تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

مقدمة:

إذا كانت التجارة بمفهومها التقليدي قد شهدت أساليب متنوعة عبر التاريخ بدءا بأسلوب المقايضة، ومرورا بتنظيم الأسواق، وكذا التنقل باستخدام مختلف الوسائل، فإن عصرنا الحالي يمكن وصفه بعصر التطورات المتلاحقة في مجال نظم المعلومات، والتي واكبتها تطورات أخرى في مجال نظم الاتصالات تحول معها العالم إلى قرية كونية صغيرة، تتقلص فيها المسافات، وتتلاشى فيها الحدود الجغرافية التقليدية.

ولقد كان لهذا التطور التقني المذهل أثره البالغ على كافة مناحي الحياة الاقتصادية والاجتماعية والعلمية والقانونية، وأدى إلى بزوغ شمس وليدة جديدة تمثلت في التجارة الالكترونية، حيث تحولت أسواق العالم إلى أسواق واسعة النطاق تلتقي فيها الأطراف المتعاقدة عن بعد، عبر تقنيات الاتصال الحديثة، بحيث يتم تبادل المعلومات والبيانات بيسر وسرعة فائقة.

ولما كانت التجارة الالكترونية تقوم على السرعة في إبرام العقود وتنفيذها توفيرا للوقت والجهد والمال. وكان العقد الالكتروني في هذه الأثناء، أهم وسيلة لتجسيد هذا النوع من التجارة التي أخذت حصة الأسد من حجم التجارة العالمية، فقد أصبح العقد الالكتروني منار اهتمام رجال القانون، مشرعا وقاضيا وفقيها: المشرع بضرورة ملاحقة هذا التطور المذهل والتصدي له بالقواعد القانونية التي تتلاءم معه ومده بقواعد جديدة متطورة، يتخطى بها القواعد التقليدية وقيودها، والقاضي بضرورة الإلمام بالقانون المقارن لأن إبرام العقد يتم بين أطراف متواجدة في إقليم شتى من العالم تختلف قواعدها القانونية اختلافا بينا، ثم عليه أي القاضي-أن يلعب دورا خلاقا، ولا يقف حبيس النصوص الجامدة، بل يتعداها إلى أعمال القياس والاستنباط والفقه بالاجتهاد الدائم، فيعرض بالدارسات لكل المستجدات، ويطرح ما يراه مناسبا في شأنها. فرغبة منا للوقوف على كنه العقد الالكتروني، واستكشاف عالم التجارة الالكترونية، قمنا باختيار موضوع مذكرتنا هذه لما يمثله من أهمية بالغة فرضت نفسها على الساحة القانونية وشغلت اهتمام وتفكير رجال القانون والسياسة والاقتصاد على حد سواء. إن العقد الالكتروني لا يختلف في جوهره عن عقد التقليدي، فهو لا يعدو أن يكون ارتباطا للإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول المتعاقد الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه. لذا فإن إبرامه يستلزم توافر الأركان اللازمة لإبرام أي عقد من رضا ومحل وسبب، غير أن هذا النوع من العقود يتم إبرامها عبر شبكة الاتصالات الحديثة.

تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

فالعقد الالكتروني ينشأ من تلاقي الإيجاب والقبول بطريقة سمعية أو بصرية أو بكليهما دون حاجة إلى التقاء الأطراف الحقيقي، أي انتفاء مجلس العقد الحقيقي، إذ أن مجلس العقد الالكتروني مجلس افتراضي حكمي.

وخلال دراستنا لتكوين العقد الالكتروني استوقفتنا بعض التساؤلات حول مدى إمكانية استيعاب القواعد الكلاسيكية المنظمة للعقد في القانون المدني لهذا الجديد في التعاقد خاصة ما تعلق منها بالإبرام، ناهيك عن مشكلة التحقق من الأهلية والوسائل، التقنية المساعدة في ذلك. ولقد اعترضتنا في بحثنا هذا بعض الصعوبات التي ترجع إلى خصوصية العقد الالكتروني وما يتسم به من صيغة فنية، حيث ينبغي للباحث عند التصدي لهذا النوع من المواضيع أن يكون ملما بالجوانب الفنية لتقنيات الاتصال الحديثة، لا سيما الانترنت، لأنه يهدف إلى إيجاد بعض الحلول لمشكلات قانونية يثيرها التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة. كما ترجع صعوبة البحث أيضا إلى قلة المراجع القانونية المتخصصة باللغة العربية وخاصة منها الجزائرية.

ولأجل الإحاطة بجوانب موضوع البحث، وتقديمه في أحسن حلّة وجعله في متناول القارئ الباحث، ارتأينا تقسيمه إلى مبحث تمهيدي وفصلين على النحو التالي:

أولا: مبحث تمهيدي عنوانه ماهية العقد الالكتروني، وقد قمنا بتقسيمه إلى ثلاث مطالب، المطلب الأول تعرضنا فيه إلى تعريف العقد بصفة عامة ثم التعريف التشريعي والفقهي، والمطلب الثاني تعرضنا فيه إلى أنواع العقود الالكترونية، والمطلب الثالث تعرضنا فيه إلى خصائص العقد الالكتروني.

ثانيا: الفصل الأول عنوانه: إبرام العقد الالكتروني، وقد قمنا بتقسيمه إلى مباحث ثلاثة، تناولنا في المبحث الأول التفاوض الالكتروني ماهيته ، أهميته ومراحله، وتناولنا في المبحث الثاني تلاقي الإرادتين عبر تقنيات الاتصال الحديثة، الإيجاب والقبول أما في المبحث الثالث مجلس العقد الالكتروني عبر الهاتف والفاكس ومجلس العقد الالكتروني في التعاقد عبر الانترنت.

ثالث: الفصل الثاني وعنوانه: صحة العقد الالكتروني، وقسمناه بدوره إلى مباحث ثلاثة، تناولنا في المبحث الأول الأهلية وفي المبحث الثاني عيوب الإرادة، وفي المبحث الثالث تناولنا محل العقد الالكتروني وسببه.

وأنهينا المذكرة بخاتمة ضمنت النتائج المتوصل إليها وأردفناها بجملة من التوصيات.

تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

المبحث التمهيدي: ماهية العقد الإلكتروني

المطلب الأول: تعريف العقد الالكتروني

الفرع الأول: تعريف العقد بصفة عامة

الفرع الثاني: التعريف التشريعي للعقد الالكتروني

الفرع الثالث: التعريف الفقهي للعقد الالكتروني

المطلب الثاني: أنواع العقود الالكترونية

الفرع الأول: العقود بين قطاعات الأعمال (B2B)

الفرع الثاني: العقود بين قطاعات الأعمال والمستهلكين (B2c).

الفرع الثالث: أهم الفروق بين العقود من نوع (B2B) والعقود من نوع (B2c)

المطلب الثالث: خصائص العقد الالكتروني.

الفرع الأول: العقد الالكتروني عقد عن بعد.

الفرع الثاني: العقد الالكتروني عقد تجاري تقليدي.

الفرع الثالث: العقد الالكتروني عقد عابر للحدود.

تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

المبحث التمهيدي: ماهية العقد الإلكتروني

يمثل العقد الإلكتروني أداة أساسية للتجارة الإلكترونية، كما أنه أداة فعالة لتحسينها وإضفاء الأمان والثقة عليها، ويرتبط العقد الإلكتروني ارتباطا وثيقا بالتجارة الإلكترونية، بحيث يستحيل عمليا فصلهما عن بعضهما. والعقد الإلكتروني لا يختلف كثيرا في أساسياته عن العقد التقليدي[1].

