حيث الأساس فخيار الفسخ يقوم على عدم التزام البائع بإعلام المشتري بالعيوب الخفية، بينما حق الرجوع هو إمكانية قانونية منحها المشرع للمستهلك ولو لم يكن هناك كتمان أو إخلال بالالتزامات من طرف المتدخل، ناهيك عن إمكانية المطالبة بالتعويض في الفسخ عكس الحق في التراجع.[3]

أما من ناحية الاختلاف فيختلف الفسخ عن العدول عن التعاقد، حيث إن الفسخ يتم بتوافر ثلاثة شروط متمثلة في كون العقد ملزما لجانبين، ويتخلف أحدهما عن أداء التزامه، أي ألا يقوم أحد أطراف العلاقة التعاقدية بأداء التزامه، غم حلول الأجل القانوني لذلك، وفي المقابل يكون الطرف طالب الفسخ، قد قام بتنفيذ التزامه أو مستعدا للوفاء به، أما العدول فيتطلب احترام المدة القانونية فقط.[4]

فالعدول يتم بإرادة المستهلك ودون النظر لموقف المتعاقد الآخر بل دون اعتبار لموافقته من عدمها، ولا يحتاج لحكم قضائي، بخلاف الفسخ الذي يحتاج لحكم قضائي سواء كان الحكم كاشفا أو منشئا، فهو ولو اتخذ بإرادة الأطراف إلا أن تنفيذه يستلزم حكم قضائي.[5]

وفي ضوء هذا، فالفسخ يكون العقود الملزمة للجانبين، ويعني حل الرابطة العقدية نتيجة لاختلال أحد الأطراف في التزاماته المترتبة عن العقد، وهو يختلف عن حق الرجوع فخيار الفسخ يكون في حالة وجود عيوب في العقد؛ حيث يمكن للمشتري أو المستهلك أن يطلب الفسخ إذا لم يلتزم البائع بإخطاره بالعيوب الخفية في المنتج، لكن حق الرجوع يمكن ممارسته حتى دون وجود عيوب خفية في المنتج، فهو

---

1 – السيد عبد الوهاب عرفه، **فسخ العقد والشرط الفاسخ الصريح وموجبات عدم أعماله**، دار المجد للنشر والتوزيع، د س ن، ص 08.

2– فاطمة الزهراء قلواز، مرجع سابق، ص39.

3– وليد لعوامري، مرجع سابق، ص38.

4– فاطمة الزهراء قلواز، مرجع سابق، ص40.

5– عبد الحكيم فرحان، **حق المستهلك في العدول عن التعاقد وتطبيقاته في القانون الجزائري**، مجلة الرسالة للدراسات والبحوث الإنسانية، جامعة العربي التبسي، تبسة، المجلد 06 العدد 03، سبتمبر 2021، ص 501.

إمكانية قانونية منحها المشرع للمستهلك للعودة عن العقد، بالإضافة إلى ذلك، يتضمن حق الفسخ الحق في المطالبة بالتعويض، بينما عادة ما لا يتضمن حق الرجوع هذه الإمكانية.

2- تمييز حق العدول عن البيع بالتجربة:

يجيز القانون في البيع بالتجربة للمشتري تجربة الشيء المبيع قبل إتمام عملية الشراء، قصد التأكد من ملاءمة الشيء المبيع للحاجة المعد لها من عدمها، ليبقى قرار القبول والرفض بيد المشتري، فهو المقرر والمبدي لرأيه حول صلاحية الشيء من عدمه، طبقا للمادة 355 من القانون المدني الجزائري.[1]

فالبيع على شرط التجربة، هو بيع معلق على شرط واقف، يتمثل في قبول المشتري المبيع بعد تجربته، وفي هذه الحالة يكون المشتري مالكا تحت شرط واقف، ويكون البائع مالكا على شرط فاسخ، ويبقى سريان العقد بأثر رجعي، أي في حال تم الاتفاق على العقد يسري أثره من وقت البيع لا من وقت القبول بعد التجربة.[2]

فالقانون يسمح بالبيع بالتجربة للمشتري، حيث يمكنه بتجربة السلعة قبل إتمام الشراء، بهدف التحقق من وملاءمتها لاحتياجاته الشخصية، ويترك قرار القبول أو الرفض بيد المشتري ففي البيع على شرط التجربة، يتم الاتفاق على الشرط أن يكون قبول المشتري للسلعة بعد التجربة، حيث يصبح المشتري مالكًا تحت هذا الشرط، والبائع مالكًا على شرط فاسخ، وفي هذه الحالة، يكون سريان العقد بأثر رجعي، مما يعني أن العقد يبدأ من وقت البيع وليس من وقت قبول المشتري بعد التجربة.

وقد انتقدت هذه الفكرة الأخيرة حيت أن خيار الرجوع عن التعاقد لا يحول دون انعقاد فهو يبقى غير نافذ تجاه أطرافه وغير لازم تجاه المستهلك طوال مدة الرجوع المحددة قانونا، فحق الرجوع محدد بقواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ولا تخضع لرقابة القضاء بخلاف حرية المشتري في إتمام التجربة مقيدة باعتبارات موضوعية وتخضع لرقابة القضاء، ناهيك على أن التجربة تقتصر على عقود

1 – معامير حسيبة، **ضمانات عدم تعسف المستهلك في استعمال حقه في العدول عن العقد في ظل قانون حماية المستهلك وقمع الغش 03/09**، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، المجلد09، العدد01، السنة 2021، ص 314.

2 – شوقي بناسي، **الشرط في قانون العقود**، قراءة جديدة في ضوء القانون المدني الجزائري والقانون المدني الفرنسي (المعدل) والفقه الإسلامي، دار الخلدونية، القبة القديمة، الجزائر، 2020، ص 136.

البيع، بينما خيار المستهلك في الرجوع يشمل عقود البيع وعقود التزويد بالخدمات والتعاقدات المبرمة عن بعد.[1]

ويكمُن الاختلاف بين البيع بالتجربة وخيار العدول، من حيث الهدف، فالتجربة تسمح للمشتري التعرف على مواصفات المبيع، بينما خيار الرجوع يهدف الى التأكد من تمام رضا المستهلك والمرجع هو القانون أما التجربة المرجع هو الاتفاق.[2]

وبالرجوع للمادة 355 من ق م ج، نجد بأن البيع بشرط التجربة، متوقف على شرط تجربة الشيء محل البيع ويكون اتفاقا مسبقا بين المتعاقدين،[3] وهو يختلف عن العدول عن التعاقد، وذلك راجع لأن البيع بشرط التجربة محدد على شرط معين وهو إما مواصلة العقد بعد التجربة أو عدم مواصلة العقد من أساسه، فهو مرهون بتجربة الشيء المبيع، أن تمام العقد يرجع لنجاح التجربة أو محل العقد مناسبا لما أعد له، بينما عدم نجاح محل العقد في التجربة الخاضع لها، يعني عدم تمام بناء العقد، ومن هذا المنطلق فهو يختلف عن العدول لأن العدول يكون العقد قائما، ثم يأتي الرجوع عن التعاقد دون تقديم سبب لذلك، وبهذا ينهار العقد القائم ويرجع الحال إلى ما كان عليه في البداية قبل التعاقد.

3- تمييز العدول عن الوعد بالتعاقد:

الخيار بالرجوع عن التعاقد كالوعد بالتعاقد فموقف صاحب خيار الرجوع يشبه الى حد ما موقف المستفيد من الوعد بالعقد من جانب واحد، ففي كلتا الحالتين إتمام العقد أو تركه يبقى مرهونا طوال مدة الخيار بالإرادة المنفردة لصاحب الخيار، والمدة الممنوحة من المشرع للمستهلك للرجوع في التعاقد تمثل مدة الوعد بالعقد.[4]

إن الوعد بالتعاقد، عبارة عن اتفاق غير نهائي، فهو مجرد وعد متوقف على إبداء رغبة الموعود له، وقد يكون متوقف على رغبة البائع بالبيع إذا كان قد تلقى الوعد بالشراء من المشتري، أو رغبة

1- يوسف شندي، **أثر خيار المستهلك في الرجوع في التعاقد على تحديد لحظة ابرام العقد**، مجلة الشريعة والقانون، العدد 43، يوليو 2010، ص 270.

2- يوسف شندي، المرجع نفسه، ص 272.

3 - خليل أحمد حسن قدادة، **الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري**، الجزء الرابع، عقد البيع، طبعة 2001، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، ص71.

4- يوسف شندي، مرجع سابق، 269.

المشتري إذا كان قد تلقى الوعد بالبيع من البائع، ويشترط ان يكون الوعد تتوافر فيه أركان العقد الصحيح طبقا للمادة 71 من ق م ج.[1]

إن الوعد بالتعاقد في جوهره عقد، ومنه يشترط فيه ما يشترط في العقود من تراضي ومحل وسبب والشكلية، بالإضافة إلى المدة من ناحية، ومن ناحية ثانية فالوعد بالتعاقد على نوعين، وعد ملزم لجانب واحد، وفي هذه الحالة يلزم الواعد نحو الموعود له، ووعد ملزم لجانبين، عندها يلتزم كل طرف نحو الآخر.[2]

على اعتبار هذه الآراء، يمكننا القول بأن صاحب الخيار بالرجوع عن التعاقد يشبه إلى حد كبير المستفيد من الوعد بالعقد من جانب واحد، حيث يمكن لكل منهما إتمام العقد أو تركه طوال مدة الخيار بإرادة صاحب الخيار، والمدة الممنوحة للمستهلك للرجوع في التعاقد تعتبر مدة الوعد بالعقد، ويعتبر الوعد بالتعاقد اتفاقًا غير نهائي، يتوقف على إبداء رغبة الموعود له، ويتطلب توافر شروط العقد الصحيحة، ويمكن أن يكون الوعد بالتعاقد على حالتين، فإما يكون ملزم لجانب واحد، أو ملزم لكلا الطرفين، حيث يلتزم كل طرف بالآخر في الحالة الثانية.

انتقد هذا الرأي للاختلاف الكبير بين الرجوع والوعد بالعقد، خاصة في حالة سكوت صاحب الخيار من ممارسة حقه من الرجوع، خلال المدة المحددة.

فالوعد بالتعاقد، يجعل المستفيد من الوعد بالعقد له خيار إبداء رغبته خلال مدة معينة إذا أبداء رغبته يبرم العقد وإذا رفض أو لم يبدي رغبته لا يبرم العقد النهائي، يبقى المال طوال مدة الوعد مملوكا للوعد ويجوز له التصرف مع نحمل تبعة الهلاك وحده كما أنه عقد من جانب واحد.

أما خيار الرجوع، فعلى العكس من ذلك، فعند فوات المدة، أو ترك مدة الرجوع تسري حتى النهاية دون ممارسة الخيار، يعني تأكيد انعقاد العقد بصورة نهائية وممارسة خيار الرجوع يعني نهاية العقد،[3] ويكمن الاختلاف بينهما من ناحية أخرى، وهي أن الوعد بالتعاقد هو عقد تمهيدي لعقد نهائي قد يبرم في المستقل، وهو بذلك مرحلة وسط بين الإيجاب الملزم والعقد النهائي.[4]

1 – خليل أحمد حسن قدادة، **الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري**، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص71.

2 – شوقي بناسي، **الشرط في قانون العقود**، مرجع سابق، ص 147.

3– يوسف شندي، مرجع سابق، ص 263.

4 – شوقي بناسي، **الشرط في قانون العقود**، مرجع سابق، ص 150.

عندما يتعلق الأمر بخيار الرجوع في العقود، فإن التصرفات تتباين بشكل كبير، ففي الحالة الأولى، عند فوات الوقت المحدد لممارسة الخيار، أو يتم تركه دون تفعيله، يعني ذلك التأكيد على انتهاء العقد بشكل نهائي، بينما في الحالة الثانية، فإن ممارسة خيار الرجوع تؤدي إلى إنهاء العقد، ومن الجانب الآخر، يكمن الاختلاف بينهما في الوعد بالتعاقد، حيث يعتبر عقداً تمهيدياً لعقد نهائي قد يبرم في وقت لاحق، وبذلك، يكون الوعد بالتعاقد هو مرحلة وسط بين الإيجاب الملزم والعقد النهائي.

4- فكرة التعاقد بالعربون:

يرى البعض بأن الرجوع في التعاقد هو خيار عدول ويشبه في التعاقد بالعربون من عدة أوجه، فكلاهما يهدف إلى إعطاء المتعاقد مدة إضافية من أجل التروي والتفكير، كلاهما يمارس بالإرادة المنفردة لأحد الأطراف دون حاجة إلى موافقة الطرف الآخر أو اللجوء للقضاء.[1]

والعربون يمثل مبلغا من المال أو أي قيمة أخرى، تحدد قيمته في العقد، يدفعه أحد المتعاقدين للطرف الآخر، ويكون ذلك بعد الاتفاق على المسائل الجوهرية في العقد، على أن يتم تحديد مدة زمنية معقولة تسمح للمتعاقد إما بتأكيد العقد أو العدول عن العقد، دون أن يلحق الضرر بالمتعاقد الآخر،[2] فالعقد بالعربون، لا يعتبر واقعة على الحياد محتمل وقوعها أو غير محتملة الوقوع، فهي قائمة على إرادة أحد الطرفين، يحتفظ بمكنة الاستعمال أو عدم الاستعمال،[3] وقد ورد النص على التعاقد بالعربون بموجب المادة 72 مكرر من ق م ج.[4]

وقد تم نقد فكرة التعاقد بالعربون، كون عملية تشبيه خيار الرجوع بخيار العدول غير متصورة، فقيمة العربون هي مقابل لخيار الرجوع الاتفاقي عن العقد المبرم وهو نقض العقد المبرم، فخيار الرجوع هو الاتفاق أما الرجوع في التعاقد هو مصدره القانون.[5]

1- يوسف شندي، مرجع سابق، ص 265.

2 - شارف بن يحي، **دلالة العربون وأثرها على مصير التعاقد في القانون المدني الجزائري على ضوء الاجتهاد والأحكام القضائية**، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة الجزائر، المجلد 34، العدد 02، سنة 2020، ص 934.

3 - سمير شيهاني، ضريفي الصادق، **اختلاف دلالة العربون وطبيعته القانونية وأثرهما على العلاقة التعاقدية**، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم الساسية، جامعة ابن خلدون تيارت، الجزائر، المجلد 0، العدد 06، سنة 2017، ص 462.

4 - أنظر المادة 72 مكرر من القانون رقم:10/05 المؤرخ في 2005/06/20، المعدل والمتمم للأمر رقن:58/75 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 44، المؤرخة في: 2005/06/26، ص 21.

5- يوسف شندي، مرجع سابق، ص 267.

فالتعاقد بالعربون يعطي الحق لكلا المتعاقدين بالعدول عن إبرامه، ويكون ذلك خلال المدة المتفق عليها، وعند انقضاء المدة دون أن يبدي أي من المتعاقدين رغبته في العدول يتأكد العقد، ويعتبر العربون تنفيذا جزئيا له.[1]

والواضح من قراءة الأفكار المنادية بتشابه خيار العدول بالتعاقد بالعربون، بأنهما متشابهان من عدة جوانب، حيث يهدف كلاهما إلى منح المتعاقدين مدة إضافية للتفكير والتروي قبل إتمام العقد، ناهيك على أنه يمارس كلا منهما بمبادرة منفردة دون الحاجة لموافقة الطرف الآخر أو التدخل القضائي، ففي حالة العربون، يدفع أحد المتعاقدين مبلغًا ماليًا أو قيمة أخرى بعد الاتفاق على الشروط الأساسية للعقد، ويتم تحديد مدة زمنية محددة يمكن خلالها لكل منهما أن يتراجع عن العقد دون أن يتحمل الطرف الآخر أي خسائر.

ومع ذلك، تمت ملاحظة نقد فكرة التعاقد بالعربون، لأنه لا يمكن تشبيه خيار الرجوع بخيار العدول. فقيمة العربون تعتبر بمثابة تعويض عن حق الرجوع الذي ينتج عن اتفاق الأطراف على إلغاء العقد، بالتالي يُعتبر العربون مصدرًا لحق العدول، حيث يتيح لكلا المتعاقدين فترة زمنية لإعادة النظر في العقد، وعند انتهاء هذه المدة دون تعبير عن رغبة في العدول، يعتبر العقد نافذًا.

5- فكرة البيع على شرط:

قد يحدث وان يتم تعليق العقد على شرط، فلا ينعقد العقد، إلا بتوافر هذا الشرط أو ينتهي بعدم حصول الشرط، فالشرط الواقف تخلفه يؤدي إلى زوال العقد بشكل نهائي، وتحقق الشرط الفاسخ أيضا يؤدي إلى زوال العقد بشكل نهائي،[2] وأصحاب هذه الفكرة يقارنون العدول عن التعاقد، بفكرة العقد القائم على شرط.

وقد انقسم الفقه حول العدول، هل هو على أساس شرط واقف، أو شرط فاسخ، فالعقد يعتبر منعقدا في كل الحالات ألا أنه بحسب فكرة الشرط الواقف، فهو اختيار المستهلك لإبرام العقد بعد فوات مهلة التروي، أما بالنسبة لفكرة الشرط الفاسخ وهو قيام المستهلك بسحب رضاه حلال المدة المقررة قانونا.[3]

1 – محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني**، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، العقد والإراة المنفردة، مرجع سابق، ص 137.

2 – سمير شيهاني، ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 462.

3- عبد الحكيم فرحان، مرجع سابق، ص 501.

وتطبيق أحكام القانون الخاص بالشروط التعسفية هو العنصر الحاسم لبيان الضمانات التي تكفل حماية أطراف العلاقة التعاقدي،[1] بينما في العقود المبرمة عن بعد يهدف المشرع إلى حماية الطرف الضعف في العقد وهو المستهلك، والنتيجة المتوخاة هي الحفاض على العلاقة التعاقدية.

فالبعض يرى أنه يمكن تعليق العقد على شرط، وبالتالي لا يتم إبرام العقد إلا بتحقق هذا الشرط أو ينتهي بعدم تحققه، حيث يؤدي عدم تحقق الشرط الواقف إلى إلغاء العقد نهائيًا، وكذلك تحقق الشرط الفاسخ يؤدي إلى إلغاء العقد نهائيًا، حيث يقارن أصحاب هذه الفكرة بين خيار الرجوع في التعاقد وفكرة العقد المعتمد على شرط.

انتقدت هذه الفكرة بحيث أنه من الصعب بل لا يمكن تكييف خيار الرجوع القانوني في التعاقد على انه شرط واقف أو فاسخ لان الشرط من العناصر المكملة للعقد ولا يعيق اتفاق الإرادة إلا إذا وجد اتفاق مخالف، ويخضع للرقابة القضائية في حين خيار الرجوع لا يدخل في دائرة التعاقد وليس له ارتباط بالمحل بل برضى المستهلك، ولا يخضع لرقابة القضاء او المسائلة.[2]

تعتبر فكرة تكييف خيار الرجوع في التعاقد على أنه شرط واقف أو فاسخ من الصعب تحقيقها أو حتى غير ممكنة، فالشرط يُعتبر جزءًا مكملاً للعقد ولا يعيق اتفاق الإرادة ما لم يكن هناك اتفاق خلافي بين الطرفين، ويخضع للرقابة القضائية، أما خيار الرجوع في التعاقد فيعتمد على موافقة المستهلك ولا يُدرج في العقد بشكل مباشر، كما أنه لا يرتبط بالشروط الواقعة في العقد، بل يتعلق برضى المستهلك وقد لا يخضع للرقابة القضائية أو المسائلة.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للعدول.

لم يتفق الفقه وشراح القانون حول الطبيعة القانونية للعدول، خاصة إذا علمنا بأنه يأتي بعد إبرام العقد، ويكون من طرف واحد وليس باتفاق الطرفين، فكأنه إذعان بعد إبرام العقد، أو إذعان بشرط يقوم به المستهلك دون أخذ رأي الطرف الثاني للعقد، ودون تقديم مبرر لسبب العدول، فلهذا اختلف الفقه حول طبيعته القانونية ومن بين الآراء نبرز أهمها.

1 – محمد خليفة كرفة، **التوازن العقدي في قانون الاستهلاك**، دكتوراه، في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، السنة الجامعية 2019/2018، ص 210.

2– يوسف شندي، مرجع سابق، ص 272.

1- خيار العدول حق شخصيا:

يرى البعض بأن للمستهلك الدائن حق مطالبة المدين وإجباره على القيام بعمل معين أو الامتناع عنه، وتم الرد على هذا الرأي بأنه ليس للدائن الحق في مطالبة المدين في القيام بأي دور، فحقه في العدول يخوله إما إتمام العقد أو تفعيل خيار العدول.[1]

وقد انتقد اعتبار حق العدول حقا شخصيا، لأن الحق الشخصي يمنح للدائن تجاه مدينه سلطات معينة، وهذا لا يوجد في حق المستهلك اتجاه المحترف.[2]

حسب هذا الرأي الذي يعتبر بأن للمستهلك الذي هو دائن الحق في مطالبة المدين بتنفيذ مهمة معينة أو الامتناع عنها، لكن تم رد هذا الرأي بشكل يقول إنه ليس للدائن الحق في فرض أي تدخل على المدين؛ فحقه يكمن في العدول، وهو إما استكمال العقد أو استخدام خيار العدول، وقد تم انتقاد فكرة اعتبار حق العدول حقًا شخصيًا؛ لأن الحق الشخصي يمنح الدائن سلطات محددة تجاه المدين، وهذا النوع من الحقوق غير متاح في حق المستهلك تجاه المحترف.

2- خيار العدول حقا عينيا:

أي أن للدائن المستهلك سلطة مباشرة شيء معين كالاستغلال والانتفاع، ولقى هذا الرأي معارضة إذ لخيار العدول سلطة إتمام العقد أو التحلل منه دون أي مسؤولية.[3]

وقد أنتقد هذا الرأي أيضا، لأن المستهلك عند ممارسته للعدول، فهو لا يمارس سلطته المباشرة على محل العقد، مثل ما هو عليه الحال في الحق العيني إ نما هو قض للعقد فقط.[4]

أما وأنه يُعتبر للدائن المستهلك سلطة مباشرة في استخدام واستفادة من شيء معين مثل الاستغلال والانتفاع، ولكن هذا الرأي واجه اعتراضات، حيث يُعتبر خيار العدول سلطة تتيح إما استكمال العقد أو إلغاؤه دون أي مسؤولية، وقد تم انتقاد هذا الرأي أيضًا، لأنه عندما يمارس المستهلك حق العدول، فإنه لا

1- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص17.

2 - نورة جحايشية، عصام نجاح، **حق المستهلك في العدول في التشريع الجزائري**، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، المجلد 11، العدد01، أفريل 2020، ص 486.

3- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص17.

4 - نورة جحايشية، عصام نجاح، مرجع سابق، ص 486.

يمارس سلطته المباشرة على الموضوع الخاضع للعقد، على عكس ما يحدث في الحق العيني، بل يتعلق الأمر بالعقد نفسه فقط.

3- حق العدول رخصة:

اعتبر البعض بأن حق العدول عبارة عن رخصة منحها المشرع للمستهلك باعتباره طرفا ضعيفا في مواجهة المهني المتفوق في الخبرة الفنية والقوة الاقتصادية، لذلك أعطي له الحق في خيار العدول دون تقديم مبرر لذلك، إلا أن هذا الرأي لم يسلم من النقد كون الرخصة لا تمنح على سبيل الانفراد فهي تمنح لجميع الناس وتقرر بنص تنظيمي، وهذ لا يتطابق مع حق الدول،[1] وقد ستند أصحاب هذا الرأي، إلى أن خيار العدول مجرد رخصة، وهو وسيطا بين الحق والحرية، وهو سلطة قانونية تقترب من مصاف الحقوق.[2]

في الوقت الذي يعتبر البعض بأن حق العدول رخصة تمنحها السلطة التشريعية للمستهلك، على اعتبار أنه طرف ضعيف في العلاقة التعاقدية، وجد نفسه في مواجهة المهني المتميز في الخبرة الفنية والقوة الاقتصادية، وبالتالي، فقد تم منح المستهلك هذا الحق في خيار العدول، دون الحاجة إلى تقديم مبرر لذلك، ومع هذا، أنتقد هذا الرأي، حيث إن الرخصة لا تُمنح بصفة فردية بل تُمنح للجميع وتُحكم بموجب تنظيم قانوني، وهذا لا يتماشى مع مفهوم الحقوق الدستورية.

4- خيار العدول حق إرادي محض:

اعتبر جانب من الفقه أن حق العدول هو وسط بين الحق والرخصة، فهو أعلى من الرخصة وأقل من الحق، فاعتباره حق إرادي فهو سلطة لشخص من شأنها التحكم في نفاذ العقد أو نقضه.[3]

اعتمد وجهة نظر بعض علماء الفقه حول حق العدول أمرًا يستحق التحليل الدقيق، حيث يقومون بتصويره كوسيلة وسطى بين مفهوم الحق والرخصة في سياق العقود، حيث يُمكن فهم حق العدول على أنه نوع من التوازن بين حقوق الأطراف المتعاقدة، فهو يكون متوسطًا بين الحق الكامل والرخصة المطلقة، ويُعتبر حق العدول حقًا إراديًا يمنح للشخص سلطة تمكنه من التحكم في مصير العقد، سواء

1- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص17.

2- عبد الحكيم فرحان، مرجع سابق، ص 503.

3- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص17.

بتنفيذه أو بإلغائه، وفقًا لتفضيلاته واحتياجاته الخاصة، تعكس هذه وجهة النظر هذه، محاولة لتحقيق توازن ما بين حرية الإرادة والحاجة إلى تنظيم العلاقات التعاقدية، مما يبرز دور الفقه في استيعاب الأصول القانونية والأخلاقية في تفسير القوانين وتطبيقها.

رابعا: العقود المستثناة من تطبيق العدول:

لا يمكن تطبيق العدول على كل العقود، فبالنظر للعدول بأنه قاعدة، فلكل قاعدة استثناء، ولو أن العدول في حد ذاته هو استثناء عن القاعدة العامة في تنفيذ العقود، غير أنه هناك استثناء خاص على الاستثناء العام، المتمثل في العدول.

فالبحث عن تطبيق العدول في التشريع، فعلى سبيل المثال فالتشريع الأوروبي في هذا الشأن، اكتفى بتعداد العقود المستثناة فقط دون تحديد العقود الخاضعة له ففي هذا الصدد فكافة العقود الاستهلاك التي لم تستثن بنص أو لم تستبعد بنص من نطاق العدول فهي تخضع لهذا الحق.[1]

وبقدر ما تسعى التشريعات لحماية المستهلك بقدر ما تسعى إلى عدم إلحاق الضرر بالمحترف، لذلك تم استبعاد بعض العقود من حق العدول.[2]

وبنظرة عامة فالعدول يقتصر فقط على العقود التي تكون بين المستهلك والمحترف، وعليه فالمستفيد الأكبر من خيار الرجوع في العقد هو المستهلك.[3]

1-السلع التي لا يمكن إعادتها في العقود المبرمة عن بعد:

السلع التي لا يمكن إعادتها للبائع بطبيعتها أو السلع سريعة الهلاك والتلف، وهي السلع التي يؤدي إرجاعها أو إعادة إرسالها حدوث تغيير فيه كالأدوية التي يتم تركيبها من محلولين، فلا يمكن إرجاعها بعد ما تم تركيبها، أو السلع سريعة التلف، مثال ذلك المواد الغذائية أو الأزهار.[4]

1- عبد الحكيم فرحان، مرجع سابق، ص 505.

2 - نورة جحايشية، عصام نجاح، مرجع سابق، ص 490.

3- عبد الحكيم فرحان، مرجع سابق، ص 504.

4- عجالي بخالد، **النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري** -دراسة مقارنة- دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة 2014، ص 232.

قد نجد بعض العقود لا يمكن تطبيق العدول عليها، وهذا إما راجع لطبيعتها، مثال ذلك البضاعة الاستهلاكية والتي تستهلك بمجرد إبرام العقد، أو تنتهي صلاحياتها للوهلة الأولى، أو تتدهور حالتها بطبيعتها، أو تفقد خصائصها بمجرد مباشرة استهلاكها أو العمل بها.

ومن هذا المنطلق فإنه لا يمكن تطبيق حق العدول على العقود المتعلقة بتزويد المواد الغذائية أو الشراب أو المنتوجات المصنعة لغرض الاستهلاك اليومي.[1]

2-العقود المتعلقة بأداء الخدمة:

ووفقا للقانون رقم:83 من التوجيه الأوربي لسنة 2011 لاسيما المادة 16 منه على أن المستهلك لا يجوز له العدول عن العقود المتصلة بأداء الخدمة التي تبدأ تنفيذها بالاتفاق مع المستهلك قبل نهاية مدة الخيار وهي 07 أيام، وبالنسبة لعقود التوريد المنتجات المصنعة حسب مواصفات المستهلك، ورغباته الخاصة، وبالنسبة للعقود المتعلقة بتوريد أموال لأداء خدمات تعتمد أسعارها على تقلبات الأسواق المالية.[2]

وتم استبعاد أيضا، العقود التي ترد على السلع والخدمات المتغير سعرها مع تقلبات السوق، تستثنى من نطاق ممارسة حق العدول وهذا الاستثناء يشمل السلع والخدمات،[3] ومن أمثلة العقود المتعلقة بالخدمات، فهي يمكن أن تشمل خدمات الإيواء والنقل والإطعام والترفيه والراحة.[4]

وقد تم استبعاد من مجال العدول العقود المتعلقة بالتسجيلات السمعية البصرية وبرامج الاعلام الآلي التي تم فتحها، أو قام بنزع الغلاف الخاص بها، [5] فبمجرد فتح غلافها، قد توحي بأن المستهلك قد قام بنسخها، أو على الأقل فقد اطلع على مكوناتها.[6]

وكذلك العقود المتعلقة ببضاعة أعدت خصيصا أو صممت بمتطلبات معينة كان قد طلبها المستهلك ففي هذه الحالة فعند تصنيعا بناء على طلبه، أو إعداد برنامج دو جودة معينة لشخص ما بمتطلبات وخصائص محددة حسب ما يحتاجه مستهلك بعينه، ففي هذه الحالات من غير المعقول أن

1 – كزيز الهادي، مسعودي محمد الأمين، **الحق في العدول عن العقود المبرمة عن بعد بين قيدي موضوع العقد ومدة العدول**، مجلة الفكر القانوني والسياسي، جامعة عمار ثليجي الأغواط، الجزائر، المجلد 06، العدد01، سنة 2022، ص ص 297-319، ص 299.

2- عبد الحكيم فرحان، مرجع سابق، ص 505.

3- عجالي بخالد، مرجع سابق، ص 231.

4 – كزيز الهادي، مسعودي محمد الأمين، مرجع سابق، ص 299.

5- عجالي بخالد، مرجع سابق، ص 233.

6 – نورة جحايشية، عصام نجاح، مرجع سابق، ص 490.

يطرح العدول على مثل هاته العقود، مثال ذلك لو اتفق شخص ما مع شركة لإنتاج سيارة بمواصفات معينة، مثال ذلك سيارة معدة لذوي الاحتياجات الخاصة، فبعد تجهيزها بمعدات معينة طلبها المعني، لا يمكن العدول عن العقد لأنه قد يتسبب في ضرر للمنتج الذي قد لا يستطيع بيعها لأنه هذا المنتج أعد خصيصا بمواصفات طلبها مستهلك ما.[1]

يرى بعض الفقه، بأنه إذا كان هدف استبعاد حق العدول عن بعض العقود يكمن إذا كان محل العقد يتمثل في تقديم خدمة، هو تفادي الاستفادة من خدمة ثم يعدل بعد ذلك، وهذا ما قد يلحق أضرار بالمهني، فالمستهلك قد لا يتمكن من الحكم على الخدمة إلا بعد البدء في الاستفادة منها، ضف إلى ذلك فارق المقومات بين طرفي العقد، فالمهني وما يتوفر عليه من إمكانيات قد يتمكن من اقناع المستهلك في البدء في تنفيذ الخدمة قبل انتهاء المدة لذلك هذا الاستثناء غير مبرر حسب رأيهم.[2]

وفي ذات السياق قد نجد عقود أخرى تتعلق بمنتجات ذات طبيعة خاصة يتطلب الأمر احترام قواعد السلامة عند النقل والتخزين، ففي هذه العقود ايضا قد يصعب طرح قضية حق العدول عن التعاقد.

3-العقود ذات الطبيعة الرسمية:

بعض العقود يجب لتنفيذها الأخذ بالطابع الرسمي، كالعقود المتعلقة بالعقار، حيث استبعدت من مجال الحق في العدول، وذلك لما تتطلبه من إجراءات شكلية لنقل الملكية، وبهذا فهي تستغرق مدة زمنية يعتقد بأنها كافية، وتسمح للمتعاقد بالتفكير مليا قبل التعاقد، ناهيك على أنها تحرر أمام ضابط عمومي، هذا الأخير يلعب دورا مهما في تنوير الأطراف بفحوى العقد والآثار المترتبة عنه.[3]

إن الحق في العدول في حقيقة الأمر يهدد العقد المبرم صحيحا بالانهيار في أي لحظة، غير أن هذا التهديد لا يستمر مدى الحياة، فقد يتحرر العقد، من هذا التهديد، بمجرد انقضاء مدة العدول، أو بتصريح المستهلك بعدم استعمال حقه في العدول أو بمباشرة استغلال محل العقد.

1- عجالي بخالد، مرجع سابق، ص 232.

2- المرجع نفسه، ص 230.

3 - كريمة جيدل، **حق المستهلك في العدول عن التعاقد**، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي تيبازة، الجزائر، المجلد 05، العدد02، سنة 2021، ص17.

ولا يفوتنا الإشارة إلى أن ممارسة حق العدول، ينجر عنه حتما أثار قانونية على المتعاقدين سواء المستهلك أو المحترف، فرغم أن المشرع أقر بحق المستهلك في العدول دون تقديم الأسباب لذاك، إلا أنه لا يمنع من تحمل كل طرف لما يترب عن حق العدول من آثار، وهذا هو موضوع المطلب التالي.

المطلب الثاني: الأثار المترتبة عن العدول عن التعاقد.

إذا كان العدول عن التعاقد هو مصطلح قانوني يشير إلى إنهاء العقد بمبادرة من المستهلك، وبشكل عام، فالعدول عن التعاقد آلية تهدد استمرار العقد، تحت غطاء القانون، ويكون تطبيق العدول خاضع للإجراءات معينة (الفرع الأول)، ثم إن تطبيق العدول قد يؤثر على والقوة الملزمة للعقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إجراءات تطبيق العدول.

من الناحية الفقهية، اعتبر الفقه نوعين من خيار الرجوع، بحسب مصدره إما اتفاقي أو بنص القانون، فهو إما الرجوع الاتفاقي والرجوع التشريعي.[1]

أما من الناحية العملية، فلا يثير تنفيذ حق الانسحاب أي صعوبة، خاصة بالنسبة للعقود التي يتم أداؤها خارج الإنترنت، وعند تسليم المنتج المطلوب عبر الإنترنت، يقوم المستهلك الذي يتنازل عن العقد بإرجاع المنتج على نفقته الخاصة، ويحق له استرداد المبالغ المدفوعة بالفعل، دون تكاليف أو غرامات إضافية،[2] وإذا علمنا بأن ممارس حق الرجوع من طرف المستهلك، دون تقديم أي تبرير ودون دفع مقابل، فهذا الحق شرع من أجل معالجة التسرع الذي قد يقع فيه عند إبرامه لعقد استهلاكي.[3]

وفي حال العدول يترتب على المستهلك، فالمشرع أشترط على المستهلك عند العدول أن يعيد السلعة إلى المورد بشرط أن تكون على نفس الحالة التي كانت عليها وقت تسليمها له، أو أن يستبعد خيار نقض العقد ويختار استبدال السلعة المبيعة بأخرى مطابقة لها.[4]

1- وليد لعوامري، مرجع سابق، ص41.

2 - Demoulin (Marie), ET MONTERO (Étienne), Op¸ Cit, p585.

3- وليد لعوامري، مرجع سابق، ص42.

4 – التميمي محمد رضا، **آليات حماية المستهلك الإلكتروني في مرحلة إبرام العقد وفقا للقانون رقم:05/18**، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة أم البواقي، الجزائر، المجلد، 09، العدد02، جوان 2022، ص1271.

وبالرجوع للقانون رقم:09/18، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، نجد أنه حدد بأن العدول حق للمستهلك يمارسه دون سبب، ولم يذكر الآجال القانونية لذلك.

ولما كان العدول حق قانوني للمستهلك يمارسه دون تقديم مبرر، وذلك إما علاجا لتسرعه، أو انه حين تعاقد لم يأخذ الوقت والاهتمام الكافي، وعليه فالعدول محدد بجملة من الجال القانونية.

أولا: بالنسبة للمستهلك:

منح التشريع للمستهلك الحق في العدول عن التعاقد، وقيده بآجال محدد، يتم خلالها تأكيد طلبه، أو العدول عن التعاقد.

1- مهلة تأكيد التعاقد:

بخصوص المهلة الممنوحة للمستهلك لتأكيد طلبه، فبض التشريع اهتم بمنح مدة للمستهلك من أجل تأكيد الموافقة، كالمشرع المصري على سبيل المثال، حين منح مهلة للمتعاقد يمكنه خلالها من تأكيد موافقته في حال أبدى قبول التعاقد، فهي المدة يمكن للمستهلك تصحيح طلبه أو تعديله خلال المقدرة ب: (07) سبعة أيام عمل من القبول، إذا لم يتفق الأطراف على مدة أطول،[1] بينما المشرع الجزائري فقد حدد بأن تأكيد الطلبية يؤدي إلى تكوين العقد، دون أن يحدد لذلك مدة محددة لذلك،[2] ووافق المشرع الفرنسي في نصه على ضرورة تأكيد المعلومة، وأقيد ذلك بأن يكون تأكيد المعلومة مكتوب، وهذا ما لم ينص عليه المشرع الجزائري، وإنما اكتفى بأن تأكيد الطلبية يتم تحديده مسبقا من طرف المورد الإلكتروني.[3]

2-مهلة العدول بالنسبة للمستهلك:

يتاح للمستهلك الإلكتروني مهلة تبلغ سبعة (07) أيام عمل للانسحاب، حسب قانون الاستهلاك الفرنسي، ويبدأ احتساب هذه المدة من تاريخ استلام السلع من قبل المستهلك، إذا كان تأكيد الاستلام مكتوبا من قبل المستهلك، أما بالنسبة للخدمات يبدأ احتساب مدة الانسحاب من تاريخ توقيع العقد، إلا أنه في حال لم يكن هناك تأكيدا مكتوبا للمعلومات، فإنه يتعرض المحترف لعقوبة تتمثل في تمديد مهلة الانسحاب إلى ثلاثة أشهر، ولكن يتمتع المحترف في هذه الحالة بحق التراجع، وتستغرق هذه المهلة 14

1 - أنظر المواد 37، من القانون المصري، رقم:181 لسنة 2018، مرجع سابق، ص17 .

2- أنظر الفقرة الثالثة من المادة 12، من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص07.

3- أنظر الفقرة 14 من المادة 11، المرجع نفسه، ص06.

يومًا للعقود المبرمة عن بعد للخدمات المالية،[1] ويمكن للمستهلك إعلام نيته بالانسحاب عن طريق البريد الإلكتروني.[2]

وقد اتضح ذلك من خلال الاطلاع على المادة L221-18 من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم:301/ 2016 المتعلق بالعقود المبرمة عن بعد، بأنه عندما يقوم المستهلك بالتعاقد عن بعد عبر الوسيط الإلكتروني أو المراسلة أو الإنترنت أو الهاتف فإنه له الحق في الرجوع عن التعاقد خلال مدة 14 يوما من تاريخ إبرام عقد الخدمة أو استلام السلعة وقد تمتد إلى 12 شهرا في حال غياب المعلومة عن المستهلك.[3]

وجوز المشرع المصري للمتعاقد عن بعد الرجوع في العقد خلال مدة أربعة عشرة (14) يوما من استلامه السلعة.[4]

فيما يتعلق بآجال العدول، فالمشرع الفرنسي فرق بين المهلة الممنوحة لمحل العقد سلعة أو محل العقد تقديم خدمة، واتخذ من محل العقد معيارا لاحتساب آجال الانسحاب، فإذا كان محل العقد سلعة فيبدأ احتساب المدة من تاريخ استلام السلعة من طرف المستهلك، إضافة لشرط أن يكون تأكيد الاستلام مكتوبا من طرف المستهلك، وإذا كان محل العقد تقديم خدمة فيبدأ احتسب الآجال من تاريخ توقيع العقد.

ومن جانب آخر، فقد شدد المشرع الفرنسي على ضرورة أن يكون تأكيد المعلومة مكتوبا، وزيادة على ذلك فقد حدد عقوبة إذا لم يحترم هذا الشرط، تتمثل في تمديد مهلة الانسحاب لمدة ثلاثة أشهر، حيث استخدم حق العدول كجزاء يعاقب به من يخالف تقديم المعلومة بالشكل المكتوب، عن طريق تمديد مهلة حق الانسحاب.

في حين المشرع الجزائري لم ينص صراحة على آجال محددة بالخصوص، تتعلق بالعدول، حيث نجد في المادة 11 من القانون رقم:05/18 سالف الذكر، على أن من واجبات المورد الإلكتروني عند تقديمه للعرض التجاري الإلكتروني، ان يتضمن شروط وآجال العدول عند الاقتضاء،[5] دون أن يحدد لذلك

1 - Moreau (nathalie), Op¸ Cit¸ P63·

2 - Ibid¸ p63·

3- أحمد نوح عودة، **حق المستهلك في الرجوع عن عقد البيع الالكتروني**، مجلة جامع الامام جعفر الصادق (ع) للدراسات القانونية، كلية القانون، العدد 03، 2022، ص 92.

4- أنظر المواد 40، الفقرة الأولى، من القانون المصري، رقم:181 لسنة 2018، مرجع سابق، ص 18.

5- أنظر الفقرة 13 من المادة 11، من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص06.

مدة محددة، أو يصرح بمدة معينة للعدول المنصوص عليه قانونا، دون أن يعطي المستهلك سبب عدوله، بخلاف ما ورد في المواد 22 و23 من القانون رقم:05/18، التي ربطها المشرع بعدم احترام آجال التسليم أو الإشارة إلى سبب الرفض،[1] بينما نجده اعتد باحتساب المدة من تاريخ استلام السلعة في حالة لم يوفي المورد بالتزامه، فيما يتعلق بإرجاع السلعة عموما، دون أن يفرق بين السلعة وتقديم الخدمة، حيث اعتبر تاريخ الاستلام، قرينة على بداية احتساب آجال.

وبالاطلاع على المرسوم التنفيذي رقم:114/18، المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي لاسيما المادة 11 منه، نجد بأنه منح للمشتري مدة 08 ثمانية أيام عمل كأجل للعدول تحتسب من تاريخ إمضاء العقد، وتخفض إلى 07 سبعة أيام عمل حسب المادة 14 من نفس المرسوم التنفيذي المذكور، إذا كان البيع تم على مستوى المنزل.[2]

كما حدد المشرع الجزائري مدة 30 ثلاثين يوما للعدول للمتعاقد في عقد التأمين على الأشخاص، يبدأ احتسابها من يوم دفع أول قسط، مع تبليغ الطرف الآخر بقرار العدول برسالة مضمونة الوصول.[3]

وقد يكون الرجوع لأسباب مختلفة مثال ذلك عدم الوفاء بالتسليم، أو قد يرجع الأمر لعدم مطابقة المنتج.

أ- حالة عدم الوفا بالتسليم:

إذا لم يوفي المورد بتسليم المنتج في التاريخ المتفق عليه، أو لم يسلمه خلال ثلاثين (30) يوما في حال لم يتفق على موعد تسليم محدد، للمستهلك الحق في الرجوع عن التعاقد دون أي نفقات وذلك خلال أربعة عشرة (14) يوما من تاريخ التأخر أو من تاريخ الاستلام مع إخطار المورد بذلك، وفي هذه الحالة يلتزم المورد برد المبلغ المدفوع من المستهلك فور إخطاره بالرجوع عن التعاقد وفقا للكيفية والمدد المنصوص عليهما في الفقرتين السابقتين، ويتحمل المورد جميع نفقات إعادة الشحن ومصاريف التسليم[4]

1- أنظر المواد 22، و23، من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص08.

2 - أنظر المادة 11، الفقرة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم:114/15، المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، المؤرخ في 2015/05/12، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المؤرخة في 2015/05/13، ص12.

3 - نورة جحايشية، عصام نجاح، مرجع سابق، ص 488.

4 - أنظر المواد 40، الفقرة الثالثة، من القانون المصري، رقم 181 لسنة 2018، مرجع سابق، ص 18.

أما المشرع الجزائري فلم يرد في القانون رقم:05/18 ما ينص على حالات عدم الوفاء، غير أنه قد حدد بموجب المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم:271/22، بأنه في حالة عدم احترام البائع آجال التسليم فإنه يمكن للمستهلك الإلكتروني إعادة إرسال الكتاب على حالته في أجل أقصاه أربعة (04) أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للكتاب، وذلك دون المساس بحقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر.[1]

إن العقود المبرمة عن بعد لا يقتصر فيها الرجوع في حالة عدم الوفاء فحسب، بل نجد حالات أخرى مثالها حالة عدم احترام آجال التسليم.

ب- حالة عدم احترام المورد الالكتروني آجال التسليم:

منح المشرع الجزائري للمستهلك الإلكتروني، في حال عدم احترام الآجال القانونية للتسليم من طرف المورد الالكتروني، إمكانية إعادة إرسال المنتوج في أجال أربعة (04) أيام عمل كأقصى حد ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج المخالف لما تم الاتفاق حوله، ويبقى للمستهلك الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الناجم عن عدم احترام الآجال من طرف المورد.[2]

ج- حالة تقديم طلبية غير مطابقة أو لم يتم طلبها:

لا يمكن للمورد الإلكتروني المطالبة بدفع الثمن أو مصاريف التسليم، في حال قدم سلعة أو منتوجا بم يطلبه المستهلك،[3] وهو نفس الأمر في حال كان المنتج كتاب، أو كان الكتاب معيبا فإنه يتوجب على البائع استعادت منتجاته،[4] وهو ما وافق المادة 23 من القانون رقم:05/18 سالف الذكر، حين حدد على سبيل الوجوب استعادة السلعة من طرف المورد الالكتروني استعادة سلعته إذا كان المنج معيبا، وفي ذات الوقت فقد ألزمت على المستهلك الإلكتروني ضرورة إرجاع السلعة في غلافها الأصلي، وحددت لذلك مدة أقصاها أربعة (04) أيام عمل تحتسب ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج، مع الإشارة لسبب الرفض.[5]

1- أنظر الفقرة الأولى من المادة 14، من المرسوم التنفيذي رقم 271/22، مرجع سابق، ص22.
2- أنظر الفقرة 08 من المادة 22، من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص08.
3- أنظر المادة 21، المرجع نفسه، ص08.
4- أنظر الفقرة الأولى من المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 271/22، مرجع سابق، ص22.
5- أنظر الفقرة الأولى من، المادة 23، من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص08.

يبدو بأن المشرع الجزائري قد راعى القواعد العامة في احتساب المواعيد والآجال، حيث حدد احتساب الآجال بأيام العمل، وأن الآجال تحتسب للمستهلك فيما يتعلق به، فهي تلزم المحترف فيما يتعلق به أيضا.

ثانيا: بالنسبة للمحترف:

حين أُلزم المستهلك بآجال لممارسة حق العدول كان ذلك من أجل ضبط العملية التعاقدية، فلم يستثن المورد وقيده بآجال يخضع لتطبيقها، وهذا من أجل احترام الالتزامات الناتجة عن العملية التعاقدية.

1-رد المبلغ من المورد في حال العدول للمستهلك:

عند العدول عن التعاقد، فمن المنطقي أن تعود الحالة لما كانت عليه قبل التعاقد، ومن بينها إرجاع المبلغ لصاحبه، وهو المستهلك، واعتبار العقد كأن لم يكن، وكيفية إرجاعه.

أ- رد المبلغ:

بالرجوع للتشريع الفرنسي، نجد بأن قانون حماية المستهلك الفرنسي، وفقًا للمادة L. 121-20-3 بأنه بمجرد ممارسة الحق في العدول من طرف المستهلك، يجب على البائع ارجاع المبلغ للمشتري دون تأخير وفي أقصى حد خلال ثلاثين (30) يومًا.[1]

أما المشرع المصري فقد حدد في حالة الرجوع على أن المورد يلتزم برد المبلغ المدفوع خلال سبعة (07) أيام من تاريخ إعادة المنتج بالنسبة للسلع، أو من تاريخ التعاقد بالنسبة للخدمات، على أن يتحمل المستهلك نفقات الشحن وإعادة المنتج، مالم ينص العقد على غير ذلك.[2]

بينما حدد المشرع الجزائري أجل خمسة عشرة (15) يوما للمورد من أجل إرجاع المبلغ المدفوع من تاريخ استلامه المنتوج،[3] وهو ما وافق ما جاء في المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم:271/22، حين

1- Boutros, (Mickael), **Le Droit Du Commerce Electronique: (Une Approche De La Protection Du Cyber Consommateur)**, Thèse Pour Obtenir Le Grade De Docteur De L'université De Grenoble, Specialite : Droit Privé Dans L'école Doctorale Sciences Et Ingenierie Des Systemes De L'environnement Et Des Organisations (Siseo) Universite De France Grenoble, Annee 2014, P89.

2 - أنظر المواد 40، الفقرة الثانية، من القانون المصري رقم:181 لسنة 2018، مرجع سابق، ص 18.

3- أنظر الفقرة الأخيرة من، المادة 23، من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص08.

حددت بأنه في حالة الرجوع، فأنه يتوجب على البائع ان يرجع للمستهلك المبلغ المدفوع والنفقات المتعلقة بإعادة إرسال الكتاب خلال خمسة عشرة (15) يوما من تاريخ استلامه الكتاب.[1]

غير أنه إذا تعلق الأمر بإرجاع المنتوج من طرف المستهلك الإلكتروني بسبب عدم احترام الآجال من المورد الإلكتروني، ففي هذه الحالة فبالإضافة لإرجاع المبلغ المدفوع يلتزم أيضا بإرجاع النفقات المتعلقة بإعادة إرسال المنتوج، خلال أجل خمسة عشرة (15) يوما ابتداء من تاريخ استلامه المنتوج،[2] وهي نفس المدة الواردة في المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم:271/22، والتي تضمن أيضا ضرورة إرجاع النفقات المتعلقة بإعادة إرسال الكتاب.[3]

ويقوم المستهلك بإرجاع محل العقد دون أن يتحمل مصاريف إضافية، وهو ما قضت به محكمة الإتحاد الأوربي بتاريخ 03 سبتمبر 2009 بعدم أحقية المزود تحميل المستهلك مصاريف إضافية سوى مصاريف إعادة محل التعاقد.[4]

ب- كيفية إرجاع المبلغ:

بخصوص كيفية إرجاع المبلغ فقد حدد المشرع المصري بأن رد المبلغ المدفوع من المستهلك، يكون بنفس طريقة الدفع، مالم يتفق الأطراف على غير ذلك.[5]

2- رد المنتج:

من الطبيعي أن يتم إرجاع السلعة أو المنتج في حال الرجوع، لذلك فقد ألزم المشرع من خلال المادة 23 من القانون رقم:05/18، المورد الالكتروني استعادة سلعته، خلال مدة أقصاها أربعة (04) أيام عمل، ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج،[6] وهي نفس المدة الواردة في المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم:271/22، عندما يتعلق الأمر بالكتاب الإلكتروني.[7]

1- أنظر الفقرة الثانية من المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 271/22، مرجع سابق، ص22.
2- أنظر الفقرة الثانية من المادة 22 من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص08.
3- أنظر الفقرة الثانية من المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 271/22، مرجع سابق، ص22.
4 - شهد محمد خليفه الكبيسي، مرجع سابق، ص 90.
5 - أنظر المواد 40، الفقرة الثانية، من القانون المصري رقم:181 لسنة 2018، مرجع سابق، ص 18.
6- أنظر الفقرة الثانية من المادة 23 من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص08.
7- أنظر الفقرة الثانية من المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 271/22، مرجع سابق، ص22.

إن رد المنتج هو التزام مطابق لاستعادة الثمن، فمادام أن الثمن تم إرجاعه، فلا بد من التزام مقابل له وهو إرجاع المنتج الذي تم العدول عنه، وهذا المنتج يمثل محل الالتزام التعاقدي في هذه العملية، وهو محل العدول.

3-تسليم جديد مطابق للطلبية:

ألزم المشرع الجزائري بائع الكتاب بالطريقة الإلكترونية تسليم جديد مطابق للطلبية أو إلغائها مع إرجاع المبالغ المدفوعة، وذلك دون المساس بإمكانية مطالبة المستهلك الإلكتروني للكتاب بالتعويض في حالة وقوع ضرر، وقد حدد مدة خمسة عشرة (15) يوما لإرجاع المبالغ المدفوعة من تاريخ استلام الكتاب.[1]

ثالثا: سقوط الحق في العدول:

لا يمكن أن يبقى العقد مهدد بالانهيار تحت وطأة العدول عن التعاقد، فلا بد له من التحرر، وهذا ما نجده في التشريع المصري، حين حدد حالات يسقط فيها حق المستهلك في العدول عن التعاقد ذُكر ذلك في المادة 41 من القانون 181 لسنة 2018 المتعلق بحماية المستهلك وهي:

- إذا انتفع كليا بالخدمة قبل انقضاء المهلة المقررة للحق في العدول.
- إذ تضمن الاتفاق سلعا صنعت بنا ء على طلب المستهلك أو بمواصفات حددها.
- إذا كان الاتفاق يتناول أشرطة فيديو او أسطوانات أو أقراصا مدمجة أو برامج معلوماتية أزال المستهلك غلافها.
- إذا حدث عيب في السلعة نتيجة سوء حيازتها من قبل المستهلك.
- في الحالات التي يعد فيها طلب العدول تتعارضا مع طبيعة المنتج، أو يخالف العرف التجاري، أو يعد تعسفا من جانب المستهلك في ممارسة الحق في العدول.[2]

إن هذه الشروط التي نص عليها المشرع المصري، في حقيقة الأمر يمتنع معها العدول، وقد نجد أنها من العقود التي لا يمكن تطبيق حق العدول عليها، كالعقود ذات الطبيعة الاستهلاكية، ونقصد بذلك

1- الموضع والمرجع نفسه، ص22.

2 - أنظر المواد 41، من القانون المصري رقم:181 لسنة 2018، مرجع سابق، ص 19.

بأن محل العقد إذا استهلك من أول استعمال له، فلا يمكن ممارسة حق العدول، في شأن هذه العقود، بحكم طبيعة الشيء محل العقد، لأن استعماله لأول مرة يعني انقضائه.

ولا يفوتنا أن ننوه بأنه دعت بعض التشريعات إلى توحيد مهلة العدول ومن ذلك التوجيه الأوروبي رقم:83 لسنة 2011، الصادر بتاريخ 2011/11/52، المتعلق بحقوق المستهلك كما جاء في المادة 40 منه بضرورة توحيد مهلة العدول ب 14 يوما لأن التهاون في المدة يؤثر سلبا على الأمن القانوني واستقرار المعاملات.[1]

مما لا شك فيه بأن الحق في العدول يسقط بانقضاء مهلة العدول، وانقضاء حق العدول، لا يمنع أبدا المشتري من الاستفادة من القواعد العامة لا سيما المتعلقة بضمان العيوب الخفية، أو الاعتماد إلى نظرية عيوب الإرادة إذا اتضح أن إرادته كانت معيبة لأن الحق في العدول يعتبر وجها من أو جه الحماية الخاصة، حيث لا تسقط الحماية العامة المقررة في القانون المدني.[2]

رابعا: مخالفة حق العدول يرتب جزاء:

جعلت التشريعات حق الرجوع من النظام العام، وبهذا يكون كل اتفاق أو شرط يحرمُ المستهلك من ممارسة هذا الحق في العدول أو التنازل عنه يعد باطل،[3] لذلك فقد حدد المشرع الجزائري عقوبات لكل من يخالف أو لا يحترم حق المستهلك في العدول.

ولما كان العدول بنص القانون فلا يمكن الاتفاق على مخالفته، ومن أجل ذلك فقد حدد المشرع عقوبة لكل من يخالف تطبيق حق العدول، حيث رتب عقوبة بغرامة مالية تقدر بدفع مبلغ مالي يترواح بين خمسين ألف دينار(50.000دج)، إلى خمسمائة ألف دينار (500.000دج)، وكل من يخالف الأحكام المتعلقة بحق العدول،[4] وهو ما وافق ما جاء في المادة 08 المدرجة للمادة 78 مكرر من القانون رقم 03/09، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش "يعاقب بغرامة من خمسين ألف دينار (50.000دج)

1- عبد الحكيم فرحان، مرجع سابق، ص 506.

2- عجالي بخالد، مرجع سابق، ص 246.

3- وليد لعوامري، مرجع سابق، ص43.

4- أنظر المادة 78 مكرر من القانون رقم:09/18، مرجع سابق، ص06.

إلى خمسمائة ألف دينار (500.000) كل من يخالف الأحكام المتعلقة بحق العدول المنصوص عليه في المادة 19 من هذا القانون".[1]

تبدو التشريعات في الجزائر واضحة وصارمة فيما يتعلق بحق العدول للمستهلك، فقد جعلت التشريعات حق الرجوع من النظام العام، مما يعني أن أي اتفاق أو شرط يحرم المستهلك من ممارسة هذا الحق أو التنازل عنه يُعتبر باطلاً، وللتأكيد على أهمية احترام حق المستهلك في العدول، فقد وضع المشرع الجزائري عقوبات صارمة لمن يخالف أو لا يحترم هذا الحق.

ووفقًا للمادة 78 مكرر من القانون رقم:03/09 الخاص بحماية المستهلك وقمع الغش، فقد حدد عقوبات لكل من يخالف الحق في العدول، وهذه العقوبات تُظهر جدية المشرع في التأكيد على حماية حقوق المستهلك.

الفرع الثاني: أثر العدول على القوة الملزمة للعقد:

من المعلوم أن للعقد قوة تلزم أطرافه على تنفيذه وبحسن نية، إلا أن العدول قد يكون استثناء عن إلزامية حسن تنفيذ العقد وبحسن نية، ورغم أن هذا الحق منحه المشرع، غير أنه يبقى محل نقاش بخصوص مبدأ القوة الملزمة للعقد.

أولا: حق العدول استثناء عن القوة الملزمة للعقد:

الأصل أنه للعقد قوة تلزم أطرافه، يرجع ذلك لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فلا يمكن لأحدهما الاستقلال بنقض أو تعديل أحكامه مهما كان السبب، إلا بعد الاتفاق أو بحكم القانون، وهذا بخلاف ما هو موجود في العقود الإدارية حيث تتفرد السلطة العامة بتعديلها أو إنهائها لمبررات المصلحة العامة.[2]

المبدأ المتعارف عليه، أن للعقد قوة ملزمة تمثل قداسة له، بحيث لا يجوز تعديله أو نقضه إلا باتفاق الطرفين، غير أنه تم التراجع عن هذا المبدأ في إطار عقد الاستهلاك، وذلك بإعطاء الحق للمستهلك في العدول أو التراجع عن عقد صحيح، يرجع ذلك لعدم التوازن والتكافؤ بينه وبين المهني.[3]

1 – المادة 08، من القانون رقم:09/18، مرجع سابق، ص06.

2 – محمد خليفة كرفة، مرجع سابق، ص 208.

3 – رفيقة بوالكور، مرجع سابق، ص 1016.

فحق الرجوع في حد ذاته يعتبر استثناء عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، فالهدف منه توفير الحماية للمستهلك، وأساس حق الرجوع ليس طبيعة العقد فقط، بل هي كذلك الظروف التي تمر بها.[1] وإقرار حق العدول للمستهلك يعتبره البعض أضفاء قدر من العدالة على علاقات الاستهلاك، بالتخفيف من القوة الملزمة للعقد لفائدة المستهلك.[2]

ومما يتوجب التقيد بالقوة الملزمة للعقد، هو الالتزام بحسن النية كالتزام متبادل بين المتعاقدين، الهدف منه حماية مصالح المتعاقدين، غير أن واقع اختلال التوازن العقدي في بعض العلاقات فرض المشرع تكريس هذا المبدأ لصالح الطرف الضعيف.[3]

وكما لا يقتصر حق الرجوع على السلع فقط، بل يشمل أيضا الخدمات التي تعرض على المسافات، كخدمات تذاكر الطيران والرحلات وخدمات السياحة والفنادق والقروض البنكية.[4]

وبالرجوع للنصوص القانونية فالعقد الصحيح يلزم من أبرمه وهم (الأطراف)، فلا يجوز تعديله أو إنهاؤه إلا وفقًا لأحكامه، أو بالاتفاق المتبادل بين أطرافه، وهذا ما تعبر عنه المادتان 106 و107 من ق م ج فالمادة 106 يختصر مضمونها بأن العقد يشكل قانون الطرفين، ولا يمكن إلغاؤه أو تعديله إلا برضا الطرفين المتبادل أو للأسباب التي ينص عليها القانون، أما المادة 107 من ق م ج فهي تجب تنفيذ العقد طبقا لمضمونه وبحسن النية، وبذلك فالمتعاقد يلتزم ليس فقط بما ورد فيه، بل بكل شيء أيضاً التي يعتبرها القانون والعرف والإنصاف استمرارًا ضروريًا لهذا العقد حسب طبيعة الالتزام.[5]

وحق العدول حق ثابت بقوة القانون لا يحتاج إلى أي اتفاق بشأنه،[6] ومع هذا فهو لا يمنع من الانعقاد الفوري للعقد، إلا أن نفاذ العقد بين أطرافه يبقى في انتظار انقضاء مدة العدول، فالعقد في هذه

1- وليد لعوامري، مرجع سابق، ص40.

2 - علي أحمد صالح، بن عيشة عبد الحميد، **العدول آلية قانونية لحماية المستهلك**، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة المسيلة، الجزائر، المجلد 02، العدد10، جوان 2018، ص 821.

3 - محمد خليفة كرفة، مرجع سابق، ص 119.

4- وليد لعوامري، مرجع سابق، ص41.

5 - ROBERT (Guillaumond)، **LES CONTRATS INTERNATIONAUX**، **La gestion des difficultés d'exécution resultant de force majeure ou d'imprévision**،Colloque International Alger ، Département des Affaires Economiques ، 26 mai 2014، p8/34.

6 - علي أحمد صالح، بن عيشة عبد الحميد، مرجع سابق، ص 821.

المرحلة لا تكون له القوة الملزمة للعقد، ونشير إلى أن عدم استعمال رخصة العدول لا يمنع من ممارسة دعوى الرجوع على البائع طبقا لأحكام دعوى ضمان العيب الخفي.[1]

إن ما نستنتجه مما سبق توضيحه هو أن حق العدول عن التعاقد في حقيقة الأمر يخالف مبدأ القوة الملزمة للعقد، ويثير عدم استقرار المعاملات المبرمة والتأخير في تنفيذ المعاملات حيث تشكل عيوبا في العقد كزيادة قيمة تكاليف العقد ويجعل نوعا من عدم المساواة بين المتعاقدين، فحق العدول حق ثابت للمستهلك دون المزود.[2]

فمما لاشك فيه، أن حق العدول حقًا ثابتًا بموجب القانون ولا يتطلب أي اتفاق بين الأطراف، كما أن وجود حق العدول، لا يمنع من تنفيذ العقد على الفور، ولكن نفاذ العقد بين الأطراف ينتظر انتهاء مدة العدول، وفي هذه المرحلة، لا يكون العقد ملزمًا بشكل كامل، ولا يمنع عدم استخدام حق العدول من ممارسة دعوى الرجوع على البائع وفقًا لأحكام ضمان العيب الخفي، فمن هذا المنطلق فحق العدول يخالف مبدأ القوة الملزمة للعقد ويؤدي إلى عدم استقرار المعاملات وتأخير تنفيذها، ويمكن أن يتسبب في زيادة تكاليف العقد وعدم المساواة بين المتعاقدين.

ثانيا: فترة الانسحاب لا تمنع التوقيع الفوري للعقد:

معظم الفقهاء يعتبرون أن فترة الانسحاب لا تمنع التوقيع الفوري للعقد من خلال تبادل الموافقات، ولكنها تعلق قوة الالتزام بالعقد خلال فترة الانسحاب. فعلى سبيل المثال، يقارن الكتّاب بين إمكانية الانسحاب وبين إمكانية الفسخ التي تسمح بإلغاء العقد بشكل رجعي، أو يصفونها بأنها شرط معلق أو شرط جزائي.[3]

وفي حقيقة الأمر، هو أن العدول لا يعتبر شرط واقف على تنفيذ العقد، بل هو شرط فاسخ للعقد، متوقف على ممارسة المستهلك حقه في العدول، فبمجرد قيام المستهلك بتفعيل حق الرجوع ترجع الحال لما كانت عليه قبل إبرام العقد.[4]

1- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص16.

2 – شهد محمد خليفه الكبيسي، مرجع سابق، ص 36.

3- Shandi (yousef) ¸ op¸ cit¸ p 163.

4 – شهد محمد خليفه الكبيسي، مرجع سابق، ص 91.

وفي هذا فممارسة حق الرجوع بالإرادة المنفردة دون الرجوع للقضاء أو الحصول على موافقة الطرف الآخر وهو ما يخالف مبدأ القوة الملزمة للعقد.[1]

وعلى هذا الأساس وفي حال تم العدول عن العقد، يمتد العدول للعقود التابعة للعقد المعدول عنه، حيث تزول كل العقود بسبب زوال العقد الأول،[2] وقد نص المشرع الفرنسي بموجب المادة L.221-27 من قانون الاستهلاك رقم:301، الصادر سنة 2016، إذا كان ثمن العقد ممولا بائتمان كلي أو جزئي بموافقة المزود أو غيره وكان الاتفاق بين الآخر والمورد، ينفسخ عقد التمويل بقوة القانون بمجرد ممارسة المستهلك حقه في العدول عن العقد الأصلي.[3]

وينطبق هذا الإجراء أيضا عقد الخدمات التي لم يبدأ في تنفيذها، والتي لا تكون مستثناة من تطبيق حق العدول، وهي في الغالب أكثر عرضة للعدول، وهذا راجع لارتباطها بالمواعيد المسبقة، فمن حدد موعدا للسفر وقام بحجز موعد في الطائرة أو أي وسيلة أخرى، وربما حجز في الفندق وقام بعدة إجراءات ذات صلة بالسفر، وكونه معرض لأي طارئ قد يمنعه من السفر أو يؤجله، أو يلغيه أصلا فيعدل عن السفر وعن كل العقود اللاحقة له كالحجز في الفندق، مثال ذلك من أراد مرافقة مريض من أجل القيام بعملية في بلد آخر، فبعد أن قام بكل الترتيبات، مات الشخص المريض، عندها سيضطر للعدول عن السفر، وتلغى كل العقود المبرمة بشأن الموضوع ذاته.

ولما كان اغلب الفقه يرى بأن فترة الانسحاب لا تعرقل توقيع العقد فوراً، لكنها تؤثر على قوة التزام العقد خلال تلك الفترة، ويقارن الفقهاء بين الانسحاب والفسخ الذي يمكن أن يلغي العقد بشكل رجعين ويعتبرون حق الرجوع بالإرادة المنفردة دون الرجوع للقضاء أو موافقة الطرف الآخر تخالف مبدأ القوة الملزمة للعقد.

وعلاوة على ذلك فالعدول لا يُعتبر شرطًا لتنفيذ العقد، بل هو شرط فاسخ للعقد، ويتوقف على استخدام المستهلك لحقه في العدول، وعند تفعيل حق الرجوع، يعود الوضع كما كان قبل توقيع العقد، وفي هذا السياق فممارسة حق العدول، يمتد العدول للعقود التابعة للعقد المعدول عنه، حيث تُلغى جميع العقود بسبب إلغاء العقد الأصلي.

1- وليد لعوامري، مرجع سابق، ص38.

2 – شهد محمد خليفه الكبيسي، مرجع سابق، ص 95.

3 – المرجع نفسه، ص 96.

ثالثا: تمييز تمام العقد عن فعاليته:

يقترح بعض الفقه تمييز تمام العقد عن فعاليته، حيث يُعتبر العقد تامًا عند تبادل الايجاب والقبول، ولكن فعاليته يتم تعليقها خلال مهلة الانسحاب، ففي حالة ممارسة هذا الحق، يصبح العقد كأن لم يكن.[1]

حيث ينعقد العقد مستوفيا لكل شروطه، غير أنه مهددا بالانهيار خاضعا لإرادة المستهلك، ومدى تطبيق حقه في العدول من عدمه، إن فرض حق العدول جاء حماية للمستهلك، إلا أنه كون تهديدا واضحا للعقد المبرم صحيحا، كل ذلك يأتي لرؤية المشرع بأن العقد غير متوازنا اقتصاديا، فكان حق العدول كحل من أجل ضمان التوازن العقدي بين الالتزامات المتبادلة، وفي نفس الوقت يرى جانب من الفقه بأن هذا العدول يمثل تهديد للقوة الملزمة للعقد.

إن التعاقد عن بعد، كغيره من العقود التقليدية لا بد من تبادل الالتزامات التعاقدية بين أطرافه، من تسليم لمحل العقد، أو القيام بالخدمات الواجب تقديمها، على أن يقوم الطرف الآخر بدفع مقابل ما تلقاه من التزام سواء تعلق الأمر بتقديم منتجات أو خدمات، ولما كان العقد مبرما عن بعد، له خصوصية يمتاز بها عن العقود التقليدية، فقد كرس له التشريع إمكانية تطبيق حق العدول، كنوع من الحماية للمستهلك، وحفاظا على الروابط العقدية، إلا أنه قد يترتب على التعاقد عن بعد، أثار من تحمل للمسؤولية، أو ما قد ينجم عنه من منازعات، وهو ما سنتناوله في الفصل الموالي.

1 Moreau (nathalie), Op¸ Cit¸ P65·

الفصل الثاني: الآثار المترتبة عن التعاقد عن بعد

ينتج عن تنفيذ العقد المبرم عن بعد العديد من الآثار، فبقدر ما يشكل تطوراً مهماً في عالم المبادلات التجارية عير دول العالم، بقدر ما قد يؤثر على الأطراف، رغم ما يمنح لهم من إمكانية التفاعل وإتمام الصفقات دون الحاجة إلى الوجود الجسدي في مواقع محددة، مما يوفر الوقت والجهد، كما تم توضيحه أعلاه.

ولعل من أهم الآثار التي قد تنجم عن العقود المبرمة عن بعد، هو المسؤولية التي قد تترتب على مثل هذه العقود، سواء عند تكوين العقد، أو عند تنفيذه، أو ما يتعلق بالمسؤولية المترتبة نتيجة استعمال الوسائل الإلكترونية، أو ما قد تتسبب فيه من أضرار للغير، ومن يتحمل هذا الضرر، أو بالأحرى من يعوض المضرور جراء ما أصابه.

ناهيك عن التحديات التي قد تنشأ بخصوص القانون الواجب التطبيق، لأن التعاقد عن بعد قد يبرم بين أشخاص متعددي الجنسيات وفي أماكن مختلف من دول العالم، فأطرافه قد لا ينتمون إلى دولة واحدة، وهذا هو سبب إثارة إشكالية القانون الواجب التطبيق.

وفي سياق الحديث عن القانون الواجب التطبيق، حتما يثار إشكال آخر قريب جدا منه، يتمثل في النازعات، والقضاء المختص في مثل هذه العقود، ومدى إمكانية خضوعها إلى الوسائل البديلة للتقاضي، وهذا ما سنتناوله في هذا الفصل من خلال المبحثين التاليين.

المبحث الأول: المسؤولية الناجمة عن التعاقد عن بعد.

المبحث الثاني: منازعات العقود المبرمة عن بعد.

المبحث الأول: المسؤولية الناجمة عن التعاقد عن بعد.

لا يثار النقاش بشكل جدي حول المسؤولية، إلا عند وقوع الضرر الناتج عن خطأ أرتكب، تسبب فيه هذا الأخير، ولعل من خصوصية المسؤولية التي قد تنجم جراء العقود المبرمة عن بعد، المسؤولية التي قد تثار في العديد من مراحل العقد، يرجع ذلك إلى طبيعة هذه العقود والتعقيدات التي تتميز بها وطول مراحلها، قياسا بالعقود التقليدية.

فمن أجل ذلك قد تثار الإشكال بشأن المسؤولية التي قد تنجم عند التفاوض وما يثيره من إشكال، أو تثار المسؤولية عن تنفيذ العقد، وما قد يترتب عنها من ضرر لحق من حقوق أطراف العقد، خاصة إذا علمنا بتباعد الأطراف ما قد يعرض محل العقد للضرر تظهر عندها إشكالية المسؤول عن الضرر الحاصل لمحل العقد، وهو ما سنتعرض له في (المطلب الأول)، ولا ينتهي الأمر عند هذا المطاف، ولأن التعاقد عن بعد، وما يساهم في القضاء على التباعد، هو استخدام الوسائل الإلكترونية، هذه الأخيرة ليست في منأى عن تحمل المسؤولية عن وقوع الضرر، وهو ما سنوضحه في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المسؤولية في التعاقد عن بعد: هل هي مسؤولية تقصيرية أم عقدية؟

المطلب الثاني: المسؤولية الناتجة عن الوسائل الذكية المستخدمة في التعاقد.

المطلب الأول:

المسؤولية في التعاقد عن بعد: هل هي مسؤولية تقصيرية أم عقدية؟

من أجل تقييم المسؤولية المترتبة عن التعاقد عن بعد، نتطرق للعديد من الجوانب في هذه النقطة، فمن ناحية المسؤولية من مرحلة سابقة للتعاقد أين اختلف الفقه والقضاء، حول طبيعة المسؤولية في هذه المرحلة، والمبدأ العام، يعتبر العقد المبرم عن بعد عقد قانوني، يخضع لنفس القواعد والمبادئ التي تنطبق على العقود التقليدية، وبموجب هذه القواعد، يتم التفريق بين الأطراف في العقد الذين يتحملون المسؤولية القانونية بناءً على الظروف والشروط المتفق عليها، المسؤولية قبل التعاقد (الفرع الأول)، ثم نتطرق المسؤولية في حال عدم التنفيذ (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المسؤولية قبل التعاقد مسؤولية تقصيرية:

تباينت الآراء بين الفقه والقضاء وشراح القانون، حول المسؤولية المترتبة في مرحلة المفاوضات هل هي مسؤولية تقصيرية، أم أنها من قبيل المسؤولية العقدية، وهذا الصراع القائم ناتج عن صراع قبله، يتمثل في مدى اعتبار مرحلة المفاوضات من مراحل العقد أم أنها من المراحل السابقة على التعاقد، والتي قد تفضي إلى إبرام العقد، أو انهيار المفاوضات دون الوصول للتعاقد، من أجل ذلك وجب علينا التطرق إلى الآراء التي تعالج الموضوع المتعلق بالمسؤولية في هذه المرحلة، وعرض كل رأي والحجج المقدمة في الموضوع، وقد استند البعض منهم على أساس مرحلة التفاوض والبعض منهم على أساس مرحلة الالتزام بالإعلام.

أولا: المسؤولية الناتجة عن التفاوض مسؤولية تقصيرية.

المسؤولية التقصيرية، هي مساءلة المخطئ عما ارتكبه من خطأ في حق المضرور، بإلزامه بتعويض هذا الضرر، دون أن يكون ثمة التزام عقدي، فهو تقصير من جانب من ارتكب خطأ دون أن يكوم بينهما علاقة عقدة تربطهما.

1- المسؤولية ما قبل التعاقدية قائمة على فكرة التعسف في استعمال الحق:

يرى أصحاب هذا الرأي بأن المسؤولية في المرحلة ما قبل التعاقدية هي مسؤولية تقصيرية، فمن منطلق أنه لا يوجد عقد فلا يمكن التسليم بوجود عقود مفترضة، وبالتالي لا يمكن القول بوجود مسؤولية

عقدية، ومن ناحية أن كل ما يأتيه الطرفين يندرج ضمن الوقائع المادية، واعتمدت هذه النظرية على فكرة التعسف في استعمال الحق، والتسليم بهذا الرأي يستوجب وجود حق حتى يتم التعسف فيه، والمسؤولية هنا هي مسؤولية تقصيرية حسب رأيهم، فارتكاب أحد طرفي عملية التفاوض خطأ أدى إلى وقوع ضرر، والمعيار المعتمد في الخطأ هنا، هو سلوك الرجل المعتاد أو سلوك الرجل الممتهن حسب الحالة، وأمكن ربط الخطأ بالضرر وإثبات علاقة سببية بينهما، وتكون دعوى التعويض مبنية على أركان المسؤولية التقصيرية، وهذا ما أخذ به الفقه الحديث والاجتهاد القضائي في مصر وفرنسا.[1]

فالاعتقاد السائد هنا هو أن المسؤولية في المرحلة القبلية للتعاقد هي مسؤولية تقصيرية، والسبب في ذلك هو عدم وجود عقد يعني عدم وجود مسؤولية عقدية، وبالتالي لا يمكن تطبيق مسؤولية متعلقة بالعقد، في حين لا وجود للعقد أصلا، وكل ما يحدث في هذه المرحلة يعتبر وقائع مادية فقط، ولعل الرأي الصائب حسب وجهة نظرهم هو الاعتماد على فكرة التعسف في استعمال الحق، وهو ما أثار إشكالية وجود حق محدد قبل أن يمكن استخدامه بشكل تعسفي، وبموجب هذا الرأي، فهم يعتبرون المسؤولية في هذه الحالة مسؤولية تقصيرية، إذا ارتكب أحد الأطراف خطأ خلال عملية التفاوض ونتج عن ذلك ضرر، يعتمدون المعيار القائم على سلوك الشخص المعتاد أو المتخصص، حسب السياق، فيمكن ربط الخطأ بالضرر وإثبات العلاقة السببية بينهما، حتى تقوم دعوى التعويض في هذه الحالة على أسس المسؤولية التقصيرية.

2- المسؤولية تقصيرية قائمة على إفشاء المعلومات:

من أبرز من دافع على فكرة المسؤولية التقصيرية في مرحلة قبل التعاقد، الفقه والقضاء الفرنسيين، حيث يعتبر حسب رأيهم بأن أساس الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات في مرحلة التفاوض يقوم على المسؤولية التقصيرية، فإفشاء المعلومات المتحصل عليها أثناء مرحلة التفاوض يشكل إخلالا بالتزام عام يفرضه القانون مفاده عدم الإضرار بالطرف الآخر، وفي هذه المرحلة ينعدم فيها وجود عقد أو اتفاق يتضمن الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات في مرحلة التفاوض، وهو ما أخذ به المشرع الفرنسي في نص المادة 02/1112 من الأمر رقم 2016/131، المتضمن تعديل القانون المدني الفرنسي.[2]

1-نبيل إسماعيل الشبلاق، محمد سعيد أحمد إسماعيل، فاروق أبو الشامات، مرجع سابق، ص 326.

2 - بوكريريس سهام، أحمد داود رقية، مرجع سابق، ص512.

3- نقد فكرة المسؤولية الناتجة عن التفاوض مسؤولية تقصيرية:

تم نقد الأفكار المؤيدة لفكرة المسؤولية الناتجة عن التفاوض مسؤولية تقصيرية، على اعتبار أن الالتزامات التي قد تبرم بين أطراف التفاوض بغرض تنظيم عملية المفاوضات أو الحفاض على السرية أو الالتزام بعدم التفاوض مع الغير وان كانت تسبق العقد النهائي إلا أنه لا يمكن تجريدها من طبيعتها العقدية.[1]

في الأصل فإنه لا مسؤولية على من عدل عن التفاوض وقام بقطع المفاوضات، إلا إذا اقترن به خطأ أو تقصير إساءة أو تشهير وبصورة تعسفية مع توافر سوء النية لدى المفاوض، عندها تترتب المسؤولية التقصيرية في مرحلة ما قبل العقد، إذا خلف هذا التصرف ضرر بالطرف الاخر على اعتبار أن العقد لم يبرم بعد.[2]

وبمنظور آخر فالمسؤولية العقدية، يتعلق وجودها بوجود العقد، وهدفها جبر الضرر العقدي وتعويض المتضرر الذي يجب أن يكون متعاقدا، وبالتالي فقطع المفاوضات في مرحلة ما قبل التعاقد وإذا اعتبرنا المسؤولية المترتبة عن هذه المرحلة هي من قبيل المسؤولية العقدية فهذا يعني أن أثار العقد امتدت لمرحلة ما قبل إبرام العقد وقبل ولادة العقد أصلا، وعليه فالمتفاوض ملزم بهذا العقد منذ الدخول في المفاوضات لا من مرحلة إبرامه، وبهذا تفقد مرحلة المفاوضات الحكمة التي وجدت من أجلها.[3]

انتقدت الأفكار المدافعة عن فكرة المسؤولية الناتجة عن التفاوض مسؤولية تقصيرية، فعلى الرغم من أن الالتزامات التي يمكن أن يتفق عليها خلال التفاوض، مثل تنظيم العملية أو حفظ السرية، قد تسبق العقد النهائي، إلا أنها لا تخلو من طابع العقدية، وتم استبعاد المسؤولية عن قطع التفاوض في المقام الأول، ما لم يكن مرتبطًا بخطأ أو تقصير بشكل تعسفي أو وجود سوء النية من المفاوض، في هذه الحالات، يمكن أن تتحمل المسؤولية التقصيرية ما قبل العقد، طبعا إذا تسببت في إلحاق الضرر بالطرف الآخر، لأن العقد لم يتم بعد، وفي المقابل فالمسؤولية العقدية مرتبطة بالعقد وجودا وعدما، فهي التي تهدف إلى تصحيح الضرر العقدي وتعويض الطرف المتضرر، وهذا الأخير يكون عادة متعاقد، لذا، قطع التفاوض في مرحلة ما قبل العقد يعني أن آثار العقد تمتد إلى تلك المرحلة، وبالتالي، يكون

1- نبيل إسماعيل الشبلاق، محمد سعيد أحمد إسماعيل، فاروق أبو الشامات، مرجع سابق، ص 326.

2 - بلحاج العربي، **مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري**، المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، مرجع سابق، ص203.

3- بن أحمد الحاج، مرجع سابق، ص34.

المفاوض ملزمًا بالعقد منذ بداية المفاوضات، وليس منذ إبرام العقد، وبهذا، تفقد مرحلة التفاوض الأهمية التي كانت مقصودة من ورائها.

ثانيا: المسؤولية الناتجة عن التفاوض مسؤولية عقدية.

جاءت هذه الأفكار والآراء على مخالفة للآراء السابقة، واعتمدت في ذلك على نقدها ومحاولة دمج مرحلة التعاقد بمرحلة المفاوضات ومن ذلك بالاستناد على المبادئ التي تحكم العقد.

1- اعتبار المسؤولية في المرحلة السابقة للتعاقد مسؤولية عقدية:

المسؤولية التي تقوم ما قبل التعاقد هي مسؤولية تعاقدية، ويقود هذا الرأي الفقيه الألماني "أهرنج"، حيث جاء هذا في نظريته ضمن مقال له بعنوان "الخطأ في تكوين العقد" التي يرى من خلالها بأن العقد في مرحلة سابقة للتعاقد سواء أدى هذا الخطأ إلى عدم انعقاد العقد أم أدى إلى بطلان هذا العقد هو خطأ عقدي يثير المسؤولية العقدية على عاتق مرتكبه، فيرتب عليه المسؤولية بالتعويض.[1]

2- المبادئ التي تحكم العقد هي نفس المبادئ التي تحكم المفاوضات:

الأصل هو الحفاض على المبادئ التي تحكم المرحلة العقدية من خلال تطبيقها على المرحلة السابقة للتعاقد ومن ذلك مبدأ حرية المفاوضات السابقة للتعاقد حتى انتهاؤها استناد إلى مبدأ الحرية التعاقدية، وكذلك مبدأ حسن النية الذي يجب أن يحكم هذه المرحلة، ولا بد من المعاقبة على الخطأ المرتكب في المبادرة أو سير المفاوضات أو انهيارها بالالتزام بمسؤولية صاحبها وستكون هذه المسؤولية خارج نطاق التعاقد بطبيعتها.[2]

وتترتب المسؤولية العقدية في حال كان قطع المفاوضات ناجمة عن قطع تعسفي للمفاوضات العقدية تكيف تكيفا تعاقديا.[3]

1-نبيل إسماعيل الشبلاق، محمد سعيد أحمد إسماعيل، فاروق أبو الشامات، مرجع سابق، ص 323.

2 - Nicolas (Dissaux), Christophe (Jamin), **Réforme Du Droit Des Contrats, Du Régime Général Et De La Preuve Des Obligations**, (Ordonnance N° 2016-131 Du 10 Février 2016), Commentaire Des Articles 1100 À 1386-1 Du Code Civil, Editions Dalloz,2017, P04.

3- بن أحمد الحاج، مرجع سابق، ص32.

3- التصرف القانوني بين المتفاوضين بمثابة عقد ضمني:

يرى "اهرنج" بأن التصرف القانوني الذي يضفي الطبيعة العقدية على المفاوضات هو عبارة عن عقد ضمني بين المتفاوضين يلتزم بمقتضاه كل طرف تجاه الأخر بأن يجعله في وضع يسمح بإبرام العقد محل التفاوض، ويلتزم أيضا بالامتناع عن كل عمل قد يعيق التعاقد، ومن ثمة يسأل مسؤولية عقدية عمن أجل تعويض الضرر الذي لحق الطرف الأخر، ويضيف الفقيه الألماني "أهرنج" بأن عقدا ضمنيا يفرض على المتعاقد إجراء من جهة المفاوضات وعدم إعاقتها من جهة ثانية، ومنه يسأل مسؤولية عقدية عن تعويض الضرر الذي لحق الطرف الأخر.[1]

فالمسؤولية العقدية تقوم عندما يكون هناك عقد صحيح قائم بين دائن ومدين، فإذا لم يكن لا تقوم المسؤولية العقدية. [2]

والمسؤولية التقصيرية قد تؤدي إلى نتائج عكسية غير متوقعة، والعمل بها لا يتناسب مع الإرادة عند التفاوض، فالإرادة رغم عدم نجاحها إلا أنها اتجهت إلى ذلك فالإرادة الموجودة تستوجب صفة خاصة للمسؤولية التي تحكمها.[3]

فالمسؤولية العقدية تظهر عندما يتم تأسيس عقد صحيح بين الطرفين، حيث يكون هناك دائن ومدين، ولا تقوم المسؤولية العقدية، في حال عدم وجود عقد، أما المسؤولية التقصيرية، فقد تفضي إلى نتائج غير متوقعة، حيث قد لا تكون النتائج متناسبة مع الإرادة خلال عملية التفاوض، وبالرغم من عدم تحقيق الغرض المنشود، إلا أن الإرادة تكون قد وجهت نحو ذلك، مما يستوجب وجود صفة خاصة للمسؤولية المنبثقة عن هذه الإرادة لذلك نادى جانبا آخر من الفقه إلى أن المسؤولية قي المرحلة قبل التعاقد هي مسؤولية من نوع خاص.

ثالثا: المسؤولية ما قبل التعاقدية مسؤولية من نوع خاص:

نادى بعض الفقه بنوع ثالث من المسؤولية، إلى جانب المسؤولية العقدية والتقصيرية، كونها مسؤولية تعالج خطأ من نوع خاص، فهذه المسؤولية فرضتها احتياجات العدالة حيث تلعب الإرادة دورا

1- نبيل إسماعيل الشبلاق، محمد سعيد أحمد إسماعيل، فاروق أبو الشامات، مرجع سابق، ص 324.

2- حمزة قتال، **مصادر الالتزام، المسؤولية التقصيرية، (الفعل المستحق للتعويض)**، دار هومة، الجزائر، 2018، ص24.

3- بن أحمد الحاج، مرجع سابق، ص35.

مهما في المفاوضات من البداية إلى النهاية لذلك فهي تستوجب قيام مسؤولية من نوع خاص قائمة بذاتها تلائم معها وقادرة على معالجة الخلل الذي قد يقع في مرحلة المفاوضات دون الاعتماد على المسؤولية التقصيرية أو العقدية ولعل هذا راجع إلى أن الأعراف قد طورت العديد من القواعد لتلائم أوساط معينة مثالها مجال المعاملات الاقتصادية داخل الدولة أو العابرة للحدود.[1]

فالمسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، ليست عقدية بالمفهوم التقليدي، الذي يقتضي وجود عقد صحيح، وإخلال بالالتزامات التعاقدية، وفي ذات الوقت ليست تقصيرية بالمفهوم السائد في الأحكام المنظمة لهذه المسؤولية، فلا يمكن للقاضي إدانة المسؤول إلا بأداء تعويض عادل عما لحقه من ضرر كالنفقات والمصاريف التي صرفت من أجل إبرام العقد النهائي، والفرص الضائعة كتفويت الفرص في حال تحققها.[2]

رابعا: موقف القانون من المسؤولية في مرحلة المفاوضات أو مرحلة ما قبل التعاقد:

إن جل القوانين والتشريعات لا ترتب أثرا قانونيا على التفاوض، فكل طرف حر في الدخول في المفاوضات وهو حر في الدخول في المفاوضات أو قطعها متى شاء، دون أن يترتب عليه أي التزام، وبالمقابل فجل التشريعات نصت أيضا، على إمكانية العدول دون تبرير سبب ذلك، ورغم عدم إطلاق هذه القاعدة فمراعاة حسن النية عند الدخول في عملية التفاوض واجب.[3]

فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريده، دون أن يتعرض لأي مسؤولية عقدية، طبقا لمبدأ سلطان الإرادة، وحرية الارتباط التعاقدي، إلا إذا كان متعسفا أو خرج عن حدود حسن النية.[4]

ويختلف الأمر إذا كان الحديث عن المسؤولية في حالة قطع المفاوضات بعد اتفاق الأطراف على شروط العقد التمهيدي أو التفصيلي لأن المسؤولية في هذه الحالة مسؤولية عقدية.[5]

1- المرجع نفسه، ص35.

2 – بلحاج العربي، **مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري**، المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، مرجع سابق، حاشية ص203.

3- نبيل إسماعيل الشبلاق، محمد سعيد أحمد إسماعيل، فاروق أبو الشامات، مرجع سابق، ص 328.

4 – بلحاج العربي، **مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري**، المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 202.

5- بن أحمد الحاج، مرجع سابق، ص32.

لم ينظم المشرع الجزائري المسؤولية عن الخطأ في مرحلة التفاوض، واكتفى بالنص ضمنيا على مبدأ حسن النية في عملية التعاقد عموما، تطبيقا للمادة 01/107 من القانون المدني الجزائري.[1]

لذلك فإن فشل المفاوضات التعاقدية لا تمنح للقاضي إمكانية جبر الأطراف على التفاوض، كما لا يستطيع أن يجبر المتفاوض على التعاقد، فليس أمام القاضي إلا الحكم بالتعويض للطرف المضرور عما أصابه ضرر من جراء عدم الوفاء بالالتزامات التعاقدية تطبيقا للمادة 176 ق م ج.[2]

إن قطع المفاوضات بسوء نية أو دون سبب جدي أو دون مبرر مشروع، قد يسأل مسؤولية تقصيرية قبل تعاقدية Responsabilité Délictuelle، ويقع عبء إثبات الخطأ والضرر على عاتق الطرف المدعي، وهو ما وافق اجتهاد الفقه والقضاء الفرنسي، غير أنه في بعض القضايا فقد قضت المحاكم الفرنسية بالمسؤولية العقدية، وذلك عند التأكد من وجود عقد تحضيري أو تمهيدي بالصيغة والعبارات الملزمة وبحسن النية.[3]

من خلال ما تم توضيحه يبدو بأن القوانين والتشريعات لا ترتب أثرا قانونيًا على عمليات التفاوض، حيث يحتفظ كل طرف بحريته في الدخول في المفاوضات وقطعها دون أي التزام قانوني، وفي نفس الوقت فهي تؤكد على أهمية حسن النية خلال هذه العمليات، ويتجلى مبدأ سلطان الإرادة عند الحرية في الالتزام التعاقدي حيث تسمح لكل طرف بالانسحاب من المفاوضات دون مسؤولية إلا في حالة انحرافه عن حسن النية.

غير أنه وبالتعرض لمفهوم المسؤولية التقصيرية، حيث يمكن أن يُطالب الطرف بالمسؤولية عندما يقطع المفاوضات بسوء نية أو دون مبرر مشروع، ويتحمل الطرف المدعي عبء إثبات الخطأ والضرر.

ومن ناحية القضاء فإنه لا يوجد إمكانية لتدخل القاضي، من ناحية جبر الأطراف على التفاوض أو التعاقد، ليبقى التدخل الوحيد للقاضي، عند وقوع الضرر ليقوم بتعويض الطرف المتضرر بسبب عدم الوفاء بالتزامات التعاقدية.

إن ما تم توضيحه يعكس الفوارق بين التفاوض والتعاقد، وتسليط الضوء على الدور الحاسم لحسن النية والمسؤولية في هذه الإجراءات.

1- حليس لخضر، مرجع سابق، ص 168.

2 – بلحاج العربي، **مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري**، المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 208.

3 – المرجع نفسه، ص205.

خامسا المسؤولية المتعلقة بالإعلام قبل التعاقد:

تترتب المسؤولية العقدية تجاه المستهلك متى خالف الالتزامات المتضمنة في الإعلان من طرف المحترف، ويمكنه نفي المسؤولية بإثبات الخطأ الأجنبي ومنه خطأ الغير، مثال ذلك (مزود الخدمة)، ويعتبر إخلال بالالتزامات التعاقدية حسب القانون الأردني لحماية المستهلك، في حالة عدم تسليم السلعة أو تقديم الخدمة للمستهلك خلال المدة المتفق عليها، في حالة عدم صحة المعلومات التي تم تزويد المستهلك بها عن السلعة أو الخدمة أو إخفاء المزود عن المستهلك إي معلومات جوهرية عن السلعة المقدمة.[1]

في حين تعتبر جل القوانين الأوروبية والعربية بأن الإخلال بالإعلام سببا لإثارة المسؤولية التقصيرية.[2]

وقد ربط بعض الفقه لقيام المسؤولية بمدى صحة المعلومة، بسلامة المشتري حيث رجح قيام المسؤولية التعاقدية للبائع في حال كان هناك نقص أو عدم صحة المعلومات اللازمة لسلامة المشتري، وقد أخذ بهذا الرأي المحاكم الفرنسية، رغم النقد الموجه لهذا الرأي.[3]

وقد أوجب المشرع الجزائري إلى ضرورة إخضاع الاشهارات الإلكترونية، إلى الموافقة المسبقة من الجهات المختصة، وقد حدد إلى أنه في حالة النزاع فإنه ينبغي على المورد الإلكتروني إثبات أنه قام بإرسال الإشهارات الالكترونية وأنها خضعت للموافقة المسبقة والحرة، وقد تم استيفاؤها.[4]

ولما كان ما يقع على الصانع من تقديم للمعلومة حول المنتج، فلا يكتفي بالإشارة إلى طريقة الاستعمال التي تمكن المستهلك من معرفة الاستعمال الأمثل، بل تستوجب عليه أن يحذر من المخاطر التي يمكن أن تحدثها استخدام بعض المنتجات.[5]

1- براء على صالح محمد، **المسؤولية العقدية لمزودي خدمات عبر الانترنت (دراسة مقارنة)**، ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان الأردن، 2020، ص 58.

2- نبيل إسماعيل الشبلاق، محمد سعيد أحمد إسماعيل، فاروق أبو الشامات، مرجع سابق، ص 329.

3- مرتضى عبدالله خيري، **المسؤولية العقدية عن الاخلال بالحق في إعلام المستهلك بالمنتجات الخطرة**، مجلة البحوث القانونية والسياسية، جامعة مولاي طاهر، سعيدة الجزائر، العدد09، ديسمبر 2017، ص ص 22-47، ص28.

4- أنظر المادة 33 من القانون 05/18، مرجع سابق، ص09.

5- مرتضى عبدالله خيري، مرجع سابق، ص30.

إن المسؤولية تجاه الإعلانات والإشهارات التي يقوم بها المنتج، وذلك بتحميله المسؤولية على الملصقات قصد الإعلام على منتجاته، مثال ذلك، الحكم القضائي الصادر عن محكمة الاستئناف الباريسية حين قضت بمسؤولية منتج إطارات السيارات جراء الأضرار التي لحقت المشتري بسب انفجارها، رغم ما كتب على الإطار بأنه غير قابل للانفجار، أقرت المحكمة بمسؤولية المنتج ولا يمكنه التنصل من مسؤوليته، رغم دفاعه بأن العلم لم يتمكن من اختراع إطارات غير قابلة للانفجار.[1]

ومما لا شك فيه فالالتزام بالإعلام يشمل الأشياء المتميزة بالجدة والحداثة، ويكون أكثر إلحاحا لهذه الأشياء لمحدودية علم المشتري بهذه الأشياء وقلة معرفته لخصائصها.[2]

وهذا الرأي أخذت به محكمة ليون الدائر الجنائية لمحكمة النفض بتاريخ 1974/03/14 في قضية (cinq sept)، حيث تعود أحداث هذه القضية، إلى حريق نشب بالمنشأة، نتيجة استخدام مواد قابلة للاشتعال راح ضحيته 150 شخصا، وحسب قضاة الموضوع للمحكمة المذكورة أن هذه المواد المستخدمة جديدة ولا يعرف خصائصها وأثارها إلا المختصون الذين يمتلكون كفاءة عالية، وتم توجيه الاتهام لأستاذ حاصل على درجة دكتوراة في الكيمياء، حيث اعتبر قد أخل بواجب الحيطة، لأنه لم يبين للمشترين الاستخدامات الرئيسية لهذه المواد المباعة دون أن يحذرهم من مخاطر بعض الاستخدامات ومدى خطورة هذه المواد وهم أشخاص عاديون لا علم لهم بهذه المواد.[3]

ونشير إلى أن الإخلال بالمسؤولية المترتبة عن التعاقد عن بعد، تقابلها عقوبات، وقد ظهرت في هذا الصدد، عقوبات جديدة جاءت مصاحبة لتمحل المسؤولية والإخلال بها، نتيجة القيام بمهام، من طبيعة العقود المبرمة عن بعد، حيث حدد المشرع الجزائري عقوبة بالغرامة المالية من 200.000د ج إلى 1000.000 دج كل من يعرض للبيع أو يبيع عن طريق الاتصال الالكتروني المنتجات أو الخدمات المذكورة في المادة 03 من القانون 05/18.[4]

1- عليان عدة، **الإلتزام بالتحذير من مخاطر الشيء المبيع**، مذكرة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، السن الجامعية 2009/2008، ص51.