من حيث ضرورة توافر أركان انعقاده وشروط صحته. غاية ما في الأمر أن القد الإلكتروني يتم من حيث المكان بين غائبين، ومن ثم كان لزاما على المشرع أن يتدخل لوضع الضوابط والضمانات التي تكفل انعقاده في جو من الثقة والأمان، وتوفير الحماية القانونية اللازمة لأطرافه .

المطلب الأول : تعريف العقد الإلكتروني.

حتى يتسنى لنا تعريف العقد الإلكتروني ، استوجب علينا الوقوف على تعريف العقد بصفة عامة .

الفرع الأول: تعريف العقد بصفة عامة.

العقد لغة: هو العهد، والجمع عقود أي عهود، فيقال عهدت إلى فلان في كذا وكذا، ألزمته ذلك، والمعاقدة هي المعاهدة. فالمعاقدة إذا هي الإلزام باستيثاق.

وفي الفقه الإسلامي أطلق غالبية فقهاء الشريعة الإسلامية لفظ العقد على كل تصرف يمكن أن يرتب أثرا شرعيا، سواء كان هذا التصرف وليد إرادتين أو كان قائما على إرادة واحدة، فهو يمكن أن ينصرف إلى البيع ، والإجارة ، والشركة، وغيرها من التصرفات التي تستوجب التوافق بين الإيجاب والقبول، كما ينصرف كذلك إلى التصرفات التي تقوم على إدارة منفردة بحيث تنعقد بالإيجاب وحده ومثال ذلك ، الطلاق ،الوصية، العتق ، غير أن عددا كبيرا من فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين ، قد أطلقوا لفظ العقد على كل تصرف قانوني يقوم على إدارتين فقط.

ولقد أشار المشرع الجزائري في القانون المدني إلى تعريف العقد في المادة 54 بقوله " العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما " ويلاحظ أن المشرع لم يكن مصيبا في تعريفه للعقد[2].

---

[1] – سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دار النهضة العربية، مصر، ط 2006، ص 56

[2] – وقع الخلط بين تعريف العقد وتعريف الالتزام، فالعقد مصدر للالتزام ، ومن ثم فإن الالتزام لا يعدو أن يكون مجرد أثر للعقد

تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

ومهما يكن من أمر، فإن التعريفات هي من صميم عمل الفقه وليس عمل المشرع .ويعرّف العقد بأنه" توافق إرادتين على أحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء الالتزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه" يلاحظ مما سيق أن الأثر القانوني للعقد يقتصر على إنشاء الالتزام.

الفرع الثاني: التعريف التشريعي للعقد الإلكتروني

ركزت التشريعات في تعريفها للعقد الإلكتروني على العنصر الإلكتروني في هذا العقد، وبمعنى أخر حول الطريقة أو الوسيلة التي ينعقد بها هذا العقد[3].

وفيما يلي عرض للتعريفات الواردة في بعض التشريعات :

أولا: في التشريع الأوروبي صدر التوجيه الأوروبي رقم 97-07 بتاريخ 20 ماي 1997 والخاص بعقود البيع عن بعد، وعرف في مادته الثانية عقد البيع عن بعد بأنه "كل عقد يتعلق بأموال أو خدمات، يبرم بين المورد والمستهلك ضمن إطار نظام بيع أو تقديم خدمة عن بعد ينظمه المورد باستخدام وسائل تقنية للاتصالات عن بعد وصولا إلى إبرام العقد وتنفيذه .

ثانيا: في التشريعات العربية :

– في غياب تشريع جزائري يتناول التجارة الإلكترونية و من ثم غياب تعريف المشرع الجزائري للعقد الإلكتروني نعود إلى التعريفات الواردة في القوانين المقارنة العربية. ففي القانون الأردني رقم 85 لسنة 2001، بشأن المعاملات الإلكترونية تنص المادة الثانية منه على أنه يقصد بالعقد الإلكتروني "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كليا أو جزئيا"وفي القانون الإماراتي رقم 2 لسنة 2002 بشأن المعاملات التجارة الإلكترونية ، نصت المادة الثانية منه على أنه يقصد بالمعاملات الإلكترونية:" أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية "

الفرع الثالث : التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني

لقد عرف جانب من الفقه الفرنسي العقد الإلكتروني بأنه: " اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول – بشأن الأموال والخدمات عبر الشبكة دولية للاتصالات عن بعد ، وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية ، تتيح التفاعل[4].

---

[3] – أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الانترنت، دار الكتب القانونية، مصر 2005، ص:34

[4] – التفاعل هو إمكانية التبادل بين مستعمل نظام المعلومات والآلة ، بواسطة نهاية طرفية متصلة بشاشة الرؤية. L'interactivité est la faculté d'échange entre utilisateur d'un système informatique et la machine, par l'intermédiaire d'un terminal doté d'un écran de visualisation

تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

الحواري بين الموجب والقابل "ويؤخذ على هذا التعريف أنه قصر مفهوم العقد الإلكتروني على المعاملات التي تبرم عبر الانترنت فقط. وفي هذا تعارض مع مفهوم تقنيات الاتصال المختلفة. فلا يمكن ربط مفهوم العقد الإلكتروني بوسيلة إتصال معينة ولئن كانت الانترنت تمثل حاليا أخر ما وصل إليه العلم الحديث في مجال الإتصال، فسوف تصبح في يوم ما، بفعل التقدم الهائل في مجال الإتصالات، وسيلة قديمة حيث ستظهر وسيلة جديدة يطلق عليها اسم الفضاء المصطنع، والذي سيؤدي إلى وجود عالم ذهني مصطنع. وفي ظل التحفظ المبدي، يرى جانب من الفقه أن تعريف العقد الإلكتروني هو"إتفاق بين شخصين أو أكثر يتلاقى فيه الإيجاب والقبول عبر تقنيات الإتصال عن بعد، بهدف إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها".

المطلب الثاني: أنواع العقود الإلكترونية

تشمل التجارة الإلكترونية نوعين أساسيين من العقود الإلكترونية: العقود الخاصة بالأعمال المهنية أي عقود مابين قطاعات الأعمال (BUSINESS TO BUSINESS(B2B)والنوع الثاني يمثل العقود بين القطاعات الأعمال والمستهلكين(BUSINESS TO CUSTOMER)

الفرع الأول: العقود بين القطاعات الأعمال (B2B) يتم هذا النوع من عقود التجارة الإلكترونية بين مؤسسات الأعمال بعضها وبعض والتي تتبادل المعلومات والبضائع عادة فيما بينها والتي ترتبط بعقود رسمية وقانونية[5].

وتقوم وحدة الأعمال باستخدام شبكة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات لتقديم طلبات الشراء إلى الموردين وتسليم الفواتير وكذلك تقوم بعملية الدفع ويتم تبادل أنواع معينة ومحددة من البضائع أو الخدمات بأسعار متفق عليها بشكل مسبق . ويتميز هذا النوع من المبادلات بوثوقية عالية وبأمان في نقل المعلومات. ويقتصر الولوج إلى هذه الخدمة الخاصة على فئة معينة ومحددة من الشركات. ويتمتع هذا النوع من التجارة بمهنية عالية كما أن عائداته مهمة جدا.