2- مرتضى عبدالله خيري، مرجع سابق، ص30.

3- المرجع نفسه، ص29.

4 - أنظر الفقرة الأولى، من المادة 37، من القانون 05/18، مرجع سابق، ص09.

وأضاف المشرع بأنه يمكن للقاضي الأمر بغلق الموقع الالكتروني لمدة تتراوح من شهر01 إلى ستة06 أشهر.[1]

فهذه العقوبات الخيرة قررت نتيجة للاستخدام المفرط للوسائل الإلكترونية والبرامج التي تعمل بالاعتماد على التقنيات التكنولوجية الحديثة، لذلك أخذ المشرع بعقوبة غلق الموقع الإلكتروني، لما له من أضرار على صاحبه، وما قد يلحقه من خسارة نتيجة هذا الغلق، إلا أن المشرع لم يشر في العقوبة إلى حرمانه من فتح موقع آخر مواز له يمكنه استغلاله، فقد يلجأ من يقع تحت هذه العقوبة إلى الاسم المستعار أو العمل تحت مسمى آخر، مما يجرد العقوبة من محتواها.

سادسا: أساس المسؤولية قبل التعاقد.

بعيدا عن اعتبار المسؤولية تقصيرية أم عقدية، عالج جانب من فقهاء القانون المسؤولية الناجمة عن التفاوض من خلال طرح مجموعة من النظريات تحاول توضيح الأساس الذي تبنى عليه المسؤولية قبل التعاقدية، نبرز أهمها كما يلي:

1- المسؤولية تقوم على أساس الخطأ.

لم يثبت الفقه والقضاء على اعتماد نظرية الخطأ كأساس لقيام المسؤولية عن العقود المبرمة عن بعد، فقد وجه عدد من الانتقادات لهذه الفكرة من عدد من الفقهاء.

أ-نظرية الخطأ في العقود المبرمة عن بعد:

من بين النظريات التي عالجت موضوع المسؤولية في مرحلة المفاوضات، نظرية الخطأ عند تكوين العقد، ويقود هذه النظرية الفقيه الألماني، "أهرنج"، حيث سمى هذه النظرية بـ: "النظرية التقصيرية أو الخطأ في إبرام العقد"، ومقتضى هذه النظرية، هو انعدام الحرص من جانب من اتخذ مظهرا كاذبا، جعل من الطرف الآخر يعتقد بوجود عقد ملزم خلافا للواقع، ويرى "إهرنج" بأنه رغم بطلانه، إلا أنه ينشئ التزاما بالتعويض، فالعدل هو أن يتحمل من تسبب في الخطأ والضرر الذي أصاب المتعاقد الآخر حسن النية بالتعويض.[2]

1 – أنظر الفقرة الثانية، من المادة 37، من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص09.

2 – فطيمة زهرة عبد العزيز، مرجع سابق، ص30.

اعتمدت نظرية الخطأ عند تكوين العقد، في إثبات المسؤولية في مرحلة المفاوضات، لدى الفقه من بينهم الفقيه الألماني "أهرنج"، الذي قاد نظرية أطلق عليها "النظرية التقصيرية أو الخطأ في إبرام العقد"، والتي بمقتضاها انعدام الحرص من أحد الأطراف، وحسب رأيه أن على الرغم من بطلان العقد نتيجة لهذا الخطأ، إلا أنه ينشئ التزاماً بالتعويض، فالعدالة تقتضي أن يتحمل الشخص الذي تسبب في الخطأ والضرر الذي لحق بالطرف الآخر نتيجة لهذا الخطأ، ويجب عليه دفع تعويض يعكس حسن نيته.

ب-نقد فكرة الخطأ:

وقد وجه الانتقاد لهذه النظريات من قبل الفقه واعتبر بأن أساس المسؤولية ما قبل التعاقدية على أساس خطا عقدي، غير صالحة، لأنها تقوم على افتراض محض لا ينسجم مع المنطق القانوني السليم، فمن الصعوبة الأخذ بالمسؤولية على العقد الأصلي ولم يبرم بعد، والقول بوجود اتفاق ضمني يتعهد كل طرف بصحة العقد المراد إبرامه وعدم إتيان أي عمل من شأنه إعاقة إبرام العقد أو بطلانه أمر لا يمكن الركون إليه، وعلى هذا انصرف الفقه الفرنسي والمصري عن هذه النظريات إلى الاتجاه القائل بالمسؤولية في مرحلة ما قبل التعاقد إنما تبنى على الخطأ التقصيري.[1]

ونجد بعض الفقه القانوني من انتقد نظرية الخطأ كأساس للمسؤولية في المرحلة ما قبل التعاقدية، فتحمل المسؤولية العقدية يجب أن يسبقه خطأ عقدي، فالاعتماد على افتراضات محضة لا يتماشى مع المنطق القانوني السليم، ويعتبر من الصعب أن يتحمل الشخص المسؤولية عن عقد لم يتم بعد، ولا يمكن القول بوجود اتفاق ضمني يلتزم كل طرف فيه بصحة العقد المنشود، أو بعدم القيام بأي عمل قد يعرقل أو يلغي العقد.

إن عدم الموافقة على نظرية الخطأ في المخالفة، يرجع ذلك إلى اعتقاد الفقه القانوني الذي يرى بأن مرحلة قبل إبرام العقد لا يمكن أن تكون محلا للمسؤولية، إلا خارج نطاق العقد،[2] والمسؤولية العقدية تمثل جزاء العقد وضمانه له، وهي في العادة تقوم لوقوع خلل بالالتزام العقدي وطبيعي أن هذا يستوجب أولا وجود عقد صحيح حصل الإخلال به. [3]

1- نبيل إسماعيل الشبلاق، محمد سعيد أحمد إسماعيل، فاروق أبو الشامات، مرجع سابق، ص 325.

2 - Nicolas (Dissaux), Christophe (Jamin), Op, Cit P05.

3 - منذر الفضل، مرجع سابق، ص 215.

وقد اختلف الفقه حول تحديد فكرة الخطأ، فالبعض عرفه بأنه عمل ضار مخالف للقانون والبعض قال بأنه إخلال بالالتزامات القانونية سابقا، كما قيل أنه اعتداء على حق والبعض يرى أن إخلال بالثقة المشروعة، وقيل أيضا أنه انتهاك لحرمة حق لا يستطيع من انتهك حرمته أن يعارض بحق أقوى أو بحق مماثل وقيل بأنه إخلال بواجب.[1]

وفي حقيقة الأمر فالخطأ العقدي، يجعل من المتعاقد يسأل عن إخلاله الشخصي بالعقد فتنهض المسؤولية العقدية عن الخطأ إذا توافرت بقية الأركان.[2]

منذ القدم وتاريخ الفقه القانوني لم يوافق على نظرية الخطأ كأساس قانوني للمسؤولية قبل التعاقدية، فالمسؤولية العقدية تعني جزاء العقد وضمانه، وعادة ما تنشأ عندما يحدث خلل في الالتزام العقدي، وبالتالي يكون من الطبيعي أن يكون هذا الخلل مقترنًا بوجود عقد صحيح.

وعلى هذا انتشرت آراء مختلفة بين الفقهاء بشأن تحديد مفهوم الخطأ، بعضهم عرفه بأنه عمل ضار مخالف للقانون، وبعضهم ربطه بالالتزام القانوني السابق، بينما رأى آخرون أنه اعتداء على حق، وقيل بأنه انتهاك لحرمة حق لا يمكن للشخص الذي تعرض لهذا الانتهاك أن يعارضه بحق أقوى أو مماثل، وقيل أيضًا بأنه اخلال بالواجب.

في الواقع، الخطأ العقدي يجعل المتعاقد مسؤولًا عن انتهاكه الشخصي للعقد، وبناءً على ذلك، تنشأ المسؤولية العقدية عن الخطأ إذا توافرت بقية العناصر الضرورية.

2- المسؤولية تقوم على أساس تحمل التبعة في العقود المبرمة عن بعد:

هناك من يرى بأن أساس المسؤولية في مرحلة ما قبل التعاقد تقوم على أساس نظرية تحمل التبعة، ويقود هذا الرأي الفقيه الألماني "فيشيد" حيث يرى بأن كل شخص يقدم على التعاقد ويتخذ زمام المبادرة في العملية التعاقدية، يجب عليه تحمل تبعة نشاطه، ومنه يكون مسؤولا عن الأضرار الناجمة عن ذلك والتي قد تلحق بالطرف الآخر أو حتى بالغير، جراء بطلان العقد أو إعاقة إبرامه، وتنعقد المسؤولية بسبب

1 - محمد صبري السعدي، **النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري**، مصادر الإلتزام، المسؤولية التقصيرية العمل النافع القانون، 2003، دار الكتاب الحديث، ص 31.

2 - منذر الفضل، مرجع سابق، ص 216.

حدوث الضرر ولو كان حسن النية، ولا يعلم سبب الضرر، فيكفي إثبات الضرر من طرف المتعاقد الآخر جراء النشاط التعاقدي.[1]

فبخلاف نظرية الخطأ، ظهرت نظرية مقابلة لها تعرف بنظرية تحمل التبعة، بعض الأشخاص يرون أن أساس المسؤولية في مرحلة ما قبل التعاقد يقوم على أساس نظرية تحمل التبعة، وقد قاد هذا الرأي الفقيه الألماني "فيشيد"، الذي يرى بأن كل شخص يقوم بالتعاقد ويتخذ الالتزام في العملية التعاقدية، لذلك يجب عليه أن يتحمل تبعة أفعاله، وبناءً على هذا، يكون مسؤولًا عن الأضرار التي قد تنتج عن ذلك والتي قد تؤثر على الطرف الآخر أو حتى على أشخاص آخرين، سواء كانت نتيجة لبطلان العقد أو لعرقلة إبرامه.

فالمسؤولية تنشأ بسبب وقوع الضرر، حتى لو كان المتعاقد حسن النية، ولم يكن يعلم بسبب الضرر، بمعنى آخر، يمكن للمتعاقد الآخر أن يثبت وقوع الضرر نتيجة للنشاط التعاقدي، دون الحاجة إلى إثبات سبب الضرر.

في نهاية المطاف، يرى "فيشيد" بأن الشخص الذي يتخذ الخطوات لإبرام العقد يتحمل تبعات تلك الخطوات، وعليه أن يكون مسؤولًا عن الأضرار التي قد تحدث نتيجة لذلك النشاط التعاقدي.

3- المسؤولية تقوم على أساس الوكالة في العقود المبرمة عن بعد:

وافق هذه النظرية الفقيه الألماني "شورول" الذي يرى بأن أساس المسؤولية يقوم على أساس الوكالة حيث تقوم على توكيل ضمني لمن وجهة إليه باتخاذ الإجراءات التي من شأنها تمكين الأطراف من إبرام العقد وفي حال انتهاء المفاوضات ولم يتحقق الهدف كان الموكل مسؤولا عن تعويض الوكيل عن المصروفات التي أنفقت في سبيل تنفيذ الوكالة، رغم عدم بلوغ الغاية، وضرب الفقيه "شورول" مثال بصاحب الفندق الذي يتلقى عرضا بحجز غرفة في يوم محدد فقام بتنفيذ ذلك وقد أدى بصاحب الفندق جراء هذا العرض إلى رفض كل طلب بحجز تلك الغرفة، ثم تراجع صاحب الطلب الأول، مما فوت عليه الفرصة من استغلال الغرفة لزبون آخر، فصاحب الفندق بوصفه وكيلا افتراضي الرجوع على صاحب العرض بدعوى الوكالة لتعويض ما فاته من كسب.[2]

1- نبيل إسماعيل الشبلاق، محمد سعيد أحمد إسماعيل، مرجع سابق، هامش ص 323.

2- المرجع نفسه، ص 324.

وعلى غرار نظرية الخطأ ونظرية تحمل التبعة، جاء الفقيه الألماني "شورول" الذي يرى بأن أساس المسؤولية في مرحلة ما قبل التعاقد يقوم على أساس الوكالة، يرجع ذلك إلى فكرة التوكيل الضمني، حيث يُفترض أن الموكل يمنح الوكيل السلطة لاتخاذ الإجراءات اللازمة لتحقيق الهدف المطلوب من التعاقد، وفي حال انتهاء المفاوضات دون تحقيق الهدف، يكون الموكل مسؤولًا عن تعويض الوكيل عن المصروفات التي أُنفقت في سبيل تنفيذ الوكالة، حتى لو لم يتم بلوغ الهدف المنشود.

4- المسؤولية القائمة على اساس الفضالة في العقود المبرمة عن بعد:

لم يبرز الفقه نظرية الوكالة فحسب، بل جاء بنظرية الفضالة، باحثا عن الأساس الذي يمكن الاعتماد عليه في تحمل المسؤولية.

أ-نظرية الفضالة:

يتزعم هذه النظرية الفقيه الألماني (تون Ton) الذي يرى من وجهة له دعوى للبدء في المفاوضات فضوليا، فهو يدير شأنا من شؤون رب العمل، فيمكن الرجوع على هذا الأخير بدعوى الفضالة لاسترداد ما أنفقه لإتمام العقد، فهو يسعى إلى تحقيق مصلحة شخصية إلى جانب تحقيق مصلحة صاحب الدعوى فمن حقه استرداد ما أنفقه لمصلحة الأخير.[1]

تعتبر هذه النظرية دعوى بدء المفاوضات فضولية، حيث يروج الفقيه "تون" لفكرة أن الشخص الذي يشارك في المفاوضات، يفعل ذلك بشكل فضولي، وهو يتدخل في شؤون رب العمل، وبالتالي، يحق له الرجوع على رب العمل بدعوى الفضالة لاسترداد التكاليف التي أنفقها لإتمام العقد، يسعى هذا الشخص إلى تحقيق مصلحة شخصية بالإضافة إلى مصلحة رب العمل، ومن حقه استرداد التكاليف التي أنفقها لمصلحة رب العمل.

الفرع الثاني: المسؤولية الناتجة عن تنفيذ العقود المبرمة عن بعد.

قد تترتب المسؤولية بسبب عدم القيام بالالتزامات التعاقدية، يتطلب التنفيذ قيام المورد الإلكتروني بتنفيذ كل الالتزامات الواقعة على عاتقه، وما يتطلبه العقد من مبادئ حسن النية واحترام كل الالتزامات

1- نبيل إسماعيل الشبلاق، محمد سعيد أحمد إسماعيل، فاروق أبو الشامات، مرجع سابق، ص 324.

القانونية المترتبة عليه لأن العقد أبرم في فضاء لامادي يجهل كل متعاقد المتعاقد الآخر سوى المعرفة الإلكترونية، المعتمدة على ما دم من بيانات عبر الروابط الإلكترونية.[1]

أولا: مسؤولية المورد الإلكتروني تجاه المستهلك:

إن مسؤولية المورد تجاه المستهلك، قائمة ما دام هناك ضرر، لكن الإشكال يتمثل في الأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه المسؤولية هل هو على أساس الخطأ، أو دون خطأ.

1- مسؤولية المورد تجاه المستهلك قائمة على أساس الخطأ:

المورد مسؤول عن الأضرار التي يتكبدها في حالة عدم الامتثال لالتزاماته، وهو مسؤول على عدم أداء الخدمة أو سوء أدائها، ونذكر حالة ذلك إذا كان يرجع للوسيط ومن يتحمل المسؤولية، فالمشرع قام بحماية المستهلك لكونه الحلقة الضعيف في العلاقة التعاقدية، وحالات تعفي البائع أو المورد من تحمل المسؤولية، القوة القاهرة.

أ-الخطأ في العقود المبرمة عن بعد:

يكون الخطأ في العقود المبرمة عن بعد عن طريق الافتراض بأن العميل أبرم العقد عن غير قصد، أو ارتكب خطأً جوهريًا في الطلب، أو في اختيار السلع أو الخدمات، وبالتالي سيكون لديه فرصة لربح القضية، من خلال إثبات أن الموقع يعرض بشكل سيئ، وأن عملية الطلب غامضة، أو أن النظام الذي تم وضعه لتصحيح الأخطاء غير متناسق، أو حتى غير موجود، وما إلى ذلك، ويبدو لنا أن العقد المبرم في مثل هذا الأمر يمكن إبطال الظروف، حتى بين المهنيين الذين قد ينتقصون بالاتفاق من أحكام التوجيه الخاص بالتجارة الإلكترونية، حيث يمكن للعميل أن يجادل بأن موافقته قد أبطلت بخطأ، بعد خرق مقدم الخدمة لواجب حسن النية.[2]

فحسن النية، التزام في حد ذاته، وبدمج الالتزام بحسن النية، ينتج لدينا ضرورة تنفيذ الالتزامات المترتبة على العقد بحسن نية، ومن هذا المنظور سواء تم التنفيذ من قبله أو من قبل مؤديي خدمات آخرين، دون المساس بحقه في الرجوع ضدهم.[3]

1 - سقلاب فريدة، مرجع سابق، ص 574.

2 - Demoulin (Marie), ET MONTERO (Étienne), Op¸ Cit¸ p586.

3- أنظر المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم:271/22، مرجع سابق، ص22.

إن التنفيذ والمسؤولية عن حسن التنفيذ بعد ابرام العقد الإلكتروني، تجعل من المورد الإلكتروني مسؤولا بقوة القانون أمام المستهلك الإلكتروني عن حسن تنفيذ الالتزامات المترتبة على هذا العقد، سواء تم تنفيذها من قبله أو من قبل مؤديي خدمات آخرين، دون المساس بحقه في الرجوع ضدهم.[1]

وتترتب المسؤولية بقوة القانون أمام المستهلك الإلكتروني، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري بموجب المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم:271/22، بخصوص مسؤولية البائع حيث يكون مسؤولا بقوة القانون أمام المستهلك الإلكتروني للكتاب.

قد يرى المستهلك بأن مصلحته لا تكمن في طلب إبطال العقد، بل في التعويض من المورد الإلكتروني، لأن التعويض حسبه يغطي ما تكبده من خسائر أو نقص في المنفعة الاقتصادية التي تعاقد من اجلها.[2]

ب-نفي الخطأ:

ويمكن نفي الخطأ إذا أثبت مقدم الخدمة بأنه أبلغ الطرف المتعاقد بشكل صحيح وقطع بعناية العملية التعاقدية وأتاح الوسائل المناسبة لتحديد الأخطاء وتصحيحها.[3] ففي هذه الحالة يعتبر مقدم الخدمة قد قام بمهامه أو الالتزامات المترتبة عليه، فتنتفي مسؤوليته، فنفي الخطأ يقع على عاتق مقدم الخدمة، وانتفاء الخطأ يعكس بالضرورة انعدام المسؤولية.

2- مسؤولية المورد الإلكتروني في العقد الإلكتروني مسؤولية دون خطأ:

إن مسؤولية المورد الإلكتروني في العقد الإلكتروني مسؤولية دون خطأ فهي لا تستند على سلوك انحرافي من المورد، فهي تقوم بمجرد عدم تنفيذ الالتزام، دون النظر لسبب عدم التنفيذ، ويقع عبء الإثبات على المورد كونها مسؤولية واقعة بقوة القانون على عاتق المورد بصرف النظر إذا كان مخطئا أم لا، ولا يستطيع نفي المسؤولية إلا إذا أثبت أن سبب عدم التنفيذ يعود لسبب الأجنبي أو خطأ المضرور أو خطأ الغير طبقا للأسباب المنصوص عليها في المادة 127 من القانون المدني الجزائري.[4]

1- أنظر الفقرة الأولى المادة 18 من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص07.

2 - سقلاب فريدة، مرجع سابق، ص 576.

3 - Demoulin (Marie), ET MONTERO (Étienne), Op¸ Cit¸ p586.

4- سقلاب فريدة، مرجع سابق، ص575.

إن تحمل المورد الإلكتروني المسؤولية دون خطأ، مما يعني أنه يتحمل المسؤولية عن عدم تنفيذ الالتزام حتى لو كان السبب خارجا عن سيطرته، ما لم يثبت خلاف ذلك، وينبغي على المورد الإلكتروني إثبات أن السبب في عدم الأداء يعود إلى عوامل خارجة عن سيطرته، مثل خطأ الغير أو القوة القاهرة.

3-المسؤولية تجاه التوقيع في العقود المبرمة عن بعد:

قد ترتب مسؤولية الموقع تجاه توقيعه، من أجل هذا، فإنه يتوجب عليه اتخاذ احتياطاته حتى لا يتورط باستعمال غير مشروع لعناصر التشفير، أو المعلومات الشخصية التي تتعلق بتوقيعه والتزامه بالإعلام عن أي استعمال غير مشروع لبيانات إمضائه، وهو بهذا يتحمل المسؤولية تجاه البيانات التي يدلي بها لمزود الخدمة المصادقة الإلكترونية. [1]

وقد تترتب مسؤولية مؤدي خدمة التصديق عن مزاولته لخدمة التصديق عن نشاطه المسؤولية التقصيرية، في حال تضرر طرف لا يربطه به عقد، فتقوم المسؤولية التقصيرية لمزود خدمات التصديق الالكتروني، وقد تترتب المسؤولية العقدية في حال تضرر الموقع أو الطرف المرسل إليه التوقيع الالكتروني حيث تقوم المسؤولية العقدية في مواجهته.[2]

وقد تقوم المسؤولية بخصوص أمن المعلومات وسريتها، حيث تقع المسؤولية على صاحب شهادة التصديق، الذي يتحمل المسؤول الكاملة لوحده، حول كل ما يتعلق بسرية البيانات المضمنة في شهادة التصديق، تطبيقا للمادة 61 من القانون رقم:04/15.[3]

ولا يقف الأمر على تحمل مزود خدمة التصديق للمسؤولية فقط، فمسؤولية مقدمة خدم التصديق قد تقوم على أساس المسؤولية التقصيرية، كما قد تقوم على أساس المسؤولية العقدية، بحسب المضرور، والخطأ الحاصل.

1- بلقاسم حامدي، **إبرام العقد الإلكتروني**، أطروحة دكتوراه، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، السنة الجامعية، 2015/2014، ص 231.

2 - عبوب زهيرة، **المسؤولية المدنية لمقدم خدمات التصديق الإلكتروني (دراسة تحليلية لما جاء في القانون 04/15)**، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، المجلد09، العدد03، ديسمبر 2018، ص 429

3 - ليندة بلحارث، **النظام القانوني لمزودي خدمات التصديق الالكتروني في القانون الجزائري**، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، المجلد09، العدد03، ديسمبر 2018، ص 872

فقد يسأل مزود خدمة التصديق الإلكتروني، في حال عدم قيامه بتنفيذ التزامه الوارد في العقد الصحيح المبرم بينه وبين الموقع، أو في حال القيام بالتزامه ولكن بكيفية معيبة أو غير صحيحة ألحقت أضرار بالطرف الآخر،[1] ففي هذه الحالة تترتب المسؤولية العقدية.

ولا يقتصر الامر على مسؤولية المُوقع، فقد يمكن أن تقوم المسؤولية تجاه مقدم خدمة التصديق، حيث يمكن قيام المسؤولية التقصيرية لمزود الخدمة، إذ تسبب في ضرر للغير بخطئه وكانت هناك علاقة سببية بين الخطأ والضرر فإنه يتحمل المسؤولية التقصيرية بسبب الثقة حسن النية المفترضة كضمان مقدمة تجاه الغير.[2]

ولا يقتصر الأمر على مسؤولية الموقع تجاه مقدم خدمة التصديق، فقد تقوم مسؤولية مزود خدمة التصديق، وذلك بالاستناد على نص المادة 53 من القانون رقم:04/15 فالمسؤولية الكاملة تعود لمزود خدمة التصديق الالكتروني بخصوص الاضرار التي قد تلحق بكل شخص سواء كان طبيعيا أو معنوي اعتمد على شهادة التصديق الالكتروني التي استخرجها يصاحبها، وفي ذات السياق تترتب مسؤوليته عن الأضرار التي قد تنتج عن عدم إلغاء شهادة التصديق طبقا للمادة 54 من القانون رقم: 04/15.[3]

أما المسؤولية التقصيرية فتترتب لكل شخص لحقه ضرر مع جهة التصديق ولا تربطه بها علاقة عقدية فكل إهمال أو تقصير يترتب عن تنفيذ الالتزام من شأنه أن يرتب مسؤولية مزود خدمة التصديق متى توافرت أحكام المسؤولية المدنية التقصيرية.[4]

يرتبط مقدم خدمة التصديق الالكتروني برابطة عقدية مع الموقع، لذلك تقوم المسؤولية العقدية لمؤدي الخدمة طوال مدة العقد.[5]

ويمكن أن تترتب المسؤولية الجزائية عن الأفعال غير المشروعة التي يرتكبها مزود خدمات التصديق الالكتروني، وقد حدد المشرع الجزائري عقوبات للكل من يتلاعب بالمعطيات أو يتعامل في معطيات غير مشروعة وفقا لما جاء المادة 394 مكرر من قانون العقوبات الجزائري.[6]

1 – ليندة بلحارث، مرجع سابق، ص 870

2– بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص 231.

3 – ليندة بلحارث، مرجع سابق، ص 871

4 – عبوب زهيرة، مرجع سابق، ص 431

5 – المرجع نفسه، ص 430

6 – ليندة بلحارث، مرجع سابق، ص 870

فقد حددت المسؤولية الجزائية لمقدم خدمة التصديق، بالرجوع للمواد 394 مكرر إلى غاية المادة 394 مكرر6 من القانون رقم:15/04 المعدل لقانون العقوبات، حيث اعتبر جرائم المساس بأنظمة المعالج الآليات للمعطيات، وعن طريق الغش في كل جزاء بالحبس من ثلاث أشهر إلى سنة وغرامة مالية من 50.000 إلى 100.000 د ج وتضاعف العقوبة إذا ترتب عن ذلك تغيير في المعطيات.[1]

ثانيا-الإعفاء من المسؤولية عموما:

ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن الفعل الضار أو العمل غير المشروع، تطبيقا للمادة 3/178 من ق م ج، وذلك كون أحكام المسؤولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام فلا يجوز الإعفاء منها، المادة 124 ق م ج وما بعدها.[2]

لا يمكن الإعفاء من المسؤولية مادام هناك ضرر ناتج عن فعل ضار أو عمل غير مشروع، ولما كانت المسؤولية من النظام العام فإنه لا يمكن الاتفاق على مخالفتها الإعفاء منها.

1-حالة القوة القاهرة في العقود المبرمة عن بعد:

مكن المشرع المورد الالكتروني من إمكانية التحلل من كامل مسؤوليته أو جزء منها إذا اثبت أن عدم التنفيذ أو سوؤه يعود إلى المستهلك الإلكتروني أو إلى قوة قاهرة،[3] في هذه الحالة، يعني بأن في حال توافر القوة القاهرة، فإن المورد الإلكتروني يتحلل من تحمل المسؤولية، سواء بشكل كلي أو جزئي، رغم وجود عدم أو سوء التنفيذ، إذا أثبت مسؤولية المستهلك، أو أثبت بأن السبب يعود للقوة القاهرة.

2-نفي قيام العلاقة السببية لسبب الأجنبي في العقود المبرمة عن بعد:

إن إثبات عدم التنفيذ يعود للسبب الأجنبي بنفي قيام العلاقة السببية بين المورد وعدم التنفيذ، ولابد من توافر شرطين لتحقيق السبب الأجنبي يتمثل الأول في شرط عدم التوقع، والثاني هو شرط عدم التنفيذ، وتخلف أحد الشرطين لا يكون بصدد السبب الأجنبي أو خطأ المضرور وخطأ الغير.[4]

1- بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص 234.

2 - العربي بلحاج، **مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المصادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة)**، الجزء الثاني، درا هومة، الجزائر، الطبعة الثانية 2015،2016، ص 851.

3- أنظر الفقرة الثانية من المادة 18 من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص07.

4- سقلاب فريدة، مرجع سابق، ص576.

ثالثا-التخلي عن المسؤولية نظير الشروط التعسفية في العقود المبرمة عن بعد:

اعتبر المشرع الجزائري جملة من الشروط على أنها شروط تعسفية يقوم بها العون الاقتصادي، وهذه الشروط تتمثل في:

- إذا تعلق الأمر بتقليص العناصر الأساسية المنصوص عليها قانونا خاصة منها ما ذكر في المادة 02 و03 من المرسوم التنفيذي رقم:306/06،

- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة ودون تعويض للمستهلك،

-عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل دفع تعويض،

-التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة بدون تعويض للمستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته،

-النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخليه عن اللجوء الى أية وسيلة طعن ضده،

-فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها فبل إبرام العقد،

-الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد او قام بفسخه،

-تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته،

-فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك،

-الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق،

-يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته،

-يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته.[1]

تظهر الشروط المذكورة في الفقرة السابقة استحواذاً مفرطًا وتعسفيًا من قبل العون الاقتصادي في الجزائر، إن تطبيق مثل هذه الشروط يمكن أن يضعف بشكل كبير حقوق المستهلك ويجعله عرضة للاستغلال، فعلى سبيل المثال، الحق في تعديل العقد أو فسخه دون تعويض للمستهلك يمكن أن يؤدي إلى إلحاق الضرر بهم دون أي مسؤولية تجاهه، ويصبح العقد وكأنه عقد إذعان أو يحمل في طياته مكنة عقد الإذعان، وكذلك، إن فرض بنود غير معروفة مسبقًا على المستهلك قبل إبرام العقد يمثل انتهاكًا لمبدأ الشفافية وحق المستهلك في المعرفة الكاملة قبل الاتفاق على أي التزامات، وإخلال صارخ لحق المستهلك في الإعلام المسبق عن كل ما يتعلق بالمنتج، إن مثل هذه الشروط تبرز الحاجة الملحة إلى ضرورة إيجاد تشريعات قوية تحمي حقوق المستهلك وتضمن المساءلة عند انتهاكها.

إن دراسة المسؤولية في العقود المبرمة عن بعد لا يقتصر الأمر على المسؤولية المتعلقة بنظام العقود فقط، بل يختلط الأمر أكثر عندما يدخل في التعاقد بالوسائل الإلكترونية، وفي بعض الحالات قد تكون هي من تقوم ببعض الأعمال عن طريق برامج ذكية مدمجة بأجهزة الروبوت بحيث بإمكانها اتخاذ بعض القرارات، وهذا ما يثير الإشكال من يتحمل المسؤولية في مثل هذه الحالات، وهو موضوع المطلب الثاني.

المطلب الثاني:

المسؤولية الناتجة عن الوسائل الذكية المستخدمة في التعاقد

إن موضوع العقود المبرمة عن بعد، يقودنا لدراسة الوسائل والوسائط الذكية، التي يمكن استخدامها في التعاقد، نظير تباعد الأطراف عن بعضها، ونتيجة التطور التكنولوجي الذي ألقى بظلاله، على مجال التعاقد، ومن النتائج التي أفرزها إدماج الوسائل الذكية في إبرام وتنفيذ العقود، هو إشكال المسؤولية التي قد تنجم جراء استعمال الوسائل الذكية، ومن يتحمل هذه المسؤولية، وما هي طبيعة هذه المسؤولية (الفرع الأول)، وما هو الأساس القانوني الذي يمكن الاعتماد عليه في تحمل المسؤولية (الفرع الثاني).

1- أنظر المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم:306/06، مرجع سابق، ص17.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للمسؤولية الناجمة عن الوسائل الإلكترونية:

ثار الخلاف الفقهي حول إمكانية تحميل الوسائل الإلكترونية المسؤولية عند استخدامها في التعاقد، سواء أكان ذلك بالتعامل المباشر من طرف هذه الوسائل، أين يمكن تزويدها ببرامج ذكية، بحيث يمكنها اتخاذ القرار دون الرجوع للمبرمج، فهي تقوم بالرد الآلي، أو كان التعامل باستخدام هذه الوسائل بالوساطة بين المتعاقدين.

أولا: هل يمكن تحميل المسؤولية للوسائل الإلكترونية.

من اجل الاطلاع على هذا الموضوع الذي لا يزال محل جدل فقهي وقانوني، لابد من دراسة الوسائل الإلكترونية خاصة الحديثة منها وما قد ينجم عنها من مسؤولية.

1-دور الروبوت في التعاقد:

هو جهاز مصمم لأداء الأعمال وإنجاز المهارات الحركية واللفظية التي يقوم بها الإنسان ويمكنه القيام بعمال أخرى كالعمل في المصانع ومنها مصانع السيارات ووغيرها من المجالات الدقيقة، [1] والروبوتات عرفت انتشارا كبيرا في السنوات القليلة الماضية، غير أنه ما يهمنا هنا هو الروبوت الذي يمكنه القيام بالأعمال المساعدة على التعاقد، أو الروبوت المبرمج للقيام محل الانسان، فيقوم بالردود على الرسائل دون الرجوع لصاحبه.

2-دور الذكاء الاصطناعي في التعاقد:

بمكن دراسة الذكاء الاصطناعي من عدة جوانب وزوايا مختلفة، فكل حسب الرؤية التي ينظر منها للذكاء الاصطناعي، فمن منظور أنه علم، فقد عرفه الفقيه "Elaine Rich" بأنه: "دراسة لجعل أجهزة الكمبيوتر تؤدي أشياء يقوم بها الإنسان بطريقة أفضل".[2]

أما من الناحية التركيبية للجملة، فالذكاء الاصطناعي مكونة من كلمتين، الأولى اصطناعيArtificial وتعني مصنوع أو غير طبيعي، والثانية ذكاء Intelligence وتعني القدرة الفهم أو التفكير.[1]

1 – صفية بن قراب، **الاستخدامات الاقتصادية للذكاء الاصطناعي**، المجلة الجزائرية للعولمة والسياسات الاقتصادية، جامعة الجزائر 3، الجزائر، المجلد 13، العدد 0، سنة 2022، ص120.

2 – القاضي طاهر أبو العيد، **دليل الذكاء الإصطناعي لطلبة القانون والباحثين في الوطن العربي**، د م ن، سنة2023، ص05.

أما من حيث تقليده للإنسان، فقد عرف الذكاء الاصطناعي من طرف الفقيه،" Alan Turing" على أنه: "القدرة على التصرف كما لو كان الإنسان هو الذي يتصرف من خلال محاولة خداع المستوجب وإظهار كما لو أن إنسانا هو الذي يقوم بالإجابة على الأسئلة المطروحة من قبل المستوجب".[2]

وهناك من يرى بأن الذكاء الاصطناعي يعتبر وسيلة لإعداد الحاسوب أو الروبوت، للتحكم فيه بواسطة برنامج يفكر بطريقة تشبه أو تقترب من طريقة البشر الأذكياء في التفكير، وعلم الذكاء الاصطناعي هو علم من علوم الحاسوب الآلي الحديث الباحث عن أساليب متطورة لبرمجتها للقيام بأعمال واستنتاجات تضاهي أساليب ذكاء الإنسان.[3]

ومن ناحية طريقة العمل، فالذكاء الاصطناعي يقوم بالعمل، من خلال خوارزمية التكيفية وهي قادرة على تعديل الاستجابة أو البيانات المعالجة وفقا لكيفية تغير بيئتها، أو بتغيير سلوكها وقت التشغيل وهي على النقيض ممن الخوارزمية الحتمية أو احتمالية.[4]

وبالاطلاع على بعض الدراسات في مجال الذكاء الاصطناعي، نجد بأنه ليس على نفس الدرجة أو القوة فهناك الذكاء الاصطناعي الضيق، وهو الذكاء الاصطناعي المتخصص في مجال واحد، مثال ذلك نظام الذكاء الاصطناعي المختص في الشطرنج، حيث يمكن لهذه الأنظمة التغلب على بطل العالم في هذه اللعبة، وهو الشيء الوحيد الذي تقوم به، ولا يمكنه فعل شيء آخر، فهو مخصص لهذا البرنامج فقط، إلا إذا تم تطويره، أما النوع الثاني وهو الذكاء الاصطناعي العام، حيث يمتاز بمستوى ذكاء في مجالات متعددة بل في جميع المجالات في أغلب الحالات، ويمكنه تأدية مهام فكرية يقوم بها الإنسان في الأساس، وهذا النوع لم يتم الوصول إليه بعد، بينما النوع الثالث فهو الذكاء الاصطناعي الفائق، فهو يفوق ذكاء الإنسان بكثير في كل المجالات تقريبا فهو يمتاز بالإبداع العلمي والمهارات الفائقة، أما النوع الرابع من الذكاء الاصطناعي فهو الذكاء الاصطناعي التوليدي، فهو يقوم ببناء معلومات جديدة من البيانات السابقة، ويقوم بإنشاء محتوى جديد تماما يختلف عن المعلومات المتوفرة رغم أنه انطلق منها.[5]

---

1 – عبد الله موسى، أحمد حبيب بلال، **الذكاء الاصطناعي**، ثورة في تقنيات العصر، المجموعة العربية للتدريب والنشر، القاهرة مصر، الطبعة الأولى، 2019، ص 18.

2 – القاضي طاهر أبو العيد، مرجع سابق، ص05.

3 – المرجع نفسه، ص06.

4 – عبد الله موسى، أحمد حبيب بلال، مرجع سابق، ص 24.

5 – القاضي طاهر أبو العيد، مرجع سابق، ص10.

3-التفرقة بين الذكاء الاصطناعي والروبوت:

في الوقت الذي كنا نتحدث فيه عن التفرقة بين الذكاء الاصطناعي فمنه ما هو خاص وما هو عام، نجد نوع آخر من التفرقة يجدر الاهتمام به أيضا، وهو التفرقة بين الذكاء الاصطناعي وجهاز الروبوت، حيث يعتبر بأن الذكاء الاصطناعي من نظم البرمجيات، أما الروبوت فهو جهاز قد يكون الذكاء الاصطناعي عنصرا فيه، وعليه يطلق عليه الروبوت الذكي، وفي كلتا الحالتين نكون أمام ذكاء اصطناعي،[1] فالمنطلق في هذه الفكرة هو الجهاز وهو الروبوت، والبرنامج وهو الذكاء الاصطناعي، وبدمجهما في جهاز واحد يتولد لدينا جهاز مزود بالذكاء الاصطناعي.

وفي كل الأحوال وحسب رأينا لا يمكن أن يكون برنامج للذكاء الاصطناعي منفردا أو منفصلا عن جهاز إلكتروني حاملا له أو مثبتا فيه، وقد يكون الروبوت أو غيره.

ولما كانت هذه الوسائل يمكن لها أن تتخذ القرار من تلقاء ذاتيتها ودون الرجوع للمنتج أو من يقوم عليها، فهل يمكن أن نحملها المسؤولية؟ هذا التساؤل الذي كان محل نقاش بين فقهاء القانون، وأخذ عدة وجهات نظر، ومن بينها.

4-التفرقة بين الذكاء الاصطناعي والعقد الذكي:

العقد الذكي هو عقد ينفذ آليا دون تدخل من الانسان، ودون تدخل من الذكاء الاصطناعي، فالعقود الذكية ليست مجرد عقود رقمية، وهي لا تحتوي على ذكاء اصطناعي، فهي عقود آلية، تنفذ بمجرد توافر أركان العقد.[2]

والعقد الذكي يختلف عن الذكاء الاصطناعي الذي هو في الأصل برنامج تم تطويره، ولا زال في تطور مستمر، غير أنه يمكنه القيام بالعديد من العمليات التي تضاهي عمل الإنسان، بينما العقد الذكي يقوم بالتنفيذ الآلي للعقد في حال توافر جميع شروطه، وعليه فالذكاء الاصطناعي متعدد الاستخدامات والمجالات، بينما العقد الذكي ينحصر دوره في العقد فقط.

---

1 – محمد محمد عبد اللطيف، **المسؤولية عن الذكاء الاصطناعي بين القانون الخاص والقانون العام**، بحث مقدم الى مؤتمر، الجوانب القانونية والاقتصادية للذكاء الاصطناعي وتكنولوجيا المعلومات، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، عدد خاص، المؤتمر الدولي السنوي العشرون، ماي 2021، ص06.

2 – عبد الرزاق وهبه سيد أحمد محمد، **مفهوم العقد الذكي من منظور القانون المدني: دراسة تحليلية**، مجلة العلوم الاقتصادية والادارية والقانون، فلسطين، المجلد 05، العدد 08، أفريل 2021، ص 86.

ثانيا: شخصنة الوسائل الإلكترونية:

حتى نتمكن من الحديث على المسؤولية للوسائل الإلكترونية، لا بد من الاطلاع على الآراء التي خاضت في هذا المجال، خاصة في ظل التطور التكنولوجي اللامحدود في هذا المجال، وما قد ينتج عنه من أضرار، لذلك توجب البحث عن المسؤول دون الحد من التطور، فنحن في نظرية مقتضاها وجهان ضمان التطور مستمر دون تكبد أضرار أكبر.

وقد تجاذب هذه الفكرة رأيان الرأي القائل إضفاء الطابع الإنساني للروبوت، ورأي آخر يعتمد اعتبار وسائل الذكاء الاصطناعي تتمتع بالشخصية القانونية.

1-إضفاء الطابع الإنساني للروبوت:

ذهب البعض إلى ضرورة منح أو التعامل بإضفاء الطابع الانساني للروبوت في تحمل المسؤولية، لأن الروبوت الذكي يتمتع بغلاف فيزيائي ونظام ذكاء، وبالرغم من أنه ذكاء صناعي، إلا أنه يقلد الذكاء البشري في مجمله، من خلال نظام التعلم العميق، يتعلم الروبوت خلال حياته ليتحسن ويتكيف بشكل أفضل مع بيئته، في المستقبل، وقد يكون للروبوت وعيٌ خاص به، وتطوير فكري بفضل تقدم الشبكات العصبية، حيث يتم إنشاء الروبوت على هذا النحو بتقليد عمل الإنسان ليشبهه، ويصبح الروبوت في نفس الوقت، مع زيادة استقلاله، يصبح أكثر تشبها للإنسان، لذلك يعتبر أن ما وصل إليه التطور التكنولوجي اليوم، لا يمكن لأحد إنكار تشبه الروبوت المزود بالذكاء الاصطناعي بتصرفات الانسان، فعلى سبيل المثال واقعة "وجه الروبوت صوفيا"، الذي يستلهم مباشرة من وجه "أودري هيبورن"، بالإضافة إلى سلوكه الذي يقلد العلاقات التي يُفترض حصرها للبشر، وفي نفس الوقت يكون قادرًا على التفاعل، حيث يرى المحامي "آلان بنسوسان" أن هذا يعني وصول نوع جديد، يتمثل في تخصيص شخصية للروبوت. [1]

فمن الواقع يبدو أن الروبوت أخذ في التطور ليكون ليس مجرد إنشاء صناعي، بل يمثل شخصاً من الناحية القانونية، على الرغم من أنه يعتمد على الذكاء الاصطناعي لتشبيهه بالإنسان، إلا أنه لا يزال هناك إمكانية الفصل بين تخصيص شخصية قانونية للروبوت وليس لنظام الذكاء الاصطناعي نفسه، ويرجع ذلك بشكل خاص إلى تجسيد الروبوت، الذي يمكن من خلاله إجراء تشبيه بينه وبين الإنسان،

1 - Reille (flavia)، **les robots autonomes et la responsabilité civile**، master 2 recherche droit privé général، banque des memoires، universite' paris،2021، p09.

ويجعل حدود الفصل بين الكائن والفاعل القانوني مرنة جدا، وبناءً على ذلك، يزداد الروبوت، الذي يشبه بشكل متزايد الإنسان، تشبهاً أكثر بالفاعل القانوني منه بالكائن القانوني، ويُطالب بالتالي بأن يُطبق عليه القانون الخاص بحقوق الأشياء، الذي صمم في الأصل للأشياء الغير حية، ولا يكون مناسبًا للروبوت الذي يعمل بشكل مستقل، وبالتالي يجب تطبيق قانون حقوق الأشخاص عليه من خلال منحه شخصية قانونية.[1]

2-الرأي القائل بالاعتراف للذكاء الاصطناعي بالشخصية القانونية:

وفي هذا السياق نجد من يدافع عن الشخصية القانونية للعميل الذكي وأن هذا الأمر حسب مؤيدي هذا الرأي يحل كل الإشكالات القانونية الناتجة عن العقود المبرمة بالطرق الإلكترونية المؤتمة ومن هؤلاء الكاتب (Felliu).[2]

أما بالنسبة للشخصية القانونية، فإنها تعني "القدرة على أن تكون حاملة للحقوق ومكلفة بالتزامات، وهي خاصة بجميع الأشخاص الطبيعيين، وبظروف مختلفة للأشخاص القانونية"، وبناءً على ذلك، يمكن للروبوت أن يكون حاملًا للحقوق وكذلك مكلفًا بالتزامات، وبالتالي يمكن أن يكون مسؤولًا عن أفعاله الخاصة.[3]

حيث يعترف بالشخصية القانونية للروبوتات المتوفرة على الذكاء الاصطناعي، من أجل إلقاء المسؤولية عليها، لتعويض الأضرار التي يمكن أن تتسبب فيها، فحسبهم فالروبوت المتمتع بالذكاء الاصطناعي هو شخص إلكتروني مسؤول، وتبنى هذه الفكرة البرلمان الأوروبي بموجب القرار الصادر في:2017/02/16، حيث يرى البرلمان الأوروبي، بأن المسؤولية تقع على الروبوت نفسه وليس على المصمم أو الصانع أو المالك أو المستخدم، ودافع أصحاب هذه النظرية باعتبار الشخصية القانونية للروبوت الذكي تشبه الاعتراف بالشخصية القانونية للشخص الاعتباري، واستمر في الدفاع من خلال اعتبار الشخصية الاعتبارية للروبوت تمكنه من إبرام العقود، ناهيك عن تمتعه بالذمة المالية، وتغذيته

1 - Ibid, p09.

2 – مسعود بورغدة نريمان، **العقود المبرمة بواسطة الأنظمة الإلكترونية الذكية**، أطروحة دكتوراه، في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر 1، سنة 2017، ص 158.

3 - Reille (flavia), op, cit, p10.

بمبالغ مالية يقدمها المصمم أو المالك، حتى يتمكن من تعويض الضحايا عن الأضرار الناجمة عن الروبوت، وبالتالي نتفادى طول الوقت في إجراء الخبرة وتكاليفها.[1]

ولما ثار الاختلاف حول الشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي فقد قدم الفقيه " Widdison et Allen" طرح يتمثل في الاعتراف بشخص اجتماعي هجين (hybrid socia person)، مدمج بين جهاز الكمبيوتر والشخص الطبيعي المستخدم، حيث يصدر عن هذه الشراكة سلوكا يسند لكليهما ولا يمكن إسناده لطرف دون الآخر.[2]

وقد تم تبرير شخصية الروبوت القانونية في البداية، كونها جاءت كوسيلة لحماية الضحايا بدلاً من الروبوت نفسه، ومع ذلك، فإن الروبوت الذاتي القائم لا يزال يحصل على حقوق جديدة والتزامات تستدعي تنظيم شخصيته القانونية.[3]

وحسب الفقيه "Teubner" فالأشخاص القانونية تمثل الكيانات داخل النظام القانوني، وهي تمثل أشخاص قانونية تنسب لها اتصالات ذات معنى قانوني ويمكنها أن تنتج تصرفات قانونية منتجة لآثار قانونية، كإبرام العقود أو ارتكاب الأخطاء وهو ما تعجز عنه الحيوانات لذلك لا يعتبرها أشخاص قانونية.[4]

3-نقد الفكرة:

من المنتظر أن تنتقد هذه الفكرة وهو ما حصل حين تم رفض الفكرة من طرف لجنة خبراء تم تشكيلها من طرف اللجنة الأوربية سنة 2020، ورفضت الفكرة أيضا من طرف البرلمان الأوربي في أكتوبر 2020، ونفس الموقف أتخذه المجلس الاقتصادي والاجتماعي الأوربي، ويرجع سبب رفضهم لفكرة منح أجهزة الذكاء الاصطناعي الشخصية القانونية، يرجع لصعوبة تطبيقها وصعوبة تحديد نطاق تطبيقها فظلا على أنها غير مفيدة حسب رأيهم.[5]

ولقد انتقد الكاتب "John Chipman Gray"، فكرة الاعتراف بالشخصية القانونية على إبداعات الإنسان من أساسها ويرى بأنه لا فائدة من جعل منشآت لا يمكنها فهم القانون أو العمل به،[6] ففي الحقيقة

1 – محمد محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص07.

2 – مسعود بورغدة نريمان، مرجع سابق، ص 157.

3 - Reille (flavia), op, cit, p11.

4 – مسعود بورغدة نريمان، مرجع سابق، ص 152.

5 – محمد محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص09.

6 – مسعود بورغدة نريمان، مرجع سابق، ص 158.

ما هي إلا أفكار من صنع البشر فمن غير المعقول تحميلها المسؤولية، حسب هذا الرأي، وذهب للنظر بأنه لا فائدة مرجوة من تحميل المسؤولية لما ينتجه الانسان من ابتكارات.

واعتمد جانب من الفقه إلى انتقاد الفكرة بالاعتماد على نظرية الحيلة أو الافتراض، والتي مفادها بأن الشخصية القانونية لا تنطبق إلا على الإنسان، باعتباره الوحيد الذي يمكنه التمتع بالإرادة، ومن ناحية أخرى فالقانون لا يخلق الشخصية وإنما يكمن دوره في الاعتراف بها فقط، وأن الشخصية المعنوية في حد ذاتها ما هي إلا محض افتراض قانوني فقط، منحته إرادة المشرع الشخصية القانونية بالحيلة والافتراض فقط.[1]

تأتي شخصية الروبوت كأداة في إطار التقنية القانونية، وفقًا للمحامي "آلان بنسوسان"، وهي تضمن الأمان والتوقع القانوني لدمج الروبوت في المجتمع مع الرد على الضروريات العملية، تشمل هذه الضروريات الحاجة إلى التعامل مع الأضرار التي قد تسببها الروبوتات الذاتية.[2]

فالشخص المعنوي يمثله أشخاص طبيعيون فهم الذين يقومون بنشاطه فإذا ارتكب أحد ممثلي الشخص المعنوي خطأ فالعنصر المعنوي يكون متوفرا فيه وهو التمييز، ويكون ممثل الشخص المعنوي مسؤولا مسؤولية شخصية ويسأل الشخص المعنوي تبعيا، وبمعنى آخر تكون بصدد مسؤولية المتبوع عن الضرر الذي سببه تابعه، ومثال ذلك قيام مدير مؤسسة أو شركة بنقل عامل في وقت غير مناسب أو سائق قطار يصدم أحد المارة بإهمال، أو إضاعة عامل بريد رسالة مكلف بتسليمها لصاحبها، فتكون المؤسسة ومصلحة السكك الحديدية ومصلحة البريد عن أعمال تابعها.[3]

وحسب محكمة الاستئناف الباريسية فإن فكرة الشخص القانوني للروبوت، في الواقع ينقل المشكلة فقط، بمعنى أن الأشخاص المسؤولين على تغذية الذمة المالية للروبوت بهدف التمكن من تعويض ضحايا سيكونون هم نفس الأشخاص الذين ستنعقد مسئوليتهم في حال تطبيق القواعد العامة للمسؤولية.[4]

1 – أحمد كمال عبيد، مرجع سابق، ص 364.

2 - Reille (flavia), op, cit, p10.

3 – محمد صبري السعدي، **النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري**، مصادر الإلتزام، المسؤولية التقصيرية العمل النافع القانون، 2003، دار الكتاب الحديث، ص 47.

4 – محمد محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص12.

وبالنظر لمسؤولية الشخص المعنوي، فإنه ليس للشخص المعنوي إدراك وتمييز، ولما كان نشاطه يباشره عن طريق ممثليه، الذين لديهم الإدراك والتمييز، فهم من يتحمل المسؤولية عن أخطائهم، كما يتحملها الشخص المعنوي بصفته متبوعا طبقا للمادة 136 من ق م ج.[1]

إن البرامج الذكية قد تعمل بشكل مستقل غير متوقع طبقا لمتطلبات البيئة المحيطة بها، وقد تتخذ قراراتها دون الرجوع لمستخدميها، وقد يتصرف البرنامج الذكي على نحو يتعارض مع ما أعد له، وهذا ما قد يثير إشكالية، تتمثل على تلقى المسؤولية، وبمعنى آخر من يتحمل المسؤولية المترتبة عن هذه الأعمال.[2]

لذلك ففي حقيقة الأمر، تأتي شخصية الروبوت كأداة في إطار التقنية القانونية، وفقًا لما يراه المحامي "آلان بنسوسان"، وهي في نظره يمكن لها أن تضمن الأمان والتوقع القانوني لدمج الروبوت في المجتمع، مع الرد على الضروريات العملية، حيث تتمثل هذه الضروريات في الحاجة إلى التعامل مع الأضرار التي قد تسببها الروبوتات المعتمدة على الذاتية في التنفيذ.[3]

وفي هذا الإطار، وبخصوص الآلة ذاتية التحكم والتي من الصعب إحكام السيطرة التامة عليها، أخذ جانب من الفقه أن المسؤولية عن الأضرار الناتجة عنها تعود للمنتج، واعتباره المسؤول الأول عن كل العيوب الصناعية والتكوين الداخلي للآلة.[4]

بالنظر لما تم ذكره فإن العقود المبرمة عن بعد، يتمخض عنها عدم التكافؤ في الوسائل المستعملة من كل طرف وهذا ما يجعل نوع من عدم التوازي في الأداء بين الوسائل المتوفرة أو المتاحة لكل طرف، ويبرز الاختلاف أكثر لا سيما إذا كان المتعامل معه شركة، فما تتوفر عليه الشركة من معدات حتما أقوى مما هو متاح لدى الأطراف، سواء من ناحية الوسائل المادية أو البرامج التقنية، فهي مختلفة من ناحية استخدام التكنولوجيا، دون أن ننسى سرعة تدفق الإنترنت، المتاحة للشركات أو المؤسسات عما هو متوفر للأشخاص الطبيعية، أو قد نكون أما متعاقدون كليهما يستخدم وسائل ذكية متطورة، لهذا يطرح إشكال المسؤولية، القائمة جراء إقحام الوسائل الذكية في إبرام وتنفيذ العقد.

1- حمزة قتال، مرجع سابق، ص41.

2 - عماد عبد الرحيم الدحيات، مرجع سابق، ص 19.

3 - Reille (flavia), op, cit, p10.

4 - عماد عبد الرحيم الدحيات، مرجع سابق، ص 21.

الفرع الثاني: أساس المسؤولية الناجمة عن الوسائل الإلكترونية الذكية.

يثار الإشكال في العقود المبرمة عن بعد عندما يكون أحد المتعاقدين يقوم بأداء التزامه عبر روبوت الدردشة، حيث اعتمد "الفقه في بلجيكا" في هذه الحالة، على نظام المسؤولية خارج العقد المطبق على الذكاء الاصطناعي، لا سيما في حالة تبادل نظامين من أنظمة الذكاء الاصطناعي للمعلومات بهدف إبرام عقد، فتكون المسؤولية في هذه الحالة دائما على أساس المسؤولية خارج العقد، وهو نفسه الرأي الذي أخذ به القانون الإنجليزي.[1]

وتقوم المسؤولية عن أضرار الذكاء الاصطناعي الى مسؤولية عقدية عندما لا ينفذ أحد أطراف العقد التزامه وفقا لما هو محدد في العقد، أما المسؤولية التقصيرية فتشترط اثبات الخطأ والضرر وعلاقة السببية، وهو صعب في مجال الذكاء الاصطناعي، خاصة عندما تتخذ القرارات من طرف الروبوت، ومسؤولية ثالثة تسمى المسؤولية الموضوعية على الضرر، فلا يطلب من المضرور سوى اثبات علاقة السببية بين الضرر والخطأ، إلا أنه من الصعوبة بمكان تطبيق هذه المسؤولية على الذكاء الاصطناعي، لأن عنصر الخطر يدخل في وضيفته، وعليه فهو مصدر للمخاطر العامة.[2]

أولا: إسناد المسؤولية عن الأجهزة الذكية على أساس الوكالة:

أخذت فكرة قيام المسؤولية على أعمال الأجهزة الذكية على أساس الوكالة بين الأخذ والرد بين الفقه، ولم تلقى التأييد المطلق ولا الإنكار المطلق.

1-قيام المسؤولية على الأجهزة الذكية على أساس الوكالة:

تم طرح فكرة إمكانية تطبيق قواعد الوكالة على المعاملات الإلكترونية، عند استخدام الإنسان لجهاز الإعلام الآلي حيث تتم معاملة الكمبيوتر بالطريقة التي يُعامل بها الوكيل البشري، وفي هذه الحالة يثار اشكال مدى إمكانية تطبيق نموذج الوكالة على الكمبيوتر من عدمه وهو التساؤل الذي طرحه الفقيه "Fischer".[3]

1 - Jeremy (Achour), Op Cit, P20.

2 – القاضي طاهر أبو العيد، مرجع سابق، ص15.

3 – مسعود بورغدة نريمان، مرجع سابق، ص 141.

وإذا كانت إرادة الوكيل الالكتروني تحل محل إرادة الموكل في التعاقد، فهذا يعني انصراف الأثار القانونية من حقوق والتزامات للموكل مباشرة، فالوكيل الالكتروني لا ينشأ إرادته وسلطاته بنفسه وإنما ينشئها الموكل.[1]

أما من الناحية القانونية نجد بأن القانون الأمريكي المتعلق المعاملات الإلكترونية الموحد (UETA) قد أبدى اعترافه بصحة العقود التي يبرمها الوكيل الإلكتروني دون علم أو تدخل بشري، واعتبر الوكيل مجرد أداة لا تملك إرادة مستقلة خاصة بها، لذلك فالمسؤولية الكاملة تقع على عاتق الشخص الذي يوظفها وهو من يقع عليه عبء تحمل النتائج المترتبة على أعمال الوكيل الإلكتروني، دون مراعاة لظروف التعاقد.[2]

وقد أكد القانون الإرشادي العربي من خلال المادة 17 منه بصحة العقود المبرمة بواسطة العملاء الإلكترونيين دون التدخل البشري، على اعتبار أن هؤلاء على علم بأن التفاعل يتم مع نظام معلوماتي.[3]

وبتفسيرنا لما تم التطرق إليه، وعندما نتحدث عن وكلاء إلكترونيين، يجب التفكير في كيفية تفاعلهم مع التعاقدات وما يترتب عنها من حقوق والتزامات، وإذا كانت إرادة الوكيل الإلكتروني تحل محل إرادة الموكل في التعاقد، فإن تصرفات الوكيل تنصرف بشكل مباشر إلى الموكل، وما ذهب إليه القانون الأمريكي فهو نهج مماثل، حيث يعترف بصحة العقود التي يبرمها الوكلاء الإلكترونيون دون تدخل بشري، وينظر إلى الوكلاء على أنهم مجرد أدوات تنفيذية لا تمتلك إرادة مستقلة، ونتيجة لذلك، فإن المسؤولية الكاملة تقع على عاتق الشخص الذي يوظف الوكيل الإلكتروني، حيث يتحمل هذا الشخص النتائج المترتبة على أعمال الوكيل دون النظر إلى ظروف التعاقد.

وهو ما ذهب إليه القانون الإرشادي العربي، حول صحة العقود المبرمة بواسطة العملاء الإلكترونيين دون التدخل البشري، معتبرًا أن هؤلاء العملاء على علم بأن التفاعل يتم مع نظام معلوماتي، وهذا يعني أن القانون يلقي بالمسؤولية على الأشخاص الذين يقومون بتوظيف هذه الآليات الإلكترونية، مما يعزز الحاجة إلى اتخاذ التدابير اللازمة لضمان مواءمة عمليات التعاقد الإلكتروني مع المعايير القانونية والأخلاقية.

1 – معداوي نجية، مرجع سابق، ص280.

2 – عماد عبد الرحيم الدحيات، مرجع سابق، ص 23.

3 – مسعود بورغدة نريمان، مرجع سابق، ص 114.

2_ نفي المسؤولية من طرف الموكل:

عندما يدور النقاش حول من يتحمل المسؤولية، يلازمه نقاش مخالف يتمثل في كيفية نفي المسؤولية، وفي هذا الإطار يستطيع الموكل التخلص من المسؤولية المترتبة عليه إذا أثبت أن الوكيل الإلكتروني لا يعمل تحت سيطرته، أو اثبت أن الخطأ لا يرجع إلى الوكيل الإلكتروني وأثبت السبب الأجنبي.[1]

وفي كل الأحوال لا بد من إيجاد آلية لإسناد المسؤولية بشكل فعلي وحقيقي نصل به للتوازن بين جهات التصميم والإنتاج والمستخدم، مع الأخذ بعين الاعتبار درجة التطور التكنولوجي الذي وصل إليه العالم بخصوص الذكاء الاصطناعي، فمن غير المعقول التعامل مع هذه التقنيات بنفس أسلوب الذي يتعامل مع الأشياء الصماء ولا يمكن تحميلها المسؤولية الكاملة، أو تحميل كل المسؤولية على المستخدم أو الشركات المصنعة لهذه التقنيات، وهذا ما قد يحد من التطور التقنيات الحديثة لا سيما الذكاء الاصطناعي ويحرم المجتمع من فوائد التطور التكنولوجي.[2]

إن إمكانية التخلص من المسؤولية المترتبة جراء تصرف الوكيل الإلكتروني، ممكن إذا استطاع الموكل، أن يثبت، أن الوكيل الإلكتروني لا يعمل تحت سيطرته، أو أن الخطأ الحاصل لا يمكن أن يُرجع إلى الوكيل الإلكتروني، مع إثبات وجود سبب أجنبي ينفي عنه المسؤولية.

ومع ذلك، يجب النظر في ضرورة إيجاد آلية لإسناد المسؤولية بشكل فعلي وحقيقي، بهدف تحقيق التوازن بين جميع الأطراف المعنية، بما في ذلك جهات التصميم والإنتاج والمستخدمين، ويتعلق هذا بدرجة التطور التكنولوجي، خاصة عندما يتعلق الأمر بتقنيات الذكاء الاصطناعي.

ومما تجدر الإشارة إليه بأن لا يمكن التعامل مع التقنيات الحديثة، مثل الذكاء الاصطناعي، بنفس الأسلوب والدرجة التي يتم التعامل بها مع الأشياء الصماء، وبالتالي، من غير المعقول تحميل تلك التقنيات المسؤولية الكاملة، سواء كانت للمستخدم أو للشركات المصنعة لهذه التقنيات.

إن عدم وجود آليات فعَّالة لتوزيع المسؤولية قد يعرض التقنيات الحديثة، وخاصة الذكاء الاصطناعي، لمخاطر قد تحد من التطور التقني وتحرم المجتمع من فوائده، لذا، يتعين علينا العمل على

1 – معداوي نجية، مرجع سابق، ص280.

2 – عماد عبد الرحيم الدحيات، مرجع سابق، ص 22.

وضع إطار قانوني يسمح بتطوير التكنولوجيا وفي الوقت نفسه يحمي حقوقا ومصالح جميع الأطراف المعنية.

ثانيا: إسناد المسؤولية عن الأجهزة الذكية قياسا بالمسؤولية الناجمة على الأشياء:

كما جاءت فكرة الوكالة من أحل إيجاد آلية لتحمل المسؤولية على الأعمال التي قد تقوم بها الوسائل الإلكترونية الذكية، فقد ظهرة فكرة القياس على المسؤولية الناجمة على الأشياء.

1_المسؤولية الناتجة عن الأشياء:

تحمل المسؤولية الناتجة عن الذكاء الاصطناعي يكمن في النظر إليه من جهة، أن المسؤولية تقوم على النظام العام المتعلق بالأشياء.[1]

وقياسا بالمبدأ العام للمسؤولية في القانون المدني الفرنسي الوارد في المادة 1242، ومؤداه هو تطبيق حارس الأشياء على حارس الذكاء الصناعي، أي جعله هو المسؤول بقوة القانون عن الأضرار التي يحدثها للغير، وهو تجسيد الذكاء ماديا في روبوت أو مجرد آلة إلكترونية، وعليه إذا قامت الآلة بتحويل الأموال، أو بيع أوراق مالية بطريقة ضارة، تعتبر أنها قامت بفعل غير عادي ويعتبر مستخدمها حينئذ حارسا كونه من أعطى أوامر للآلة.[2]

غير أنه في الحالة التي يكون فيها للشيء قوة ذاتية، أي أن يكون تدخل الشيء في إحداث الضرر مستقلا عن تدخل الإنسان، فالضرر ينسب إلى فعل الشيء إذا خرج عن إرادة الإنسان ويكون لما يفقد الحارس سيطرته على الشيء بسبب إفلات زمام الشيء من يده، ويسبب ضررا للغير، ولا يستطيع الحارس أن يمنعه.[3]

وقد نادى البعض بإخضاع المسؤولية الناجمة عن الأضرار المتولدة عن الذكاء الاصطناعي لفكرة الحراسة، حيث يلتزم الشخص الطبيعي أو الحكمي صاحب السلطة الفعلية على الشيء محل الحراسة،

1 - Christodoulou (hélène), **La Responsabilité Civile Extracontractuelle À L'épreuve De L'intelligence Artificielle**, Lexbase Droit Privé, 2019, Université Toulouse, p06, https://hal.science/hal-03349668

2 – محمد محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص15.

3– حمزة قتال، **مرجع سابق**، ص119.

بضمان أي ضرر ينشأ عنه إذا لم يكن مصدره سبب أجنبي لا يد له فيه، كالقوة القاهرة أو فعل الغير أو خطأ المضرور.[1]

في نظرية تحمل التبعة يجعل القانون المتبوع مسؤولا عن تعويض الضرر الذي يحدثه تابعه وذلك إلى جانب قيام مسؤولية هذا التابع الشخصية عن فعله، وذلك حتى يضمن للمضرور الحصول على حقه في التعويض، إذا لم يستطع الحصول على حقه في التعويض من مرتكب الفعل الضار وهو التابع، فالقانون يجعل من المتبوع بمثابة كفيل أو ضامن للتابع في التزاماته بتعويض الغير، ولكنها كفالة من نوع خاص.[2]

والمقصود بالشيء هو كل شيء غير حي فيما عدا البناء الذي يتهدم، ويخرج عن نطاق الشيء، الشيء الحي فالحيوان خصص له نص المادة 139 والبناء خصص له المادة 140 ق م ج، ويصدق الشيء على التيار الكهربائي وتيار الغاز والضجة التي تحدثها الطائرات.[3]

الفكرة العامة التي تقترح تطبيق مبدأ المسؤولية المدنية على الذكاء الاصطناعي خاصة في القانون الفرنسي، تعتمد على إلزام المستخدمين بتحمل المسؤولية عن الأضرار التي تسببها التكنولوجيا، خاصة في حالات التدخل البشري المباشر في عمليات الذكاء الاصطناعي.

والجدير بالذكر أن المبدأ المتبع في القانون الفرنسي يمكن تطبيقه على حالات الذكاء الاصطناعي، حيث ينص المبدأ على أن الشخص الذي يكون لديه السيطرة الفعلية على الشيء المتسبب في الضرر هو المسؤول الأساسي عن تلك الأضرار التي يسببها الشيء المزود بالذكاء الاصطناعي، وفي هذا السياق، يُعتبر مستخدم الذكاء الاصطناعي الشخص الذي يتحمل المسؤولية عن الأضرار التي يُسببها الذكاء الاصطناعي في حالة تصرفه أو تحكمه في تلك التكنولوجيا.

ويُعتبر المستخدم مسؤولًا حتى في حالات التصرف غير المباشر من جانب الذكاء الاصطناعي، مثل تحويل الأموال أو إجراء العمليات المالية، حيث يعتبر المستخدم هو الحارس القانوني للذكاء الاصطناعي ومسؤول عن أي ضرر ناتج عن تصرفاته.

---

1 – عماد عبد الرحيم الدحيات، مرجع سابق، ص 21.

2 – محمد لبيب شنب، **دروس في نظرية الالتزام مصادر الالتزام**، د م ن، سنة 1977، ص 396.

3 – علي علي سليمان، **دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري**، المسئولية عن فعل الغير–المسئولية عن فعل الأشياء–التعويض، الطبعة الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، د س ن، ص 101.

وتحت هذا المبدأ، فإن المستخدم يمكن أن يُعفى من المسؤولية فقط في حالة عدم قدرته على السيطرة على الذكاء الاصطناعي، أو في حالة وجود سبب أجنبي يُبرئه من المسؤولية.

بالإضافة إلى ذلك، يُنادى بتطبيق نظرية تحمل التبعة في حالات الذكاء الاصطناعي، حيث يتم تحميل المسؤولية للمستخدم كضامن أو كفيل للتكنولوجيا التي يستخدمها، وهذا يضمن للمتضررين الحصول على التعويض في حال عدم قدرتهم الحصول على التعويض من المستخدم الرئيسي للتكنولوجيا.

وبشكل عام، يُعتبر المبدأ المعتمد في القانون الفرنسي للمسؤولية المدنية مرجعًا مهمًا لتحديد المسؤوليات المترتبة على الأطراف في حالات استخدام التكنولوجيا الحديثة، مثل الذكاء الاصطناعي، وهو يعتبر إطارًا قانونيًا مهمًا لتطوير القوانين المتعلقة بهذه التقنيات في العديد من الدول.

2_نقد فكرة المسؤولية الناتجة عن الأشياء:

يبدو أن تطبيق فكرة المسؤولية عن الأشياء هذه محل للشك من وجهة القضاء والفقه من عدة نواحي:

– وفقًا لقراءة القضاء، يجب أن تكون الشيء ماديًا، وهو ما لا ينطبق على الذكاء الاصطناعي غير المتجسد؛ يمكن أن تعتمد فقط تلك التي تتجسد، مثل الروبوت، التي تعتبر، في المبدأ، ككل قائم تمامًا،

– إذا لم يكن هناك أي صعوبة أمام الذكاء الاصطناعي المتحرك الذي سيكون ضمن نطاق افتراض الفعل النشط للشيء، يجب أن تُثبت غير طبيعية الأجسام المادية، أخيرًا، يعتبر حارس الشيء هو الشخص الذي لديه تجميع للاستخدام والتحكم والتوجيه، علمًا أنه يُفترض، ما لم يُثبت عكس ذلك، أن يكون المالك مزودًا بهذه الصفة.[1]

والأصل في الحراسة هو أن يكون للحارس سلطات على الشيء محل الحراسة تتمثل في سلطة الاستعمال والتسيير والرقابة.[2]

1 - Christodoulou (hélène), **La Responsabilité Civile Extracontractuelle À L'épreuve De L'intelligence Artificielle** , Op Cit, p06.

2 – علي فيلالي، **الإلتزامات، الفعل المستحق للتعويض**، موفم للنشر، الرغاية الجزائر، الطبعة الثانية 2010، ص 225.

وفي هذا السياق فإن قانون الأونيسترال النموذجي المتعلق بالتجارة الالكترونية، لم ينص صراحة على برامج الذكاء الاصطناعي، إلا أنه اعتبر أن ما قد ينتج عن رسائل البيانات بواسطة أجهزة الكمبيوتر، تكون تحت مسؤولية الشخص سواء كان طبيعيا أو معنويا على أي عملية ناتجة عن نظام المعلومات المبرمجة بواسطته أو نيابة عنه للعمل تلقائيا، وذلك حتى في الحالة التي تنتفي فيها المراجعة البشرية للعملية، وهذا تطبيقا للمادة 13 من قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية.[1]

أما بالنسبة لمسؤولية الحارس فقد افترض المشرع الجزائري بمقتضى أحكام المادة 138 من القانون المدني الجزائري، مسؤولية الحارس، لمجرد أن يترتب عن فعل الشيء محل الحراسة ضرر للغير.[2]

بين الأخذ والرد قامت فكرة تطبيق المسؤولية على أساس حارس الأشياء على أساس أن حارس الأشياء وفقا لمقتضيات القضاء هو الشخص الذي له سلطة استعمال وتوجيه ورقابة الشيء فيؤخذ في الاعتبار السيطرة الفعلية على الشيء وليس السلطة القانونية، ولا يخلو الأمر من الصعوبات عن تطبيق الحراسة على الذكاء الاصطناعي، لما تملكه هاته الوسائل من قدرات ومن الاستقلال في العمل يصعب السيطرة عليها.[3] ويكون المفروض عليه التعويض وهو الحارس.

ثالثا: إسناد المسؤولية عن الأجهزة الذكية على أساس مسؤولية المنتج:

لا زال البحث عمن يتحمل المسؤولية التي قد تنجم جراء التعاقد مع الأجهزة الإلكترونية الذكية، أو نتيجة استعمالها في التعاقد وما قد يصدر عنها من تصرف قد يكون نتيجة البرمجة أو ناتج عن الرد عن الرسائل الإلكترونية الآلي، لذلك أثيرت فكرة مسؤولية المنتج، وما قد يصدر جراء المنتجات المعيبة.

1-إضفاء فكرة المسؤولية على أساس المسؤولية عن المنتجات المعيبة:

يعني لفظ المنتج هو "ما يعطي غلة" أما من الناحية الاقتصادية فهو مالك وسائل الإنتاج، أما من الناحية القانونية وبالاسترشاد للمادة 140 مكرر من ق م ج وهو مسائله المنتج عن الأضرار المترتبة على عيب في منتوج أي إلزام المنتج بضمان أمن وسلامة الغير.[4]

1 – عماد عبد الرحيم الدحيات، مرجع سابق، ص26.

2 – علي فيلالي، **الإلتزامات**، مرجع سابق، ص 299.

3 – محمد محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص16.

4 – علي فيلالي، مرجع سابق، ص 270.

نظم المشرع الفرنسي المسؤولية عن المنتجات المعيبة في المادة 1245 وما بعدها من القانون المدني الفرنسي، تطبيقا للتوجيه الأوروبي 374/85 للمجلس المؤرخ في 1985/07/25، حيث إن المسؤولية على المنتجات المعيبة يمكن تطبيقها عن المسؤولية على الذكاء الاصطناعي، وعليه يكون منتجا معيبا كل برنامج تسبب في إلحاق ضرر كونه لم يقدم السلامة المفترض منه تقديمها، وبالتالي يكون الصانع للروبوت الذكي هو المسؤول عما أنتجه، وعلى هذا الأساس يمكن للمضرور مقاضاة الصانع للعيب في التصميم،[1] وحتى نكون أمام مسؤولية المنتج يجب أن يكون الضرر ناتجا عن عيب في المنتوج.[2]

فقد لا يؤدي المنتج ما أعد له كما حدث في "قضية الطلاء" حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في الحكم الصادر بتاريخ 25 جوان 1980، بشأن القضية المتعقلة بالتعاونية الزراعية التي قامت بشراء طلاء من أجل استعمالها في واجهات إسمنتية، إلا أن هذه المادة سرعان ما اختفت تماما في بعض الأماكن ولم تؤد الغرض المطلوب منها، فقام البائع بالدفاع عن المنتج بأن نوعية البناء هي السبب خلف اختفاء الطلاء، فأيدت محكم النقض محكمة الاستئناف التي أقامت مسؤولية البائع.[3]

رابعا: قوام المسؤولية أمام خصوصية الوسائل الذكية:

دون أن نهمل الجانب الأهم لقيام المسؤولية وحتى تقوم المسؤولية، لا بد من وجود خطأ، ينتج عن هذا الخطأ ضرر، تربط بينهما علاقة سببية، ومن ثمة يثار إشكال التعويض، ومن يقوم به، وهو من الأهم في هذه الحلقة، وهو جبر المضرور.

1-الخطأ الصادر جراء استخدام الوسائل الإلكترونية:

عند الحديث عن موضوع الخطأ في العقود المبرمة عن بعد وفي مجال المسؤولية عن الوسائل الإلكترونية والمعتمدة على التقنيات التكنولوجية الرقمية، فإنه يتوجب علينا تحديد الخطأ المتعلق بالرسائل الإلكترونية، والخطأ المتعلق بالذكاء الاصطناعي.

1 – محمد محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص18.

2 – علي فيلالي، مرجع سابق، ص 261.

3 – بوعرعور عياش، مرجع سابق، ص47.

أ-الخطأ الصادر عن الرسالة الإلكترونية:

الخطأ الإلكتروني المنشأ في رسالة إلكترونية من قبل مستهلك يستخدم نظام معلومات، فمن الصعوبة بمكان كشف وتصحيح أو تجنب الخطأ في المعاملات الإلكترونية،[1] ويعتبر من الخطأ في مجال المعلوماتية ما يبث من معلومات خاطئة أو ناقصة أو كاذبة أو غير مشروعة وهذا من الصعب اثباته وتحيد المسؤول عنه، والقاعدة العامة فالمورد لهذه المعلومات او الخدمات هو المسؤول عن محتوى ومضمون هذه المعلومات على اعتبار أنه يملك رقابتها وفحصها.[2]

ب-الخطأ في الذكاء الاصطناعي مصدره الانسان:

يرجع ذلك إلى أن تدخل الإنسان ضروري سواء في تصميم الكائن الذكي أو في تشغيله، وبالتالي، يمكن أن يتم استنتاج وجود خطأ إنساني سابق نتيجة للذكاء الاصطناعي، أظهرت المحكمة القضائية تشكيكها من خلال اعتبارها أن عرض الكلمات الرئيسية من قبل محرك البحث الذي يتمتع بذكاء ذاتي حصري لأي إرادة من جانب مشغل محرك البحث لإصدار العبارات المعنية، وبما أن النتيجة لا ترتبط باعتبارات إنسانية، فإن مسؤوليته لا يمكن أن تُستند على هذا الأساس.[3]

في حين يرى جانب من الفقه عن كائن قانوني جديد، يستدي الأمر بالمشرع ضرورة التدخل غير أنه وفي حالة عدم تدخل المشرع بأنظمة قانونية تحكم هذه الوضعية، يتوجب على القضاة وبشكل منطقي الرجوع للقوانين القائمة لفض النزاع المقدم إليهم، وبالتالي، سيتعين عليهم دراسة مجمل أنظمة المسؤولية المبنية على الخطأ وعلى المخاطر وقد تؤدي هذه التحليلات إلى استنتاج، أن الخطأ يشكل أساسًا غير مناسبٍ، فيستعين بنظرية المخاطر، حيث يرى جانب من الفقه بأنها تعد أساسًا مناسبًا، حتى وإن كانت هناك حاجة لإجراء تعديلات عليها.[4]

1 - مسعود بورغدة نريمان، مرجع سابق، ص 127.

2- زروق يوسف، **حماية المستهلك مدنيا من مخاطر التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)**، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، العدد09، جوان 2013، ص142.

3 - Christodoulou (hélène), **La Responsabilité Civile Extracontractuelle À L'épreuve De L'intelligence Artificielle** , Op Cit, p04.

4 - Ibid, p04.

2-الضرر جراء استخدام الوسائل الإلكترونية:

يرى بعض الفقه بأنه يجب التمييز بين الضرر القابل للجبر والضر غير القابل للجبر، وهذا ما كرسه اجتهاد محكمة التمييز في فرنسا حيث تم استبعاد الضرر القابل للجبر من التعويض، ومن ذلك ضياع فرصة تحقيق المكاسب المتوقعة من العقد، فانهيار المفاوضات هو عمل قانوني يولد قدرا معينا من الضرر ولكن ليس بالضرورة عدم إبرام العقد، لأن الخطأ الذي يعاقب عليه، هو الخطأ في ممارسة حق الإنهاء وليس الإنهاء نفسه، وتطبيقا لمبدأ الحرية التعاقدية الذي تترتب عليه حرية عدم التعاقد، وعليه فإن تعويض الربح المتوقع من إبرام العقد ولو في صورة ضياع الفرصة المخففة، من شأنه أن يؤدي بشكل غير مباشر الى تفعيل.[1]

حق الضرر المدني، الذي يتطور باستمرار، يجد مصدره في القضاء، بُني بشكل رئيسي باعتبار الأخلاق، مفترضًا أن يظل كل فرد مسؤولًا عن أخطائه، اضطر إلى التكيف مع التحولات الاجتماعية من خلال استيعاب حالات المسؤولية الموضوعية، التي تعتمد فقط على المخاطر، تبرر هذه التطورات الأساسية بمقترحات لنظريات مختلفة مثل "نظرية الربح من المخاطر" التي تعتمد على فكرة أن الإنسان يحقق ربحًا من خلال نشاطه، مفترضًا بدوره أن يتحمل تعويض الأضرار الناتجة عن هذا النشاط؛ أو "نظرية إنشاء المخاطر"، التي تعني، بشكل أوسع، أنه من يكون في بداية المخاطرة بحدوث الضرر يجب أن يكون مسؤولا أمام هذه الوضعية، تم جمع هذه المخاطر وتمكينها عن طريق تطوير نظام التأمين، لذلك، استطاع القانون التكيف تدريجيًا مع التغيرات في المجتمع، مع ظهور الأشياء الذكية، يجب أن يُختبر مرة أخرى، حتى وإن كان مشروع الإصلاح يظل صامتًا حاليًا في هذا الجانب الأساسي، يبدو أن هذا الصمت يمكن تفسيره بغرض النص، الذي يهدف إلى تحديد معظم المبادئ القضائية التي تحكم حاليًا حق الضرر المدني كقانون، دون تعديل عميق، ومع ذلك، لفتت انتباه وزارة العدل مؤخرًا، من خلال فريق العمل المشكل في إطار الإصلاح، "إلى ضرورة وضع مجموعة من القواعد المتكيفة مع الذكاء الاصطناعي"؛ ومن المتوقع حدوث خطوة قادمة في هذا السياق.[2]

1 - Nicolas (Dissaux)، Christophe (Jamin)، Op، Cit، P04.
2 - Christodoulou (hélène)، **La Responsabilité Civile Extracontractuelle À L'épreuve De L'intelligence Artificielle** ، Op Cit، p03.

3-التعويض جراء استخدام الوسائل الإلكترونية:

يبرر هدف تعويض الضحايا وحده تخصيص شخصية قانونية وفقًا لقرار البرلمان الأوروبي، يأتي هذا القرار كتكملة لتقرير النائبة الأوروبية (مادي دلفو) الذي اقترح إنشاء، شخصية قانونية خاصة بالروبوتات، بحيث يمكن اعتبار الروبوتات الذاتية الأكثر تطورًا ككائنات إلكترونية مسؤولة عن تعويض أي ضرر يتسبب فيه طرف ثالث، ويقتصر الاعتراف بشخصية الروبوت على الروبوتات الذاتية فقط، حيث يعقد النظام الذكي للروبوت الوضعية، بما يعقد تعويض الضحايا، نظرًا إلى عدم قدرة القانون المدني الإيجابي على التطبيق في الحالة الحالية، تشير القرارة إلى هذا الوضع الحساس الذي يبرر اللجوء إلى شخصية قانونية للروبوت، فالإطار القانوني الحالي لا يكفي لتغطية الأضرار الناتجة عن الجيل الجديد من الروبوتات، حيث يمكن أن تكون مجهزة بقدرات التكيف والتعلم، مما يؤدي إلى درجة معينة من عدم التنبؤ في سلوكها، نظرًا لأن هذه الروبوتات قد تستخلص، بشكل ذاتي، تعليمات من تجاربها، التي تختلف من واحدة إلى أخرى، وتتفاعل مع بيئتها بطريقة.[1]

فيجوز للمضرور رفع دعوى المسؤولية التقصيرية بعد فشل المسؤولية العقدية من أجل حصوله على تعويض، وإذا لم يتحصل على التعويض، فللمضرور اللجوء إلى دعوى المسؤولية التقصيرية للمطالبة بالتعويض، فللمضرور الحق في رفع دعوى المسؤولية التقصيرية وذلك للاختلاف بين أساس كل من الدعويين، فالأولى على أساس وجود إخلال بالتزام تعاقدي، والثانية على أساس إخلال بالتزام قانوني ولو كان المضرور واحدا في الحالتين.[2]

خامسا: التوفيق بين حماية المستهلك وتحمل المسؤولية:

ونتيجة لذلك، فإن العلاقة التعاقدية، غير متكافئة بطبيعتها، بين المنصة التعاوني والمستهلك من الأشخاص الطبيعيين، قد يؤدي إلى تطبيق قانون حماية المستهلك. علاوة على ذلك، فإن المنصات ليست سوى وسطاء، وبالتالي فهي ليس لديهم أي سبب لإلزام أنفسهم بتحمل التزامات ليست من مسؤوليتهم، نحن ويمكنني أن أضيف أنه في السابق، لم يكن هناك أي التزام بالمعلومات من جانب لأن

1 - Reille (flavia), op, cit, p10.

2-حسام الدين محمود محمد حسن، **المسؤولية التقصيرية عن التدخل في العلاقات التعاقدية في القانون الأمريكي**، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع مصر، سنة 2020، ص28 و29.

معظم المعلومات المعرضة للخطر" كانت في أيدي المستخدمين، في أغلب الأحيان المستهلكين، وبالتالي خارج الإطار الذي حدده قانون الاستهلاك وخارج العقد بين المنصة ومستخدمها.[1]

1-نظرية المسؤولية عن التدخل في العلاقات التعاقدية:

نظرية المسؤولية عن التدخل في العلاقات التعاقدية تهدف إلى حماية العلاقات الاقتصادية للمدعي مع الغير، ومن ثم يمكن للمدعي أن يقوم بتنفيذ عقده دون أن يقوم بإعاقته شخص آخر ودون أن يلحقه ضرر في حقوقه التعاقدية أي المتولدة عن العقد.[2]

وفي هذه الصدد لابد من إصدار قوانين تغطي العلاقة بين المتعاقدين والمتدخلين، وعليه فقد حذر بعض الفقه وعلى رأسهم (Montesquieu)، من إقرار قوانين جديدة غير مفيدة لأن القوانين غير المفيدة تضعف القوانين الضرورية كما يرى الفقيه، أما بخصوص المسؤولية عن وسائل الذكاء الاصطناعي، ففي سنة 2020 قدم الى مجلس الشيوخ الفرنسي اقتراح قانون يتعلق بإصلاح نظام المسؤولية لم يتم الإشارة فيه الى الذكاء الاصطناعي.[3]

وفي هذا السياق فلا بد من مراعاة الوسائل الإلكترونية المتدخلة بين المتعاقدين، ومن ذلك المسؤولية عن البرامج التي من شأنها إتلاف جهاز الإعلام الآلي أو أجهزة أو نظام معين يحمل بيانات مهمة جدا يصعب جمعها من جديد أو حسابات، فالأضرار متعددة فليس بالضرورة أن يقع الضرر على الشخص فقد يحدث وأن يقع الضرر على الأجهزة ويكون أشد تأثيرا.

1 - Merliaud (jonathan), op, cit, p26.

2- حسام الدين محمود محمد حسن، مرجع سابق، ص24.

3 - محمد محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص04.

المبحث الأول: المنازعات في العقود المبرمة عن بعد.

قد ينتج عن العلاقات التعاقدية نزاعات تتعلق بالعقود المبرمة عن بعد، فبقدر ما هو إشكال في كيفية فض هذه النزاعات حتى في الدولة الواحدة، غير أنه ليس بالقدر الذي هو عليه في العقود التي يكون أطرافها ينتمون إلى دولتين أو ثلاث دول أو أكثر من ذلك، فقد يشمل العقد على أطراف متعددة الجنسيات، وهنا يطرح الإشكال حول القانون الواجب التطبيق، وما يتبع هذا التساؤل من إشكالات ملحقة كالعنصر المكاني وزمان الانعقاد، التي قد تساعد في تحديد القانون الواجب التطبيق (المطلب الأول)، وهذا التساؤل أيضا يقودنا إلى تساؤل آخر قريب منه، وهو فض المنازعات التي قد تنجم عن التعاقد عن بعد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق في العقود المبرمة عن بعد.

ان المعاملات التي تبرم عبر الإنترنت لا تعرف حدودًا، وهذا لا يعني بتاتا أنها لا تخضع لقوانين تحكمها، فهي تحتاج إلى نظام قانوني يطبق على المتعاقدين بخصوص تكوين وتنفيذ الالتزامات التعاقدية، خاصة في ظل عدم تكافؤ القوى بين أطراف العقد، فالقانون يكفل الحماية اللازمة للأطراف، وفي ظل البحث عن القانون الواجب التطبيق، لابد لنا من البحث بين حالتين، في حال اختيار أطراف العقد القانون الواجب التطبيق (الفرع الأول)، وفي حال عدم اختيار الطراف القانون الواجب التطبيق (الفرع الثاني).

الفرع الأول: في حال اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق:

انطلاقا من مبدأ حرية التعاقد فإن للأطراف الحق في تحديد البنود التي يمكن أن يتضمنها العقد بموافقتهم، وقد يكون الاختيار عن طريق إدراج بنود عقد أو صياغة تشير الى حل النزاع، وقد يشير الى الطرف الثالث في الوساطة أو التحكيم في حالة نشؤ نزاع أو إحالة النزاع للتحكيم.[1]

وذهب البعض إلى أبعد من ذلك، فيما يتعلق بحرية أطراف العلاقة التعاقدية، في اختيار القانون الواجب التطبيق، فقد اعتمدوا بأن يكون الاختيار يمتد إلى مرحلة التفاوض، ويرجع سبب ذلك إلى اختلاف

1 - Moreau (nathalie), op¸ cit, p87.

النظم القانونية، فكل مفاوض يخضع لقانون وطني مختلف عن قانون المتعاقد معه، لذلك بات من الضروري تحديد القانون القابل للتطبيق، لمعالجة إي مشكلة محتملة.[1]

وفيما يتعلق بالكيفية التي يتم بها اختيار القانون الوجب التطبيق، فقد يكون اختيار أطراف العقد للقانون الواجب التطبيق صريح، وذلك من خلال الرسائل المتبادلة بين الطرفين عن طريق البريد الإلكتروني أو شبكة الويب web أو غيرها من الوسائل التي يمكن استخدامها والتي تساعد في التعاقد، أما الاختيار الضمني، فهو الاختيار غير المعلن عنه، ويستشفه القاضي من خلال ظروف الحال، عن طريق تتبع علامات تساعده على معرفة اتجاه الإرادة الضمنية للمتعاقدين، مثال ذلك إبرام عقد مرتبط بعقد أخر يبق للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق ضمن العقد الأول، ويمكن أن يمتد الاختيار ليشمل تحديد المحكمة المختصة.[2]

من الواضح بأن البعض أخذوا فكرة اختيار القانون الواجب التطبيق إلى مستوى أعمق فيما يتعلق بحرية الأطراف في اختيار القانون المطبق على العقد، فقد وجدوا ضرورة لتحديد القانون المطبق نظرًا لاختلاف الأنظمة القانونية بين البلدان، حيث يخضع كل مفاوض لقانون وطني يمكن أن يكون مختلفًا عن قانون الطرف الآخر، وهذا يعني أنه من الضروري للأطراف التوافق على القانون المطبق لمعالجة أي مشكلة محتملة قد تنشأ في المستقبل، وعليه ففكرة اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، تعكس مدى التحكم الذاتي للأطراف في عقودهم، وتعزز مرونة النظام القانوني لتكييفه مع احتياجات الأطراف المتعاقدة وتوفير بيئة تعاقدية مرنة ومبنية على الثقة والتعاون، واختيار القانون الواجب التطبيق أو المحكمة المختصة من طرف المتعاقدين، هو في حد ذاته بمثابة حل للقاضي، فهو يريحه من عناء البحث ليباشر بذلك في معالجة القضية.

1 - Sylvette (Guillemard), **De La Phase Préalable À La Formation De Certains Contrats**, Revue Générale De Droit, Volume 24, Numéro 2, Juin 1993, P160.

2 – أبوعمرو نادية، **القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني**، مجلة بحوث في القانون والتنمية، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس الجزائر، المجلد 02، رقم 01، جوان 2022، ص27.

أولا: حرية الأطراف في اختيار قانون العقد:

إن قاعدة قانون الإرادة، هي انعكاس لمبدأ سلطان الإرادة في مجال القانون الدولي الخاص، وهذا ما يقودنا إلى التساؤل عن أساس قدرة الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد وعما إذا كانت هذه القدرة ترتد إلى مطلق سلطان إرادتهم.[1]

وبالرجوع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فليس القصد منها بأن العقد يصبح بمثابة القانون للمتعاقدين فقط، فالموضوع أكثر من ذلك، بحيث لا يمكن لأحد المتعاقدين التفرد بتعديل العقد أو إنهائه دون موافقة الطرف الآخر.[2]

أما بخصوص أثار العقد، فالأصل هو أن أثار العقد تخضع لمبدأين وهما إلزامية العقد، ونسبيته أثاره من جهة، أما القدوة الملزمة للعقد، فالإرادة الحرة هي التي تكسبه قوة إلزامية، فطالما التزم المتعاقدين بمحض إرادتهما وجب تنفيذ ما ألتزم به، ولا يجوز نقضه أو إنهاؤه أو تعديله دون رضا المتعاقد الآخر.[3]

إن حرية إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، ينعكس بطبيعة الحال على المرحلة اللاحقة للعقد، وما بعدها في حال نشوب نزاع، وعلى هذا الأساس فقد اختلفت الآراء الفقهية.

1-الأراء الفقهية حول حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد:

لم يكن الفقه على رأي واحد، فيما يتعلق بحرية أطراف العلاقة التعاقدية، في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، وسبب الاختلاف يكمُن في مدى منح هذه الحرية للمتعاقدين، فهل لهم مطلق الحرية، أم أنها مقيدة ومقتصرة على حدود معينة.

أ-تقييد حرية اختيار قانون العقد.

لم يدع البعض من الفقه الحرية الكاملة لأطراف العقد في اختيار قانون العقد، فقد اتجه البعض من الفقهاء إلى الأخذ بفكرة تقييد المتعاقدين في اختيار قانون العقد الواجب التطبيق، وفي مقدمتهم الفقه الإنجليزي، الذي يرى بضرورة تقييد مبدأ سلطان إرادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد، وذلك بالاستناد

1 – نرمين محمد محمود صبح، **مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية**، رسالة دكتوراه، في القانون، كلية الحقوق، قسم القانون التجاري، جامعة عين شمس، القاهرة مصر، 2003/2002، ص100.

2 – فطيمة الزهراء مصدق، عبد الحفيظ بقة، مرجع سابق، ص 585

3 – علي فيلالي، **الالتزامات، النظرية العامة للعقد**، مرجع سابق، ص 53.

إلى ضرورة وجود صلة بين القانون المختار والعقد، والقصد من ذلك حسبهم لعدم التهرب من الأحكام الآمرة المرتبطة بالعقد، مع منح القاضي الحرية في إمكانية استبعاد القانون المختار وذلك بإعماله لنظرية الغش نحو القانون وإسناد الرابطة العقدية لقانون له صلة بالعقد.[1]

قيد البعض من الفقهاء حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الواجب التطبيق، ومنهم الفقه الإنجليزي الذي يرى بأنه من الضروري تقييد مبدأ سلطان إرادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد، وأكثر من ذلك يفرض وجود صلة بين القانون المختار والعقد، حتى لا يتم التهرب من الأحكام الإلزامية المتعلقة بالعقد.

وبموجب هذه النظرية، يمنح القاضي الحرية في استبعاد القانون المختار واختيار قانون آخر، وذلك بتطبيق نظرية الغش نحو القانون وتقديم الرابطة العقدية لقانون يكون له صلة أقوى بالعقد، وهذا النهج يهدف إلى ضمان أن القانون الذي يطبق على العقد يتماشى مع مصلحة الطرفين ويحمي حقوقهما بشكل عادل، مع إتاحة المرونة للقاضي لاختيار القانون الأنسب في كل حالة معينة.

ب-الحرية في اختيار قانون العقد.

وعلى العكس من ذلك، أيد الفقه الأوروبي حرية إرادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد، حيث جوز لأطراف العقد اختيار القانون الواجب التطبيق بموجب العقد، وذهبوا إلى أبعد من ذلك في هذا الاتجاه، وجوزا للمتعاقدين الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق، حتى وان لم يكن له صلة بالعقد، على أساس أن القانون الدولي مختلف عن القوانين الداخلية، فهو يهدف إلى حماية أطراف العقد، دون الاهتمام بالتدخل الأمر الذي يسعى إليه القانون الداخلي، فللأطراف حرية اختيار قانون العقد، ولا يمكن للقاضي تغيير القانون المختار بحجة عدم وجود الصلة بشرط بين العقد والقانون المختار، بشرط ألا يكون القانون المختار مشوبا بحجة الغش نحو القانون.[2]

العقود المبرمة عن بعد ذات طبيعة دولية، لذلك فهي تخضع لقانون إرادة الأطراف أي القانون المختار من أطراف العقد أنفسهم، سواء كان الاختيار صريحا أو ضمنيا، ويمكن للأطراف أيضا الاتفاق

1 – إيهاب محمد سعيد محمود عويضه العماوى، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية**، المجلة القانونية (مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية) مجلة علمية محكمة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، المجلد 14، العدد06، نوفمبر 2022، ص 1922.

2 – المرجع نفسه، ص 1922.