وتمثل عقود التجارة الإلكترونية بين قطاعات الأعمال الحجم الأكبر من قيمة التجارة الإلكترونية الكلية، كما أنها سبقت باقي أنواع التجارة الإلكترونية نظرا لما توفره من آليات تؤدي إلى تسهيل المعاملات، وتخفيض التكلفة وزيادة الربحية وتعظيم الإنتاجية.

ولقد مرت التجارة الإلكترونية بين قطاعات الأعمال بمراحل أساسية بدأت منذ بدء استخدام أجهزة الكمبيوتر في مؤسسات الأعمال وتتضمن الأتي:

---

[5] – رأفت رضوان ، عالم التجارة الإلكترونية ، المنظمة العربية للتنمية الإدارية ، مصر 1999 ،ص:30

تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

* مرحلة الإرتباط بين الشركات الرئيسية والموردين الفرعيين لها

* مرحلة التبادل الإلكتروني بين الشركات الرئيسية والموردين الرئيسيين لها باستخدام شبكة القيمة المضافة.

* مرحلة التبادل الإلكتروني للوثائق وإجراء كافة المعاملات التجارية على شبكة الإنترنت.

الفرع الثاني : العقود بين قطاعات الأعمال والمستهلكين (B2C)

ويطلق عليها أيضا عقود التسوق الإلكتروني أو عقود تجارة التجزئة الإلكترونية لأن الصفقة تتم مباشرة مع المستهلك ، حيث تقوم المنشآت بعرض منتجاتها على متاجر إلكترونية افتراضية وتعرض وتروج لبضائعها وتعقد الصفقات مع المستهلكين الراغبين في الشراء ، وتمثل النسبة الأقل في التجارة الإلكترونية ولكنها في نمو سريع . ويتم الدفع بطرق مختلفة أكثرها شيوعا استخدام بطاقة الائتمان أو الشيكات الإلكترونية[6]

وتجدر الإشارة إلى أن التحديات القانونية في مجال التجارة الإلكترونية من نوع (B2C) هي أعقد بكثير من مثيلاتها في التجارة الإلكترونية من (B2B) ومر ذلك إلى توطيد علاقة الشراكة والمصالح

المتبادلة والمشتركة بين المتفاعلين في التجارة الإلكترونية من نوع (B2B)

الفرع الثالث : أهم الفروق بين عقود التجارة من نوع (B2B) ونوع (B2C)

من خلال استعراض هذين النوعين من عقود التجارة الإلكترونية يمكن أن نستشف أهم الفروق بينهما والتي يمكن أن نلخصها كالأتي:

* تجري المبادلات في التجارة الإلكترونية من (B2B) على شبكات خاصة تربط الشبكات فيما بينها، كما يمكن أن نجري هذه المبادلات على شبكة الانترنت . أما مبادلات التجارة الإلكترونية من نوع (B2C) فتجري على شبكة الانترنت حصرا.

* التجارة الإلكترونية من نوع (B2B) تجري بين المتعاملين المحترفين ، وهي تتمتع بوثوقية عالية وحماية أكبر من المعاملات من نوع (B2C) التي يمكن أن تتم بين جميع مستخدمي شبكة الانترنت.

* بلغة أرقام الأعمال وعدد الصفقات، فإننا نجد أن التجارة الإلكترونية من نوع (B2B) أكبر من التجارة الإلكترونية من نوع (B2C).

---

[6] – طارق عبد العال حماد ، التجارة الإلكترونية ، الدار الجامعية ، مصر ، ص : 10

تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

يمكن لنوعي التجارة الإلكترونية أي لقطاعات الأعمال والأفراد استعمال التجارة الإلكترونية لتقليل تكاليف الصفقات بتحسين تدفق المعلومات، وزيادة تنسيق الأعمال، وبتقليل تكاليف البحث عن المعلومات[7].

لقد أصبح استعمال تقنيات المعلومات ضرورة حيوية للشركات لكي تبقي المنافسة في الأسواق، عالمية كانت أو محلية. إن انخفاض تكلفة تقنيات الإتصال ولا سيما منها أسعار الولوج إلى شبكة الإنترنت ساعد وبشكل كبير على زيادة التفاعل بين الشركات والمستهلك من جهة ، وبين الشركات بعضها ببعض مما أدى إلى نمو الأعمال في هذا العالم الشمولي ففسحت بذلك فرص ذهبية جديدة ولكن في ذات الوقت قد يكون هذا العالم مصدرا للخطر ، إذا لم يجر تفهمه ومعرفته والدخول فيه على نحو واع .

لذا تعمل الدول المتقدمة وإلى جانبها المنظمات الدولية على خلق بيئة قانونية من شانها تنظيم التجارة الإلكترونية وبعث الثقة والطمأنينة في نفوس المتعاملين من الأشخاص أو الشركات على حد سواء.

المطلب الثالث : خصائص العقد الإلكتروني :

تتميز العقود الإلكترونية ببعض الخصوصية التي تتمثل في كونها : عقود تبرم عن بعد بصورة غير مادية في جميع مراحلها ، ودون حضور مادي للأطراف المتعاقدة ، وانه يغلب عليها الطابع التجاري، ويمكن تنفيذها عبر الخط، إذا يمكن الحصول على الخدمة أو المبيع من خلال الخط " En ligne "كالحصول على البرامج المعلوماتية ، أو الموسيقى ، إضافة إلى غلبة الطابع الدولي على هذا النوع من العقود أما في إطار التجارة التقليدية فإن العملية التعاقدية تفترض تنفيذها ماديا على أرض الواقع ، كما لو تمثل ذلك في تسليم المبيع. ومن ثم فإن العقد الإلكتروني يشمل على العديد من الخصائص، والتي تتمثل في أنه: عقد يبرم عن بعد، وأنه عقد يغلب عليه الطابع التجاري، وإنه عقد عابر للحدود.

الفرع الأول : العقد الإلكتروني : عقد عن بعد Contrat a distance

لا جدال في أن العقد الإلكتروني يتم عن بعد، وهو بذلك ينتمي لطائفة العقود عن بعد[8].

والتي إبرامها عبر تقنيات الإتصال الحديثة المختلفة . ويمكن تعريف الإتصال عن بعد بأنه "مجموعة من الإجراءات الفنية–المسموعة والمرئية – لإرسال واستقبال المعلومات عن بعد".

---

[7] – طارق عبد العال حماد ، المرجع السابق ، ص: 11.

[8] – أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص: 40

تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

ولقد أسهب المشرع الفرنسي في تعريف الإتصال عن بعد في المادة 2 من قانون تنظيم حرية الإتصالات الصادر في 30 ديسمبر 1986 بأنه "كل انتقال أو إرسال أو استقبال لرموز أو إشارات أو كتابة أو أصوات أو معلومات أيا كانت طبيعتها، بواسطة ألياف بصرية أو طاقة لاسلكية، أو أية أنظمة إلكترومغناطيسية أخرى " .

ويشهد قطاع الاتصال في الوقت الحاضر نموا مضطردا ، بحيث أمكن إبرام العقد عن بعد بواسطة التلغراف أو الهاتف أو الفاكس أو الإذاعة أو التلفزيون أو الإنترنت.

ويتسم العقد الإلكتروني بخاصية تميزه عن العقد التقليدي هي بعد الطرفين وانفصالهما عن بعضهما البعض la distance sépare les parties ولانعقاده عبر تقنيات الإتصال، دون حضور مادي للمتعاقدين ، فقد أدى إلى تحقيق عديد المزايا الاقتصادية للمشروعات التجارية والعملاء على حد سواء.