على اختيار القضاء المختص بالنظر في المنازعات الناشئة عن العقد لمحاكم دولة معينة، بشرط توافر رابطة جدية بين النزاع المحكمة المختارة من طرف الأطراف، أو توفر مصلحة مشروعة للأطراف.[1]

فالفقه الأوروبي أيد حرية إرادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد، حيث سمح لأطراف العقد باختيار القانون الواجب التطبيق بموجب العقد نفسه، بل أفصحوا عن تفسير أبعد من ذلك في هذا السياق، حيث جاز للمتعاقدين أن يختاروا القانون الذي يجب تطبيقه، حتى لو لم يكن له صلة بالعقد، هذا الاتجاه يرجع إلى اعتبار أن القانون الدولي يختلف عن القوانين الداخلية، وهو يسعى إلى حماية حقوق أطراف العقد دون التدخل الزائد الذي قد يشهده القانون الداخلي، لذا، فإن للأطراف حرية في اختيار قانون العقد، ولا يمكن للقاضي تغيير القانون المختار بحجة عدم وجود صلة به، وسبب ذلك يرجع إلى الطبيعة الدولية، للعقود المبرمة عن بعد، ويرى أنصار هذه الفكرة بإمكانية الأطراف الاتفاق على اختيار القضاء المختص بالنظر في المنازعات الناشئة عن العقد لمحاكم دولة معينة، بشرط أن يكون هناك رابطة جدية بين النزاع والمحكمة المختارة من قبل الأطراف، أو أن توجد مصلحة مشروعة لكل من الأطراف في ذلك.

إن تجاذب الفكرة بين الحرية وعدم الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، أدى إلى نشوء رأي أخر ثالث، يحاول أن يقف وسطا بين الرأيين السابقين.

ج-الرأي الثالث الوسطية بين الرأيين السابقين:

اتخذ جانب من الفقه موقف وسطا بين الرأيين السابقين، حيث يستلزم وجود صلة بين القانون والعقد دون أن تتحقق عن طريق عناصر شخصية مثل الجنسية، أو مادية مثل محل إبرام العقد، أو تنفيذه، فالصلة بين القانون المختار والعقد لابد أن تكون موجودة، والشروط التي يستند عليها في التقييد ليست بالضرورة أن تكون شخصية ذات صلة بالمحل، بل يكتفي في ذلك بأن تكون نابعة من حاجة المعاملات التجارية الدولية.[2]

ويقترح أصحاب هذه النظرة بأن يمنح للأطراف صلاحية تقرير القانون الواجب التطبيق بأنفسهم، ويراعى في هذا الأمر الامتثال لملابسات معينة، مثال ذلك قانون البلد، القانون الذي يعرفه بشكل أفضل،

1 – محمد حسن قاسم، **التعاقد عن بعد**، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوربي، د س ن، دو ن ص 95.

2 – أيهاب محمد سعيد محمود عويضه العماوى، مرجع سابق، ص 1922.

وهذا على سبيل المثال، أو القانون المعبر عنه بالبلد المضيف، وقد لا يكون مرتبطًا مباشرةً بالمحكمة، والذي يتم تحديده في بعض الحلات من خلال عوامل أخرى.[1]

هذا الموقف الوسطي يحاول الربط بين الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق للعقد وتقييده، ومن ذلك فهو يستلزم وجود صلة منطقية بين القانون والعقد، ولكن دون الاقتصار على عوامل شخصية أو مادية مثل الجنسية أو موقع إبرام العقد، وبدلاً من ذلك، يكفي أن تكون هذه الصلة مشتقة من حاجة المعاملات التجارية الدولية.

فأصحاب هذا النهج يقترحون منح الأطراف في العقد صلاحية تحديد القانون المعمول به بأنفسهم، مع مراعاة الالتزام ببعض الملابسات المحددة، مثل القانون الذي يعرفه الطرفان بشكل أفضل أو القانون المعتاد في البلد المضيف، ويمكن أيضًا أن يتم تحديد القانون المعمول به في بعض الحالات بواسطة عوامل أخرى تتعلق بالطبيعة والظروف الخاصة بالعق، ولعل ما تفرضه ضرورة المعاملات التجارية الدولية دور في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد.

إن هذا النهج يسمح بتمتع الأطراف بمزيد من المرونة والحرية في تحديد القانون المعمول به في عقودهم، بينما يضمن وجود بعض الإرشادات لضمان الاستقرار والتوازن في عملية تحديد القانون المعمول به.

2- الرؤية التشريعي حول حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد:

فالقانون المختار من طرف المتعاقدين يتم احترامه، أما في حالة عدم اتفاق الأطراف المتعاقدة على تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، يتم الرجوع لقواعد تنازع القوانين في موضوع النزاع المعروض عليها وشأن القانون الواجب تطبيقه ويطبق القانون على العقد وما قد ينجم عنه من آثار.[2]

وقد أكدت اتفاقية لاهاي بموجب المادة 7الفقرة الأولى منها، على ضرورة إلزامية أخذ القاضي بإرادة الأطراف، في حال تم اختيار القانون الواجب التطبيق من طرفهم.[3]

1 - Ndiaye, (penda), **arbitrage en ligne et les litiges du commerce électronique**. Mémoire de maîtrise, montréal: faculté de droit, université de montréal,2006, p111. Disponible sur : https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/handle/1866/2366

2 - جهاد محمود عبد المبدي، مرجع سابق، ص136.

3 - أبوعمرو نادية، مرجع سابق، ص28.

وبمراعاة الاتفاقيات الدولية، ففي هذه الحالة نميز بين الدولة المختار قانوناها بموجب العقد، هل هي عضو في الاتفاقية أم لا، فلو كانت الدولة طرف في الاتفاقية حال اختار الأطراف قانون دولة معينة، وكانت هذه الدولة قد تبنت قواعد الاتفاقيات الدولية، فتطبيق الاتفاقية الدولية يكون عبر هذا الاختيار، أما في حال عُرض النزاع على محكمة دولة طرف في الاتفاقية، ووقع الاختيار على قانون دولة ليست طرفا في الاتفاقية، فإن الاختيار لا يستطيع أن يكون مخالفا للقواعد الآمرة للاتفاقية، وإنما يكون الاختيار ماديا لقواعد وطنية تكون بمثابة شروط عقدية تعلو القواعد المكملة والمفسرة.[1]

فمن هذا المنطلق يتبين لنا بأن حرية اختيار القانون الواجب التطبيق لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تسموا على القواعد الآمرة، ولا يمكن لهذه الحرية أن تتجاوز قواعد الاتفاقيات الدولية المصادق عليها.

ولعل من المناسب الرجوع للمشرع الجزائري، وبالتحديد للدستور الجزائري، أين نجد بأن المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية تسمو على القانون، تطبيقا لما جاء في المادة 154 من الدستور،[2] وفي هذا السياق، فإنه إذا اختلف قانون داخلي مع قانون خارجي أي اتفاق يشترط مصادقة رئيس الجمهورية على الاتفاقية، فيتم تطبيقها فهي تسمو على التشريع بشكل آلي في حالة مصادقة رئيس الجمهورية.

وبالرجوع للقواعد العامة في هذا الخصوص فالتشريع الجزائري ينص صراحة بأن العقد شريعة المتعاقدين تطبيقا للمادة 106 من القانون المدني الجزائري، وقيد اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق بإرادتهما بموجب المادة 18 من نفس القانون، حيث اشترط على أن يكون القانون المختار من طرف المتعاقدين، له صلة بهما أو بالعقد ويمكن تطبيق قانون الموطن، أو الجنسية المشتركة، أو يطبق قانون محل إبرام العقد.

1 – أحمد صباح غدير، **تطبيق منهج القواعد الموضوعية على عقود التجارة الإلكترونية**–دراسة مقارنة–، مجلة الرافدين للحقوق، العراق، المجلد 22، العدد 80، سنة 2024، ص 64.

2 – أنظر المادة 154، من دستور الجزائر 2020، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 82، المؤرخة في 12/30/ 2020، ص 35.

3-القانون الواجب التطبيق بالنسبة للمورد الإلكتروني:

يخضع المورد الإلكتروني للتشريع والتنظيم المعمول بهما على المطبقين على الأنشطة التجارية وحماية المستهلك.[1]

بالنسبة للمورد فأغلب التشريعات لها نظرة بأنه في موقف قوة، وتحاول أن توفر حماية خاصة للمستهلك، بسبب ما يتوفر عليه المورد من علم حول المنتج يجهله المستهلك، من جهة وما له من إمكانيات يفتقرها المستهلك من جهة أخرى وهذا ما قد يجعل الفارق في القوى بين المتعاقدين، وهذا ما تبحث عنه جل القوانين من خلال إعادة التوازن العقدي.

4-القانون الواجب التطبيق بالنسبة للأشخاص الاعتبارية:

بالنسبة للأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، يسري عليها في حال دخولها في نزاع، قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي، وفي حالة مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر فإنها تخضع للقانون الجزائري.[2]

ومن جانب أخر، فمهما بلغ اتفاق الأطراف فإن قانون العقد لا يمكن أن يشمل كل المسائل المتعلقة بالعقد، حيث تخرج أهلية المتعاقدين من الاتفاق فهي تخضع للقانون الشخصي، كما يخرج أيضا من نطاق تطبيقه شكل العقد، تطبيقا للمادة 19 من ق م ج.[3]

الفرع الثاني: في حال عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق:

القانون الواجب التطبيق في حال عدم اختيار القانون الواجب التطبيق من طرف المتعاقدين، قد يختلف الرأي بين العلماء المعنيين بالقانون في هذا الصدد، فبعضهم يفضل تطبيق قانون المورد، في حين يميل آخرون نحو تطبيق قانون المشتري.

ولما كان هذا الموضوع محل نقاش، ولما له من أهمية بمكان، فقد اتجه فريق آخر من الفقهاء إلى المفاضلة بين قانون محل تكوين العقد وقانون محل تنفيذه.

1- أنظر المادة 35، من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص09.

2- أنظر الفقرة الثالثة من المادة 10، من القانون رقم:10/05، مرجع سابق، ص19.

3- أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، تنازع القوانين، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية عشرة، 2011، ص 315.

أولا: المفاضلة بين قانون البائع وقانون المشتري:

إن العقود المبرمة عن بعد، ورغم انعقادها في الفضاء الرقمي، تظل مثل جميع العقود الأخرى، يمكن تحديد موقعها، فهي تنطوي على أنشطة مادية يمكن بالطبع تحديدها في الفضاء الحقيقي، حتى نتمكن من اختيار بين بلد المورد وبلد المشتري، هذا الحل مشترك لجميع العقود المبرمة عن بُعد، ولا يثير سوى مسألة إثبات وجود شخص في مكان معين في وقت معين، وهذه التحديد من خلاله يحدد القانون الواجب التطبيق، وهذ ما أدى بنا لطرح التساؤل التالي، أيُ من القوانين يطبق على التعاقد بين أطراف لا يجمعهما سوى الفضاء الوهمي، هل هو قانون المورد أم قانون المشتري؟ وعلى أي معايير يجب أن يتم اتخاذ هذا الاختيار؟ وهنا نود أن نشير بأنه تباينت الآراء الفقيه حول القانون الواجب التطبيق في مثل هذه الحالة.

1-أنصار تطبيق قانون البائع:

يبرر أنصار هذا الموقف حقيقة اختيارهم، بأن القانون الاقتصادي يميل إلى تطبيق قانون الأصل بدلاً من قانون الاستقبال، مستندين في ذلك إلى اتفاقيات روما ولاهاي لعام 1955 بشأن عقود البيع، ويبررون أيضًا، تطبيق قانون البائع عندما يتعاقد البائع عن بعد، وخصوصًا عبر الإنترنت حيث تتجه عروضه إلى المشترين في جميع أنحاء العالم، فمن غير الممكن في هذه الحالة أن يفرض على البائع معرفة جميع قوانين البلدان، لذلك فتطبيق القانون الذي يعرفه يكون أفضل، وبتالي قانون دولته.[1]

2-أنصار تطبيق قانون المشتري:

أما أنصار تطبيق قانون المشتري فيُرجحون أسباب دفاعهم عن اختيارهم لقانون المشتري للحجج التالية:

- اتفاقية روما تحدد هذا القانون كقانون معمول به للعقود المبرمة مع المستهلكين،

- اتفاقية لاهاي لعقود البيع تكرس قانون المشتري عندما يتم استلام الطلب في بلد المشتري في حالة عدم وجود القانون المختار،

1 - Shandi (yousef) , op, cit , p 218.

ليست هذه الحجج قوية بما فيه الكفاية لحل المشكلة، ولهذا السبب، تم تقديم نظرية وسيطة، في الواقع، يعتقد بعض المؤلفين أن تطبيق قانون البائع أو المشتري على العقد الإلكتروني، يعتمد على وجود المفاوضات، والتي يمكن أن تتم عبر الإنترنت بسبب التفاعلية في الشبكة حول القانون المعمول به، فعلى العموم وقبل تشكيل العقد بشكل عام، وعند وجود تفاوض بشأن القانون المعمول به، يجب تفضيل قانون البائع على الجانب الآخر، غير أنه عندما لا يكون هناك تفاوض مسبق، يكون من الضروري تطبيق قانون المشتري.[1]

حيث يؤيد هذا الرأي الاتفاق عبر المفاوضات بخصوص ما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق، وذلك مهما كانت الوسيلة التي تتم بها المفاوضات، خاصة وأنها أصبحت أسهل بوجود شبكة الانترنت، قد يكون الغالب أن تكون المفاضلة لقانون البائع، وفي حال لم يكن هناك مفاوضات فإنه يتم تطبيق قانون المشتري، ويرجع سبب ذلك على الأرجح، إلى ما يمتاز به المستهلك من حماية في شتى القوانين، كونه الحلقة الأضعف في العقود المبرمة عن بعد.

ومن أجل إنهاء النقاش، حسم القانون الفرنسي للثقة في الاقتصاد الرقمي (LCEN) الأمر لصالح قانون بلد البائع، حيث تبنى مبدأ الاستقلالية من خلال منح الأطراف حرية تحديد القانون المعمول به في العقد الإلكتروني، في حالة عدم وجود اختيار من هذا القبيل، يكون القانون المعمول به هو القانون الذي ينطبق في دولة العضو الذي يقع فيه المحترف، ولكن على الأقل يجب أن يكون مستقرًا ودائمًا هناك.[2]

إن هذا النقاش لم يأت بالحل المثالي حسب رأي آخر للفقهاء، لذلك فقد أخذو بالاعتماد على جانب آخر من النقاش، يتعلق الأمر بقانون التكوين العقد وقانون تنفيذه، فأيُ منهما أولى بالتطبيق.

ثانيا: المفاضلة بين قانون تكوين العقد وقانون تنفيذه:

إن البحث عن معيار تطبيق القانون على العقد المبرم عن بعد، أدى بجانب من الفقه إلى الاختيار أو المفاضلة بين قانون التكوين وقانون التنفيذ.

إن هذه المفاضلة تستوجب تحديد موقع العقد المبرم عن بُعد حتى يتم العثور على عنصر ربط يستند إليه، وهذا يتم بموجبه تحديد موقع العقد المعني في إقليم دولة أو عدة دول أخرى، وبالفعل، يقدم القانون الدولي الخاص العديد من معايير الربط التي تسمح بتحديد الموقع، كقاعدة الجنسية المشتركة

1 - Shandi (yousef), op, cit , p 218.
2 - Ibid , p 218.

للأطراف في العقد، أو مكان إقامتهم العادي، أو مكان تكوين العقد أو تنفيذه، عندها يقوم القاضي المختص بالنظر في النزاع بتعيين القانون المعمول به في العقد.

أن ربط العقد بمكان تنفيذه وتكوينه، صعب التحديد في التعاقد عن بُعد، وهذا لب الاختلاف بينها وبين التعاقد في العالم الحقيقي، وعلى الجانب الآخر، هذه القواعد غير قابلة للتطبيق على العقود الإلكترونية، التي بطبيعتها غير مادية وغالبًا ما تكون دولية، مما يجعل مكان التكوين والتنفيذ غير مؤكد، فيما يتعلق أولاً بعدم اليقين حول مكان تكوين العقد الإلكتروني، فمن الصعب القول بأن تكوين العقد يحدث في مكان معين، فهو يبدأ من جهاز ثم يتم معالجته في جهاز آخر يستقبله، ثم يتم إرساله إلى المستقبل، وكل هذا قد يتم في أماكن مختلفة ومتعددة، فيثور التساؤل عن القانون الواجب التطبيق.[1]

1- معيار تطبيق قانون مكان إبرام العقد:

وقد كان قانون بلد إبرام العقد لدى الفقه الإيطالي القديم، هو القانون المعمول به والذي يخضع له العقد سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع، وقد اعتبر الفقيه "Crutius" قانون مكان العقد على أساس أنه تعبير عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين.[2]

فلو كان المتعاقدين مختلفو الجنسية، وهذا مفترض في العقود المبرمة عن بعد، بشكل أكثر منه في العقود التقليدية، ففي مثل هذه الحالة يطبق قانون محل ابرام العقد، وفي حال كان مشتركي الجنسية طبق القاضي قانون الدولة التي ينتمون إليها، وقد تبنت التشريعات هذا الاتجاه، وقد أعطى المشرع الإيطالي في حالة غياب الارادة لقانون محل ابرام العقد موقع ثالث بعد قانون الجنسية المشتركة وقانون محل اقامتهم المشتركة.[3]

وعلى الرغم من سهولة هذا الضابط نظريا إلا أنه، لا يمكن اعتبار مكان تكوين العقد معيار رئيسي، فما هو إلا كخيار ثانوي، حيث يبقى في الدرجة الثانية، ويتم استخدامه فقط في حالة عدم إمكان تحديد مكان تنفيذ العقد، فالأولوية تكون لمكان التنفيذ بالدرجة الأولى.[4]

1 -Shandi (yousef) , op, cit, p 216.

2 – أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 310.

3 – أيهاب محمد سعيد محمود عويضه العماوى، مرجع سابق، ص 1934.

4- Shandi (yousef) , op, cit, p 216.

وقد حدد المشرع الجزائري بأنه في حالة عدم اختيار المتعاقدين لقانون يطبق على العقد وتكون له صلة بالمتعاقدين أو بالعقد، أو تطبيق قانون الموطن المشترك، أو الجنسية المشتركة، فإنه يطبق قانون محل إبرام العقد،[1] حيث جعل قانون إبرام العقد كخيار ثانوي.

وتجدر الإشارة بأن صعوبة تحديد قانون الابرام، يقارنها البعض بالمفارقة أو الاختلاف الموجود في صعوبة تحديد مكان الايجاب والقبول ومكان علم الموجب، فقد اعتمدت التشريعات ومنها القانون المدني العراقي والمصري والأردني إلى اعتماد المكان والزمان الذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، مالم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.[2]

2-معيار تطبيق قانون مكان تنفيذ العقد:

أُعتمد المكان أو الموقع كونه عنصرا مميزا فهو من العوامل الهامة التي يمكن من خلالها تحديد القانون الواجب التحديد أو التطبيق او تحديد المحاكم المختصة بالنظر في المنازعات،[3] إن المكان الذي تم فيه تكوين أو تنفيذ العقد يمكن الارتكاز عليه كضابط لتحديد القانون الواجب التطبيق، أو المحكمة المختصة في حال ثار نزاع.

وقد ذهب الفقه الإنجليزي الى اعتبار مكان التنفيذ كقانون واجب التطبيق ذو أولوية، وذلك حين قررت المحكمة الإنجليزية، إلى الاعتماد عليه في حالة غياب أي نص يحدد القانون الواجب التطبيق يؤخذ بالقانون مكان التنفيذ.[4]

أما المشرع الجزائري فقد جعل مكان إبرام العقد ضابطا احتياطيا، يرجع إليه في حال عدم اتفاق أطراف العقد على قانون معين.[5]

وقد استثنى من مكان ابرام العقد العقود المتعلقة بالعقار، حيث يسري عليها قانون موقعه. المادة 02/18 من ق م ج.[6]

1 – أنظر المادة 18، من القانون رقم:10/05، مرجع سابق، ص20.

2 – أيهاب محمد سعيد محمود عويضه العماوى، مرجع سابق، ص 1935.

3 – سمير دنون، **العقود الالكترونية في إطار تنظيم التجارة الالكترونية**، المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان، الطبعة الأولى 2012، ص 39.

4 – أيهاب محمد سعيد محمود عويضه العماوى، مرجع سابق، ص 1936.

5 – أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 310.

6 – أنظر المادة 18، من القانون رقم:10/05، مرجع سابق، ص20.

3- اشكالية تنفيذ العقد في أماكن متعددة:

ويثار الإشكال في حالة تعدد مواقع ذات الصلة بموضوع بالعقد،[1] فما هو القانون الواجب التطبيق، أو هل يمكن تطبيق أكثر من قانون على عقد واحد، كأن يطبق قانون تكوين العقد، على جزء من العقد، والجزء الباقي يطبق عليه قانون أخر كون العقد تكون في مكان والتنفيذ في مكان آخر.

فعلى سبيل المثال، قد يحدث في بعض الأحيان أن يحتوي نفس العقد على عدة التزامات يمكن أن تُنفذ في دول مختلفة، ينبغي أن يكون ترتيب العقد بمكان تنفيذ الالتزام الرئيسي لا يحل تمامًا المشكلة في حال عدم توفر هذا المكان في كثير من الأحيان، ولهذا السبب، تنظر المحاكم غالبًا إلى مكان تكوين العقد عندما يكون مكان تنفيذ العقد غير موحد.[2]

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد حسم موقفه بهذا الخصوص، حين اعتبر بأنه لا يمكن تجزئة القانون الواجب التطبيق، بحيث يخضع كل جزء من العقد لقانون معين، كأن يفصل تكوين العقد عن تنفيذه، أو العكس، وذلك بالرجوع للمادة 18 من ق م ج، نجد لفظ "الالتزامات التعاقدية"، وهي تشمل كل ما يتعلق بالرابطة التعاقدية من حيث تكوينها وأثارها، وقد استثنى المشرع الجزائري بموجب الفقرة الثانية من المادة 18 من الخضوع لقانون الإرادة العقود المتعلقة بالعقار، وقد برر الفقه الغالب في فرنسا وحدة القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية أنه يحقق التجانس والانسجام بين الأحكام المطبقة على مختلف أجزاء العقد.[3]

ومن زاوية أخرى فقد عالج المشرع الموضوع بشكل يرجح فيه كفة القانون الوطني، لما تطرق لفكرة الدول التي تتعدد فيها التشريعات، بحيث حدد بأنه إذا تبين أن القانون الواجب التطبيق، هو قانون دولة معينة تتعدد فيها التشريعات، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه، وإذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، يطبق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي، أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي،[4] ويطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه،[5] و إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب

1 – أيهاب محمد سعيد محمود عويضه العماوى، مرجع سابق، ص 1942.

2 -Shandi (yousef) ¸ op¸ cit ¸ p 216.

3 – أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 309.

4 – أنظر المادة 23 معدلة بموجب القانون رقم:10/05، مرجع سابق، ص20.

5 – أنظر المادة 23 مكرر، المرجع نفسه، ص20.

التطبيق، فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان، غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص،[1] على أن تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين.[2]

إن ضابط تكوين العقد أو تنفيذه يبدو ضابطا سهلا في العادة، خاصة في العقود التقليدية، غير أنه يبدو صعبا عند تطبيق هذا الضابط على العقود المبرمة عن بعد، ويزداد صعوبة عندما يكون العقد يرتب التزامات في أماكن متعددة، وهذا قد يرجع لخصوصية هذه العقود كونها تمتاز بالطابع الدولي، لذلك سعى الفقه والتشريع في إيجاد ضوابط تكون ملائمة تطبق على العقود سيما العقود المبرمة عن بعد.

ثالثا: ضرورة وجود رابطة بين العقد والقانون الواجب التطبيق:

إن البند صالح وفقًا للقانون المعمول به الذي اختاره الأطراف، ومع هذا فبعض الأنظمة القانونية، تستلزم وجود رابطة فعلية بين العقد وقانون البلد المحدد، وفي حالة الإيجاب، يجب التحقق من صحة هذا الاختيار من حيث القانون الذي ينظم القضية في دولة المحكمة المختارة، وإذا لم يعترف قانون أي من هاتين الدولتين بصحة البند، فإنه يصبح بلا قيمة قانونية، أما بالنسبة لتحديد الاختصاص بشكل طوعي بموجب العقد، فهذا الأمر قد تواجهه مشكلة عدم الاعتراف من بعض الدول، خاصة في العقود المبرمة عن بعد، فبعض البلدان لا تعترف بالبنود التي تحدد اختصاص القضاء عندما يُبرم العقد بشكل إلكتروني.[3]

1- ارتباط القانون الواجب التطبيق بمكان وجود المحكمة:

اشترطت بعض الأنظمة ضرورة إيجاد علاقة بين القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة، واعتماد هذه العلاقة كرابط يعتمد في اختيار المحكمة المختصة، مثال ذلك، الدعوى التي أقامتها شركة (Hsbro Appellant) ضد شركة (Dufundant Appellan، Clue Compitinginc) بعد قيام نزاع بين الشركتين، حيث قضت المحكمة باختصاص محكمة ولاية مساتشوست الأمريكية لوجود ارتباط

1 - أنظر المادة 23 مكرر1، من القانون رقم:10/05، مرجع سابق، ص20.

2 - أنظر المادة 23 مكرر2، المرجع نفسه، ص20.

3 -Shandi (yousef) ¸ Op¸ Cit¸ P 248·

كافي لهاته المحكمة بالقضية، وذلك بالاستناد الى كون المدعي عليه قام بالإعلان على موقعه على الانترنت، بأن شركته تقوم بالتزويد الخدمات لأي عملاء على سطح الأرض وهو ولاية مساتشوست. [1]

2- ارتباط القانون الواجب التطبيق بموطن المتعاقدين:

أخذت بعض الدول بحرية الأطراف في اختيار قانون العقد إلا أنه يدعو أكثر إلى تطبيق قانون الدولة محل الإقامة العادية للمستهلك، إذا كان يوفر حماية أكثر للمستهلك من خلال قواعده الآمرة،[2] فلم يتخلى عن الإرادة في اختيار القانون مع الحفاض على حماية المستهلك.

إن تفضيل قانون موطن الشخص، لأنه القانون المتعلق بالمسائل الشخصية، وعلى هذا الأساس فإنه يتوجب على الشخص الذي يعيش في دولة غير دولة جنسيته، أن يكون على علم أو الاطلاع بقانون محل إقامته، بدلا من التعامل بقانون جنسيته ومثاله "قضية ليزاردي" الذي لم يكن يعلم بالقانون الأجنبي حين أبرم عقد مع فرنسي ناقص الأهلية، ولم يجد القضاء الفرنسي حلا للنزاع إلا بتطبيق استثناء مفاده تطبيق قانون الدولة التي أبرم فيها العقد وهي (فرنسا) في قضية الحال، متى كان المتعاقد مع ناقص الأهلية وعليه فقد أثبت الحق للمتعاقد الفرنسي.[3]

3- قانون الجنسية او قانون محل الاقامة:

تعتمد جل الأنظمة القانونية عل الجنسية كمعيار إسناد في تطبيق القانون الواجب التطبيق، اعتمادا كبيرا، وذلك راجع لاختلاط الأفراد والأموال والشركات من مختلف جنسيات عبر دول العالم.[4] على أن يطبق القانون الجزائري في مجال المعاملات التجارية الإلكترونية في حالة ما إذا كان أحد أطرف العقد الإلكتروني يخضع لأحد الشروط التالية:

- متمتعا بالجنسية الجزائرية، أو
- مقيما إقامة شرعية في الجزائر، أو
- شخصا معنويا خاضع للقانون الجزائري

1 - أيهاب محمد سعيد محمود عويضه العماوى، مرجع سابق، ص 1929.

2 - عبد العزيز محمد حمد ساني، مرجع سابق، ص251.

3 - أيهاب محمد سعيد محمود عويضه العماوى، مرجع سابق، ص 1929.

4 - سمير دنون، مرجع سابق، ص 28.

– أو كان العقد محل إبرام أو تنفيذ في الجزائر.[1]

في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية، غير أنه القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد، بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول، وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة.[2]

أما بالنسبة للأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، ويسري على نظامها القانون قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي، وفي حالة مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر فإنها تخضع للقانون الجزائري.[3]

رابعا: إشكالية تفسير العقد عند البحث عن القانون الواجب التطبيق.

يثار إشكال تفسير العقد، في العقود المبرمة عن بعد أكثر من العقود التقليدية، يرجع ذلك لكون العقد يمكن له أن يحرر بأكثر من لغة، وفي هذا السياق، فإنه لا توجد صعوبة إذا تم اتفاق مسبق بين الأطراف على أنه في حال الاختلاف في المعنى يتم الرجوع إلى العقد الذي أبرم بلغة معينة، بينما يثار الإشكال في حال لم يكن هذا الاتفاق بين المتعاقدين، فتفسير العقد يتم على أساس المعنى الضيق الذي يستجيب للمعني المثبت في النصوص المحررة باللغات المستعملة.[4]

يتعين على قاضي الموضوع عند تفسيره لشروط العقد التوفيق والتقريب بين الشروط المختلفة، والسعي إلى تبيين المعنى الحقيقي للشروط، ويمكنه استبعاد المعنى المبهم، ولا يمكنه تفسير الشرط الغامض بمعزل عن الشرط الواضح إلا إذا تبين له وجود تعارض بين مختلف النصوص، ولا يجوز له استبعاد الشرط الواضح بحجة وجود شرط أخر غامض في حال لم يكن هناك تعارض مطلق بينهما،[5] حيث ربط تفسير العقد بشروطه على أن لا يستبعد الشرط الواضح، ولا أن يفسر الشرط الغامض دون الرجوع للشرط الواضح.

1– أنظر المادة 02 من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص05.

2 – أنظر المادة 22 معدلة بموجب القانون رقم:10/05، مرجع سابق، ص20.

3– أنظر الفقرة الثالثة من المادة 10، المرجع نفسه، ص19.

4– برهان رزيق، **نظرية تفسير العقد في القانون المدني والإداري**، مطبعة الارشاد، اللاذقية، سوريا، دون س ن، ص30.

5– برهان رزيق، المرجع نفسه، ص63.

أما القانون الجزائري فلم يمنح للقاضي الحق في تفسير الاتفاقيات الدولية، وهذا بالرجوع للمادة 37 من قانون الجنسية القانون رقم:01/05 وعند اقتضاء الأمر ذلك، فإن النيابة العامة تطلب من وزارة الشؤون الخارجية، التفسير ويكون هذا التفسير ملزم للمحاكم.[1]

خامسا: ضرورة مراعاة حماية المستهلك في تطبيق القوانين للفصل في النزاع:

إن من أهم الصعوبات المتعلقة بعقود المستهلك خاصة، هي تحديد السلطة القضائية المختصة، وهذا بسبب تباعد أطراف العقد، خاصة إذا كان المتعاقدين ينتمون لأكثر من دولة، وتكمن الصعوبة أكثر بالنسبة لعقود المستهلك، بقدر ما تقوم بعض الأنظمة القانونية بعمل تفرقة بين العقود المبرمة حصراً بين المهنيين فيما بينهم، أي أن يكون العقد (من شركة إلى شركة)، وتلك المبرمة بين محترف ومستهلك (من شركة إلى مستهلك)، في حين يتجاهل ذلك الأمر بعض الأنظمة القانونية الأخرى، وينبغي أن تتساءل هذه القضية بشكل مختلف حسب العلاقة التعاقدية المعنية.[2]

وبالرجوع للمشرع الوطني، نجد بأنه يخضع المورد الإلكتروني للتشريع والتنظيم المعمول بهما على المطبقين على الأنشطة التجارية وحماية المستهلك،[3] كما حدد عقوبات لمن يخالف القوانين، حيث أهل المشرع الجزائري طبقا للمادة 45 من القانون رقم:05/18، الإدارة المكلفة بحماية المستهلك بالقيام بإجراءات غرامة الصلح مع الأشخاص المتابعين بمخالفة القانون رقم:05/18.[4]

وفي ذات السياق، فقد حدد بأن التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص أهليته يرجع الى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهلية وفي صحة المعاملة.[5]

بالمقابل، وبالنسبة للعقود المبرمة مع المستهلك، يجب أن يأخذ تحديد السلطة القضائية المختصة في الاعتبار وضعه الضعيف، مقارنةً بالطرف الآخر حت يضمن له بعض الحماية، في هذا السياق،

1 – أنظر المادة 37، من الأمر رقم:01/05، المؤرخ في: 2005/02/27، المعدل للأمر رقم 86/70، المؤرخ في 1970/12/15، المتضمن قانون الجنسية الجزائري.

2 - Shandi (yousef) ¸ Op¸ Cit¸ P 250·

3– أنظر المادة 35 من قانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص09.

4– أنظر المادة 45، المرجع نفسه، ص10.

5– أنظر الفقرة الثانية من المادة 10 من القانون رقم:10/05، مرجع سابق، ص18.

يجب أن يتم التعرف عليه إما بامتياز يسمح له بتقديم شكوى أمام محكمة الدولة التي يحمل جنسيتها، أو التي يقيم فيها، أو أن يتم منحه خيار اختيار القضاء من بين عدة دول.[1]

إن تطبيق القانون المختار أو قانون الدولة التي يقع فيها المحترف لا يمكن أن يؤدي إلى حرمان المستهلك من الحماية، فجل التشريعات أعطت أهمية كبرى لحماية المستهلك.

ولما كان تطبيق القانون لا بد منه فقد أعطيت نوع من الحرية في اختياره، مع ضرورة الحفاض على ما تمليه هذه القوانين من حماية واجبة للمستهلك، ولو لم يكن مقيما في وطنه الأصلي، ومع هذا فقد يثار النزاع بشأن العقود المبرمة عن بعد، فيلجأ أطراف العقد إلى البحث عن إيجاد آلية لحل هاته النزاعات، وهو ما سنتناوله في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: فض منازعات العقود المبرمة عن بعد

من المهم أن نذكر أن هناك طريقتين ممكنتين لإنهاء النزاع: الطريقة التقليدية، التي تنطوي على الطريق القضائي (الفرع الأول)، أما الثانية فهي طريقة التسوية خارج الإجراءات القضائية للنزاعات، المعروفة أيضًا بوسائل تسوية النزاع البديلة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: فض النازعات في العقد المبرم عن بعد عن طرق القضاء.

لا يثار إشكال إذا كان العقد المبرم عن بعد داخل الدولة الواحدة، وعلى العكس من ذلك، فيثار إشكال الزمان والمكان، المحكمة المختصة المجال الإقليمي فقط.

ومع ذلك، قد تبدو هذه الطريقة في كثير من الأحيان غير مؤكدة ومطولة ومكلفة، خاصة في حالات النزاعات الدولية حيث يصبح تحديد المحكمة المختصة أمرًا حساسًا.

أولا: الاختصاص القضائي للعقود المبرمة عن بعد داخل الوطن:

يعتمد المشرع الجزائري بالاختصاص العام للمحاكم، كونها الجهة القضائية ذات الاختصاص العام، وهي تفصل في جميع القضايا، فهي تشكل قاعدة الهرم القضائي، بينما تختص الأقطاب المتخصصة

1 - Shandi (yousef) , Op, Cit, P 251.

بالنظر دون سواها في المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية، وهي موضوع بحثنا، بالإضافة على بعض المنازعات الأخرى والتي لا يهمنا في هذا البحث.

بالرجوع للاختصاص الإقليمي لكل محكمة فالمشرع اعتمد على التوزيع الجغرافي للمحاكم ضمن دائرة اختصاص، عموما في الاختصاص القضائي الإقليمي للمحاكم يعتمد على موطن المدعي وهذا ما وافق المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعي عليه، وإن لم يعد له موطن معروف، فيعود الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"[1] وبالرجوع للمادة 36 من القانون المدني الجزائري فالموطن هو "موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، وعند عدم وجود سكن يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن".[2]

ثانيا: الاختصاص القضائي للعقود المبرمة عن بعد في حالة اختلاف الموطن:

في حال اختلاف الموطن للأطراف المتعاقدة، وهو الغالب في العقود المبرمة عن بعد لأن هذه العقود لا تعترف بالحدود الجغرافية، فإن الأمر يختلف إذا تم اتفاق بين المتعاقدين حول تحديد الجهة التي يرجع لها الأمر في الفصل في النزاع، وبين عدم الاتفاق على تحديد محكمة مختصة.

1: الاختصاص القضائي عند الاتفاق حول محكمة.

قد يتم الاتفاق بين طرفي العلاقة التعاقدية حول المحكمة صاحبة الاختصاص في حال النزاع، حيث ينعقد الاختصاص القضائي لمحكمة معينة تم الاتفاق بشأنها بموجب بند تم إدراجه في العقد، فيمكنهم الاتفاق على أن يكون الاختصاص لمحاكم غير المحاكم التي يقع في دائرة اختصاصها محل إقامة المدعي عليه أو موطنه.[3]

1 – أنظر المادة 37 من القانون رقم:09/08، المؤرخ في: 2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المعدل والمتمم، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد21، المؤرخة في:2008/04/23، ص 07.

2 – أنظر المادة 36 من القانون رقم:10/05، مرجع سابق، ص 21.

3 – أرجيلوس رحاب، **الإطار القانوني للعقد الإلكتروني "دراسة مقارنة"**، شهادة دكتوراه في القانون الخاص المعمق، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم والسياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، السنة الجامعية 2018/2017، ص 212.

وفي السياق ذاته، فقد نصت المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم:271/22، على ضرورة تضمن العرض التجاري الإلكتروني على تحديد الجهة القضائية المختصة في حالة النزاع.[1]

إن اختيار الجهة القضائية المختصة بالفصل في النزاع باتفاق الأطراف، وبهذا تتفادى أي نزاع قد ينشب بشأن الاختصاص القضائي، خاصة إذا علمنا بأن الاختيار خاضع لإرادة الأطراف ومضبوط بشروط معينة.[2]

وتختص المحاكم في الجزائر حتى ولو كان أحد الأطراف أجنبيا ولم لم يكن مقيما في الجزائر، لتنفيذ الالتزامات التعاقدية التي تم التعاقد بشأنها ف الجزائر، وذلك بالرجوع للمادة41 ق إ م إ، بخصوص الدعاوى التي يكون أحد أطرافها أجنبي مدعي أو مدعى عليه، تختص المحاكم الجزائرية النظر فيها متى تمت تنفيذ الالتزام في الجزائر، أما المادة 42 من نفس القانون، فقد حددت بأنه يرجع الاختصاص للمحاكم الجزائرية بالنظر في الدعاوى التي تم فيها التعاقد مع أجنبي في بلد أجنبي.[3]

ونشير إلى أن دور القضاء عند اختيار أطراف العقد القانون الذي يحكم العقد، يساهم في تحديد مهمة القاضي، فتنحصر مهمة القاضي في تطبيق القوانين لا خلقها، فاختيار القانون يُحلل القاضي من البحث في القانون الواجب التطبيق، فقد تم اختياره من طرف المتعاقدين.[4]

2: الاختصاص القضائي عند عدم الاتفاق حول محكمة المختصة للفصل في النزاع.

عند عدم الاتفاق بين المتعاقدين بخصوص القضاء المختص الذي يحكم العقد في حال نشوء نزاع بخصوص التزامات تعاقدية، فالفقه والتشريعات أوجدت ضوابط يستند عليها من أحدل تحديد المحكمة المختصة، أو التي يسند لها الفصل في النزاع.

أ-اعتماد ضابط الجنسية في اختيار المحكمة المختصة للفصل في النزاع:

أعطى المشرع الفرنسي الاختصاص للقضاء الفرنسي متى كان أحد أطراف الدعوى فرنسي سواء مدعي أو مدعى عليه، وسواء تعلق الأمر بالشخص الطبيعي أو المعنوي بشرط ألا يتعارض هذا مع الاتفاقيات الدولية والتنظيم الأوربي المؤرخ في 2000/12/22، واتفاقية "لوغانو"، حيث كرس المشرع

1- أنظر المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم:271/22، مرجع سابق، ص21.

2 - أرجيلوس رحاب، مرجع سابق، ص 213.

3 - أنظر المادتين 41 و42، من القانون رقم:09/08، مرجع سابق، ص 08.

4 - محمد نصر محمد، **الوسيط في القانون الدولي العام**، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، المملكة العربية السعودية،2012، ص32.

الفرنسي هذا المبدأ بموجب المادتين 14 و15 من القانون المدني الفرنسي،[1] وبهذه يكون المشرع الفرنسي قد أعطى نوع من الحماية للمستهلك الفرنسي، وفي ذات السياق لم يفرق بين الفرنسي سواء شخص طبيعي أو معنوي.

وبالرجوع للمشرع الوطني وبالاطلاع على المواد 41 و42 من ق إ م إ الجزائري، نجد بأنه اعتمد على ضابط الجنسية الذي ينعقد به الاختصاص القضائي في الجزائر، ما يعني عدم الاختصاص في المنازعات التي لا يوجد فيها جزائري، وبالرجوع للقضاء الجزائري فإنه لا يمنع من النظر في القضايا التي يكون طرفي الخصومة من الأجانب، أون قواعد الاختصاص القضائي الدولي يتم استنباطها من قواعد الاختصاص المحلي الداخلية، متأثرا بموقف القضاء الفرنسي.[2]

أما القانون رقم:05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية بموجب المادة الثانية منه نص على أنه يطبق القانون الجزائري عندما يكون أحد الأطراف متمتعا بالجنسية الجزائرية، أو مقيما إقامة شرعية فيها، أو شخصا معنويا خاضعا للقانون الجزائري، أو كان محل إبرام العقد أو تنفيذه في الجزائر.[3]

أكد المشرع الجزائري على إلزامية تضمين العقود الإلكترونية شرطا اتفاقيا مفاده النظر في المنازعات للقضاء الجزائري، متى كان أحد الأطراف جزائريا أو مقيما في الجزائر أو كان العقد قد أبرم في الجزائر أو مكان تنفيذه في الجزائر دون التفرقة بين العقود الاستهلاكية وغيرها.[4]

ب-الرجوع لمحكمة الاختصاص للفصل في النزاع:

في العديد من الأنظمة القانونية، يُعَتبر المعيار الحاسم لتحديد ما إذا كان ينبغي للمحكمة ممارسة اختصاصها يتضمن تحليلًا لمسألة ما إذا كان الاختصاص معقولًا، وهو ما أخذت به المحاكم الأمريكية معيار (المعقولية)، بينما في كندا يُفضل معيار العلاقة (الحقيقية الملموسة)، وعلى الرغم من أن هذه المصطلحات تستدعي تحليلات مختلفة إلى حد ما، إلا أن المبدأ الأساسي يظل هو نفسه، حيث يعتمد مدى ملاءمة ممارسة الاختصاص على مسألة ما.[5]

1 - أرجيلوس رحاب، مرجع سابق، ص 215.

2 - كحلولة يمينة، **تنازع الاختصاص القضائي الدولي في منازعات عقود التجارة الإلكترونية في القانون الجزائري والكويتي**، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، الجزائر، المجلد 08 العدد 01، 2022، ص366.

3- أنظر المادة 02 من القانون رقم:05/18، مرجع سابق، ص05.

4 - كحلولة يمينة، مرجع سابق، ص 371.

5 - Ndiaye, (penda), op, cit, p43.

أما بالنسبة للدول الأوربية فالقاعدة قد نصت أيضًا على نظام للصلاحيات القضائية المتخصصة لصالح المستهلكين الأوروبيين، حيث تم منحهم فرصة اختيار السلطة القضائية المختصة، حيث يمكن للمستهلك اتخاذ إجراء قضائي ضد الطرف الآخر، إما أمام محاكم الدولة العضوية التي يقيم فيها أو أمام محاكم الدولة التي يكون المهني مقيمًا فيها، ومع ذلك، لا تتبنى العكس بالمثل.[1]

وبالنسبة للمشرع الجزائري فإنه يؤول الاختصاص بالمنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية للمحاكم التجارية المتخصصة،[2] حيث حدد المشرع الجزائري مساعدين يقومون بمساعدة الحكمة التجارية المتخصصة على أن يحدد عددهم من طرف رئيس المحكمة،[3] وقد عدد المشرع الجزائري المحاكم التجارية المتخصصة عبر الوطن باثنتي عشرة (12) محكمة.[4]

ثالثا: أهمية تحديد السلطة القضائية المختصة في قضايا التعاقد عن بُعد للفصل في النزاع:

لما كان تحديد السلطة القضائية المختصة في العقود المبرمة عن بُعد أمر مهم، فهو يتم الاعتماد عليه، في تحديد الإجراءات التي يجب اتباعها لحل النزاع من جهة، ومن جهة أخرى، تضمن فيما بعد تنفيذ الحكم الصادر عن محكمة أجنبية يجب تنفيذه على أراضي دولة أخرى ولكن لتحديد السلطة القضائية لدولة معينة، يتطلب الأمر بالضرورة كما قد يحدث في حالة تعارض القوانين، حيث يجب التحقق مسبقًا من وجود عنصر ارتباط بين هذه الدولة وعناصر النزاع.

رابعا: إشكالية تطبيق الأحكام الأجنبية:

إن صدور الحكم من محكمة في بلد أحد المتعاقدين، قد يجعل من الحكم أجنبي للطرف المحكوم له، وهذا ما يخلق صعوبة في تنفيذ الحكم في بلد أجنبي عن مكان صدوره ما لم يكن هناك اتفاقية بين دولتي الأطراف المتعاقدة، تقضي بتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة عن محاكم الدولتين في الدولة الأخرى،

1- Shandi (yousef) ¸ Op¸ Cit¸ P260·

2- أنظر المادة 536، مكرر من القانون رقم:13/22، المؤرخ في: 2022/06/12، المعدل والمتمم للقانون رقم:09/08 المؤرخ في 2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد48، المؤرخة في: 2022/06/17، ص04.

3- أنظر أحكام القانون رقم:52/23، المؤرخ في: 2023/01/14، المحدد لشروط وكيفيات اختيار مساعدي المحكمة التجارية المتخصصة، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد02، المؤرخة في:2023/01/15، ص17.

4- أنظر أحكام القانون رقم:53/23، المؤرخ في: 2023/01/14، المحدد لدوائر الاختصاص الإقليمي للمحاكم التجارية المتخصصة، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد02، المؤرخة في:2023/01/15، ص18.

وهذا ما يفرض على الأطراف معرفة إجراءات تنفيذ الحكم في الدولة المتواجد فيها الطرف المقصر في تنفيذ التزامه من عدمه قبل اللجوء الى القضاء.[1]

وجدير بالذكر بأن نص المادة 605 من ق إ م إ، على أنه لا يجوز تنفيذ الأحكام والأوامر والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية في الإقليم الجزائري إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط التالية:

-ألا تتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص.

-أن يكون الحكم نهائي حائزا لقوة الشيء المقضي به وفقا لقانون دولة المحكمة التي أصدرته.

-ألا يتعارض مع أمر أو حكم أو قرار، سبق صدوره من جهة قضائية جزائرية وأثير من المدعى عليه.

-الا يتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر.[2]

إن اللجوء للقضاء لحل منازعات التجارة الدولية يعد من الطرق المُكلفة بشكل كبير من الناحية المالية، ويرجع السبب في ذلك للقيود المفروضة من النظم القانونية لدولة كل متعاقد سواء من ناحية درجات التقاضي أو المرافعات، أو عدم تجاوب القوانين الوطنية مع القوانين الدولية، وما تتطلبه القواعد التجارية من مرونة وسرعة، هي في الأساس من مميزات التجارة الدولية.[3]

ودون ان ننسى ما يكتسبه العقد من قوة ملزمة من الإرادة الحرة لأطرافه، فطالما كان التزام المتعاقد بمحض إرادته وجب عليه تنفيذ ما التزام به ولا يجوز له نقذه أو تعديله أو إنهائه دون رضا المتعاقد الآخر، وتسري هذه القوة الإلزامية للعقد في حق القاضي أيضا حيث يلزم باحترام اتفاق المتعاقدين حتى وان كان غير عادل من وجهة نظره، فلا يمكنه إضافة أو نقصان أو تعديل ما ورد فيه وفي حال تطلب الأمر البحث عن نية المتعاقدين بغض النظر عن كل الاعتبارات الأخرى.

1 – موكة عبد الكريم، **منازعات عقود التجارة الدولية: بين اختصاص القضاء الوطني والقضاء التحكيمي**، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، المجلد 06، العدد04، 2021، ص 450.

2 – أنظر المادتين 41 و42، من القانون رقم:09/08، مرجع سابق، ص 51.

3 – موكة عبد الكريم، مرجع سابق، ص 452.