فالنسبة للمشروعات التجارية أدى استخدام العقود الإلكترونية في المعاملات التجارية إلى تخفيض النفقات الداخلية وهذه المشروعات ، كما مكن الإتصال المباشر بالعملاء في أماكن تواجدهم، والرد على استفساراتهم وانشغالاتهم، وتلبية طلباتهم بسرعة فائقة، كما خفض تكاليف التوزيع والتسويق. كما مكن التعاقد عن بعد من الوصول إلى عدد أكبر من العملاء، وفتح فرصا سانحة للمشروعات التجارية على اختلاف أنواعها لولوج السوق الافتراضية وتقديم خدماتها في مجال كبير يتمتع بالحرية التامة .

ولهذا تعتبر السوق الافتراضية مجالا خصبا للمنافسة التجارية على نطاق عالمي .

وبالنسبة للعملاء يجد هؤلاء ضالتهم في هذا النوع من العقود لما توفره لهم من وقت وجهد دون أن يبرحوا أمكنتهم، إذ يتمكنون من الإطلاع الهادئ على السلع والخدمات المختلفة بشكل دائم دون تكبد مشقة الانتقال أو الانتظار[9].

للحصول على منتج معين.كما يتيح هذا النوع من العقود التعرف عن الأصناف المختلفة من البضائع، ومعرفة أسعارها ووصفها الدقيق . ويسهم هذا النوع من العقود في خفض الأسعار وتجنب مستعملها نفقات التسوق العادي، مما يكون له عظيم الأثر في نهاية المطاف على مصلحة العميل، وهو الأمر الذي أسهم بصورة كبيرة في رواج وازدهار التجارة الإلكترونية.

---

[9] – سمير حامد عبد العزيز الجمال ، المرجع السابق ، ص : 70

تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

الفرع الثاني:العقد الإلكتروني: عقد تجاري تقليدي Contrat de commerce classique

يرى جانب من الفقه أن العقد الإلكتروني مثله مثل العقد التقليدي، ولا يختلف عنه إلا في طريقة التعاقد وإتمام العقد، إذ ينعقد بطريقة إلكترونية عبر تقنيات الاتصال الحديثة، ومن ثم فهو يتسم بالطابع التجاري، ولذلك يطلق عليه اسم عقد التجارة الإلكترونية.[10]

ويكون عقد التجارة الإلكترونية مستوفيا كافة أركان العقد ولكن بطريقة إلكترونية والعقد الإلكتروني على هذا النحو، وبالنظر إلى موضوعه، ففي غالب الأحيان يكون إما:

* عقد تقديم خدمات contrat de prestation de service، أو عقد بيع، Contrat de vente أو إيجار Louage، أو سمسرة Courtage، أو قرض Crédit. ويلاحظ أن العقود المبرمة عبر الأنترنت عادة ما تكون: عقود إذعان "Contrat d'adhésion" أو عقد استهلاك "Contrat de consommation".

* وعقد الإذعان: هو ذلك النوع من العقود الذي ينفرد أحد المتعاقدين بوضع شروطه، ولا يسمح للطرف الأخر بمناقشتها، ويتعلق الأمر بسلعة أو خدمة ضرورية تقع تحت احتكار قانوني أو فعلي. ومن أمثلة عقود الإذعان، عقد التامين بأنواعه المختلفة، وعقد النقل مع مصلحة السكة الحديدية وشركات سيارة الأجرة وشركات الطيران، والتعاقد مع شركة المياه، والكهرباء، والهاتف، والغاز، ومصلحة البريد.

أما عقد الاستهلاك فهو عقد تقليدي رضائي يتم بين بائع السلعة وبين من يريد شراءها لأن السلعة هنا يكون لها النظير المطابق لها وبالتالي يكون أمام المشتري الاختيار ما بين عدد من السلع التي تتشابه في عناصرها ومكوناتها.

الفرع الثالث : العقد الإلكتروني : عقد عابر للحدود

يرجع الفضل لتقنيات الإتصال في كونها ألغت الحدود السياسية بين الدول، ففتحت حرية انسياب المعلومات عبر حدود الدول المختلفة. وهذا الأمر ينبغي أن يضعه المشرع نصب عينيه عند وضعه تشريعا ينظم هكذا معاملات، وذلك كي يضمن للقواعد القانونية كامل فعاليتها في تنظيم المعاملات الإلكترونية، وأحاطتها بكافة الضمانات التي من شأنها إضفاء الثقة والطمأنينة في التعامل. فالمعاملات القانونية المتولدة عن المعاملات الإلكترونية لا تلتزم بجغرافيا المكان الخاصة بقطر معين[11].

---

[10] - منير محمد الجنيهي وممدوح محمد الجنيهي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي،مصر، ص : 182

[11] - محمد سعيد الرشدي، التعاقد بواسطة وسائل الإتصال الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات، منشأة المعارف، صر2008، ص: 59.

تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

ولكنها تتعداها لتشمل أرجاء المعمورة كافة، فالبائع قد يكون في فنلندا، والمشتري قد يكون في إلا مارات العربية المتحدة، والمنتج قد يكون في النرويج.

وتختلف استخدامات تقنيات الاتصال عن بعد باختلاف ثقافة كل شعب ونظرته إليها، فعلى سبيل المثال يحبذ الإنجليز استخدام الانترنت لإبرام عقود البيع وتنفيذها، بينما يستخدمه الألمان لمراقبة ومعرفة أحوال حساباتهم المصرفية، في حين يرى فيه الفرنسيون الوسيلة المثلى لإجراء المناقشة والحوار[12].

ويمكن للعقد الإلكتروني أن يكون عقدا داخليا إذا انعقد داخل إقليم الدولة وبين متعاقدين ينتمون لذات الدولة، وقد يكون عقدا دوليا وفقا لأحد المعيارين.

المعيار الأول: المعيار القانوني " Le critère juridique " وفقا لهذا المعيار يكون العقد دولي الطابع إذا كان المتعاقدون يتواجدون وينتمون إلى دول مختلفة.

المعيار الثاني: المعيار الاقتصادي"Le critère économique " وفقا لهذا المعيار يكون العقد ذا طابع دولي إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية، وينتج عنه تدفق السلع، والمنتجات والخدمات عبر الحدود.والطابع الدولي للعقد الإلكتروني يثير مشكلة تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع في حالة حدوثه إلى جانب مشكلة تنازع القوانين.

ويرى جانب من الفقه، في هذا الصدد، أن يؤول الاختصاص لمحكمة موطن أو محل إقامة المستهلك وذلك رغبة في توفير أكبر قدر من الحماية للمستهلك الإلكتروني لأنه هو المبادر بالدخول إلى شبكة المعلومات الدولية.

بحثنا عن السلع والخدمات، ويأخذ زمام المبادرة في التعاقد، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن المستهلك هو الطرف الأضعف في العلاقة. ومن تم فهو الأجدر بالحماية .

أما فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على منازعات العقود الإلكترونية الدولية، ففي هذه الحالة يجب التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى: وجود اتفاق صريح أو ضمني بين طرفي التعاقد بشأن القانون الواجب التطبيق، ففي هذه الحالة يتم تطبيق قانون الإدارة، وهذا ما يتفق مع مبدأ سلطات الإرادة."Le Principe d'autonomie de la volonté " والأصل أن يتضمن العقد شرطا صريحا سواء العقد ذاته أو في إتفاق لاحق مستقل. وهذا التحديد من شأنه أن يشكل عنصر أمان قانون لطرفي العقد الإلكتروني.

---

[12] – سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص:74.

تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

الحالة الثانية : عدم وجود اتفاق بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق، ففي هذه الحالة يطبق قانون الدولة التي يوجد بها الموطن المشترك للمتعاقدين إن وجد، وفي حالة العكس يطبق قانون الدولة التي أبرم فيها العقد.

والعقد الإلكتروني على هذا النحو يتطلب تظافر الجهود، إن على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي لوضع قواعد قانونية تنظم مثل هذه المعلومات بكيفية تضمن عدم التعارض بين القواعد القانونية المختلفة، وبما يضمن عدم التحايل والالتفاف على القواعد القانونية الوطنية، وكذا مراعاة الأنظمة القانونية والاجتماعية والاقتصادية المختلفة .

تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

الفصل الأول: إبرام العقد الإلكتروني

المبحث الأول: التفاوض الالكتروني

المطلب الأول: ماهية التفاوض الالكتروني وأهميته.

الفرع الأول: ماهية التفاوض الالكتروني.

الفرع الثاني: أهمية التفاوض الالكتروني.

المطلب الثاني: مراحل التفاوض الالكتروني.

المطلب الثالث: الفراغ التشريعي في تنظيم مرحلة المفاوضات.

المبحث الثاني: تلاقي الإرادتين عبر تقنيات الاتصال الحديثة

المطلب الأول: الإيجاب.

المطلب الثاني: القبول.

المبحث الثالث: مجلس العقد الالكتروني.

المطلب الأول: مجلس العقد في التعاقد عبر الهاتف والفاكس

الفرع الأول: مجلس العقد في التعاقد عبر الهاتف.

الفرع الثاني: مجلس العقد في التعاقد عبر الفاكس.

المطلب الثاني : مجلس العقد في التعاقد عبر الانترنت

تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

الفصل الأول: إبرام العقد الإلكتروني.

إن عقود التجارة الإلكترونية لا تختلف في جوهرها عن أي عقد أخر، فهي لا تعدو كونها ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الأخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه. لذا فإن إبرامها يستلزم توافر الأركان اللازمة لإبرام أي عقد من رضا و سبب ومحل وما يميز هذه العقود هو الوسيلة التي يتم بها فإنها تبرم في بيئة إلكترونية دون الحاجة إلى التقاء الأطراف المادي والتقائهم في مكان معين أي انتفاء مجلس العقد الحقيقي فهو مجلس افتراض حكمي .

المبحث الأول: التفاوض الإلكتروني.

تتزايد أهمية التفاوض في مجال المعلوماتية وغالبا ما يسبق إبرام العقد الإلكتروني، ولا سيما العقود المهمة والتي قد تنصب على معاملات ذات طبيعة تقنية أو اقتصادية كبيرة، ويعتبر التفاوض مقدمة للإيجاب بحيث يمكن القول بأنه إذا كان الإيجاب يمثل خطوة إلى العقد . فإن التفاوض يمثل خطوة إلى الإيجاب .

المطلب الأول: ماهية التفاوض الإلكتروني وأهميته.

إن المفاوضات عبر الشبكات الإلكترونية تأخذ منحي خاص حيث أن الشبكة أتاحت المجال واسعا للمفاوضات فقد فتحت الباب على مصراعيه للفرص التعاقدية، حيث وصلت مدى خياليا في عرض الفرص وذلك سواء للبيع أو الشراء أو إبرام عقود العمل أو التأمين أو غيرها .

الفرع الأول: ماهية التفاوض الإلكتروني.

إن التفاوض لغة مشتق من فعل فوض، يقال فوض إليه الأمر سيره إليه وجعله الحاكم فيه وتفاوضوا الحديث أي أخذوا فيه .

ويمكن تعريف التفاوض بأنه تبادل الاقتراحات والمساومات والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهما على بنية من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف للتعرف على ما قد يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات لطرفيه.

وأهم ما يميز مرحلة التفاوض هو عنصر الاحتمال حيث أنه من غير المؤكد بالنسبة للطرفين أن تلك المفاوضات قد تؤدي إلى اتفاق.فهذه المفاوضات إما أن تسفر عن إبرام العقد، وبالتالي انتهاء الفترة قبل العقدية وإما أن تصل هذه المفاوضات إلى طريق مسدود وبالتالي العدول عن الاستمرار في التفاوض. وهو ما لا يمكن أن يوصف بأنه نهاية غير

سعيدة لأن عدم التعاقد في هذه الحالة خير من إبرام عقد يفتح باب المنازعات والصراع الذي يسفر في النهاية عن الإضرار بالطرفين. وتعطيل مصالحهما وتكبيدها نفقات باهضة فمفاوضات فاشلة خير من عقد فاشل.

والمفاوضات قبل العقدية هي مرحلة تحضير تسبق الإيجاب النهائي للعقد. والتي لا يوجد فيها سوى مجرد عروض وعروض مقابلة. وينتهي التفاوض على العقد في اللحظة التي يصدر فيها الإيجاب حيث إن التفاوض على العقد هو بمثابة مقدمة للإيجاب[13].

الفرع الثاني : أهمية التفاوض الإلكتروني.

يحتل التفاوض أهمية بالغة في العقود الإلكترونية، نظرا لما يقوم به من دور حيوي وفعال في التحضير والإعداد للعقد، فكلما كان الإعداد للعقد جيدا كان هذا العقد محققا لمصلحة الأطراف ومتضمنا الشروط التي تحول دون قيام المنازعات فيما بينهم في المستقبل لا سيما وأن هذه العقود قد تنصب على معاملات تتسم بالتركيب والتعقيد الفني والقانوني وتنطوي على مخاطر اقتصادية جسيمة بالنسبة للمتعاقدين الأمر الذي أصبح معه من الضروري أن يسبق إبرام هذه العقود مرحلة من المفاوضات من أجل الإعداد والتحضير للعقد .وذلك لكي يتوصل طرفا العقد إلى تحديد شروطه ونقاطه وإزالة ما قد يعتريه من غموض وتعقيد. وذلك حتى يمكن الوصول إلى إبرام العقد على أسس سليمة وواضحة، بما يضمن له قدرا من النجاح والاستقرار في المستقبل.

وبالرغم من الأهمية البالغة للتفاوض.فان كثيرا من التقنيات المدنية الحديثة لم تتضمن نصا خاصا ينظم مرحلة التفاوض على العقد وإنما تركت هذه المهمة لاجتهاد الفقه والقضاء.

وقد وفرت تقنيات الاتصال الحديثة وسائل اتصال مباشرة بالغة التقديم يمكن من خلالها التفاوض عن بعد، وهذا النوع من التفاوض يتسم بالسرعة ويوفر مشقة الانتقال إلا أنه قد يثير القلق والغموض بالنسبة للجوانب العملية التعاقدية لا سيما فيما يتعلق بالتأكد من هوية الطرف الأخر ومن طبيعة المحل والضمانات المتبادلة وسبل التنفيذ الأمر الذي يتطلب العديد من الجوانب الفنية التي تستدعي الدقة والتحري والاستعانة بأهل الخبرة على نحو يكسب التفاوض مكانة وحيوية وتقل أهمية التفاوض بالنسبة لأنواع معينة من العقود الإلكترونية والتي تتم غالبا من خلال نماذج معدة سلفا بمعرفة مقدم الخدمة. وتتضمن شروطا عامة لا تقبل المناقشة من قبل العميل. ويحدث ذلك غالبا في عقود الخدمات الإلكترونية والمعلوماتية والاشتراك في الفضائيات .