وعند التساؤل عن إمكانية مراعاة ظروف العقد المبرم عبر الإنترنت وحول الخصوصيات التي يمكن أن تميزه بالمقارنة مع مراعاة الظروف في العقود تقليدية، خاصة إذا علمنا بأن العقود المبرمة عن بعد قد تكون في شكل عقد نموذجي يتماشى مع متطلبات نظام قانوني معين، خاصة في العقود التي يتخطى عرضها حدود الدولة الواحدة، أي في حالة العقود الدولية، مع ما يتحلى به بعض العقود من المرونة المفرطة المميزة في كيفية التعامل مع التعبير عن الإرادة من قبل أطراف العلاقة التعاقدية، مما يترك للقاضي الحرية في تحديد القانون القابل للتطبيق على العقد استنادًا إلى ظروف القضية.[1]

الفرع الثاني: الطرق البديلة لتسوية المنازعات للفصل في النزاع:

جميع طرق تسوية المنازعات المختلفة تشترك في أنها تبرز من النظام القضائي، وإشراك طرف ثالث، قد يشكل تدخل طرف ثالث صعوبة كالصعوبة التي يمثلها تدخل القاضي، كإشكالية الحياد، والاستقلالية، وقد يطعن أحد طرف العقد في حياد الطرف الثالث.[2]

تُشجع أغلب التشريعات إلى اللجوء للطرق البديلة في فض النزاعات ومنها التوجيه الأوربي رقم:2013/11 المتعلق بالتنظيم غير القضائي لنزاعات المستهلكين الدول الأعضاء على تسهيل اللجوء للوسائل البديلة في المنازعات المتعلقة بالاستهلاك.[3]

إن الهيئات المسؤولة عن حل نزاعات المستهلكين خارج المحكمة تعمل من أجل التوفيق بين وجهات النظر والتقليل من الالتزامات المتبادلة، كون عقود الاستهلاك بطبيعتها تتميز بعدم التناسب بين الالتزامات المتقبلة للمعاملة، وكذلك تكلفة القضية في حال التوجه للقضاء، ما تجعل المستهلك السيبرياني عبر الانترنت قد يحجم عن المطالبة بحقه، زيادة عن اتعاب المحامي ومقدار تكاليف التقاضي،[4] ما يجعل من المستهلك عبر الانترنت يلجأ الى الوساطة والمصالحة فيعتمد عمل الوسيط الى التوفيق بين وجهات النظر والتوفيق بين الالتزامات.[5]

1 _ Duaso Calés (Rosario)¸ **La Détermination Du Cadre Juridictionnel Et Législatif Applicable Aux Contrats De Cyberconsommation**¸ Maîtrise En Droit Des Nouvelles Technologies De L'information, Faculté De Droit¸ Université De Montréal ¸Novembre¸2002 ¸ P04.

2 -Moreau (nathalie), op¸ cit¸ p89.

3 – جندولي فاطمة زهرة، **عقود التجارة الإلكترونية في العلاقات الخاصة الدولية**، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2018/1017، ص266.

4 -Moreau (nathalie), op¸ cit¸ p78.

5 -Ibid, p80.

ناهيك عن الفائدة الأكثر فورية، لتسوية النزاعات بوسائل بديلة في سياق التجارة الإلكترونية عبر الحدود هي تحقيق تسوية خارج المحاكم لأكبر عدد ممكن من النزاعات، مما يقلل بشكل عام من التكاليف القانونية الناتجة عن النزاعات عبر الحدود، على المستوى الماكرو اقتصادي، الفائدة تكمن في تقليل الكلفة الاقتصادية للتأثير الرادع الذي يبدو أنه له الشك فيما يتعلق بالاختصاص والقانون المعمول به، العديد يتساءلون عن صحة وفعالية الآليات القضائية أو الآليات خارج الساحات القضائية لتسوية النزاعات في التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، والتي تسهم في تطوير روح الثقة بين التجار الإلكترونيين والمستخدمين الآخرين عبر الإنترنت، وبخاصة بين المستهلكين، مما سيعزز من نمو التجارة الإلكترونية.[1]

ولعل التساؤل الأكثر أيهاما يتمثل في مدى قدرة هذه الوسائل في فض النزاع من جهة، وتقليص عدد القضايا على جهاز القضاء من جهة ثانية، لذلك نعالج إمكانية استخدام الطرق البديلة في حل النزاعات، خاصة في ظل التعاقد عن بعد.

أولا: الصلح كطريق بديل لحل النزاع في العقود المبرمة عن بعد:

من بين الطرق البديلة لحل النزاعات دون التوجه لأروقة المحاكم، هو الصلح الذي قد يكون ولو بعد التوجه للقضاء، فبذلك يفض النزاع بالمصالحة، ويحول دون الاستمرار في الحل القضائي.

1- مفهوم الصلح:

والصلح بمعنى الاصطلاح القانوني فهو اتفاق ينتهي به النزاع بين الخصوم، ويتوصل به إلى الموافقة بين المختلفين، أو هو عقد يحسم الطرفان بمقتضاه نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك فيما يجوز التصالح فيه.[2]

وبالنظر للأحكام العامة للصلح فهو عقد ينحسم به النزاع القائم او المحتمل وقوعه، والصلح هو عقد لا تنقل به الحقوق فلا يمكنه نقل الملكية مثل البيع، إلا أنه بمثابة العقد لذلك فهو يخضع للشروط والأركان التي يخضع لها العقد، وقد نظمه المشرع الجزائري في المواد من 459 إلى المادة 466 من القانون المدني الجزائري.[3]

1 - Boutros, (Mickael) ,Op, Cit, P202.

2 – معجم المعاني، متاح على الرابط، https://www.almaany.com/ar/dict

3 – أنظر المادة 459 وما بعدها من الأمر 58/75، مرجع سابق، ص 1017.

أو بعبارة أخرى فهي وسيلة ودية لإنهاء النزاع خارج جهاز القضاء بين المرود مرتكب المخالفة والهيئة المكلفة بالمراقبة.[1]

والصلح يختلف عن المصالحة أو غرامة الصلح التي أقرها التشريع، كأسلوب تفاوضي بين الإدارة المختصة بمراقبة المتعاملين الاقتصاديين، لذلك فهي تمثل طريقة تسوية ودية بين إدارة المراقبة الممارسات التجارية وبين المتعامل الاقتصادي المحرر ضده المحضر، بقصد إنهاء النزاع النتاج عن مخالفة أحكام القانون رقم:02/04.[2]

غير أن كل منعقد الصلح وغرامة المصالة يشركان في الهدف المتوخى منهما وهو فض النزاع خارج جهاز القضاء، رغم أن غرامة الصلح تمتاز بالجانب الردعي أكثر كونها ناتجة عن ارتكاب مخالفة من طرف العون الاقتصادي.

2-أهمية الأخذ بالصلح كطريق بديل عن القضاء.

إن للطرق البديلة أهمية كبيرة في تسوية النزاعات، فهي تحاول إيجاد حلول ودية بين أطراف النزاع، تحول دون توجههم للقضاء، فبهذا تقلل من القضايا على جهاز القضاء، وهي تعتمد على طريق من أجل التسوية تعتبر سريعة وغير مُكلفة بالنظر الى الإجراءات القضائية.

فالصلح يلعب دور فعال في تخفيف العبء على جهاز القضاء، ويرجع ذلك الى الكم الهائل من القضايا المطروحة أمام القضاء، ما أدى بالتشريعات الحديثة الى البحث عن الطرق البديلة، بهدف الوصول للحل الودي خارج العدالة وفك الضغط على جهاز العدالة خصوصا للقضايا الأقل أهمية، أو التي يمكن لها أن تجد الحل دون الوصول لأروقة المحاكم.[3]

ثانيا: الوساطة:

بالنظر للمفهوم الحديث للوساطة الإلكترونية، فهي تنبع من تدخل أجهزة الاتصال الحديثة فهي وسيلة لحل نزعات عقود التجارة الإلكترونية خاصة، والعقود الإلكترونية عموما، عبر استخدام الوسائل

1- زوليخة رواحنة، آمنة وزاني، **مواجهة جرائم التجارة الالكترونية عن طريق غرامة الصلح في ظل قانون 05/18 المتعلق بالتجارة الالكترونية**، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 18، العدد01، السنة 2023، ص75.

2- كدام صبرينة، بوحية وسيلة، **غرامة الصلح حماية للمورد الالكتروني من المتابعات الفضائية في قانون التجارة الالكترونية**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، والسياسية والاقتصادية، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، المجلد 57، العدد02، السنة 2020، ص77.

3- زوليخة رواحنة، آمنة وزاني، مرجع سابق، ص77.

التكنولوجية وعلى رأسها شبكة الانترنت، حيث تتم الاستعانة من قبل الأطراف المتنازعين بوسيط، في الواقع هو لا يقوم باتخاذ قرار لحل النزاع، وإنما يقوم بالمساعدة على إيجاد حل مقبول لكل منهما بشكل محايد.[1]

وقد عرفها الأستاذ بربارة عبد الرحمان على أنها "أسلوب من أساليب الحلول البديلة لحل النزاعات، تقوم على إيجاد حل ودي للنزاع خارج أروقة القضاء، ويكون عن طريق الحوار وتقريب وجهات النظر بمساعدة شخص محايد".[2]

وقد عرفت الوساطة أيضا بموجب الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون الأونيسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لسنة 2002 "أية عملية سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بتعبير آخر ذي مدلول مماثل يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر، أو أشخاص آخرين مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أخرى أو المتصل بتلك العلاقة، ولا يكون للموفق الصلاحية لفرض حل النزاع على الطرفين".[3]

في الغالب يتم ربط مفهومي الوساطة والتصالح لأنهما يشتركان في نفس الهدف الفلسفي والقانوني ومع ذلك، يمكن تمييز هاتين المفهومين، تتضمن الوساطة بالفعل تدخل طرف ثالث بالضرورة الذي يتولى مهمة أكثر نشاطًا من وسيط التصالح في البحث عن عناصر الاتفاق الذي يقترحه على الأطراف، حيث يشجع وسيط التصالح على الحوار بين الأطراف، يقدم الوسيط لهما حللا.[4]

1-خصائص الوساطة:

في الواقع تسمح الوساطة والتصالح بالتقارب بين وجهات النظر بدلاً من اتخاذ قرار تعسفي من قبل طرف ثالث، عند ما تؤدي عمليات التصالح والوساطة إلى نتائج، يتم التوصل إلى اتفاقية تسوية، وهي

1 – داود منصور، **فعالية الوساطة الإلكترونية كآلية بديلة لحسم منازعات التجارة الإلكترونية**، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، المجلد 06 العدد 02، 2021، ص942.

2– خليفي سمير، **الوساطة الالكترونية "الحل البديل لنزاعات عقود التجارة الالكترونية"**، مجلة دراسات وابحاث المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، مجلد 13، العدد04، جولية 2021، ص 324.

3– ضريفي نادية، مقران سماح، **الوساطة الالكترونية كآلية لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية**، مجلة البيان للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد01، جوان 2018، ص25.

4 - Moreau (nathalie), Op¸ Cit¸ P76·

عقد ينهي النزاع الذي قد ينشأ في المستقبل بين الأطراف حول حق معين من خلال تنازلات أو تضحيات متبادلة.[1]

أ- إجراء الوساطة اختيارية:

يعتبر إجراء الوساطة الالكترونية اختياري برغبة الأطراف خلال أي مرحلة من مراحل النزاع، ويمكن للأطراف اختيار إجراءات وأسلوب الوساطة من أجل موضوع النزاع ويمكنهم أيضا اقتراح الحلول المناسبة، وعكس التحكيم فالوساطة لا تكوون إلزامية في تنفيذها ولا يمكن اجبار الأطراف بقبول ما ينتج عن الوساطة.[2]

ب-الوساطة تقوم على إرادة الأطراف:

فالوساطة تعتبر أداة سهلة ترتكز على إرادة الطرفين بالدرجة الأولى دون المساس بحق التقاضي، فهي بذلك عملية تقوم على اتفاق الطرفين المتنازعين في اللجوء إليها والاستمرار فيها وقبول الحل الذي تتوصل إليه بمساعدة الوسيط، وتقتصر سلطة الوسيط فيها على تقريب وجهات النظر وتقديم توصيات قد تمكن الأطراف الى الوصل الى حل نهائي، ويمكن استخدام الوسائل التقنية في عملية الوساطة، بغرض السرعة والسهولة في تسوية المنازعات، مثال ذلك استعمال الانترنت، مع ضرورة توفير الثقة والائتمان اللازمين عبر الوسائل الالكترونية الفعالة، وعلاوة على ذلك فللأطراف الحرية الكاملة في اختيار الإجراءات المناسبة لهم، مع ضرورة الاتفاق على قواعد معينة سلفا سواء وضعها الأطراف، أو المؤسسة التي تقوم بعملية الوساطة، بغرض الوصول إلى نتيجة حاسمة ومقبولة للنزاع، يمكن من خلالها الحل النهائي للنزاع.[3]

إن الوساطة تقوم على إرادة أطراف النزاع الحرة في اللجوء إليها كوسيلة لفض المنازعات، ويلعب الوسيط فيها دوره في تقريب وجهات النظر بين المتنازعين، دون أن تكون له سلطة الإجبار، وللمتنازعين

1 -Moreau (nathalie), Op¸ Cit¸ P76·

2- ضريفي نادية، مقران سماح، مرجع سابق، ص26.

3 -أزوا محمد، مسعودي يوسف، **الوساطة الاليكترونية كآلية لتسوية منازعات الاستهلاك المبرمة بوسائل الكترونية**، المجلة الافريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، المجلد 02، العدد02، ديسمبر 2018، ص 148.

الحق في قبول توجيهاته أو رفضها،[1] فكما لأطراف النزاع الحرية في اللجوء للوساطة، لهم الحرية في القبول بها أو رفضها.

وعلى هذا فالتحكيم لا يفرض على الأطراف فهو خاضع لإرادة طرفي النزاع، فهو عبارة عن اتفاق يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم.[2] يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا طبقا لما جاء في المادة 1012 من ق إ م إ.[3]

ج-تقوم الوساطة بوجود طرف ثالث:

وتقوم الوساطة بوجود طرف ثالث يسعى إلى الوصول إلى تسوية النزاع بشكل نهائي، عن طريق محاولة تقريب وجهات النظر، من خلال إشرافه على جلسات الوساطة مكرسا لمهاراته وخبرته من أجل الوصول الى حل يرضي جميع الأطراف وينتهي معه النزاع، عبر شبكة الانترنت، مع الحفاض على العلاقة الودية بين الأطراف.[4]

د-إمكانية قيام الوساطة عن بعد:

يمكن أن تتم إجراءات الوساطة باستخدام الوسائل الإلكترونية المساعدة على تبادل المعلومات والوثائق دون التلاقي الحقيقي، بين أطراف النزاع، وبهذا فهي توفر الوقت وتقلص من النفقات، وتؤدي ما هو مطلوب منها وهو فض النزاع.

إن استخدام الوسائل التقنية الحديثة في إجراءات الوساطة الإلكترونية تضمن تقليل النفقات وتؤدي إلى سرعة الفصل في المنازعات كونها تتم عبر الانترنت وبهذا تقل التكاليف بسبب عدم انتقال أطراف النزاع إلى مكان انعقاد العقد وحضور جلسات الوساطة.[5]

هـ-الجهة المختصة للقيام بالوساطة:

يقوم بالوساطة مراكز متخصصة نذكر من بينها على سبيل المثال، مركز مؤسسة " Online ombuds office" المؤسس سنة 1996، التابع للجامعة الأمريكية "Massachusetts"،[1] ومركز

1 – داود منصور، **فعالية الوساطة الإلكترونية كآلية بديلة لحسم منازعات التجارة الإلكترونية**، مرجع سابق، ص943.

2– أنظر المادة 1011، من القانون رقم:09/08، مرجع سابق، ص91.

3– أنظر المادة 1012، المرجع نفسه، ص91.

4 –أزوا محمد، مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص 153.

5 – داود منصور، **فعالية الوساطة الإلكترونية كآلية بديلة لحسم منازعات التجارة الإلكترونية**، مرجع سابق، ص944.

الوساطة التابع للمنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويب) ومركز الوساطة "square trade"[2]، هذا الأخير يعتبر من أشهر المراكز المتخصصة في مجال حل المنازعات بالطرق الإلكترونية،[3] ومنها أيضا المركز القائم بالوساطة، "Mini trial"، الذي ينتشر بشكل كبير في كيبيك، وهو نظام وساطة ينظم حول كلية تتألف من ممثل كبير من كل طرف في النزاع ويترأسه طرف ثالث، تقدم الأطراف قضيتهم أمام هذا المركز الذي يبحث فيما بعد عن حل والوصل إلى اتفاق.[4]

ويشترط في الوسيط أن يتحلى بالالتزام بحفظ السر المهني، كونه يعزز الثقة بين أطراف النزاع والحفاض على أمان ومصداقية العملية، فالوسيط يقوم بدور الحماية والمحافظة على كل ما يجري في عملية الوساطة، حيث يلتزم الوسيط بالحفاض على سرية وخصوصية البيانات التي يتعامل معها من خلال عملية الوساطة، وتشمل موضوع النزاع وكل المعلومات الشخصية والحساسة والتجارية التي تم الوصول لها أثناء الوساطة أو بسببها.[5]

وعلاوة على هذا فالوسيط لابد أن يكون صريحا وواضحا، يجب على الوسيط أن يمتاز بالصراحة والوضوح مع الأطراف ومركز الوساطة، وعليه يتوجب أن يعلم على كل مصلحة له من النزاع المعروض عليه ويتوجب عليه فض أي نزاع تم تعيينه كوسيط إذا ما توافرت له أي مصلحة في النزاع مالم يمانع طرفا النزاع في تعيينه كوسيط بعد الإعلان.[6]

وللإشارة فإن الوساطة يمكن أن تتم بين أطراف من نفس الدولة، وتكون بذلك وساطة داخلية تأخذ حكم الدولية كونها تتم عبر الانترنت، رغم أن أطرافها ينتمون لنفس الدولة.[7]

---

1 – سعاد قصعة، **الوساطة الإلكترونية كزسيلة بديلة لحل منازعات التجارة الإلكترونية**، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة قسنطينة، الجزائر، المجلد 09، العدد02، سنة 2020، ص21.

2 – ضريفي نادية، مقران سماح، **الوساطة الالكترونية كآلية لتسوية منازعات التجارة الالكترونية**، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، جامعة برج بوعريريج، الجزائر، المجلد 04، العدد02، سنة 2020، ص 348.

3 – سعاد قصعة، مرجع سابق، ص22.

4 -Moreau (nathalie), Op¸ Cit¸ P76·

5– حنان عتيق، **الوساطة الالكترونية كآلية لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية**، مجلة معارف، المجلد 18، العدد02، ديسمبر 2023، ، ص34.

6– خليفي سمير، مرجع سابق، ص328.

7 – سعاد قصعة، مرجع سابق، ص21.

بالإضافة إلى ذلك، هناك نموذج"Med/Arb" ، والذي يسمح بجمع الوساطة والتحكيم، وبالتالي، إذا لم تؤدي الوساطة إلى التوصل إلى اتفاق بين الأطراف، يقوم الوسيط باتخاذ قرار والفصل كحكم. تقوم النسخة البديلة "co-med-arb" بإشراك شخصين مختلفين.[1]

أما مركز"Base ball Arbitration" ، فيعتمد على فكرة اقتراح كل طرف حلاً صارمًا ومكتوبًا، ويختار الحكم من بينها تلك التي تتوافق بشكل أفضل مع مصالح كل طرف، دون أن يكون لديه القدرة على اقتراح حلا وسطا.[2]

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد جعل عرض النزاع على الوساطة مسبقا على سبيل الاجبار على رئيس القسم التجاري طبقا للمادة 543 من القانون رقم:13/22 المعدل والمتمم للقانون الإجراءات المدنية والإدارية،[3] كما جعل الوساطة أمام القسم التجاري لا تخضع لقبول الأطراف، بخلاف المادة 994 من قانون 09/08 ق إ م إ.[4]

2-إجراءات القيام الوساطة:

تقوم الوساطة بين طرفي النزاع عن طريق المركز المخصص الذي يقوم بتزويد الأطراف بقائمة أسماء الوسطاء ومؤهلاتهم، ثم يتم الانتقال الى المرحلة الثانية للوساطة، المتمثلة في مناقشة الموضوع واستخراج نقاط الخلال الجوهرية، ويكون ذلك بعد إرسال بريد إلكتروني متضمن "كلمة مرور" من قبل الوسيط لكل طرف من أطراف النزاع، حتى تتم مناقشة الموضوع في سرية، ومحاولة التوصل الى حل يرضي جميع الأطراف.[5]

تقديم طلب إلكتروني لمركز الوساطة يتضمن الطلب المعلومات والبيانات الشخصية (الاسم، العنوان، الهاتف، البريد الإلكتروني،...) وعلى مقدم الطلب تقديم ملخص عن موضوع النزاع ومعلومات الطرف الآخر وكيفية الاتصال به،[6] حيث يتضمن طلب الوساطة، نسخة من اتفاق اللجوء للوساطة في

1 - Moreau (nathalie), Op¸ Cit¸ P76·

2- Ibid¸ p76·

3- أنظر الفقرة الأولى، من المادة 534، من القانون رقم:13/22، المؤرخ في: 2022/06/12، المعدل والمتمم للقانون رقم:09/08 المؤرخ في 2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد48، المؤرخة في: 2022/06/17، ص03.

4- أنظر الفقرة الثانية، من المادة 534، المرجع نفسه، ص04.

5 – ضريفي نادية، مقران سماح، مرجع سابق، ص 346.

6- حنان عتيق، مرجع سابق، ص35.

حال اتفاق الطرفين على تسوية النزاع عن طريق الوساطة، وملخص يشتمل كل ما يتعلق بموضوع النزاع وطبيعته.[1]

يرسل بعد استلام الطلب من طرف مركز الوساطة يقوم بدراسة الطلب وفي حال قبوله يقوم بإرسال تأكيد لصاحب الطلب يعلمه باستلام الطلب وقبول النزاع.

ثم يقوم المركز بالاتصال بالطرف الاخر وجس النبض عن مدى رغبته في فض النزاع هن طريق الوساطة، وفي حال كان الرد إيجابيا وأبدى رغبته بالمشاركة في الوساطة توجه له نسخة من طلب الوساطة ونموذج للجواب ويبلغ طالب الوساطة بذلك.

وتكون الوساطة بعد دفع رسوم يتحملها طرفي النزاع، ولا تبدأ الوساطة دوم دفع الرسوم، وتحدد كيفية وقيمة وطرق الدفع مسبقا، وهي تشمل رسوم التسجل، والمصاريف الإدارية، والأتعاب، فبالنسبة لرسوم التسجيل تدفع إلى المركز من طالب الإجراء عند قيد الطلب، أما بخصوص المصاريف الإدارية فهي المبالغ المحددة طبقا لطبيعة النزاع، وهدفها تغطية تكاليف المراسلات والاخطارات والتكاليف الإدارية ذات الصلة بفض النزاع، أما الأتعاب وهي المبلغ المقرر للوسيط لقيامه بعملية الوساطة.[2]

وقد حددت بعض المراكز الخاصة بالوساطة، مدة للجواب بقبول الوساطة من عدم قبولها، ومن ذلك مركز الوساطة Square Trade ب 14 يوما حيث يرتب على انقضاء المدة دون تقديم جواب يفيد بالموافقة على عملية الوساطة أنهاء إجراءات الوساطة وإغلاق ملف القضية، ويعاد فتح الملف في أي وقت يبدي فيه المجاوب رغبته بالمشاركة في عملية الوساطة، بينما حددها قانون الأونيسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي ب 30 يوما بموجب تبدأ من اليوم الذي أرسلت فيه الدعوى للمجاوب في اللجوء إلى عملية الوساطة لتسوية النزاع ما لم تنص الدعوى مدة أخرى أقل أو أكثر، وذلك بموجب الفقرة الثانية من المادة الرابعة منه.[3]

وللإشارة فأن مراكز الوساطة تتوفر على قائمة بأسماء الوسطاء ومؤهلات كل وسيط، تقدم إلى أطراف النزاع لاختيار وسيط الذي يشرح لهما آليات سير النزاع ويطرح عليهما عدة طرق للوساطة،

1- ضريفي نادية، مقران سماح، مرجع سابق، ص29.

2- حنان عتيق، مرجع سابق، ص36.

3- ضريفي نادية، مقران سماح، مرجع سابق، ص29.

لاختيار الطريقة التي تفضلانها لعقد جلسات من خلال البريد الالكتروني، المخاطبة من خلال غرق الاجتماعية، المؤتمرات المصورة ووسائل الدعوى، وأية اعتراضات يقدمونها على الوسيط ان وجدت.[1]

تبدأ الوساطة بالتحاور مع كل طرف ومحاولة معرفة طلباته ونواياه وتبادل المستندات والتقارير بمساعدة الوسيط وإجراء الحوارات والمشاورات ويعمل على تقسيم الإشكالات وتحليل النزاع بغية الوصول لتسوية مرضية للجانبين وتخزين كل المعلومات المتعلقة بالقضية وحمايتها بكلمة سر، لكسب ثقة الأطراف.[2]

ونميز بين نوعين من الوساطة الالكترونية، وذلك حسب اختلاف المراكز، فهناك الوساطة البسيطة، وهي التي تقترب من نظام التوفيق في وجود شخص يسعى إلى تقريب وجهات النظر، وهناك الوساطة في شكل قضاء صوري، وتتم بشكل هيئة يرأسها الوسيط تضم وكلاء عن الأطراف، بغية الوصول لحل يرضي الطرفين، وهناك الوساطة الاستشارية وهي التي يطلب فيها أطراف النزاع من محام أو خبير استشارته في موضوع النزاع ثم يطلبون منه تدخله كوسيط لحل النزاع وهناك الوساطة التحكيمية وهي التي يتفق فيها أطراف على قيام الوسيط بمهمة المحكم إذا فشلت مهمة الوساطة.[3]

ثالثا: التحكيم الإلكترونية كطريقة بديلة لحل النزاع:

منازعات التحكيم في العقود الإلكترونية هي المنازعات التي تنشأ عندما يتعارض طرفان في عقد إلكتروني حول تفسير أو تنفيذ أحكام العقد، يعتبر التحكيم وسيلة بديلة لتسوية المنازعات بدلاً من التوجه إلى القضاء التقليدي.

1-تعريف التحكيم الإلكتروني:

مصطلح التحكيمية يشمل جانبين، الجانب الذاتي والجانب الموضوعي، الجانب الذاتي يشير إلى قدرة الأطراف التي توافق على التحكيم، بينما الجانب الموضوعي، الذي سنركز عليه فقط، يتعلق بالمواضيع التي يمكن أن يتم حسم النزاعات بواسطة هذا الطريق.[4]

1- خليفي سمير، مرجع سابق، ص329.

2- حنان عتيق، مرجع سابق، ص37.

3- خليفي سمير، مرجع سابق، ص329.

4 - Ndiaye, (penda), op, cit , p87.

والتحكيم الالكتروني على شقين فالأول هو اتفاق الأطراف على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين بقصد تسوية النزاع خارج جهاز القضاء، أما الثاني فيقصد به الاعتماد على تقنية استخدام الوساطة والأساليب والشبكات الإلكترونية ومنها شبكة الانترنت.[1]

ومن زاوية أخرى فالتحكيم الإلكتروني شبيه بالتحكيم العادي مع استخدامه للوسائل الإلكترونية، رغم انه يعرف مختلف التسميات، التحكيم الإلكتروني Arbitrage électronique– التحكيم الشبكي Cyber Arbitration– التحكيم عبر الأنترنت Arbitrage sur net– التحكيم على الخط Arbitrage en ligne– التحكيم الافتراضي Arbitrage Virtuel.[2]

وعلاوة على هذه الوسائل البديلة لحل المنازعات ظهرت وسائل أخرى نذكر منها علي سبيل المثال، برامج Ombudsman، والخبرة التحكيمية Expertise Arbitral، والوساطة والتحكيم Med–Arb طبقاً لهذا النظام يتم حل المنازعة علي مرحلتين، الأولي وهي الوساطة فإذا فشلت هذه المرحلة تم الانتقال إلي مرحلة التحكيم، كما توجد المحاكم الفضائية أو محاكم الإنترنت Cyber Tribunal، ونظام "الآيكان ICAAN" الخاص بالمنازعات الناشئة عن استخدام أسماء الدومين [3].

وعلى الرغم من أن التحكيم من الناحية التقنية يناسب بشكل خاص الإجراءات عبر الإنترنت، إلا أن عملية تجسيد ذلك الإجراء، لا يمكن أن تتم دون أن تثير مسألة توافقها مع النصوص الوطنية والدولية المخصصة لتنظيمها.[4]

يمتاز التحكيم الالكتروني بسرعة الفصل النزاعات وهذا راجع لعدم الحضور المادي لأطراف التحكيم أمام هيئة التحكيم أو سماع المتخاصمين والشهود، فهو يتم عبر وسائل الاتصال الالكترونية،[5]

1 – أرجيلوس رحاب، مرجع سابق، ص 224.

2 – جندولي فاطمة زهرة، **عقود التجارة الإلكترونية في العلاقات الخاصة الدولية**، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2018/1017، ص269.

3 – خالد ممدوح، التحكيم الإلكتروني، تم الإطلاع عليه يوم 2023/12/03، على الساعة 14:50، متاح على الرابط، https://kenanaonline.com/users/KhaledMamdouh/posts/77877

4 - Ndiaye, (penda), op, cit , p84.

5 – رضا مهدي، **التحكيم الإلكتروني كآلية من آليات تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية**، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 07 العدد 02، سنة 2022، ص 124.

2-الاختلاف الفقهي حول التحكيم الإلكتروني:

يبرز الاختلاف الفقهي حول اعتبار التحكيم، هل هو إلكتروني أم غير ذلك، خاصة إذا علمنا بأنه يمكن أن يكون التحكم إلكترونيا في جزء منه دون أن يكون في كافة مراحله أو العكس.

حيث يرى جانب من الفقه بأن التحكيم يعتبر إلكتروني متى تم استخدام الوسائل الإلكترونية سواء بصفة كلية أ بصفة جزئية، سواء تم من بدايته إلى نهايته، أو في بعض المراحل، بينما الرأي الثاني فقد تشدد للأمر واتعبر بأن التحكيم الإلكتروني لا يكون إلا عندما يتم كليا على استخدام الوسائل الإلكترونية من بدايتها إلى بملاء النموذج المخصص لذلك إلى غاية صدور الحكم.[1]

ويرى اتجاه فقهي آخر يعتبر التحكيم إلكتروني إذا اقتصر استعمال الوسائل الإلكترونية في بعض مراحله فقط وليس بالضرورة استخدام الوسائل الإلكترونية في كل مراحله، بينما اتجاه فقهي آخر يرى بأن التحكيم الإلكتروني، لا يمكن اعتباره إلكتروني مالم يقتصر استخدام الوسائل على كل مراحل وإجراءات التحكيم ويصدر الحكم تحكيمي إلكتروني ولا يلتقي أطرافه في مرحلة من مراحله.[2]

3-الإتفاق على القضاء المختص للقيام بالتحكيم:

التحكيم يعتبر وسيلة فعالة لحل النزاعات في العقود الإلكترونية، حيث يتم تسريع إجراءات التحكيم وتكلفتها بشكل عام أقل من القضاء التقليدي. كما أنه يوفر سرية أكبر ومرونة في إجراءات الإثبات وقدرة الطرفين على اختيار الخبراء في مجال النزاع.

قد يتخذ التحكيم الطابع الدولي، يعد التحكيم دوليا، إذا كان النزاع متعلق بمصالح اقتصادية لدولتين على الأقل.[3]

على سبيل الإيجاب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان نص المشرع الجزائري طبقا للمادة 1040 من ق إ م إ على أن تكون اتفاقية التحكيم كتابة أو بأي وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة.[4]

1 - أرجيلوس رحاب، مرجع سابق، ص 225.

2 - رضا مهدي، مرجع سابق، ص 123.

3- أنظر المادة 1039 من القانون رقم:09/08، مرجع سابق، ص93.

4- أنظر المادة 1040، المرجع نفسه، ص93.

وفي حالة لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم، يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ابرام العقد أو مكان التنفيذ.[1]

يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم، الإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات الى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم.[2]

في حالة لم تنص الاتفاقية على الإجراءات المتبعة في الخصومة، أو قانون الإجراءات المتبع، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات، مباشرة أو استناد الى قانون أو نظام تحكيم.[3]

ويجب أن يتم الاتفاق بطريقة واضحة وغير مبهمة، تعبّر عن إرادتهم بالخضوع للتحكيم، لكي تبدأ إجراءات التحكيم، يجب أن تكون الاتفاقية صحيحة، منع منح الطراف الحرية الكاملة في الاختيار. [4]

تعتمد منازعات التحكيم في العقود الإلكترونية على اتفاقية التحكيم التي تكون متفق عليها بين الأطراف عند إبرام العقد، يتم تضمين بند التحكيم في العقد الإلكتروني بصورة متعارف عليها، ويتضمن تحديد جهة التحكيم وقواعد الإجراءات التي ستتبع.

عادةً ما يتم تحديد جهة التحكيم في بند العقد، ويمكن أن تكون هذه الجهة منظمة تحكيم متخصصة أو فرد محايد معترف به، تقوم هذه الجهة بفحص المدعاة والدفاع من الطرفين واتخاذ قرار نهائي بشأن المنازعة.

في حالة حدوث منازعة في العقد الإلكتروني، يتم عادةً تطبيق قواعد التحكيم المحددة في بند التحكيم، وعادةً ما يتم تحديد مكان التحكيم واللغة التي يتم فيها إجراء التحكيم.

مع ذلك، يجب على الأطراف أن يكونوا على دراية بتفاصيل بند التحكيم والالتزام بها عند توجيه المنازعات، قد يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في اتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي

1- أنظر من المادة 1042، من القانون رقم:09/08، مرجع سابق، ص93.

2- أنظر الفقرة الأولى، من المادة 1043، المرجع نفسه، ص93.

3- أنظر الفقرة الثانية، من المادة 1043، المرجع نفسه، ص93.

4 - Ndiaye, (penda), op, cit , p98.

تستند إليها، على أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان تعيين الحكم أو المحكمين، أو تحديد كيفية تعيينهم.[1]

إن اختيار التحكيم من طرف أصحاب العلاقة التعاقدية ليس متروكا للصدفة فهو مقيد بجملة من الشروط.

4-شروط قبول القيام بالتحكيم:

من شروط التحكيم يفترض أن يكون المستهلك علم بما فيه الكفاية بحقوقه واعتبر انه وافق على التحكيم، فقد أعتبر أن شرط التحكيم الإلكتروني بالإحالة يمكن فرضه على المستهلك[2].

وقد اشترط المشرع الجزائري توافر شرطين للاعتراف بقرار التحكيم التجاري الدولي، فالأول إثبات وجود القرار، والثاني عدم مخالته للنظام العام الدولي، تطبيقا لما جاء في المادتين 1051 و1056 من ق إ م إ،[3] إن إمكانية اختيار التحكيم تغلق الباب على الأطراف من الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي.[4]

ومن شروط التحكيم، شرط الرضا فلا بد من اتفاق الأطراف لحل النزاع الناشئ بينهما بطريق التحكيم الإلكتروني أو يكون الرضا خالي من العيوب، ناهيك عن شرط قابلية النزاع للتسوية والحل بطريقة التحكيم.[5]

يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع الى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم[6]

في حالة غياب التعيين وصعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل بأن يرفع الأمر رئيس المحكمة الواقع بدائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في

1- أنظر المادة 1008 من القانون رقم:09/08، مرجع سابق، ص91.

2 - Rekik (mariem), « **le juge du contrat électronique international**», mémoire, faculté de droit de sfax, année universitaire : 2012 – 2013, p46.

3 – الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، علما وعملا، الطبعة الأولى 2010، ص 270.

4- أنظر الفقرة الأخيرة من المادة 1040 من القانون رقم:09/08، مرجع سابق، ص93.

5 – النحوي سليمان، لحرش أيوب التومي، بوفاتح أحمد، **دور التحكيم الإلكتروني في تسوية منازعات الاستهلاك الإلكتروني**، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد 05، العدد01، سنة 2021، ص 203.

6- أنظر الفقرة الأولى، من المادة 1041، من القانون رقم:09/08، مرجع سابق، ص93.

الجزائر، ويرفع الأمر الي رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر.[1]

يكون غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف.[2]

يجوز لمحكمة التحكيم أو للطرف الذي يريد التعجيل أو للأطراف بعد الاتفاق مع الحكمة أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص، تطبيق في هذا الشأن قانون بلد القاضي.[3]

فمما سبق يتضح بأن للتحكيم شروط يجب الأخذ بها، ومنها أن يكون التحكيم ناتج عن رضا الأطراف، وأن يكون هذا الرضا خالياً من العيوب، بالإضافة إلى ذلك، يجب أن يكون النزاع قابلاً للتسوية والحل عن طريق التحكيم، كما أن التحكيم يمنح للأطراف بأنفسهم أو بالاستناد إلى نظام التحكيم تعيين محكم أو محكمين وتحديد شروط تعيينهم وعزلهم أو استبدالهم، في حال غياب التعيين وصعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يحتاج إلى تسريع العملية أن يرفع الأمر إلى رئيس المحكمة المختصة في دائرة التحكيم إذا كان التحكيم يتم في الجزائر، أو إلى رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يتم في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر.

إذا كانت هناك خصومة تحكيمية قائمة أو تبين وجود اتفاقية تحكيم، فإن المحكمة غير مختصة بالفصل في موضوع النزاع إلا إذا أثيرت القضية من أحد الأطراف.

يجوز لمحكمة التحكيم أو للطرف الذي يرغب في التعجيل أو للأطراف بعد الاتفاق مع المحكمة، أن يطلبوا تدخل القاضي المختص بموجب عريضة، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي.

فالتحكيم هو انبثاق إرادة الأطراف المتنازعة، ويتم التعبير عنه في اتفاق تحكيم أو بند تحكيم ضمن العقد المبرم بين المتعاقدين، أي أنه يكون في بند منفصل، أو في مضمن في العقد.

1- أنظر الفقرة الثانية، من المادة 1041، من المرجع نفسه، ص93.

2- أنظر من المادة 1045، المرجع نفسه، ص93.

3- أنظر من المادة 1048، المرجع نفسه، ص94.

5-دور القضاء في الحكم الصادر عن طريق التحكيم:

تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة.[1]

ويتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي.[2]

وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجود خارج الإقليم الوطني.[3]

فيما يتعلق بتنفيذ الأحكام المتعلقة بالتحكيم الدولي فإنه يتم تطبيق أحكام المواد من 1035 إلى 1038.[4]

ومن ناحية أخرى يعتبر التحكيم في المقام الأول آلية تعاقدية، سواء تم التفكير فيه من الناحية الوطنية أو الدولية، فهي تعتمد على إرادة الأطراف، من خلال اتفاق مشترك بينهم، حيث يختار الأطراف قاضيهم، نظرًا لجدية هذا البند، فمن الطبيعي أن يُطلب من المعنيين أن يظهروا وضحًا من خلال.[5]

وعلى كل حالة لابد من النظر إلى طبيعة القانون، فهل تسمح بحسم النزاع عن طريق المحكم، وما إذا كانت الاختصاص ليس محدودًا بقواعد تستهدف بشكل خاص تخصيص حل النزاع للمحكمة العامة عند الاقتضاء، وما إذا كانت هناك أسباب أخرى تبرر استبعاد التحكيم.[6]

ولا بد من مراعاة قانون المحكمة التي بموجبها لا يمكن تقديم بعض النزاعات إلى التحكيم أو لا يمكن تقديمها إلى التحكيم إلا وفقًا لأحكام أخرى غير هذا القانون،[7] وفي ذات السياق فالأمر يتطلب مراعاة طبيعة النزاع وخصوصية المحكمة هل لها الإمكانية الكافية للفصل في النزاع من عدمه.

1- أنظر من المادة 1050، من القانون رقم:09/08، مرجع سابق، ص94.

2- أنظر من الفقرة الأولى من المادة 1051، المرجع نفسه، ص94.

3- أنظر الفقرة الثانية من المادة 1051، المرجع نفسه، ص94.

4- أنظر المادة 1054، المرجع نفسه، ص94.

5 - Ndiaye, (penda), op, cit, p97.

6 - Ibid, p92.

7 - Ibid, p97.

من خلال ما تم التطرق إليه في هذا المبحث يبدو بأن القانون المختص والقضاء المختص، وجهان لعملة واحدة، الهدف منه هو تحديد القانون المعمول به في نزاع معين، حتى يتمكن القاضي المختص من تطبيقه، لذلك هما عمليتان تسيران بنفس النهج، يسعيان إلى هدف واحد، وهو فض النزاعات سواء بالطرق القضائية أو الطرق البديلة.

خلاصة الباب الثاني:

إن التعاقد عن بعد في الشق المتعلق بالتنفيذ يظهر جليا الاختلاف بينها وبين العقود التقليدية، فإذا كانت من البساطة الاطلاع على المنتجات باستخدام الوسائل الإلكترونية المتاحة، خاصة في ظل الانتشار اللامشروط للوسائل الكترونية، ذات البعد التكنولوجي، الذي يسمح بتوفير هذه الوسائل واحتوائها برامج تساهم بشكل كبير في انتشار التعاقد عن بعد، ليأتي بعد ذلك لحظة الجد وتبادل الأطراف للالتزامات التعاقدية، فمن تسليم محل العقد، وما ينجم عنه من إشكالات، خاصة في حال كان المحل ماديا، ففي الغالب تتدخل أطراف أخرى تكون مساعدة للتنفيذ، كشركات التوصيل، وإن كان الأمر يختلف عندما يكون محل العقد برنامج إلكترونيا، أو تقديم خدمات.

وعند الحديث عن التنفيذ في العقود المبرمة عن بعد، يجدر بنا الحديث عن العدول عن التعاقد، حيث كرس المشرع الجزائري كباقي التشريعات حق العدول عن التعاقد، بحيث يكون بذلك راعى جانب حماية المستهلك من اجل التوفيق بين طرق العلاقة التعاقدية.

ضف إلى ذلك ما يتعلق بالمسؤولية والرجوع للقواعد العامة في تطبيقها، ناهيك عن ظهور مسؤوليات جديدة، متولدة عن استخدام الوسائل الإلكترونية ولا سيما الذكية منها والمعتمدة على الذكاء الاصطناعي، وضرورة البحث عن أسس جديدة تتماشى مع ما ينجم من أخطار، لتحديد من يتحمل المسؤولية ويعوض الضرر.

وزيادة على هذا وذاك، ما قد ينتج عند تنفيذ العقد من نزاعات، وإمكانية الفصل فيها بموجب القضاء، أو قد يضطر الى الرجوع للوسائل البديلة وما تقدمه من حلول وسطية تقرب من وجهات النظر، وتقلل من القضايا على المحاكم، توجد حلول ودية بين أطراف النزاع.

خـاتمة

إن دراسة العقود المبرمة عن بعد، تفرض علينا دون شك التطرق للنظرية التقليدية للعقد، وهذا راجع لعدم وجود قواعد خاصة بالتعاقد عن بعد كافية عن غيرها، ناهيك عن طبيعة الأشخاص في هذا النوع من العقود، وما قد يكون من تفاوت معرفي بينهم، ورغم ان التشريعات تهافتت في سن نوعا من الحماية من أجل القضاء على هذا التفاوت وخلق نوعا من التوازن في العقد.

ولما لهذه العقود من أهمية فهي تمر بمراحل عدة تكاد أن تتداخل، ويصعب التفرقة بينها في بعض الأحيان، فمرحلة المفاوضات وما تفرضه من التزامات وما قد يترتب عنها من مسؤولية، رغم أن التعاقد الحقيقي لم يبدأ بعد، فهي تكاد أن تتداخل مع المرحلة العقدية، بل هناك من الفقه من يعتبرها جزءا من العقد.

وفي ضوء ذلك لا ننسى ما للعقد من قوة ملزمة تجاه أطرافه، وما يشوب هذا النوع من العقود من استثناء عن هذا المبدأ، يجعل من العقد المبرم صحيحا مهددا تحت رحمة المستهلك، وما قد يفعله عند استعمال حقه في عدول من عدمه، بسبب اعتباره ضعيفا في نظر التشريع، فالتشريع عبر مختلف دول العالم، لم يجد آلية يحافظ بها على التوازن العقدي، ويحفظ بها المبادئ العقدية، غير تهديد استقرار المعاملات العقدية، بضرب مبدأ القوة الملزمة للعقد.

ناهيك عن عدم التناسق بين حجم التطور الإلكتروني والتشريعات التي تصدر من حين لآخر، فالمشرع لزال يبحث عن قوانين تضمن في طياتها النص على التعاملات الإلكترونية، ويضمن بها محاصرة أو احتواء التكنولوجيا التي تحاول دخول عالم التعاقد، فهي تكشف كل يوم عن تقنيات جديدة حيث أسفر هذا التطور عن ضهور الذكاء الاصطناعي، وإمكانية استغلاله في التعاقد حيث أصبح الأمر يتطلب المزيد من الحماية، خاصة ما يتعلق بالخصوصية الشخصية، كون المتعامل عن بعد قد يضطر إلى البوح ببعض المعلومات الخاصة بشأنه.

ومن زاوية أخرى، نشير للاختلاف الفقي حول العديد من النقاط ذات البعد الاستراتيجي نتيجة عدم الاستقرار حول رأي معين، مثال ذلك ما يثار حول المسؤولية المترتبة عن الروبوتات وبرامج الذكاء الاصطناعي، فمن الفقه من جعل إسقاط للمسؤولية التقليدية وتطبيقها على المسؤولية الناتجة عن الروبوتات، كتلك المسؤولية الناتجة عن فعل الأشياء بمفهوم الشيء عن الآلة، ومن ناحية أخرى تطبيق المسؤولية عن من قام بتصنيع وإعداد الآلة وهو الشخص الطبعي، (المُصنع أو المُنتج، البائع،

المُهندس، المُبرمج للآلة، أو مالك الألة، أو المستخدم أو المستعمل)، وذهب جانب آخر الى الاعتداد بمسؤولية المنتج، وذهب جانب آخر الاعتراف بالشخصية القانونية للروبوت، وهذا كله دون الوصول إلى حل نهائي أو على الأقل حل يمكن أن يُعتمد عليه، إلى حين إيجاد نصوص قانونية تتماشى مع المستجدات التي نعيشها يوميا.

إن التعاقد عن بعد لا يعني العقود الإلكترونية فقط بل يتعداها الى عقود أخرى تبرم عن بعد كالعقود الذكية والعقود الإلكترونية، وفي حقيقة الأمر لا يمكننا حصر العقود المبرمة عن بعد بل يجب ترك الباب مفتوح لربما تظهر عقود أخرى تبرم عن بعد.

أن العقود المبرمة عن بعد والصور التي تم ذكرها في هذ الأطروحة لا يعدو أن يكون إلا على سبيل المثال لا الحصر، وهذا راجع الى عدم توقف التطور التكنولوجي، ولا ضير أن نقف على عقود جديدة بمسميات جديدة وبتقنيات غير معروفة في الوقت الحاضر، وقد يكون الأمر إلى عقود داخل عقد واحد بطرق مختلفة نجهل تسميتها أو طريقة ابرامها وتنفيذها في الوقت الحالي، ولا نستبعد هذا الأمر حتى في المستقبل القريب.

إن تحديد زمان ومكان العقود المبرمة عن بعد، امر مهم جدا، فمن ناحية يصعب تحديد هذا الأمر، ومن ناحية أخرى عند التحديد يساهم وبشكل كبير في تحديد سريان العقد، وسريان احتساب الآجال القانونية خاصة في العدول عن التعاقد، ومن جهة ثانية يساهم في تحديد القانون الواجب التطبيق والقضاء المختص، لذلك من الأهمية بمكان تحديد زمان ومكان إبرام وتنفيذ العقد.

من خلال ما تم التطرق إليه وتوضيحه، تبين لنا بأن التعاقد عن بعد أصبح واقع لا مفر منه، وعليه فالقواعد العامة لنظرية العقد وبعض النصوص الخاصة بالتجارة الإلكترونية، وحماية المستهلك هي التي تحكم العقود المبرمة عن بعد عموما.

إن البرامج المستخدمة في التواصل بين الأفراد، لم تكن تهدف إلى تعزيز التعاقد بين الأفراد، بقدر ما كانت تسعى لتعزيز ثقافة التواصل بين أفراد المجتمع، إلا أنه قدرتها على نقل الآراء بين الأفراد، وإمكانية تبادل الرسائل والوثائق ساهم وبشكل كبير في استخدامها كتطبيقات مساعدة في التعاقد.

أن دراستنا لهذا الموضوع تمخض عنها جملة من النتائج نوردها كما يلي:

– إن التعاقد عن بعد باستخدامه للإنترنت لم يعد يعترف ولا يحترم الحدود الجغرافية للدول.

– إن العقود المبرمة عن بعد أصبحت واقع لا مفر منه، وإن لم يسارع التشريع باحتوائها وتنظيميا فإنها ستتطور خارج المنظومة التشريعية.

– ان تحديد مكان الانعقاد وزمانه أمر لا بد منه، لما يرتبه من معرفة القانون الواجب التطبيق والقضاء المختص للفصل في المنازعات التي قد تنجم عن هذه العقود.

– إن إشكالات التعاقد عن بعد لم تعد تقتصر على مجرد أبرام العقد فقط، بل أصبح الأمر يتعلق بالنقود المشفرة وتقنية البلوك تشين.

– إن عدم تلاقي أطراف العقد في مجلس عقد واحد، يطرح بالضرورة إشكالات أخرى ذات صلة تتمثل في كيفية التوقيع على هذه العقود.