---

[13] – د. سمير حامد عبد العزيز الجمال . المرجع السابق صفحة: 95

تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

المطلب الثاني: مراحل التفاوض الإلكتروني

تعتبر الفترة التي تسبق إبرام العقد جوهرية في مجال المعلوماتية وهي تفرض نفسها حتى ولو استغرقت فترة قصيرة. حيث أنها تعتبر مقدمة للإيجاب وتمثل الأساس الذي يقوم عليه الرضا التام.

وتمر الفترة قبل العقدية بثلاثة مراحل وهي:

1.دراسة الجدوى

تؤثر دراسة الجدوى في مستقبل العميل فيما يتعلق بأداء الخدمة المعلوماتية المأمولة، وهي الأمر الذي يتطلب معالجة الموضوع بطريقة معلوماتية وعلى نحو دقيق وترتكز دراسة الجدوى في العلاقة مع مقدم الخدمة أو المشروع على النقاط والأسس الجوهرية في أداء الخدمة المعلوماتية المنتظرة ونجاح العميل في إعداد هذه الدراسة الجوهرية، بما يتفق مع احتياجاته وهو الذي يضمن للعقد المنتظر إبرامه في المستقبل.

ويجب على العميل أن يحدد احتياجاته بوضوح وله أن يستعين في ذلك بخبير متخصص يقدم له النصيحة ويبرز مطالبه الأساسية التي يتم التفاوض على أساسها. يبدو ذلك بوضوح في عقود المعلوماتية حيث يلتزم مقدم الخدمة على ضوء ما يتم التفاوض بشأنه باختيار الأدوات والأجهزة والبرامج المناسبة لظروف واحتياجات العميل .

2.قائمة الشروط :

بعد مرحلة إعداد وتهيئة احتياجاته ينتقل العميل إلى المرحلة التالية والتي يحدد فيها بوضوح كم احتياجاته وشروط التعاقد. وهذا التعبير عن الاحتياجات والشروط يترجم في إطار مستند مخطوط بسيط يتضمن العديد من النقاط الرئيسية المكتوبة والتي تتخذ في النهاية صورة قائمة للشروط. وتكون وظيفتها توضيح مختلف الشروط والعلاقات التي ينبغي أن تعالج الموضوع بطريقة معلوماتية ويجب على مقدم الخدمة أن يطلب من العميل أن يقدم قائمة الشروط والتي يحدد فيها بدقة احتياجاته وأهدافه والسبل المقترحة لتحقيق رغباته وإلا تحمل مقدم الخدمة مسؤولية التعاون وبذل الجهد في هذا النطاق لتفادي كل أسباب الشقاق من خلال إعداد الوثائق التفاوضية المتكاملة، والتي تساعد في النهاية على إبرام عقد ناجح من ناحية وتحديد المسؤولية عن أية أضرار محتملة من ناحية أخرى .

3.اختيار مقدم الخدمة:

بعد أن ينتهي العميل من تحديد احتياجاته وإعداد قائمة الشروط فإنه ينتقل بعد ذلك إلى اختيار مقدم الخدمة في ضوء مختلف العروض المطروحة وله أن يستعين في ذلك بخبير يقدم له النصيحة في اختيار أفضل مقدم للخدمة.

وقد يلجأ العميل إلى البحث عن مقدم الخدمة على النطاق الوطني والذي يمكن أن يوفر له احتياجاته

وإذا لم يستطع ذلك فإنه ينتقل بسهولة وحرية عبر تقنيات الاتصال عن بعد إلى النطاق العلمي للبحث عن مقدم الخدمة. يقدم عروضا أفضل ويمكنه أن يلبي احتياجات العميل المأمولة ويضع العميل في اعتباره أن يختار مقدما للخدمة يتمتع بسمعة حسنة وخبرة سابقة وذلك حتى يضمن في المستقبل الحصول على منتج أو خدمة جيدة تتمتع بأفضل المواصفات ولاريب في أن الإعداد الجيد لاحتياجات العميل ووضوح قائمة الشروط والاختيار الأفضل لمقدم الخدمة يؤدي في النهاية إلى التفاوض على أسس واضحة بما يضمن التمهيد لإبرام عقد ناجح في المستقبل[14].

المطلب الثالث: الفراغ التشريعي في تنظيم مرحلة المفاوضات

اتسمت المفاوضات التي تمهد لإبرام العقد في القديم ببساطتها وسطحيتها، و مرد ذلك يرجع بطبيعة الحال إلى كون العقود في تلك الفترة كانت هي الأخرى بسيطة بساطة الحياة ذاتها التي اعتادها الإنسان. فكانت تكفي بعض المساومات[15].

والأخذ والعطاء بشأن الأسعار إلى بلورة الاتفاق بين أطراف هذه المساومات، ومن ثم إبرام العقد النهائي بسرعة ويسر .

إن زمن إجراء المناقشات لبضع دقائق يتمخض عنه تسوية فورية للمشاكل الخلافية قد ولى وأصبح في ذمة التاريخ فالأمر أصبح يختلف في ظل الوضع الحالي للمبادلات التجارية الدولية التي ما انفكت تتزايد يوما بعد يوم، وتسجل أرقاما عجزت مخيلة أكثر الخبراء حنكة وتفاؤلا عن توقعها، ومرد ذلك يكمن في سببين أساسيين :

أولهما: موضوعي يرجع إلى طبيعة هذه العقود التي تتسم بالتعقيد والتركيب[16].

---

[14] – د سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق ص 99

[15] - بن أحمد الحاج ، النظام التعاقدي في القانون المدني الجزائري ومتطلبات التجارة الدولية، رسالة ماجيستر، جامعة سيدي بلعباس 2003،ص:120

[16] – بن احمد الحاج المرجع السابق ص121

تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

ثانيهما: شخصي يكمن في أطراف تلك العقود، بحيث تكون الأطراف عبارة عن شركات تتسم بالضخامة تتنافس فيما بينها رغبة منها في الظفر بالصفقة الهامة والرابحة.

إن الأهمية المتعاظمة لتلك الصفقات التي تسيل لعاب كبريات الشركات المتنافسة في حقل التجارة الدولية، جعلت الظفر بهذه الصفقات يمر حتما عبر مفاوضات شاقة و مضنية تتطلب الكثير من الحنكة والخبرة والصبر والوقت.

إن المشرع الجزائري عند وضعه قواعد القانون المدني، وهي قديمة نسبيا، لم يكن ليتوقع هذا التعقيد في المفاوضات الذي تتسم به جملة من العقود في حقل التجارة الدولية.

ولئن قام العذر في جانبه في تلك الفترة أي في سنة 1975، فإنه من غير المنطقي والمستساغ أن لا يبادر بالتعديل في خضم التغييرات المتلاحقة التي يشهدها العالم، وذلك عند إقدامه على إجراء أخر تعديل لقواعد القانون المدني سنة 2005.

فالقاعدة المستقرة في القانون المدني الجزائري أن يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين متمثلتين في الإيجاب من جهة و القبول من جهة أخرى[17].

وعلى هذا النحو، فإن العقد ينعقد متى إقترن القبول بالإيجاب وتحقق الرضا.

غير أنه يلاحظ في العقود التي يتم إبرامها بعد مفاوضات طويلة وشاقة أن الإيجاب يكون مشتركا بين طرفي العلاقة العقدية، ويكون الطرفان قد ساهما في إعداد هذا الإيجاب وتحديد شروطه، وإنجاز صياغته.وهكذا يصبح الإيجاب الناتج عن مرحلة المفاوضات هو إيجاب وليد الإرادة المشتركة للطرفين، وليس تعبيرا عن إرادة طرف واحد فقط.

لقد أغفل المشرع الجزائري، في القانون المدني، تنظيم مسألة القطع التعسفي للمفاوضات قبل التعاقدية (Précontractuelle) وطبيعة المسئولية المترتبة عنها، هل هي مسؤولية تقصيرية كمل ذهب إليه الفقه في كل من فرنسا و مصر أم هي مسؤولية عقدية كما ذهب إليه الفقه الجرماني .

فالمسؤولية العقدية في التشريع الجزائري لا تقوم إلا إذا وجد عقد صحيح يربط بين الدائن والمدين وأن ينشأ ضرر مباشر عن عدم تنفيذ التزام أو عن إخلال بتنفيذ التزام مترتب على هذا العقد .

---

[17] – وهذا ما تضمنته المادة 59 من القانون المدني الجزائري بنصها "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين".

غير أن الأمر يختلف فيما إذا كان أحد المتعاقدين قد وعد المتعاقد الأخر والتزم بإرادته المنفردة بالبقاء على وعده لمدة معينة في الفترة قبل العقد، La période précontractuelle فطالما أن الطرف الأخر لم يعلن رغبته، فإن الواعد يظل ملتزما بالبقاء على وعده طوال المدة المحددة فإذا اخل بوعده و ترتب عن هذا الإخلال ضررا للموجه إليه الوعد،جاز لهذا الأخير أن يرجع على الواعد بالمسؤولية العقدية، لأن العقد يعتبر عقدا تمهيديا[18].

يذهب الرأي السائد إلى القول أن المسؤولية في هذه الحالة هي مسؤولية تقصيرية مادام العقد لم يبرم بعد داحضا بذلك ما ذهب إليه الفكر القانوني الجرماني ممثلا في رأي الفقيه أهرنج الذي يقتضي قيام عقد ضمني يستلزم إبرام العقد النهائي[19].

وعلى الرغم من هذا القصور التشريعي الظاهري في معالجة هذا النوع من المشاكل المطروحة، فإن ذلك لن يشكل عقبة كأداء أمام القاضي الذي يعتبر دوره مكملا لدور المشرع في سد ثغرات التشريع من حيث ضرورة إيجاد حلول للنزاعات المطروحة أمامه للفصل فيها .

إن القاضي يجب أن يلعب، في هذه الأثناء، دورا خلاقا فلا يقف حبيس النصوص الجامدة، بل يتعداها إلى إعمال خبرته وحنكته قياسا واستنباطا، مما يستتبع أن سلطته تبقى هي الفيصل والمعول عليها في تحديد طبيعة المسؤولية والضرر المتمخض عنها، يستخلص ذلك من ظروف وملابسات العملية التفاوضية[20].

المبحث الثاني: تلاقي الإرادتين عبر تقنيات الاتصال الحديثة.

من المسلم به إن الإرادة قوام العقد فهي ركنه الأساسي وبدونها لا يحصل الرضا اللازم لقيام العقد ولكن الإرادة الكامنة في النفس لا يعتد بها القانون ولا يرتب عليها أثار حتى تبرز إلى العالم الخارجي. وهذا لا يتم إلا بالتعبير عنها صراحة أو ضمنيا فالأصل أن التعبير عن الإرادة والذي يوجد الرضا اللازم لانعقاد العقد يصدر من المتعاقدين أنفسهم إذ يعبر الموجب أو القابل عن إرادته بنفسه غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة إذ يمكن أن يحل شخص محل المتعاقد فيكون نائبا عنه.

وكما سبق وان أشرنا أن الإيجاب هو ثمرة المفاوضات إلا أنه لا ينهي المرحلة ما قبل العقدية لأنه لا يؤدي إلى إبرام العقد حيث تستمر المرحلة ما قبل العقدية إلى لحظة صدور قبول مطابق للإيجاب.

---

[18] – علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ط 1998،ص:119

[19] – تضمنته نظرية الخطأ عند تكوين العقد التي إستمد أساسها الفقيه أهرنج Ihering من القانون الروماني

[20] – بن أحمد الحاج ، المرجع السابق،ص123

تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

المطلب الأول: الإيجاب.

الإيجاب هو التعبير البات الصادر من أحد المتعاقدين الموجه إلى الطرف الأخر بقصد إحداث أثر قانوني إلى إبرام العقد ويشترط في الإيجاب بصفة عامة أن يكون جازما بمعنى أن تكون إرادة الموجب مصممة وعازمة نهائيا على إبرام العقد إذا ما صادف هذا الإيجاب قبولا من الطرف الأخر وعلى ذلك فلا يعتبر إيجابا مجرد التفاوض أو الدعوة للتعاقد.

كما يجب أن يكون الإيجاب كاملا وذلك بأن يتضمن العناصر الأساسية للعقد المزمع إبرامه[21].

ولا يلزم أن يحتوي الإيجاب على المسائل التفصيلية إذ يمكن الرجوع بشأنها للقواعد المكملة ،

ويمكن أن يتم التعبير عن الإيجاب عبر تقنيات الاتصال الحديثة فهو قد يتم عن طريق الهاتف أو الفاكس أو التيلكس أو البث الإذاعي والتلفزيوني أو الانترنت .

ويشترط في الإيجاب الإلكتروني أن يكون واضحا وجازما دون عيب أو شائبة وذلك بان يقدم بأسلوب إلكتروني مفهوم وبعيدا عن أي غموض وأن يحترم قواعد الإعلان المحددة قانونا وأن يزود العميل ببعض المعلومات العامة الضرورية وذلك بشفافية ووضوح ومن هذه المعلومات.

تحديد هوية الأطراف المتعاقدة:

إن الكثير من مستخدمي تقنيات الاتصال الحديثة قد لا يفصحون عن هويتهم خاصة إذا كان غرضهم غير نبيل أو خجلا من تصرف مشين يقومون به ويرغبون في التهرب من المسؤولية عنه . وهذا يتطلب ضرورة إجراء التحقق من شخصية الأطراف المتعاقدة بصورة فنية دقيقة .

1-حماية المعطيات الشخصية:

في إطار المعلومات العامة ينبغي على مقدم المنتج أو الخدمة أن يوضح للمستهلك سياسته ومهارته بصدد حماية المعطيات الشخصية وذلك حتى يوفر للمستهلك الأمان والثقة في حالة الإفصاح عن بعض المعطيات الشخصية الخاصة به بصدد المعاملة المطلوبة وبحيث لا يتمكن أحد من الإطلاع عليها إلا الأطراف المعنية المسموح لها بذلك .