– أن الاستخدام اللامسبوق والمفرط للوسائل الإلكترونية، ودمجها في إبرام وتنفيذ العقود وما نتج عن ذلك من امكانية استخدام تقنية الذكاء الاصطناعي وادخال الروبوت في تنفيذ العمليات المصرفية والعمليات ذات التنفيذ الذاتي أو التلقائي معتمدا على البرمجة في مجال التعامل عبر أجهزة مخصصة لهذا الغرض.

– من الانعكاسات الإيجابية للتطور التكنولوجي، هو إمكانية استخدام الوسائل الإلكترونية بما فيها المعتمدة على الذكاء الاصطناعي منها في ميدان العقد وفي كل مراحله.

– العقود المبرمة عن بعد لم تتجرد من النظرية التقليدية للعقد سيما ما يتعلق بالشروط والأركان، والاختلاف يكمن في تباعد الأطراف والتواجد في الوسط الافتراضي المعتمد على التكنولوجيا الحديثة.

– تعتبر مرحلة التفاوض، هي مرحلة جس النبض بين أطراف العقد المستقبلي والمحتمل انعقاده والمتوقف على مدى نجاح المفاوضات من عدمها.

– يكمن الغرض من التفاوض، هو الوصول إلى إبرام العقد النهائي إلا أنه يبقى ذو نتائج احتمالية، لذلك وجب التعامل بحسن النية والالتزام بالسرية التامة بخصوص المعلومات التي يعلمها كل طرف جراء المفاوضات.

– يختلف التعبير عن الإرادة في العقود المبرمة عن بعد عنه في العقود التقليدية، فالنقر على الأيقونة المخصصة لذلك أصبح تعبير عن الإرادة، وكأننا أمام نوع جديد من التعبير عن الإرادة، متعارف عليه إلكترونيا.

– فيما يتعلق بالإثبات فقد ساوى صراحة المشرع الجزائري بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية من الناحية الوظيفية.

– بخصوص التسليم في العقود المبرمة عن بعد مازال لا توجد نصوص قانونية حديثة مواكبة للتسليم في هاته العقود، فما زلنا نرجع للاستعانة بالقواعد العامة المتعلقة بالتسليم.

– التزام المورد هو التزام بتحقيق نتيجة، لذلك يسأل مسؤولية عقدية وطالما لم تتحقق النتيجة فمسؤوليته قائمة.

– حق العدول يعتبر استثناء عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، وعليه فقد تم تقييده بمدة معينة في كل التشريعات، ورغم أنه جاء ليحمي الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، إلا أن الأمر لم يبقى مفتوحا حفاظا على العلاقة التعاقدية وحماية للمصالح المتبادلة، واستقرار المعاملات.

– حق العدول يشجع على التعاقد عن بعد لأنه يمنح المستهلك العدول عن التعاقد دون تقديم أي سبب عن عدوله.

– الغرض من العدول هو استدراك المستهلك للتسرع الذي قد يقع فيه نتيجة عدم أخذ الوقت الكاف وعدم التروي، وفي ذات الوقت هو ردع للمحترف الذي قد لا يحترم ولا يتقيد بضرورة الإعلام الكاف حول المنتج.

– حق العدول يمارسه المستهلك بإرادته المنفردة، وهو حق مؤقت يمارس من طرف واحد وهو المستهلك خاضع لإرادته المنفردة يمارس دون تقديم السبب.

– ينقضي حق العدول عند استعماله من طرف صاحبه أو عند فوات المدة المحددة له، ليتحصن بذلك العقد من خطر العدول المهدد به قبل ذلك.

– إن العدول عن العقد من النظام العام لا يمكن للمستهلك التنازل عنه ولا يكمن الاتفاق على خلافه أو التخلي عنه.

– تعتبر المسؤولية في مرحلة التفاوض تائهة بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية أو أنها مسؤولية من نوع خاص، فهي لم ترسو على مبدأ واضح في ظل غياب النص التشريعي.

– قد ينجم في مرحلة المفاوضات عن إنشاء عقود مستقلة عن العقد، كعقود جانبية عن العقد المنشود فيختلط الأمر بخصوص المسؤولية في هذه المرحلة هل المسؤولية عقدية أو تقصيرية.

–لا يزال المشرع الجزائري يعتمد على قيام المسؤولية على الخطأ الواجب إثباته في ظل وجود روبوتات ووسائل إلكترونية ذكية تستخدم في التعاقد.

– من أهم الوسائل الإلكترونية البديلة لحل النزاع المتعلق بتنفيذ العقود المبرمة عن بعد، التحكيم الإلكتروني والذي يقلل من التكاليف ونفقات التقاضي ويقلل من التنقل وعناء السفر للمتعاقدين المتنازعين، ناهيك عما يوفره من السهولة بالتعامل عن طريق التحكيم الإلكتروني لإمكانية التواصل بين المتنازعين عبر الوسائل الإلكترونية وإمكانية تبادل الوثائق.

– الهدف من التحكيم الإلكتروني هو الحل الودي للنزاع دون اللجوء للجهات القضائية، ومع هذا فهو يتم بعد رضاء أطراف النزاع.

ومع نهاية دراسة التعاقد عن بعد في هذه الأطروحة، يمكننا القول بأن العقد المبرم عن بعد بكل مراحله قد أظهر عن قصور القواعد القانونية التقليدية، مما يستدعي الأمر ضرورة تعديل القانون المدني بما يتماشى مع ما تمليه التقنيات الحديثة ويجاري بذلك التطور التكنولوجي لأنه يستخدم في التعاقد، وحتى لا يتطور خارج المنظومة القانونية، وعلى ذلك فالتنظيم القانوني للتطور التكنولوجي يجب أن يتضمن الجانبين الإيجابي والسلبي، ونقصد بذلك إمكانية إقحام التكنولوجيا في العقود، واستبعاد كل ما قد يضر بالمتعاقدين جراء استخدام التكنولوجيا، ولم لا إيجاد قانون جديد توافقي بين

القوانين المحلية والقوانين الدولية التي يمكنها أن تحتضن العقود المبرمة عن بعد كون بعض العقود قد تتخطى الحدود الدولية الجغرافية.

فالمشرع ما زال لم يصل للتشبع التشريعي والإلمام بكل الإشكالات حول التعاقد عن بعدن فالعديد من النقائص لا تزال تسجل في صلب التعاقد عن بعد.

وقد خلصنا من خلال هذه الأطروحة إلى جملة من الاقتراحات نوردها كما يلي:

– ضرورة التعاون الدولي وإيجاد آليات قانونية على المستوى الدولي تنظم المسائل المتعلقة بالعقود المبرمة عن بعد، وقوانين إقليمية على المستوى العربي من خلال التوقيع على اتفاقيات تعاون بين الدول، تتنظم من خلالها التعامل مع مثل هذه العقود.

– ضرورة تعديل القانون رقم:05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ليشمل أحكام المسؤولية في مرحلة التفاوض.

– ضرورة إيجاد آلية موثوقة يضمن من خلالها المتعاقدين، التحقق من أهلية كل طرف ويمكن في هذه الحالة توظيف تقنية تعتمد على بصمة العين للمتعاقد المستخدم للوسيلة الإلكترونية، حيث يمكن من خلالها التعرف على السن الحقيقية للمستخدم.

–العمل على إيجاد حل يضمن تواصل التطور التكنولوجي، من جهة ويضمن تعويض المتضررين من استخدام الوسائل الإلكترونية، والبرامج الذكية وإسناد المسؤولية بشكل يضمن حق المضرور، من خلال فرض إعطاء المعلومات الصحيحة والدقيقة لكل منتج لا سيما الروبوتات والبرامج التي تحتاج لتثبيت على أجهزة الإعلام الآلي، والتطبيقات المرفقة وضمان جودتها، من خلال اعتماد شركات متخصصة في المجال، وبالنتيجة الابتعاد على المنتجات المقلدة.

–على المشرع تأطير عملية الدفع عن بعد حتى لا تستفحل الظاهرة وتكون حماية للمتعاملين خاصة في ظل ظهور النقود المشفرة، وفي ظل استفحال المنتجات وانتشارها والتقليد، حيث يستعمل المستهلك كل الطرق من أجل الحصول عل المنتج.

–ضرورة إخضاع صفحات التواصل الاجتماعي بشتى أنواعها، للرقابة القانونية، خاصة وأنه يمكن استغلالها للترويج لمختلف المنتجات، وقد تكون سببا لتغرير بالمستهلك.

-العمل على إيجاد آلية تمكن من الدفع في ظروف آمنة عبر مختلف دول العالم، من خلال توفير منصات مخصصة للدفع تكون تحت مراقبة المؤسسات المالية.

-ضرورة توعية أفراد المجتمع فيما يتعلق بالنقود الإلكترونية وحقيقة التعامل معها حتى لا يقعوا ضحايا مواقع وصفحات مفترسة، وذلك من خلال عقد لقاءات وملتقيات بحضور ممثلي المجتمع المدني.

إن التعاقد عن بعد لايزال يسيل الحبر، ولعل ما ذكر في هذه الأطروحة، سيكون بوابة للعديد من الأعمال الشبيهة ، والتي تدرس هذا الموضوع، أو بعض الجزئيات، التي تعالج إشكالات ذات صلة بالعقود الميرمية عن بعد لاسيما أن ربما تظهر عقودا أخرى غير موجودة عند تحرير هذه الأطروحة، خاصة في ظل التطور التكنولوجي وما يكشف عنه من وسائل مزودة ببرامج وتطبيقات ذكية ينمكن أن تستخدمك في التعاقد أو يستعان بها في هذا المجال في أي مرحلة من مراحل التعاقد.

المراجع والمصادر

I المراجع والمصادر باللغة العربية

أولا- القرآن الكريم.

ثانيا- قاموس ومعجم المعاني، متاح على الرابط: https://www.almaany.com/

ثالثا- التشريعات القانونية.

أ- التشريعات الجزائرية.

أ- 01-الدستور.

- تعديل الدستور الجزائري 2020، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 82، المؤرخة في 12/30/ 2020.

أ-02- القوانين.

01- القانون رقم:14/88، المؤرخ في: 1988/05/03، المعدل والمتمم للأمر رقم: 58/75، المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد28، المؤرخة في: 1988/05/16.

02- القانون رقم: 11/84، المؤرخ في: 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد24.

03- القانون رقم 02/04، المؤرخ في: 2004/06/23، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد41، المؤرخة في: 2004/06/27، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم:06/10، المؤرخ في: 2010/08/15، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد46، المؤرخة في 2010/08/18.

04- القانون رقم:05-02 المؤرخ في 2005/02/06، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 11، المؤرخة في 2005/02/09، والمعدل والمتمم للأمر رقم: 75-59 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون التجاري الجزائري.

05- القانون رقم: 10/05، المؤرخ في 2005/06/20، المعدل والمتمم للأمر رقم: 58/75، المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني الجزائري، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 64، المؤرخة بتاريخ 2005/06/26.

06- القانون رقم:09/08، المؤرخ في: 2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المعدل والمتمم، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد21، المؤرخة في:2008/04/23.

07- القانون رقم:03/09، المؤرخ في: 2009/02/25، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد15، المؤرخة في: 2009/03/08.

08- القانون رقم: 04/15، المؤرخ في 2015/02/01، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، الجريدة الرسمية للجمهورية الديمقراطية الشعبية الجزائرية، العدد 06، الصادرة في 2015/02/10.

09- القانون رقم:11/17 المؤرخ في 27 ديسمبر 2017 المتضمن قانون المالية لسنة 2018، ج ر العدد 76، الصادرة في: 28 ديسمبر 2017.

10- القانون رقم:04/18، المؤرخ في: 2018/05/10، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد27، المؤرخة في: 2018/05/13.

11- القانون رقم:05/18، المؤرخ في: 2018/05/10، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد28، المؤرخة في: 2018/05/16.

12- القانون رقم:07/18 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، المنشور بالجريدة الرسمية العدد 34، المؤرخة في: 2018/07/10.

13- القانون رقم:09/18، المؤرخ في: 2018/06/10، المعدل والمتمم للقانون رقم:03/09، المؤرخ في: 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد35، المؤرخة في: 2018/06/13.

14- القانون رقم:13/22، المؤرخ في: 2022/06/12، المعدل والمتمم للقانون رقم:09/08 المؤرخ في 2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد48، المؤرخة في: 2022/06/17.

15- أحكام القانون رقم:52/23، المؤرخ في: 2023/01/14، المحدد لشروط وكيفيات اختيار مساعدي المحكمة التجارية المتخصصة، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد02، المؤرخة في:2023/01/15.

16- القانون رقم:22/23، المؤرخ في 2023/12/24، المتضمن قانون المالية لسنة 2024، المنشور بالجريدة الرسمية العدد 86، المؤرخة في: 2023/12/31.

أ-03- المراسيم.

01- المرسوم رقم:63/76 المؤرخ في: 1976/03/25، المتعلق بتأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم:123/93 المؤرخ في: 1993/05/19، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، الصادرة بتاريخ: 1993/05/23، العدد34.

02-المرسوم التنفيذي رقم:306/06، المؤرخ في: 2006/09/10، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد56، المؤرخة في: 2006/09/11.

03- المرسوم التنفيذي رقم:65/09، المؤرخ في: 2009/02/07، المحدد للكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الأسعار المطبقة في بعض قطاعات النشاط أو الأسعار المطبقة في

04- بعض قطاعات النشاط أو بعض السلع والخدمات المعينة، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد10، المؤرخة في: 2009/02/11.

05- المرسوم التنفيذي رقم:04/09، المؤرخ في: 2009/04/05، المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائد المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد47، المؤرخة في: 2009/08/16.

06- المرسوم التنفيذي رقم:378/13، المؤرخ في: 2013/11/09، المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد58، المؤرخة في: 2013/11/18.

07- المرسوم التنفيذي رقم:114/15، المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، المؤرخ في 2015/05/12، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المؤرخة في 2015/05/13.

08- المرسوم التنفيذي رقم:114/18، المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، المؤرخ في 2015/05/12، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المؤرخة في 2015/05/13.

09- المرسوم التنفيذي رقم:16-142 المؤرخ في 2016/05/05، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 28، المؤرخة في 2016/05/08، المحدد لكيفيات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد28، المؤرخة في: 2016/05/08.

10- المرسوم التنفيذي رقم:89/19، المؤرخ في: 2019/03/05، المحدد لكيفيات حفظ سجلات المعاملات التجارية الإلكترونية وإرسالها إلى المركز الوطني للسجل التجاري، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد17، المؤرخة في: 2019/03/17.

11- المرسوم التنفيذي رقم:244/21، المؤرخ في: 2021/05/31، المحدد لشروط وكيفيات تقديم خدمات ما بعد بيع السلع، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد45، المؤرخة في: 2021/06/09.

12- المرسوم التنفيذي رقم 110/22، المؤرخ في: 2022/03/14، يضبط مبادئ تحديد تعريف خدمات التصديق الإلكترونيين، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد19، المؤرخة في: 2022/03/19.

13- المرسوم التنفيذي رقم:271/22، المؤرخ في: 2022/07/18، المحدد لكيفيات بيع الكتاب بالطريقة الإلكترونية، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد49، المؤرخة في: 2022/07/20.

أ-04- الأوامر.

01- الأمر رقم: 58/75، المؤرخ في: 1975/09/26، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدلة بموجب المادة 23 من القانون رقم: 10/05 المؤرخ في:2005/06/20 الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، المؤرخة في 2005/06/26، العدد 44.

02- الأمر رقم:59/75، المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون التجاري، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 101، المؤرخة في: 1975/12/19.

03- الأمر رقم: 74/75 المؤرخ في: 1975/11/12، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المعدل والمتمم، العدد92، المؤرخة في 1975/11/18.

04- الأمر رقم: 01/05، المؤرخ في: 2005/02/27، المعدل للأمر رقم 86/70، المؤرخ في 1970/12/15، المتضمن قانون الجنسية الجزائري.

05- الأمر رقم 01/22، المؤرخ في 2022/08/04، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2022، المنشور، بالجريدة الرسمية العدد 53، المؤرخة في 2022/08/04.

06- **أ-05 القرارات:**

01- القرار المؤرخ في 2007/11/05، المحدد لنماذج المطبوعات المستعملة في ميادين إجراء الإشهار وجدولي قيد الرهن وتجديده، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، الصادرة بتاريخ 2008/03/30، العدد 17 ص18.

ب-التشريعات الأجنبية.

ب-01- التشريع المصرية.

01- القانون رقم:181 لسنة 2018، المتعلق بحماية المستهلك، الصادر بالجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية العدد 37 المؤرخ في 2018/09/13.

ب-02- التشريع التونسي.

01- القانون رقم: 83 لسنة 2000، المتعلق المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، المؤرخ في 09 أوت 2000، ص02، متاح على الرابط: http://data.over-blog-kiwi.com/ob_.pdf

ب- 03- التشريع الأردني.

01- قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، رقم:15 لسنة 2015، المنشور بواسطة هيئة تنظيم قطاع الاتصالات، الأردن، متاح على الرابط:
https://trc.gov.jo/EchoBusV3.0/SystemAssets.pdf

ب- 04- تشريع الإمارات العربية المتحدة.

1- القانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، رقم:24 لسنة 2006، المتعلق بحماية المستهلك، متاح على الرابط: https://faolex.fao.org/docs/pdf/uae.pdf

ب- 05- التشريعات الدولية.

01- قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية مع دليل الاشتراع 2001، منشورات عن الأمم المتحدة، نيويورك 2002.

رابعا-الكتب.

أ- الكتب العامة:

01- أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، تنازع القوانين، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية عشرة، 2011.

02- أنور سلطان، **العقود المسماة شرح عقد البيع وعقد المقايضة**، دار النهضة العربية، بيروت، 1980.

03- برهان رزيق، **نظرية تفسير العقد في القانون المدني والإداري**، مطبعة الارشاد، اللاذقية، سوريا، دون س ن.

04- حسام الدين محمود محمد حسن، **المسؤولية التقصيرية عن التدخل في العلاقات التعاقدية في القانون الأمريكي**، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع مصر، سنة 2020.

05- حمزة قتال، **مصادر الالتزام، المسؤولية التقصيرية، (الفعل المستحق للتعويض)**، دار هومة، الجزائر، 2018.

06- خليل أحمد حسن قدادة، **الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري**، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، 2010.

07- خليل أحمد حسن قدادة، **الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري**، الجزء الرابع، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، طبعة 2001.

08- سمير تناغو، **الالتزام القضائي، الحكم القضائي مصدر جديد للإلتزام، دراسة فنية لتعديل القاضي للعقد**، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2014.

09- السيد عبد الوهاب عرفه، **فسخ العقد والشرط الفاسخ الصريح وموجبات عدم أعماله**، دار المجد للنشر والتوزيع، د س ن.

10- شوقي بناسي، **الشرط في قانون العقود**، قراءة جديدة في ضوء القانون المدني الجزائري والقانون المدني الفرنسي (المعدل) والفقه الإسلامي، دار الخلدونية، القبة القديمة، الجزائر، 2020.

11- شوقي بناسي، **عيوب الرضاء في قانون العقود المعاصر**، دراسة تأصيلية في القانون المدني الجزائري والفرنسي (المعدل) والفقه الإسلامي، بيت الأفكار، الدار البيضاء، الجزائر، 2022.

12- شوقي بناسي، **قانون العقود الفرنسي الجديد في ثوبه العربي**، بيت الأفكار، الدار البيضاء، الجزائر، 2022.

13- الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، علما وعملا، الطبعة الأولى 2010

14- عبد الرازق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، الجزء الرابع، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1962.

15- عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، "مصادر الالتزام" العقد، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، 1981.

16- العربي بلحاج ، **أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري**، وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دراسة مقارنة، دار هومة الطبعة الثانية، 2015.

17- العربي بلحاج، **مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المصادر الإرادية(العقد والإرادة المنفردة)**، الجزء الأول، درا هومة، الجزائر، الطبعة الثانية 2015،2016.

18- علي علي سليمان، **النظرية العامة للإلتزام**، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة التاسعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون الجزائر، سنة 2015.

19- علي علي سليمان، **دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري**، المسئولية عن فعل الغير–المسئولية عن فعل الأشياء–التعويض، الطبعة الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، د س ن.

20- علي فيلالي، **الإلتزامات، الفعل المستحق للتعويض**، موفم للنشر، الرغاية الجزائر، الطبعة الثانية 2010.

21- علي فيلالي، **الإلتزامات، النظرية العامة للعقد**، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية 2005.

22- فاضلي إدريس، **الوجيز في النظرية العامة للإلتزام**، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون الجزائر بن عكنون الجزائر، سنة 2009.

23- كمال فتحي دريس، **الوجيز في العقود الخاصة**، الجزء الأول، عقد البيع وعقد الكفالة، مطبعة منصور، الوادي الجزائر، جانفي 2022.

24- مجيد خلفوني، **العقار في القانون الجزائري**، دار الخلدونية، القبة القديمة الجزائر، طبعة 2012.

25- محمد حسنين، **عقد البيع في القانون المدني الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، دون سنة نشر.

26- محمد صبري السعدي، **النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري**، مصادر الإلتزام، المسؤولية التقصيرية العمل النافع القانون، دار الكتاب الحديث، 2003.

27- محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني**، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، طبعة 2009.

28- محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني**، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، العقد والإراة المنفردة، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2021.

29- محمد لبيب شنب، **دروس في نظرية الالتزام مصادر الالتزام**، د م ن، سنة 1977.

30- محمد نصر محمد، **الوسيط في القانون الدولي العام**، مكتبة القانون والإقتصاد، الرياض، المملكة العربية السعودية،2012.

31- مصطفى أحمد الزرقا، **العقود المسماة في الفقه الإسلامي عقد البيع**، دار القلم، دمشق، سوريا، الطبعة الثانية، 2012.

32- منذر الفضل، **الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزامات وأحكامها**، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي معززة بآراء وأحكام القضاء، الطبعة الأولى 2012، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عملن الأردن، ص 210.

33- يوسف محمد عبيدات، **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني**، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، 2011، دار الميسرة للنشر والتوزيع، عمان الأردن.

ب-الكتب المتخصصة:

01- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، **إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي**، ص 11، د م ن، د س ن، متاح على الرابط: Arab Law Info, WWW. Arablawinfo. Com.

02- آيت علي زينة، **مفاهيم أساسية في التجارة الإلكترونية**، كتاب جماعي، التعاقد في الفضاء الرقمي، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين، ألمانيا، 2021.

03- ثروت عبد الحميد، **التوقيع الإلكتروني** -ماهيته مخاطره-، وكيفية مواجهتها مدى حجيته في الإثبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2007.

04- جهاد محمود عبد المبدي، **التراضي في تكوين عقود التجارة الإلكترونية**، دراسة مقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، سنة 2017.

05- خالد حسن أحمد لطفي، **التقاضي الإلكتروني كنظام قضائي معلوماتي بين النظري والتطبيق**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2020.

06- خالد ممدوح إبراهيم، **إبرام العقد الالكتروني**، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2011.

07- سمير دنون، **العقود الالكترونية في إطار تنظيم التجارة الالكترونية**، المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان، الطبعة الأولى، 2012.

08- السيد عبد الهادي محمد العيسوى، **العقود الالكترونية للمستهلك**، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة 2019.

09- عائشة بن النوي، **دراسة تحليلية لواقع وسبل تفعيل التجارة الإلكترونية في الجزائر**، كتاب جماعي، التعاقد في الفضاء الرقمي، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين، ألمانيا، 2021.

10- عبد العزيز محمد حمد ساني، **المبادئ القانونية والأحكام التشريعية المنضمة للعقود الالكترونية**، كتاب جماعي، التعاقد في الفضاء الرقمي، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين، ألمانيا، 2021.

11- عبد الله موسى، أحمد حبيب بلال، **الذكاء الاصطناعي**، ثورة في تقنيات العصر، المجموعة العربية للتدريب والنشر، القاهرة مصر، الطبعة الأولى، 2019.

12- فاروق سيد حسين، **التجارة الإلكترونية وتأمينها**، هلا للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2001.

13- القاضي طاهر أبو العيد، **دليل الذكاء الإصطناعي لطلبة القانون والباحثين في الوطن العربي**، سنة2023.

14- ماجد محمد سليمان أبا الخيل، **العقد الالكتروني**، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، سنة 2009.

15- محمد حسن قاسم، **التعاقد عن بعد**، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوربي، د س ن، دو ن.

16- محمد عمر الشويرف، **التجارة الالكترونية في ظل النظام التجاري العالمي الجديد**، طبعة 2018/03/03، جامعة نجران.

17- مريم زان، **التجارة الالكترونية: المزايا والمخاطر**، كتاب جماعي، التعاقد في الفضاء الرقمي، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين، ألمانيا، 2021.

18- معداوي نجية، **التعبير عن الإرادة في العقد الالكتروني**، كتاب جماعي، التعاقد في الفضاء الرقمي، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والإقتصادية، برلين، ألمانيا، 2021.

خامسا-المقالات.

01-إبراهيم الرواشدة، **التعاقد عبر الوسائل الإلكترونية الحديثة والقانون الواجب التطبيق في المنازعات الناشئة عنها**، المجلة العربية للنشر العلمي، السعودية، العدد25، الإصدار 2، تشرين الثاني 2020، ص ص 451-480.

02-أبو عمرو نادية، **القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني**، مجلة بحوث في القانون والتنمية، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس الجزائر، المجلد 02، رقم 01، جوان 2022، ص ص 25-37.

03-أحمد توح عودة، **حق المستهلك في الرجوع عن عقد البيع الالكتروني**، مجلة جامع الامام جعفر الصادق (ع) للدراسات القانونية، كلية القانون، بغداد، العدد 03، 2022.

04- أحمد صباح غدير، **تطبيق منهج القواعد الموضوعية على عقود التجارة الإلكترونية**-دراسة مقارنة-، مجلة الرافدين للحقوق، العراق، المجلد 22، العدد 80، سنة 2024، ص ص 50 – 74.

05- أحمد كمال عبيد، **الأهلية القانونية للوكيل الذكي ودورها في تحديد المسؤولية الناتجة عن معاملاته الإلكترونية**، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 16، العدد 02، ديسمبر 2019، ص ص 358- 388.

06- أحمد نوح عودة، **حق المستهلك في الرجوع عن عقد البيع الالكتروني**، مجلة جامع الامام جعفر الصادق (ع) للدراسات القانونية، كلية القانون، العدد 03، 2022، ص ص 81-114.

07- أزوا محمد، مسعودي يوسف، **الوساطة الاليكترونية كآلية لتسوية منازعات الاستهلاك المبرمة بوسائل الكترونية**، المجلة الافريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دارية، أدرار، الجزائر، المجلد 02، العدد02، ديسمبر 2018، ص ص 143-156.

08- أسعد عبيد عزيز الجميلي، صدام فيصل كوكز المحمدي، **تكوين العقد بالوسائط الإلكترونية الذكية**، (دراسة مقارنة)، مجلة الحقوق، جامعة النهرين بغداد، العراق، المجلد12، العدد2، ص ص 321-386.

09- إلياس بن ساسي، **التعاقد الالكتروني والمسائل القانونية المتعلقة به**، مجلة الباحث، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، العدد 02، 2003، ص ص 60-68.

10- آمال بوبكر، **التصديق الإلكتروني في النظام القانوني الجزائري**، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلاني بونعامة خميس مليانة، العدد3 سبتمبر 2018، ص ص 211-225.

11- أيهاب محمد سعيد محمود عويضه العماوى، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية**، المجلة القانونية (مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية) مجلة علمية محكمة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، المجلد 14، العدد06، نوقمبر 2022، ص ص 1914-1966.

12- بان سيف الدين محمود، **العقد الإلكتروني ووسائل إثباته**، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، العراق، المجلد 24، العدد7، سنة 2019، ص ص 1-19.

13- بتوجي سامية، **البيئة الرقمية ودورها في تغيير طبيعة المستهلك من تقليدي إلى إلكتروني**، مجلة الحقوق والحريات، المجلد 09، العدد02، سنة 2021.

14- بشاير عبد الله السماري، عواطف زرارة، **جوانب حماية المستهلك من أشكال الإعلان المضلل (دراسة تحليلية في أحكام القانون الإتحادي رقم 15 لسنة 2020 في شأن حماية المستهلك)**، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة1، الجزائر، المجلد08، العدد03، سنة 2021، ص ص 1035-1053.

15- بعداش سعد، **العقد الإلكتروني**، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة 1، الجزائر، المجلد 32، العدد2، جوان 2021، ص ص 419-432.

16- بلحاج محجوبة، **الالتزام بالإعلام الإلكتروني ما قبل التعاقد المصرفي الالكتروني**، مجلة الاجتهاد للدارسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تامنغست، الجزائر، المجلد08، العدد01 سنة 2019، ص ص56-80.

17- بن أحمد الحاج، **القانون المدني الجزائري ومرحلة المفاوضات العقدية**، مجلة القانون والعلوم السياسية، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي النعامة، الجزائر، العدد02 كوان 2015، ص ص 11- 39.

18- بن أحمد صليحة، **تنازع القوانين بشأن المسؤولية المدنية الناشئة عن قطع التفاوض**، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، الجزائر، المجلد04، العدد02، سنة 2019، ص 809-825.

19- بن محمد عمر الحمراوي، **التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني عبر Website ووسائل حمايته، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي**، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، العدد 39، أكتوبر 2022، ص ص 603-698.

20- بوشنافة جمال، **خصوصية التراضي في العقود الإلكترونية**، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، المجلد 03، العدد02 جوان 2018، ص ص 126-141.

21- بوقرط أحمد، **إشكالية التراضي في العقود الإلكترونية**، المجلة الجزائرية للأبحاث والدراسات، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، المجلد 02، العدد06، أفريل 2019، ص ص 99-120.

22- بوكريريس سهام، أحمد داود رقية، **الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات ودوره في تحقيق أمن مرحلة التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية** -دراسة مقارنة-، مجلة القانون والعلوم السياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية بالمركز الجامعي صالحي أحمد بالنعامة، الجزائر، المجلد 06، العدد01، 2023، ص ص 509-518.

23- تامر محمد الدمياطي، **الرضاء الرقمي بمعالجة البيانات الشخصية "دراسة مقارنة"**، مجلة القانون والتكنولوجيا، مصر، المجلد 02 العدد 01، أفريل 2022، ص ص 13-138.

24- التميمي محمد رضا، **آليات حماية المستهلك الإلكتروني في مرحلة إبرام العقد وفقا للقانون رقم:05/18**، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة أم البواقي، الجزائر، المجلد، 09، العدد02، جوان 2022، ص ص 1265-1276.

25- حاتم مولود، **إدراج الإلتزام بالتبصرة في إصلاح القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 وأثره على نظرية الإلتزام في القانون المدني الجزائري**، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، الوادي الجزائر، المجلد 03 العدد02، أكتوبر 2019، ص ص 73-88.

26- حليس لخضر، **مرحلة المفاوضات التعاقدية**، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة المدية، الجزائر، العدد الأول، جوان 2017، ص ص 162-173.

27- حمد محمد عبد الله آل قريشه، **الأحكام الإجرائية والموضوعية للتجارة الالكترونية في الأنظمة السعودية ولوائحها التنفيذية**، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، كلية الشريعة والقانون، بدمنهور، جامعة الأزهر، مصر، العدد 41، أفريل 2023، ص ص 1793- 1842.

28- حمصي ميلود، مقلاتي مونة، **العقود الذكية كآلية للتعاقد عن بعد**، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة حمه لخضر بالوادي، الجزائر، المجلد 06، العدد 02، أكتوبر 2022ص ص 135-157.

29- حنان عتيق، **الوساطة الالكترونية كآلية لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية**، مجلة معارف، جامعة البويرة الجزائر، المجلد 18، العدد02، ديسمبر 2023، ص ص 19-43.

30- خليفي سمير، **الوساطة الالكترونية "الحل البديل لنزاعات عقود التجارة الالكترونية"**، مجلة دراسات وابحاث المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، مجلد 13، العدد04، جولية 2021، ص ص 322-332،

31- داود منصور، **العقد الذكي ودوره في تكريس الثقة في العلاقات التعاقدية**، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، المركز الجامعي آفلو الجزائر، المجلد04، العدد 02، سنة 2021، ص ص 66-94.

32- داود منصور، **فعالية الوساطة الإلكترونية كآلية بديلة لحسم منازعات التجارة الإلكترونية**، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، المجلد 06 العدد 02، 2021، ص ص 939-965.

33- دريس كمال فتحي، **آلية التصديق الإلكتروني كضمانة للتعاملات التجارية بالوسائل الحديثة في التشريع الجزائري**، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الوادي، الجزائر، العدد 24، سنة 2017، ص ص159-178.

34- دليلة معزوز، **الإلتزام بإعلام المستهلك الإلكتروني ومدى فعالية وشمولية قانون 03/09، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش**، مجلة معارف، العدد08 السنة الخامسة، جوان 2010، البويرة، الجزائر، ص ص 79-92.

35- رباحي أحمد، الطبيعة **القانونية للعقد الإلكتروني**، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، الجزائر، المجلد 5، العدد10، جوان 2013، ص ص 96-105

36- رضا مهدي، **التحكيم الإلكتروني كآلية من آليات تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية**، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة المسيلة، الجزائر، المجلد 07 العدد 02، سنة 2022، ص ص 120-139.

37- رفيقة بوالكور، **الأحكام القانونية لحق المستهلك في العدول عن العقد**، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، الجزائر، المجلد 12، العدد01، أفريل 2021، ص ص 1004-1027،.

38- رقية جبار، **خصوصية إثبات التعاقد الإلكترونية في التشريع الجزائري**، مجلة الدراسات القانونية، جامعة يحي فارس المدية، الجزائر، المجلد 08، العدد02، 2022 ص ص 909-925.

39- زروق يوسف، **حماية المستهلك مدنيا من مخاطر التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)**، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، العدد09، جوان 2013، ص ص 133-144.

40- الزهرة بره، جميلة حميدة، **شهادة التصديق الإلكتروني كآلية لتعزيز الثقة في المعاملات الإلكترونية**، مجلة العلوم القانونية والساسية، جامعة لونيسي علي البليدة2 الجزائر المجلد رقم10، أفريل 2019، ص ص 892-911

41- زوليخة رواحنة، آمنة وزاني، **مواجهة جرائم التجارة الالكترونية عن طريق غرامة الصلح في ظل قانون 05/18 المتعلق بالتجارة الالكترونية**، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 18، العدد01، السنة 2023، ص ص 72-86.

42- سعاد قصعة، **الوساطة الإلكترونية كوسيلة بديلة لحل منازعات التجارة الإلكترونية**، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة قسنطينة، الجزائر، المجلد 09، العدد02، سنة 2020، ص ص 10-30.

43- سقلاب فريدة، **المسؤولية العقدية للمورد الإلكترونية في القانون الجزائري**، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الحمان ميرة بجاية، الجزائر، المجلد 12، العدد03 سنة 2021، ص ص 564-579.

44- سمير شيهاني، ظريفي الصادق، **اختلاف دلالة العربون وطبيعته القانونية وأثرهما على العلاقة التعاقدية**، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم الساسية، جامعة ابن خلدون تيارت، الجزائر، المجلد 0، العدد 06، سنة 2017، ص ص 453-472.

45- سي يوسف زاهية حورية، **حق العدول عن التعاقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني**، مجلة الإجتهاد للدراسات القانونية والاقتصاد، المجلد07، العدد02، سنة 2018، تمنراست، الجزائر، ص ص11-30.

46- شارف بن يحي، **دلالة العربون وأثرها على مصير التعاقد في القانون المدني الجزائري على ضوء الاجتهاد والأحكام القضائية**، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة الجزائر، المجلد 34، العدد 02، سنة 2020، ص ص 932-955.

47- شجاع بن غازي العتيبي، عبد الله علي سعود كليب العازمي، **العقد الإلكتروني (حقيقة وحكم)**، مجلة القوانين، كلية الحقوق، ص ص 1641-1676.

48- صفية بن قراب، **الاستخدامات الاقتصادية للذكاء الاصطناعي**، المجلة الجزائرية للعولمة والسياسات الاقتصادية، جامعة الجزائر 3، الجزائر، المجلد 13، العدد 0، سنة 2022، ص ص 117-135.

49- صليح بونفلة، **المسؤولية المدنية عن الإشهار الإلكترونية الكاذب والمظلل**، مجلة آفاق للعلوم، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد05، العدد17، سبتمبر 2019، ص ص 96-110.

50- صليحة مرباح، **دور التصديق الإلكتروني في إثبات المعاملات الإلكترونية وحفظها**، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي، الجزائر، المجلد07، العدد01، سنة 2021، ص- ص 869 890.

51- ظريفي نادية، مقران سماح، **الوساطة الالكترونية كآلية لتسوية منازعات التجارة الالكترونية**، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، جامعة برج بوعريريج، الجزائر، المجلد 04، العدد02، سنة 2020، ص ص 337-351.

52- ظريفي نادية، مقران سماح، **الوساطة الالكترونية كآلية لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية**، مجلة البيان للدراسات القانونية والسياسية، جامعة برج بوعريريج الجزائر، المجلد 03، العدد01، جوان 2018، ص ص 24-33.

53- عباید فریحة، **الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد الالكتروني كآلية لحماية المستهلك**، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، الجزائر، المجلد 03، العدد 02، 2018، ص ص 421-437.

54- عباید فریحة، سلایم عبد الله، **الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد الالكتروني كآلية لحماية المستهلك**، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر المجلد 03، العدد 02، 2018، ص ص 421-437.

55- عبد الباسط عبد الصمد الشاوي، **إبرام العقود عبر شبكة الإنترنت (دراسة في ضوء الفقه الإسلامي)**، مجلة العلوم الاقتصادية، جامعة البصرة، العراق، العدد23، المجلد06، كانون الثاني2009، ص ص01-46.

56- عبد الحكيم فرحان، **حق المستهلك في العدول عن التعاقد وتطبيقاته في القانون الجزائري**، مجلة الرسالة للدراسات والبحوث الإنسانية، جامعة العربي التبسي، تبسة، المجلد 06 العدد 03، سبتمبر 2021، ص ص 497-515.

57- عبد الحليم بن بادة، **التنظيم القانوني لمتطلبات التجارة الإلكترونية وصور حمايتها الجزائية في التشريع الجزائري والمقارن**، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، الجزائري، المجلد 06، العدد02، سنة 2020، ص ص 679-710.

58- عبد الرحمان بليلة، **التسليم في عقد البيع الإلكتروني كآلية قانونية لحماية المستهلك**، معارف، جامعة البويرة، الجزائر، المجلد 16، العدد 02، سنة 2021، ص، ص 113-129.

59- عبد الرزاق وهبه سيد أحمد محمد، **مفهوم العقد الذكي من منظور القانون المدني: دراسة تحليلية**، مجلة العلوم الاقتصادية والادارية والقانون، فلسطين، المجلد 05، العدد 08، أفريل 2021، ص ص 83-99.

60- عبد السلام عبد اللاوي، **مستقبل التجارة الإلكترونية على ضوء تطور الأطر القانونية لآليات التصديق الإلكتروني**، دراسات وأبحاث المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة زيان عشور الجلفة، الجزائر، المجلد12، العدد03، سنة 2020، ص ص 104- 120.

61- عبد المالك توبي، منصف شرفي، **أثر العملات الرقمية المشفرة على مستقبل المعاملات المالية: البتكوين نموذجا**، مجلة الاقتصاد الصناعي (خزارتك)، الجزائر، المجلد11، العدد01، سنة2021، ص ص 179-203.

62- عبد المجيد قادري، مراد عمراني، **التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد**، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، المجلد 04، العدد 02، 2019، ص ص 782 – 808.

63- عبوب زهيرة، **المسؤولية المدنية لمقدم خدمات التصديق الإلكتروني (دراسة تحليلية لما جاء في القانون 04/15)**، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، المجلد09، العدد03، ديسمبر 2018، ص ص 420- 444.

64- عبيزة منيرة، **التوقيع الإلكتروني كضمانة قانونية لحماية المستهلك الإلكتروني**، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي الأغواط، الجزائر، المجلد 01، العدد 03، د و س، ص، ص 113-129،

65- عقوني محمد، **التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني على ضوء التشريع الجزائري**، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، المجلد 33، العدد 1 جوان 2022، ص ص 241-254.

66- علي أحمد صالح، بن عيشة عبد الحميد، **العدول آلية قانونية لحماية المستهلك**، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة المسيلة، الجزائر، المجلد 02، العدد10، جوان 2018، ص ص 813-824.

67- عماد عبد الرحيم الدحيات، **نحو تنظيم قانوني للذكاء الاصطناعي في حياتنا: إشكالية العلاقة بين البشر والآلة**، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تامنغست، الجزائر، المجلد 08، العدد 05، سنة 2019، ص ص 14-35.

68- العياشي الصادق فداد، **العقود الذكية**، مجلة السلام للاقتصاد الإسلامي، الجزائر، المجلد0، العدد01، ديسمبر 2020.

69- فاطمة الزهراء تليلاني، **مساهمة نظام الدفع الإلكتروني في تطوير نشاط البنوك الالكترونية، دراسة حالة البنك الوطني الجزائري BNA فرع قسنطينة**، مجلة الأصيل للبحوث الاقتصادية والإدارية، جامعة خنشلة، الجزائر، المجلد 05، العدد01، جوان 2021، ص ص 121-138.

70- فاطمة دريسي، حمو فرحات، **خصوصية عيوب الإرادة في العقود الإلكترونية**، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، الجزائر، المجلد12، العدد02، سبتمبر 2021، ص ص 610-621.

71- فرحات فاطمة زهرة، قنفود رمضان، **الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد كآلية قانونية لحماية المستهلك**، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، المجلد12، العدد02، العدد التسلسلي24، أكتوبر 2020، ص ص 815-832.

72- فطيمة الزهراء مصدق، عبد الحفيظ بقة، **التوازن المالي للعقد ضرورة تفرض نفسها على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين**، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 02، أكتوبر 2021، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، ص ص 583-600.

73- فطيمة زهرة عبد العزيز، **أساس المسؤولية المدنية المترتبة عن المفاوضات قبل التعاقد**، مجلة الرسالة للدراسات والبحوث الإنسانية، جامعة تبسة، الجزائر، المجلد 6، العدد1، مارس 2021، ص ص 25 – 36.

74- كحلولة يمينة، **تنازع الاختصاص القضائي الدولي في منازعات عقود التجارة الإلكترونية في القانون الجزائري والكويتي**، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، الجزائر، المجلد 08 العدد 01، 2022، ص ص 363-390.

75- كدام صبرينة، بوحية وسيلة، **غرامة الصلح حماية للمورد الالكتروني من المتابعات الفضائية في قانون التجارة الالكترونية**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، والسياسية والاقتصادية، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، المجلد 57، العدد02، السنة 2020، ص ص 75-88.

76- كريمة جيدل، **حق المستهلك في العدول عن التعاقد**، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي تيبازة، الجزائر، المجلد 05، العدد02، سنة 2021، ص ص 07-23.

77- كزيز الهادي، مسعودي محمد الأمين، **الحق في العدول عن العقود المبرمة عن بعد بين قيدي موضوع العقد ومدة العدول**، مجلة الفكر القانوني والسياسي، جامعة عمار ثليجي الأغواط، الجزائر، المجلد 06، العدد01، سنة 2022، ص ص 297-319.

78- كوسام أمينة، **خصوصية الأهلية في التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة**، مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، الجزائر، العدد6، جوان 2015، ص ص 341-365.

79- ليندة بلحارث، **النظام القانوني لمزودي خدمات التصديق الالكتروني في القانون الجزائري**، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، المجلد09، العدد03، ديسمبر 2018، ص ص 860-875.

80- محمد بخيت محمد حسن، مصطفى عثمان مصطفى محمد، **العقد عبر الإنترنت، (دراسة مقارنة)**، مجلة جامعة السلام، العدد 06، يونيو 2018، ص 65.

81- محمد محمد عبد اللطيف، **المسؤولية عن الذكاء الاصطناعي بين القانون الخاص والقانون العام**، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، عدد خاص، المؤتمر الدولي السنوي العشرون، ماي 2021، ص ص 01-52.

82- محمد عرفان الخطيب، **العقود الذكية...الصدقية والمنهجية: دراسة نقدية معمقة**، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، العدد02، العدد التسلسلي 30، يونيو 2020، ص ص 151-242.

83- محمد يحي أحمد عطية، **التحكيم الذكي كآلية لحل منازعات العقود المبرمة عبر تقنية سليلة الكتل (Block chain)**، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، مصر، العدد36، أفريل 2021، ص 293-392.

84- مرتضى عبد الله خيري، **المسؤولية العقدية عن الإخلال بالحق في إعلام المستهلك بالمنتجات الخطرة**، مجلة البحوث القانونية والسياسية، جامعة مولاي طاهر سعيدة الجزائر العدد09، ديسمبر 2017، ص ص22 47.

85- مسعودي يوسف، أرجيلوس رحاب، **مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في التشريع الجزائري**، (دراسة على ضوء أحكام القانون 04/15)، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر العدد11، جانفي 2017، ص ص،81-99.

86- مصطفى عثمان عبد الله، جمال بشير عبد الهادي، **أحكام التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الحديثة**، المجلة العلمية لجامعة الإمام المهدي، السودان، العدد 09، يوليو 2017، ص ص119-146.

87- معامير حسيبة، **ضمانات عدم تعسف المستهلك في استعمال حقه في العدول عن العقد في ظل قانون حماية المستهلك وقمع الغش 03/09**، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، المجلد09، العدد01، السنة 2021، ص ص 334-357.

88- منصور الصرايرة، **الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الالكتروني**، دراسة في التشريع الأردني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، سوريا المجلد 25، العدد 02، سنة 2009، سوريا، ص 821-846.

89- منى أبو بكر الصديق، محمد حسان، **الحق في الرجوع في العقد كأحد الآليات القانونية لحماية المستهلك من مجال التعاقد عن بعد (دراسة تحليلية في ضوء القانون الفرنسي والتوجهات الأوربية)**، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، مصر، المجلد 08، العدد65، أفريل 2018، ص ص 771-919.

90- منية شوايدية، **ضوابط المستهلك من الإشهار الكاذب وفقا للمرسوم التنفيذي13-378**، مجلة تطوير العلوم الاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، العدد12، جوان2015، ص ص 141-155.

91- منية نشناش، **تأثير التقنية الرقمية على إسناد الإرادة والتحقق من الأهلية في العقود الإلكترونية**، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل، العدد 06، جوان 2018، ص ص246-263.

92- مها نصيف جاسم، رشا عامر صادق، **التفاوض الإلكتروني**، مجلة مداد الآداب، العراق، العدد 31/15، ديسمبر 2018، ص ص 591-624.

93- موكة عبد الكريم، **منازعات عقود التجارة الدولية: بين اختصاص القضاء الوطني والقضاء التحكيمي**، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، المجلد 06، العدد04، 2021، ص ص 447-463.

94- نبيل إسماعيل الشبلاق، محمد سعيد أحمد إسماعيل، فاروق أبو الشامات، **الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد (دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا)**، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد29، العدد02، سنة 2013، سوريا، ص 299-336.

95- نجوى رأفت محمد محمود، **النظام القانوني لمجلس العقد الالكتروني**، مجلة جامعة جنوب الوادي الدولية للدراسات القانونية، كلية الحقوق، مصر، العدد 05، 2020، ص ص 360-407.

96- النحوي سليمان، لحرش أيوب التومي، بوفاتح أحمد، **دور التحكيم الإلكتروني في تسوية منازعات الاستهلاك الإلكتروني**، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد 05، العدد01، سنة 2021، ص ص 199-207.

97- نورة جحايشية، عصام نجاح، **حق المستهلك في العدول في التشريع الجزائري**، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، المجلد 11، العدد01، أفريل 2020، ص ص 480-497.

98- وليد لعوامري، **حق الرجوع كآلية لحماية المستهلك في العقد المبرم الكترونيا**، مجلة الشريعة والإقتصاد، قسنطينة، الجزائر، المجلد 07، الإصدار الثاني، العدد 14، سنة 2018، ص33_ 50.

99- يتوجي سامية، **البيئة الرقمية ودورها في تغيير طبيعة المستهلك من تقليدي إلى إلكتروني**، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، المجلد 09، العدد02، سنة2021، ص404-423.

100- يوسف شندي، **أثر خيار المستهلك في الرجوع في التعاقد على تحديد لحظة ابرام العقد**، مجلة الشريعة والقانون، العدد 43، يوليو 2010.

سادسا-أطروحات الدكتوراه.

01- أرجيلوس رحاب، **الإطار القانوني للعقد الإلكتروني** "دراسة مقارنة"، شهادة دكتوراه في القانون الخاص المعمق، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم والسياسية، جامعة أحمد دارية، أدرار، الجزائر، السنة الجامعية 2018/2017.

02- بلقاسم حامدي، **إبرام العقد الإلكتروني**، دكتوراه، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، السنة الجامعية، 2015/2014.

03- بلقنيش حبيب، **إثبات التعاقد عبر الأنترنت (البريد المرئي)** _دراسة مقارنة_ رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، قسم القانون الخاص كلية الحقوق، جامعة وهران السانية، الجزائر، السنة الجامعية 2011/2010.

04- جندولي فاطمة زهرة، **عقود التجارة الإلكترونية في العلاقات الخاصة الدولية**، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2018/1017.

05- عجالي بخالد، **النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري** -دراسة مقارنة- دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة 2014.

06- فاطمة الزهراء قلواز، **العدول عن العقد في القانون الوضعي والفقه الإسلامي**، أطروحة دكتوراه في الحقوق، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، سنة 2022/2021.

07- فوغالي بسمة، **التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية**، دكتوراه في قانون الأعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة1، الحاج لخضر، الجزائر، السنة الجامعية 2022/2021.

08- قارة مولود، **خصوصية التعاقد الالكتروني**، أطروحة دكتوراه العلوم، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب البليدة، جوان 2012.

09- لعروي زواوية، **العقد الإلكتروني والمسؤولية المدنية الناتجة عنه** (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه في القانون الأساسي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، السنة الجامعية، 2018/2017، ص 92.

10- محمد خليفة كرفة، **التوازن العقدي في قانون الاستهلاك**، دكتوراه، في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2019/2018.

11- مسعود بورغدة نريمان، **العقود المبرمة بواسطة الأنظمة الإلكترونية الذكية**، أطروحة دكتوراه علوم تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2017.

12- ميكائيل رشيد علي الزيباري، **العقود الإلكترونية على شبكة الإنترنت بين الشريعة والقانون**، أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة، الجامعة العراقية، سنة 2012.

13- نرمين محمد محمود صبح، **مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية**، رسالة دكتوراه، في القانون، كلية الحقوق، قسم القانون التجاري، جامعة عين شمس، القاهرة مصر، 2003/2002.

سابعا- رسائل ومذكرات الماجستير.

01- أسال محمد جبريل، **فسخ عقد البيع الإلكتروني**، ماجستير في القانون الخاص، فسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان الأردن، 2018.

02- براء على صالح محمد، **المسؤولية العقدية لمزودي خدمات عبر الانترنت (دراسة مقارنة)**، ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان الأردن، 2020.

03- بوعرعور عياش، **التوازن العقدي في عقود الاستهلاك**، مذكرة ماجستير، في القانون الخاص تخصص قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، سنة 2015.

04- شهد محمد خليفه الكبيسي، **إشكاليات الحق في العدول عن عقد البيع الإلكتروني** (دراسة مقارنة)، ماجستير في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة قطر، جانفي 2022.

05- عبد الكريم بن صالح العبود، **التعاقد عن بعد بالوسائل (الوسائط) الإلكترونية، في الشريعة الإسلامية والنظام السعودي**، ماجستير، كلية الشريعة، قسم الأنظمة، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، دون سنة إعداد.

06- عليان عدة، **الإلتزام بالتحذير من مخاطر الشيء المبيع**، مذكرة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، السن الجامعية 2009/2008.

07- فوغالي بسمة، **إثبات العقد الإلكتروني وحجيته في ظل عالم الإنترنت**، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين سطيف 02، السنة الجامعية 2015/2014.

08- لزعر وسيلة، **تنفيذ العقد الالكتروني**، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1 سنة جامعية 2011/2010.

09- لما عبد الله صادق سلهب، **مجلس العقد الإلكتروني**، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، سنة 2008.

ثامنا- المداخلات.

01- أحمد حسن الربابعة، **الرؤية المقاصدية للعقود الذكية**، مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الرابعة والعشرون، منظمة التعاون الإسلامي، دبي 2019.

02- إنصاف أيوب المومني، **العقود الذكية مفهومها، ومميزاتها، وأركانها**، مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الرابعة والعشرون، منظمة التعاون الإسلامي، دبي 2019.

03- زيد بن عبد الكريم الزيد، **العقود الإلكترونية**، الملتقى السنوي للحقوقيين، المنعقد في جدة 2015.

04- قطب مصطفى سانو، **العقود الذكية في ضوء الأصول والمقاصد والمألات رؤية تحليلية**، مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الرابعة والعشرون، منظمة التعاون الإسلامي، دبي .2019.

05- هناء محمد هلال الحنيطي، **ماهية العقود الذكية**، مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الرابعة والعشرون، دبي، 2019.

تاسعا- الصفحات على الانترنت:

1- أنمار النقيب، النقيب للمعلوماتية، تم الإطلاع عليه، يوم: 2023/08/24، على الساعة 13:50، متاح على الرابط، https://nakib.com/ -zoom-meetings/

2- احسان العقلة، موضوع، تم الاطلاع عليه يوم 2023/08/24، على الساعة 15:20، متاح على الرابط https://mawdoo3.com/ %B3_% 8%A8

3- إسلام الزبون، موضوع، تم الاطلاع عليه يوم: 2023/08/24، على الساعة 14:45، متاح على الرابط، https://mawdoo3.com/8%A7%D9%85

4- حاتم شالبي، التوقيع الإلكتروني من الناحية القانونية، تم الإطلاع علي، يوم: 2024/02/06، متاح على الرابط، https://ae.linkedin.com/pulse/-hatem-

5- خالد ممدوح، حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، الإطلاع عليه يوم 2023/12/03، على الساعة 14:55، متاح على الرابط،https://com//KhaledMamdouh.

6- خالد ممدوح، ابرام العقد الإلكتروني، تم الإطلاع عليه يوم 2023/12/03، على الساعة 14:45، متاح على الرابط، https://.com/KhaledMamdouh0

7- خالد ممدوح، التحكيم الإلكتروني، تم الإطلاع عليه يوم 2023/12/03، على الساعة 14:50، متاح على الرابط، https://.com/users/KhaledMamdou

8- خالد ممدوح، التوقيع الإلكتروني، تم الإطلاع عليه يوم 2023/12/03، على الساعة 14:58، متاح على الرابط، https://.com/ /KhaledMamdou

9- خالد ممدوح، التعاقد عبر الوكيل الالكترونية، الإطلاع عليه يوم2023/12/03، على الساعة 15:00، متاح على الرابط، https://com/users/KhaledMamdouh/

10- رشا أبو القاسم، المرسال، تم الإطلاع وم:2023/08/23، على الساعة 14:00، متاح على الرابط: https://www.almrsal.com/post/910612

11- منتديات نواعم ينبع، تم اطلع عليه يوم: 2023/03/27، على الساعة 22:50، متاح على الرابط،https://nawaeemynbu.yoo7.com/t181-topic

12- فتحي ملحس، تطبيقات، تم الاطلاع عليه يوم 2023/08/24، على الساعة 15:00، متاح على الرابط https://tatbeekat.com/b

13- هايل الجازي، موضوع، تم الاطلاع عليه يوم:2023/08/24، على الساعة 14:30، متاح على الرابط https://mawdoo3.com/

II- المراجع باللغة الأجنبية.

A-Les Sources

***Les Codes et les Lois:**

1. Code De La Consumation¸ Dernière Modification Le 08 Septembre 2023 - Document Génère Le 14 Septembre 2023¸Verifiez-Le Un Jour 21/09/2023¸A L'heure 14:30 Disponible A https://www.legifrance.gouv.fr.

2. Loi No 2004-575 Du 21 Juin 2004 Pour La Confiance Dans L'économie Numérique¸ Vérifiez-Le Un Jour 04/10/2023¸ A L'heure 10:00¸ Disponible A https://www.wipo.int/wipolex/ar/text.

3. Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation¸ 18 mars 2014 journal officiel de la république française texte 1 sur 96.

***Ordonnances:**

1. Ordonnance N°2016/131 Du 10 Fevrier2016 Portant Réforme Du Droit Des Contrats, Du Régime General Et De La Preuve Des Obligations, Jorf N°0035 Du 11 Février 2016-Texte N° 26

***Directives Européanne:**

1- Directive 2000/31/ec of the European parliament and of the council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the internal market (directive on electronic commerce)¸ official journal of the European communities¸ 17.7.2000.

2- Directive 2002/65/ce du parlement européen et du conseil du 23 septembre 2002 , concernant la commercialisation a distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/cee du conseil, 97/7/ce et 98/27/ce, journal officiel des communautés européennes, 9.10.2002.

3- Directive 2011/83/ue du parlement européen et du conseil du 25 octobre 2011, relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/cee du conseil et la directive, 1999/44/ce du parlement européen et du conseil et abrogeant la directive 85/577/cee du conseil et la directive 97/7/ce du parlement européen et du conseil, journal officiel de l'union européenne, 22.11.2011.

***RAPPORT.**

1- Rapport Final Du Projet De La Consommation D'industrie Canada, La Règlementation Des Contrats A Distance: Le Temps D'un Bilan, Union Des Consommateurs, Juin 2014, P12.
2- United Nations Conference on Trade and Development, Information Economy, Report 2006, The Development, Perspective, p309.

B-Les References

***Les Ouvrages :**

1- Bensamoun (Alexandra), Gregoire Loiseau, Droit De L'intelligence Artificielle, 2e Edition, Lgdj, Lextenso, 2022
2- Demoulin (marie), et montero (étienne), etude parue dans m. Fontaine (dir.), le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires a l'harmonisation du droit européen, Bruxelles, paris, bruylant, l.g.d.j., 2002.
3- Nicolas (dissaux), christophe (jamin), **réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations**, (ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016), commentaire des articles 1100 a 1386-1 du code civil, éditions dalloz,2017.
4- Tărchilă (petru), et nagy (mariana), comparative approach of the electronic contract and classical contract, in teaching the content of the new civil code in Romania faculty of educational sciences, psychology and social sciences, "aurel vlaicu" university from arad, bd.revolutiei no. 77, arad 310130, Romania.

***Les Articles :**

01- Alessandra (ionata), **le contrat à distance en droit québécois et en droit européen**, revue juridique étudiante de l'université de Montréal vol.1.2, 2015, pp 1 -26.

02- Al-saadi (jaleel hasan), challabi (hussein abdullah), **electronic contract under Iraqi law a study under the Iraqi electronic transactions act no. 78 / 2012,** revue académique de la recherche juridique ,2017 pp. 31- 38.

03- Benazzouz (daouia)، mouterfi (amel)، **diagnostic et perspectives du e-payment en Algérie**، jefb, université el oued, Algérie، volume: 07, numéro: 02, septembre, 2022, pp:761- 778.

04- Benlakehal (Mohamed amine), **the relationship of applying electronic payment systems to improving banks services quality's from the viewpoint of bank's employees: a case study of commercial banks in algeria**, al bashaer economic journal، volume 7, n°02 (august 2021) pp 849-864.

05- Bouri (nassima)، **digital payment in algeria: opportunity to redefine the economic growth model**، journal of management and economic sciences prospects، volume: 03 / n°01، (2019), pp 295-308.

06- Christodoulou (hélène)، **les nouvelles technologies a l'origine de l'évolution contractuelle. Communication - commerce électronique,** université toulouse 1 capitole ، france، 2020, Disponible a، Https://Publications.Ut-Capitole.Fr/

07- Djebbar (rekaia)، **the privacy of mutual consent in the electronic contract in the algerian legislation- between general rules and special legislation-**، journal of politic and law، volume: 12 ، n°: 02 (2020), pp p219-228.

08- El mossouess (attou), azrou (mohamed rida) "**electronic commercial transactions évidence in the algérien législation ",** revue académique de la recherche juridique, rarj, vol. 12, n° 01 (spécial), 2021،pp 728-741

09- Erfan el katib (mohammed)، **blockchain and smart-contracts, an example of coexistence between law and the corresponding sciences, "economics and mathematics as an example"-a reading in philosophy and authentication**," bau journal - journal of legal studies: vol. 2020 , article 3، disponible a:https://digitalcommons.bau.edu.lb/lsjournal/vol2020/iss2020.

10- Hachemi kemouch (nadia)،laradi aliouche (bahia)، brand content : le type de contenu comme moteur d'un bouche a oreille électronique «

implicite », cas de la plateforme facebook revue des sciences économiques, de gestion et sciences commerciales volume: 31 / n°: 02 (2020), pp 161- 174.

11- Hadji (soumya)، **the digital economy in algeria - prospects and challenges**، journal of contemporary business and economic studies، vol.(06) no.(02) (2023), pp. 174- 187.

12- Harrat (mohammed)، **la protection du e-consommateur dans le contrat électronique (etude comparative) e-consumer protection in the electronic contract (comparative study)**، revue de droit et société، vol : 08،no : 01، année : 2020، pp 587-616.

13- Kablan (serge) et oulaï (arthur) ، **la formalisation du devoir d'information dans les contrats de cyberconsommation : analyse de la solution québécoise**، mcgill law journal revue de droit de mcgill، volume 54, numéro 4, winter 2009، pp 627-668.

14- Korkusuz (refik), **an analysis of the revised united nation guidelines for consumer protection and the oecd recommendation of the council on consumer protection in e-commerce**, el tourath review, number 32, ninth folder, december 2019، pp 312-317.

15- Maazi (Djihad), amroune (celia), **Electronic Contract: A Legal Mechanism For The E-Commerce An Analytical Study Under law nº 18-05; Related To E-Commerce,** The Journal Of El-Ryssala For Studies And Research In Humanities، volume: 07/n°: 01/ février 2022. pp 413-421**.**

16- Manoj kumar (Sadual), **electronic contracts: legal issues and challenges**, ijrar- international journal of research and analytical reviews volume 8, issue 3, july-sept 2021، pp 793-198. Disponible a، http://ijrar.com/**.**

17- Max (raskin)، **the law and legality of smart contracts**، georgetown law technology review، vol 1:2، (2017)، pp. 305-341.

18- Montero (etienne), l'avant-projet d'acte uniforme ohada sur le droit des contrats : l'adéquation aux contrats électroniques, rev. Dr. Unif. 2008.

19- Morad (shnikat), et consul**, the legal framework of electronic contract in the jordanian legislation**, global journal of politics and law research, vol.5 no.5, september 2017، pp46-62.

20- Moulay (zakaria), khdim (karim), **protection of consumer in e-commerce- comparison study between algeria and european**

legislations -, the algerian and comparative public law journal, vol. 06, n 02/ december 2020, pp, 08- 28.

21- Qerimi (Islam), **electronic signature and electronic contract, comparative aspect of Kosovo and developed countries**, european journal of formal sciences and engineering, january - june 2020, volume 3, issue 1, pp. 43-61.

22- Savirimuthu (joseph), **online contract formation: taking technological infrastructure seriously,** university of Ottawa law & technology journal, 2005 2 uoltj 105، pp،105-143.

23- Schär (fabian)، **decentralized finance: on blockchain- and smart contract**-based financial market، federal reserve bank of st. louis review, second quarter 2021, 103(2), pp،153-74، disponible a، https://doi.org/10.20955/r.103.153-74**.**

24- Sylvette (guillemard), **de la phase préalable a la formation de certains contrats**، revue générale de droit، volume 24, numéro 2, juin 1993.

*** Thèses:**

1- Assoko (Heracles maye)، **la régulation des réseaux numériques par le contrat**، thèse en vue de l'obtention du grade de docteur en droit prive، école doctorale droit et sciences politiques، centre du droit des affaires université de toulouse i - sciences sociales، le 29 novembre 2006.

2- Boutros, (mickael)، **le droit du commerce électronique: (une approche de la protection du cyber consommateur)**, thèse pour obtenir le grade de docteur de l'université de grenoble، spécialité : droit prive dans l'école doctorale sciences et ingénierie des systèmes de l'environnement et des organisations (siseo) université de france grenoble, année 2014.

3- Christodoulou (hélène)، **La Responsabilité Civile Extracontractuelle À L'épreuve De L'intelligence Artificielle**، Lexbase Droit Privé, 2019، Université Toulouse، Disponible A، https://hal.science/hal-03349668.

4- Duaso calés (rosario)، **la determination du cadre jurisdictional et legislative applicable aux contrats de cyberconsommation**، maîtrise en droit des nouvelles technologies de information, faculté de droit ،université de montréal ،novembre،2002 .

5- Etienne (virginie), **le développement de la signature électronique,** master 2 recherche droit des affaires, dirige par m. Guevel, université paris nord, année universitaire 2010-2011**.**

6- Geslak (virginie) ¸ **la protection du consommateur et le contrat en ligne**¸ master 2 consommation et concurrence centre de droit de la consommation et du marché umr 5815 cnrs dynamiques du droit ¸université de Montpellier ¸année universitaire : 2010-2011.
7- Ghaith (saadi) ¸ **les contrats du commerce électronique : etude comparative entre le droit émirien et le droit français**¸ thèse pour l'obtention du titre de docteur en droit présente et soutenu publiquement volume i¸ université pantheon-sorbonne - paris i, français¸ 2022.
8- Jeremy (achour)¸ **formation du contrat et intelligence artificielle en droit français et anglais** mémoire de recherche fondamentale en droit ¸dans le cadre du master 2 contrats en droit français et européen ¸ faculté de droit et des sciences sociales ¸ université de Poitiers ¸france ¸ 2020/2021.
9- K. Ayeva (malicka) ¸ **le règlement en ligne des litiges de cyber consommation au québec**¸ revue de la littérature et pistes de réflexion pour l'amélioration de l'accès a la justice pour les consommateurs¸ projet de fin d'études présenté a arthur oulaï et soumis à la faculté de droit de l'université de Sherbrooke, Québec, en vue de l'obtention du grade de maitre en droit¸ 30 février 2019.
10- Mahi mahi-disdet (djamila)¸ **l'obligation d'information dans les contrats du commerce electronique**¸ thèse présentée pour obtenir le grade de docteur en spécialité: droit prive de l'université d'avignon et des pays de vaucluse université d'avignon, 2011¸ français.
11- Mangin (celine)¸ **l'expression numérique du consentement contractual**¸ thèse doctorat¸ école doctoral : droit et science politique¸ délivré par l'université toulouse capitole ¸ 2020.
12- Marc¸ (cassiède), **les pouvoirs contractual, etude de droit privé**, thèse doctorat, université de bordeaux, france, 2018.
13- Merliaud (jonathan) ¸ **les contrats conclus avec des plateformes collaboratives ou par leur intermédiaire**¸ master 2 mention droit civil général¸ faculté de droit, sciences économiques et gestion¸ université de lorraine¸ année universitaire 2018-2019.
14- Moreau (nathalie), **la formation du contrat électronique : dispositif de protection du cyberconsommateur et modes alternatifs de règlement des conflits (m.a.r.c.)**, mémoire¸ faculté des sciences

juridiques, politiques et sociales, université de lille 2, année universitaire 2002/2003, document téléchargé sur : http://edoctorale74.univ-lille2.fr.

15- Ndiaye, (penda)¸ **arbitrage en ligne et les litiges du commerce électronique**. Mémoire de maîtrise ¸montréal: faculté de droit, université de montréal¸2006¸ p111. Disponible sur : https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/handle/1866/2366.

16- Reille (flavia)¸ **les robots autonomes et la responsabilité civile**¸ master 2 recherche droit privé général¸ banque des mémoires¸ université' paris¸2021.

17- Rekik (mariem), « **le juge du contrat électronique international**», mémoire, faculté de droit de sfax, année universitaire : 2012 – 2013.

18- Shandi (yousef) ¸ **la formation du contrat à distance par voie electronique**¸ doctorat nouveau régime¸ mention « droit prive »¸ faculté de droit, de sciences politiques et de gestion¸ université robert schuman strasbourg iii¸ 2005.

***Pages en ligne:**

01-Signature Biométrique¸ Signature Electronique Sur Tablette Pour Les Situations En Face A Face¸ Vérifiez-Le Un Jour 06/02/2024¸ A L'heure 10:00¸ Disponible A Https://Www.Validatedid.Com/Fr/Signature-Biometrique

02-https://translation.babylon-software.com/english/to-arabic/

03-http://www.wordreference.com

04-https://dictionary.cambridge.org/.../english.../reference

فهرس المحتويات

المحتويات

مقـــــدمة 6

الباب الأول خصوصية تكوين العقود المبرمة عن بعد 17

الفصل الأول:البيئة الاستثنائية للعقود المبرمة عن بعد..... 19

المبحث الأول:تطور نظام التعاقد في البيئة الإلكترونية. 20

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للعقود المبرمة عن بعد..... 20

الفرع الأول: المقصود بالعقود المبرمة عن بعد:..... 21

أولا: التعريف الفقهي:..... 21

1- العقود المبرمة عن بعد عقود مدمجة بمبادئ النظرية التقليدية للالتزام:..... 21

2- من حيث استخدام البيئة الرقمية في التعاقد:..... 22

3- من حيث تباعد أطرف العلاقة التعاقدية:..... 24

ثانيا: التعريف التشريعي:..... 27

1-التشريعات الدولية: 27

2-التشريعات العربية: 30

3-التشريع الجزائري: 31

الفرع الثاني: خصائص العقود المبرمة عن بعد: 35

أولا: استخدم تكنولوجيا الاتصال في إبرام العقود: 35

ثانيا: الطابع الدولي للعقود المبرمة عن بعد: 36

ثالثا: السرعة في إنجاز المعاملات التعاقدية: 37

رابعا: العقود المبرمة عن بعد مقترنة بالعدول: 37

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للعقود المبرمة عن بعد..... 38

الفرع الأول: صور التعاقد عن بعد:..... 38

أولا: العقود الإلكترونية كآلية للتعاقد عن بعد:..... 38

1- من حيث طريقة عملها:..... 39

2- من حيث استخدامها الوسائل الإلكترونية:..... 40

ثانيا: العقود الذكية آلية للتعاقد عن بعد:..... 42

1- علاقة العقود الذكية بالعقود التقليدية:..... 44

2- العقود الذكية وعقود الذكاء الاصطناعي:..... 44

3_ التفرقة بين العقود الذكية والعقود الإلكترونية:..... 46

4- العقود الذكية والبلوك تشين:..... 48

5- ربط العقود المبرمة عن بعد بالاستهلاك:..... 50

الفرع الثاني: أشخاص العقود المبرمة عن بعد:..... 51

أولا: المستهلك:..... 51

1- ربط المستهلك بالثقافة المعلوماتية:..... 53

2- المستهلك له حماية خاصة:..... 53

ثانيا- المورد:..... 55

ثالث: الأطراف المتدخلة في العقود المبرمة عن بعد بمسميات مختلفة:..... 55

1-العون الاقتصادي في العقد المبرم عن بعد:..... 56

2- المعلن في العقد المبرم عن بعد:..... 56

3- مقدم الخدمة في العقد المبرم عن بعد:..... 57

4- المزود في العقد المبرم عن بعد:..... 57

الفرع الثالث: التكييف القانوني للعقود المبرمة عن بعد:..... 58

أولا: العقود المبرمة عن بعد عقود ذو طبيعة إذعانيه:..... 58

ثانيا: العقود المبرمة عن بعد من العقود الرضائية. 60

ثالثا: العقود المبرمة عن بعد تخضع لمبادئ جديدة:..... 61

1- أخلاقيات الذكاء الاصطناعي كمبدأ حديث:..... 61

2- مبدأ الحياد التكنولوجي في العقد المبرم عن بعد:..... 62

3_مبدأ الأمان الإلكتروني:..... 63

رابعا: العقود المبرمة عن بعد تقتصر على مجالات معينة:..... 63

1- مجالات التعاقد عن بعد:..... 63

2- الاستثناءات الواردة على التعاقد عن بعد:..... 64

المبحث الثاني: دور التقنيات الرقمية في التعاقد..... 66

المطلب الأول: استخدام الوسائل الإلكترونية في التعاقد..... 66

الفرع الأول: أهمية استخدام التقنيات المساهمة في إبرام العقود عن بعد. 66

أولا- بداية استخدم الوسائل في التشريعات الغربية:..... 68

ثانيا- شروط استخدام التقنيات في ابرام العقود:..... 69

الفرع الثاني: الوسائل المادية المستخدمة في التعاقد..... 70

أولا: الوسائل المرئية:..... 70

1- دور الحاسوب الآلي في العقد المبرم عن بعد:..... 70

2- التعاقد عن طريق التلفاز:..... 71

3-دو جهاز المينيتل "Minitel" في العقد المبرم عن بعد:..... 72

ثانيا: دور الوسائل المسموعة والوسائل المكتوبة في العقد المبرم عن بعد:..... 72

1-استخدام الوسائل المسموعة في العقد المبرم عن بعد:..... 72

2- استخدام الوسائل المكتوبة في التعاقد عن بعد:..... 73

الفرع الثالث: التقنيات البرمجية المستخدمة في التعاقد..... 75

أولا: دور تقنيات برمجية في التعاقد:..... 75

1- دور الإنترنت في التعاقد:.....75
2 – مكانة الانترنت في التعاقد عن بعد:.....77
ثانيا- التعاقد بالتطبيقات الملحقة:.....80
1- دور تطبيق الفيس بوك (Facebook) في العقد المبرم عن بعد:.....81
2- التعاقد عن طريق تطبيق التويتر(Twitter):.....82
3- التعاقد عن طريق تطبيق الأنستغرام (Instagram):.....82
4- التعاقد عن طريق تطبيق الماسنجر(Messenger):.....82
5- التعاقد عن طريق تطبيق الزووم (ZOOM):.....82
6-التعاقد عن طريق تطبيق قوقل ميت (Google Meet):.....83
7-التعاقد عن طريق تطبيق الفايبر (Viber):.....83
8- التعاقد عن طريق تطبيق بالواتساب آب (WhatsApp):.....83
9- التعاقد عن طريق تطبيق الإيمو (imo):.....84
المطلب الثاني: تقييم الوسائل الإلكترونية المستخدمة في التعاقد.....86
الفرع الأول: تقييم الوسائل من الناحية القانونية.....87
أولا: فكرة النيابة والوكالة بين الوسيط الإلكتروني والمستخدم.....87
1_ الرأي المؤيد لفكرة النيابة والوكالة:.....87
2_ النقد الموجه لأصحاب فكرة الوكالة:.....89
ثانيا: الرأي القائل بأن الوسائل الإلكترونية مجرد أدوات اتصال:.....91
1- الوسائل الإلكترونية عبارة عن وسيط الكتروني:.....91
2- النقد الموجه لفكرة الوسيط الإلكتروني:.....92
الفرع الثاني: تقييم وسائل التعاقد من الناحية التقنية:.....94
أولا: إيجابيات استخدام الوسائل الإلكترونية عند التعاقد:.....94

1- مبدأ الحياد التكنولوجي في العقد المبرم عن بعد:..... 94

2_ استخدام التشفير الالكتروني للحفاظ على المعلومات عند التعاقد:..... 94

ثانيا: السلبيات الناتجة عن استخدام الوسائل الإلكترونية في التعاقد: 95

1_ البرمجيات الخبيثة قد تلحق الضرر بالوسائل المستخدمة في التعاقد: 95

2_ استخدام شكليات تقنية معقدة في التعاقد بالوسائل والبرامج الإلكترونية: 96

3-التوقف الفجائي للبرامج للوسائل والبرامج الإلكترونية:..... 96

الفصل الثاني: مراحل إبرام العقود عن بعد. 98

المبحث الأول: المرحلة السابقة للتعاقد..... 99

المطلب الأول: الالتزام بالإعلام قبل التعاقد آلية لحماية المستهلك..... 100

الفرع الأول مفهوم الإعلام:..... 100

أولا التعريف الإعلام:..... 100

1-التعريف الاصطلاحي:..... 100

2- التعريف الفقهي للالتزام بالإعلام قبل التعاقد:..... 101

3- موقف التشريع من الالتزام الإعلام قبل التعاقد:..... 102

ثانيا: تمييز الالتزام بالإعلام عنما يشابهه: 104

1- تمييز الالتزام بالإعلام عن الإشهار: 105

2- التفرقة بين الإعلام والترويج في التعاقد عن بعد:..... 106

3- التفرقة بين الإعلام والدعاية في التعاقد عن بعد:..... 107

4- التفرقة بين الإعلام والنصيحة في التعاقد عن بعد: 108

الفرع الثاني: دور الإعلام في التعاقد عن بعد:..... 108

أولا: محل الالتزام بالتعاقد (موضوع الالتزام):..... 109

1- طريقة الدفع في التعاقد عن بعد:..... 109

2- التزام بتحديد السعر ومشتملاته في التعاقد عن بعد:..... 111
2- كيفية التسليم في العقود المبرمة عن بعد: 111
3- مدة العقد عند التعاقد عن بعد: 112
4- الإفصاح عن هوية المتعاقد في العقود المبرمة عن بعد:..... 112
ثانيا: شروط الالتزام بالإعلام: 113
1- يتوجب الوضوح والشفافية والنزاهة في الإعلام: 113
2- ضرورة الحفاض على أمن وسرية المعلومات:..... 116
3- ضرورة اعلام المستهلك بالبرمجيات المستخدمة:..... 117
الفرع الثالث: الجزاء المترتب عن الإخلال بالالتزام المسبق للتعاقد:..... 117
أولا: في حالة إغفال المعلومات الواجب التصريح بها عند التعاقد عن بعد : 118
المطلب الثاني: المفاوضات التمهيدية للتعاقد. 120
الفرع الأول: الطبيعة القانونية للمفاوضات:..... 120
أولا: تعريف المفاوضات العقدية: 120
1-المدرسة الفرنسية:..... 121
2-المدرسة الجرمانية:..... 122
ثانيا: التفرقة بين الدعوة للتعاقد والدعوة للتفاوض: 122
ثالثا: خصائص مرحلة المفاوضات العقدية:..... 123
1- المرحلة السابقة على العقد مرحلة تمهد لإبرام العقد: 124
2- المرحلة السابقة على العقد ذات نتيجة احتمالية:..... 124
رابعا: المبادئ التي تحكم مرحلة المفاوضات العقدية: 125
1- مبدأ حرية التفاوض:..... 125
2- مبدأ التحلي بحسن النية أثناء التفاوض:..... 125

3- مبدأ ضرورة الالتزام بالاستمرار بالتفاوض: 126

4- مبدأ الالتزام بالتفاوض بحسن نية:..... 126

3- مبدأ الالتزام بمواصلة المفاوضات: 128

خامسا: الالتزامات الناشئة عن المفاوضات: 129

1- الالتزام ببذل العناية اللازمة:..... 129

2- الالتزام بالمحافظة على الأسرار: 129

3- الالتزام بالتعاون:..... 130

الفرع الثاني: أهمية المفاوضات قبل التعاقد..... 130

أولا: الهدف من المفاوضات:..... 131

1- دور المفاوضات في إعادة التوازن العقدي: 131

2- دور المفاوضات في منع الادعاء بالإذعان:..... 131

3- دور المفاوضات في تبادل المعلومات:..... 132

4- دور المفاوضات للوصول للقناعة النهائية:..... 132

5- دور المفاوضات في تقليص النزاعات العقدية:..... 132

ثانيا: حدود التفاوض عند التعاقد عن بعد. 133

1- ما يدخل ضمن المفاوضات:..... 133

2- ما يستثنى من المفاوضات:..... 133

ثالثا: المفاوضات في العقود الذكية..... 133

المبحث الثاني: مرحلة إبرام العقد..... 135

الفرع الأول: أحكام مجلس العقد المبرم عن بعد:..... 136

1- الرأي المنكر لمجلس العقد:..... 137

2- الرأي القائل بأن التعاقد عن بعد هو تعاقد بين غائبين:..... 137

3- الرأي القائل بأن التعاقد عن بعد هو تعاقد بين حاضرين:..... 138

4- الرأي القائل بأن التعاقد عن بعد هو تعاقد بين حاضرين زمانيا وغائبين مكانيا: 138

5- الرأي القائل بأن مجلس التعاقد عن بعد هو مجلس حقيقي:..... 139

6- الرأي القائل بأن مجلس التعاقد عن بعد هو مجلس حكمي (الافتراضي): 139

الفرع الثاني: خصوصية التراضي في العقود المبرمة عن بعد:..... 140

أولا: الجانب التقني في التعبير عن الإرادة:..... 140

1-التعبير الصريح:..... 141

2-التعبير الضمني:..... 142

3-صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة في العقود المبرمة عن بعد: 143

ثانيا-توافق الإرادتين:..... 144

1-الايجاب: 144

2-القبول:..... 147

3-إقتران الإيجاب بالقبول:..... 150

ثالثا: إشكالية التأكد من الأهلية في غياب الأطراف: 152

2-عوارض الأهلية في التعاقد عن بعد: 153

رابعا: عيوب الرضا في التعاقد عن بعد:..... 155

1-الغلط في العقد المبرم عن بعد: 155

2-التدليس في العقد المبرم عن بعد:..... 157

3-الإكراه في العقد المبرم عن بعد: 158

4-الإستغلال أو الغبن في العقد المبرم عن بعد:..... 159

خامسا: لحظة تشكيل العقد المبرم عن بُعد:..... 161

1- تحديد القانون الواجب التطبيق في العقد المبرم عن بعد: 161

2-تحديد بداية احتساب الآجال القانونية: 162
2-تحديد الالتزامات العقدية في العقد المبرم عن بعد: 162
سادسا-النظرية المعتمدة في تحديد زمان ومكان إبرام العقد. 162
1-نظرية إعلان القبول: Système De Declaration 162
2-نظرية تصدير القبول: Système D´Expedition 163
3-نظرية استلام القبول: Système De Reception 163
4-نظرية تسليم القبول: Système D´Einformation 163
المطلب الثاني: التوقيع في العقود المبرمة عن بعد: 165
الفرع الأول: التوقيع الإلكتروني: 165
أولا: تعريف التوقيع الإلكتروني: 165
2-التفرقة بين التوقيع العادي والتوقيع الإلكتروني: 167
3-خصوصية التوقيع الإلكتروني: 168
ثانيا: حجية التوقيع الإلكتروني: 169
رابعا: صور التوقيع الإلكتروني: 171
1_التوقيع الرقمي La Signature Numérique. 172
2_التوقيع البيومتري Signature Biométriques. 172
3_التوقيع بالقلم الإلكتروني Pen Op: 172
4_التوقيع باستخدام بطاقة الإئتمان: 173
5_التوقيع الخطي الإلكتروني: 173
6-التوقيع بالبصمة الالكترونية: 173
الفرع الثاني: التصديق الإلكتروني 174
أولا: الهيئات المكلفة بالتصديق الإلكتروني. 175

ثانيا: إجراءات التصديق الإلكتروني..... 177

ثالثا: شهادة التصديق الإلكتروني. 177

رابعا: أنواع شهادات التصديق:..... 178

خامسا: دور التصديق الإلكتروني في منح الحجية اللازمة..... 178

خلاصة الباب الأول:..... 180

الباب الثاني: خصوصية تنفيذ العقود المبرمة عن بعد..... 182

الفصل الأول: ضوابط تنفيذ العقود المبرمة عن بعد 183

المبحث الأول:الالتزامات المتبادلة بين طرفي العلاقة التعاقدية ذات طبيعة خاصة..... 184

المطلب الأول: الوفاء بتسليم محل الالتزام..... 184

الفرع الأول: تسليم الأشياء المادية في التعاقد عن بعد:..... 185

الفرع الثاني: تسليم الأشياء المعنوية في التعاقد عن بعد:..... 188

أولا: التسليم في المجال الرقمي:..... 189

ثانيا: التسليم في مجال الخدمات: 191

ثالثا: التسليم في العقود الذكية:..... 192

الفرع الثالث: شروط التسليم في التعاقد عن بعد: 193

1- مطابقة العرض في العقد المبرم عن بعد:..... 193

2-احترام كيفيات التسليم في العقد المبرم عن بعد:..... 196

المطلب الثاني: الوفاء بالدفع في العقود المبرمة عن بعد..... 203

الفرع الأول: مدلول نظام الدفع..... 203

أولا: تعريف الدفع الإلكتروني:..... 203

ثانيا: قواعد الدفع الإلكتروني:..... 205

ثالثا: تطور وسائل الدفع الإلكتروني..... 206

رابعا: شروط الدفع الإلكتروني في الجزائر:..... 208

الفرع الثاني: أنظمة الدفع الرقمي:..... 209

أولا: الوسائل المستخدمة في الدفع الإلكتروني:..... 210

1-البطاقة الذكية كوسيلة للدفع:..... 210

2-بطاقة الائتمان كوسيلة للدفع: 210

3-البطاقة الإلكترونية كوسيلة للدفع: 211

4- الشيك الإلكتروني كوسيلة للدفع:..... 212

5-الدفع عبر النقود الإلكترونية (المحفظة الإلكترونية):..... 213

ثانيا: استحقاق الدفع الإلكتروني: 218

1-زمن استحقاق الدفع الإلكتروني:..... 218

2-مكان استحقاق الدفع الإلكتروني:..... 219

ثالثا: كيفيات الدفع في المعاملات العابرة للحدود:..... 220

خامسا: مخاطر الدفع الإلكتروني في العقود المبرمة عن بعد:..... 222

1- الجريمة الإلكترونية في العقود المبرمة عن بعد: 222

3- التعرض للفيروسات الإلكترونية في العقود المبرمة عن بعد:..... 222

سادسا: التصدي لمخاطر الدفع الإلكتروني في العقود المبرمة عن بعد: 223

1-الجدار النار أو الحاجز الناري الإلكتروني في العقود المبرمة عن بعد: 223

2-مضاد الفيروسات الإلكترونية في العقود المبرمة عن بعد:..... 223

المبحث الثاني: العدول كاستثناء وارد على تنفيذ العقد المبرم عن بعد..... 225

المطلب الأول: التنظيم القانوني للعدول..... 225

الفرع الأول: مفهوم العدول:..... 225

أولا: تعريف العدول. 225

ثانيا: نظرة التشريع للعدول عن التعاقد. 229

ثالثا: التفرقة بين العدول وما يقاربه من مصطلحات..... 231

1- التفرقة بين العدول والفسخ: 231

2- تمييز حق العدول عن البيع بالتجربة:..... 233

3- تمييز العدول عن الوعد بالتعاقد: 234

4- فكرة التعاقد بالعربون:..... 236

5- فكرة البيع على شرط:..... 237

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للعدول..... 238

1- خيار العدول حق شخصيا:..... 239

2- خيار العدول حقا عينيا: 239

3- حق العدول رخصة:..... 240

4- خيار العدول حق إرادي محض:..... 240

رابعا: العقود المستثناة من تطبيق العدول:..... 241

المطلب الثاني: الأثار المترتبة عن العدول عن التعاقد..... 244

الفرع الأول: إجراءات تطبيق العدول..... 244

أولا: بالنسبة للمستهلك:..... 245

1- مهلة تأكيد التعاقد: 245

2-مهلة العدول بالنسبة للمستهلك:..... 246

ثانيا: بالنسبة للمحترف:..... 249

1-رد المبلغ من المورد في حال العدول للمستهلك: 249

2- رد المنتج:..... 251

3-تسليم جديد مطابق للطلبية: 251

ثالثا: سقوط الحق في العدول: 251

رابعا: مخالفة حق العدول يرتب جزاء: 252

الفرع الثاني: أثر العدول على القوة الملزمة للعقد: 253

أولا: حق العدول استثناء عن القوة الملزمة للعقد: 254

ثانيا: فترة الانسحاب لا تمنع التوقيع الفوري للعقد: 255

ثالثا: تمييز تمام العقد عن فعاليته: 257

المبحث الأول: المسؤولية الناجمة عن التعاقد عن بعد 259

المطلب الأول:المسؤولية في التعاقد عن بعد: هل هي مسؤولية تقصيرية أم عقدية؟ 260

الفرع الأول: المسؤولية قبل التعاقد مسؤولية تقصيرية: 260

أولا: المسؤولية الناتجة عن التفاوض مسؤولية تقصيرية. 260

1- المسؤولية ما قبل التعاقدية قائمة على فكرة التعسف في استعمال الحق: 261

2- المسؤولية تقصيرية قائمة على إفشاء المعلومات: 261

3- نقد فكرة المسؤولية الناتجة عن التفاوض مسؤولية تقصيرية: 262

ثانيا: المسؤولية الناتجة عن التفاوض مسؤولية عقدية 263

1- اعتبار المسؤولية في المرحلة السابقة للتعاقد مسؤولية عقدية: 263

2- المبادئ التي تحكم العقد هي نفس المبادئ التي تحكم المفاوضات: 263

3- التصرف القانوني بين المتفاوضين بمثابة عقد ضمني: 264

ثالثا: المسؤولية ما قبل التعاقدية مسؤولية من نوع خاص: 265

رابعا: موقف القانون من المسؤولية في مرحلة المفاوضات أو مرحلة ما قبل التعاقد: 265

خامسا المسؤولية المتعلقة بالإعلام قبل التعاقد: 267

سادسا: أساس المسؤولية قبل التعاقد. 269

1- المسؤولية تقوم على أساس الخطأ 269

2- المسؤولية تقوم على أساس تحمل التبعة في العقود المبرمة عن بعد: 272
3- المسؤولية تقوم على أساس الوكالة في العقود المبرمة عن بعد: 272
4- المسؤولية القائمة على اساس الفضالة في العقود المبرمة عن بعد:..... 273
الفرع الثاني: المسؤولية الناتجة عن تنفيذ العقود المبرمة عن بعد. 274
أولا: مسؤولية المورد الإلكتروني تجاه المستهلك:..... 274
1- مسؤولية المورد تجاه المستهلك قائمة على أساس الخطأ: 274
2- مسؤولية المورد الإلكتروني في العقد الإلكتروني مسؤولية دون خطأ: 276
3-المسؤولية تجاه التوقيع في العقود المبرمة عن بعد:. 278
ثانيا-الإعفاء من المسؤولية عموما:..... 278
1-حالة القوة القاهرة في العقود المبرمة عن بعد: 278
2-نفي قيام العلاقة السببية لسبب الأجنبي في العقود المبرمة عن بعد: 279
ثالثا-التخلي عن المسؤولية نظير الشروط التعسفية في العقود المبرمة عن بعد:..... 279
المطلب الثاني:المسؤولية الناتجة عن الوسائل الذكية المستخدمة في التعاقد 281
الفرع الأول: الطبيعة القانونية للمسؤولية الناجمة عن الوسائل الإلكترونية:..... 281
أولا: هل يمكن تحميل المسؤولية للوسائل الإلكترونية..... 281
1-دور الروبوت في التعاقد:..... 281
2-دور الذكاء الاصطناعي في التعاقد:..... 282
3-التفرقة بين الذكاء الاصطناعي والروبوت:..... 283
4-التفرقة بين الذكاء الاصطناعي والعقد الذكي:..... 284
ثانيا: شخصنة الوسائل الإلكترونية:..... 284
1-إضفاء الطابع الإنساني للروبوت:..... 284
2-الرأي القائل بالاعتراف للذكاء الاصطناعي بالشخصية القانونية:..... 285

3-نقد الفكرة:..... 287
الفرع الثاني: أساس المسؤولية الناجمة عن الوسائل الإلكترونية الذكية..... 289
أولا: إسناد المسؤولية عن الأجهزة الذكية على أساس الوكالة:..... 290
1-قيام المسؤولية على الأجهزة الذكية على أساس الوكالة:..... 290
2_ نفي المسؤولية من طرف الموكل:..... 291
ثانيا: إسناد المسؤولية عن الأجهزة الذكية قياسا بالمسؤولية الناجمة على الأشياء:..... 292
2_نقد فكرة المسؤولية الناتجة عن الأشياء:..... 295
ثالثا: إسناد المسؤولية عن الأجهزة الذكية على أساس مسؤولية المنتج:..... 296
1-إضفاء فكرة المسؤولية على أساس المسؤولية عن المنتجات المعيبة:..... 296
رابعا: قوام المسؤولية أمام خصوصية الوسائل الذكية: 297
1-الخطأ الصادر جراء استخدام الوسائل الإلكترونية:..... 297
2-الضرر جراء استخدام الوسائل الإلكترونية:..... 298
3-التعويض جراء استخدام الوسائل الإلكترونية:..... 299
خامسا: التوفيق بين حماية المستهلك وتحمل المسؤولية:..... 300
1-نظرية المسؤولية عن التدخل في العلاقات التعاقدية:..... 300
المبحث الأول: المنازعات في العقود المبرمة عن بعد..... 301
المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق في العقود المبرمة عن بعد. 302
الفرع الأول: في حال اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق:..... 302
أولا: حرية الأطراف في اختيار قانون العقد:..... 303
1-الأراء الفقهية حول حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد:..... 304
2- الرؤية التشريعي حول حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد: 307
3-القانون الواجب التطبيق بالنسبة للمورد الإلكتروني:..... 309

4-القانون الواجب التطبيق بالنسبة للأشخاص الاعتبارية: 309
الفرع الثاني: في حال عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق: 309
أولا: المفاضلة بين قانون البائع وقانون المشتري: 310
1-أنصار تطبيق قانون البائع: 310
2-أنصار تطبيق قانون المشتري: 310
ثانيا: المفاضلة بين قانون تكوين العقد وقانون تنفيذه: 311
1- معيار تطبيق قانون مكان إبرام العقد: 312
2-معيار تطبيق قانون مكان تنفيذ العقد: 313
3- اشكالية تنفيذ العقد في أماكن متعددة: 314
ثالثا: ضرورة وجود رابطة بين العقد والقانون الواجب التطبيق: 315
1- ارتباط القانون الواجب التطبيق بمكان وجود المحكمة: 315
2- ارتباط القانون الواجب التطبيق بموطن المتعاقدين: 316
3- قانون الجنسية او قانون محل الاقامة: 316
رابعا: إشكالية تفسير العقد عند البحث عن القانون الواجب التطبيق 317
خامسا: ضرورة مراعاة حماية المستهلك في تطبيق القوانين للفصل في النزاع: 318
المطلب الثاني: فض منازعات العقود المبرمة عن بعد 319
الفرع الأول: فض النازعات في العقد المبرم عن بعد عن طرق القضاء 319
أولا: الاختصاص القضائي للعقود المبرمة عن بعد داخل الوطن: 319
ثانيا: الاختصاص القضائي للعقود المبرمة عن بعد في حالة اختلاف الموطن: 320
1: الاختصاص القضائي عند الاتفاق حول محكمة. 320
2: الاختصاص القضائي عند عدم الاتفاق حول محكمة المختصة للفصل في النزاع. 321
ثالثا: أهمية تحديد السلطة القضائية المختصة في قضايا التعاقد عن بُعد للفصل في النزاع: .. 323

رابعا: إشكالية تطبيق الأحكام الأجنبية:..... 323

الفرع الثاني: الطرق البديلة لتسوية المنازعات للفصل في النزاع:..... 325

أولا: الصلح كطريق بديل لحل النزاع في العقود المبرمة عن بعد:..... 326

ثانيا: الوساطة:..... 328

ثالثا: التحكيم الإلكترونية كطريقة بديلة لحل النزاع:..... 334

1-تعريف التحكيم الإلكتروني:..... 334

2-الاختلاف الفقهي حول التحكيم الإلكتروني:..... 336

3-الإتفاق على القضاء المختص للقيام بالتحكيم:..... 336

4-شروط قبول القيام بالتحكيم:..... 338

5-دور القضاء في الحكم الصادر عن طريق التحكيم:..... 340

خلاصة الباب الثاني:..... 341

خـاتمة..... 342

المراجع والمصادر..... 350

فهرس المحتويات..... 384

الملخص:

للعقد مكانة خاصة في كل التشريعات، وفي ظل التطور التكنولوجي والتحول الرقمي الذي يغزو كل مجالات الحياة، وظهور وسائل إلكترونية، وبرامج تقنية، يمكن استخدامها في التعاقد عبر مختلف مراحل العقد، سواء في مرحلة التكوين أو التنفيذ، فقد تأثر العقد بهذه التقنيات الحديثة، ما أبرز إمكانية التعاقد عن بعد بهذه الوسائل، وبمختلف صوره سواء العقد الإلكتروني، أو العقد الذكي، وظهور ما يعرف بالتعاقد في المحيط الافتراضي، ما نتج عنه ضرورة البحث عن من يتحمل المسؤولية، في ظل عدم ثبات الوسائل الإلكترونية وإمكانية دمجها بالذكاء الاصطناعي، وما قد يتمخض عن العقد من منازعات وإمكانية فضها سواء عن طريق القضاء، أو عن طريق الوسائل البديلة، ومدى استيعاب المنظومة التشريعية لهذه العقود.

الكلمات المفتاحية:

العقد– التحولات القانونية – التطور التكنولوجي– الآليات الحديثة.

Abstract

The contract has a special place in all legislation, and in light of the technological development and digital transformation that is invading all areas of life, and the emergence of electronic means and technical programs, which can be used in contracting through the various stages of the contract, whether in the formation or implementation stage, the contract has been affected by these modern technologies, which He highlighted the possibility of remote contracting by these means, and in its various forms, whether electronic contract, or smart contract, and the emergence of what is known as contracting in the virtual environment, which resulted in the necessity of searching for someone who bears responsibility, in light of the lack of stability of electronic means and the possibility of integrating them with artificial intelligence, and what may result. Concerning contract disputes and the possibility of resolving them, whether through the judiciary or through alternative means, and the extent to which the legislative system accommodates these contracts.

Keywords

Contract- Legal Transformations - Technological Development - Modern Mechanisms