كما ينبغي على مقدم المنتج أو الخدمة أيضا أن يؤكد للمستهلك احترامه لأحكام قانون المعلومات والحريات الفرنسي رقم 78-17 الصادر في 6 جانفي 1978 وكذا أحكام التوجيه الأوروبي رقم 95-46 الصادر في 1995/10/24 لا سيما تلك الخاصة بأمن وحماية المعطيات ويقع على عاتق مقدم المنتج أو الخدمة أن يوفر

---

[21] – أحمد خالد العجلوني " التعاقد عن طريق الانترنت " الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع – الأردن ص 65

تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

التقنيات والوسائل اللازمة لأمن وحماية المعطيات الخاصة بالعملاء وحمايتها من الإطلاع أو التجسس عليها أو إفشائها .

تحديد المسؤولية :

تعتبر للمعلومات العامة فائدة كبيرة في إعلام المستهلك بتحديد المسؤولية في حالة الإضرار بحقوق الآخرين أو في حالة المساس بالمعطيات سواء الشخصية أو الإضرار بالحياة الخاصة أو في حالة الغش المعلوماتي .

أما فيما يخص الشروط التعاقدية التي يلتزم مقدم المنتج أو الخدمة بإعلام المستهلك بها قبل إبرام العقد وتنقسم إلى قسمين قواعد تتعلق بشكل الإيجاب وأخرى تتعلق بمضمون الإيجاب.

شكل الإيجاب :

ينبغي على مقدم المنتج أو الخدمة أن يقوم بإعلام المستهلك عن المنتج أو الخدمة بالتفصيل وبوسائل مناسبة وفعالة وبأسلوب واضح ومفهوم وسهل القراءة.

– يجب أن يتم الإيجاب بأسلوب مكتوب يسمح بحفظ الشروط التعاقدية الواردة فيه على دعامة إلكترونية أو أية دعامة أخرى مستديمة بحيث يمكن استرجاعها مرة أخرى عند الضرورة .

– لغة الإيجاب تعتبر وعاء للفكر ولها أهمية بالغة في إطار العقود الإلكترونية وذلك نظرا لأن الإيجاب الموجه عبر تقنيات الاتصال الحديثة يعتبر إيجابا دوليا ومن ثم فهو إيجاب عابر للحدود. كما أن نظام المعلومات يعتمد اعتمادا كبيرا على اللغة الإنجليزية والتي عادة ما توضع بها البرامج المعلوماتية.

وتوجه بها التعليمات إلى أجهزة الحاسوب المتصلة بالانترنت. وإنه كثيرا مايتم توزيع هذه البرامج ولا سيما الأسواق العربية مصحوبة بنماذج عقود نمطية محررة بلغة أجنبية وقد لا يعرفها المستخدم أو يصعب عليه فهمها. خصوصا مع ما تحتويه من مصطلحات فنية وقانونية جديدة وغريبة على من يتقن هذه اللغات الأجنبية. ففي مصر على سبيل المثال هناك نصوص قانونية توجب استخدام اللغة العربية عند الإعلان عن السلع والمنتجات.

تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

مضمون الإيجاب:

يجب أن يتضمن الإيجاب الإلكتروني عدة معلومات وعناصر منها.

أ–وصف المنتج أو الخدمة:

يجب أن يتضمن الإيجاب الإلكتروني وصفا دقيقا للمنتج أو الخدمة وذلك بتحديد الاسم والكمية والنوع وأن يكون ذلك مقرونا بالصور والرسوم الملونة والتي تعرض صفات المنتج بدقة ووضوح وبأسلوب صادق وأمين وعلى نحو يتجنب الإعلانات الخادعة.

ب–الثمن :

يجب أن يكون الثمن واضحا وبيانا عما إذا كان يشمل أسعار النقل والرسوم الجمركية من عدمه وبيان وسيلة الدفع وكذا بيانا تفصيليا عن العنوان الذي ينبغي الوفاء به ويلاحظ غالبا أن يتم الوفاء بالثمن في العقود الإلكترونية عن بعد باستخدام وسائل الوفاء الإلكترونية مثل بطاقات الوفاء والائتمان المصرفية.

ح–المنطقة الجغرافية :

كما نعرف أن الإيجاب الإلكتروني غالبا ما يكون إيجابا عابرا للحدود وموجها للجمهور في أنحاء العالم إلا أن ذلك قد يصطدم بصعوبات في بعض الأماكن من العالم والتي يصعب الوصول إليها. أو التي سيكون الوصول إليها مكلفا ولا يتفق مع قيمة الشيء محل العقد المراد إبرامه. كما أن الموجب قد يعمل على تقليل مخاطر مخالفة القوانين الأجنبية والمحلية والتي قد تخطر بعض أنواع المعاملات ولذلك يقوم الموجب بالتأكد من أن العقد المراد إبرامه لا يخالف القانون المحلي ولا القانون الأجنبي بالقانون الأجنبي الخاص بالطرف الأخر وذلك لكي يحدد الأماكن الجغرافية التي يمكن أن يغطيها الإيجاب الصادر منه دون أن يتعرض لهذه الصعوبات .

د– مدة سريان مفعول الإيجاب :

كما ذكرنا سابقا فإن الإيجاب متى صدر مستكملا شروطه كان سببا لنشوء العقد إذا واجه قبولا مطابقا له ولكن القانون لم يلزم الموجب بإيجابه طالما لم يرتبط به القبول وهذا ما نصت عليه المادة 63 من القانون المدني الجزائري حيث تنص على أنه إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل وقد يستخلص من

ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة. أما إذا لم يصدر الإيجاب مقترنا بمدة معينة فإن الموجب يستطيع أن يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا.[22]

هـ- حق العميل في الرجوع :

نظرا لأن العقد الإلكتروني ينعقد عن بعد دون وجود مادي للسلع والخدمات أمام أعين المستهلكين وعدم قدرتهم على تحديد مواصفات المنتج المعروض بدقة خاصة في ظل انتشار الإعلانات الخادعة، مما يجعل رضا المستهلك مشرعا وهو ما حدا بالعديد من التشريعات الحديثة إلى منح المستهلك الحق في العدول وإرجاع المنتج خلال مدة معينة .

أما فيما يخص الحالات التي يسقط الإيجاب الملزم فهناك حالتين.

الحالة الأولى:

حالة رفض من صدر الإيجاب له فيسقط الإيجاب حتى ولو لم تنته المدة المحددة للإيجاب ورفض من صدر الإيجاب له تارة يكون رفض محض وتارة يكون بقبول يتضمن تعديلا في الإيجاب وتارة أخرى يكون عن طريق إيجاب جديد يعارض الإيجاب الأول .

الحالة الثانية :

فهي انقضاء مدة الإيجاب المحددة أو التي تحددها ظروف التعامل دون أن يقابله قبول .

المطلب الثاني: القبول.

هو التعبير عن الإرادة البات المقترن بقصد الارتباط بالتعاقد في حالة تطابقه مع الإيجاب تطابقا تاما وهذا القبول يصدر عادة من الشخص الموجب له أي الذي صدر الإيجاب له وينتظر الموجب تعبير إرادته بالقبول لإيجابه ويجب أن يصدر القبول قبل سقوط الإيجاب وإلا اعتبر القبول إيجابا كما يجب أن يكون القبول حرا بمعنى أن للموجه إليه الإيجاب حرية قبوله أو رفضه كما يكون له أن يدعه يسقط ولا يجبر على عرض بواعث عرضه وبالتالي فلا يقبل أن يكون الموجه إليه الإيجاب مكرها على القبول لأن هذا يناقض جوهرة العقد. أما فيما يتعلق بالقبول الإلكتروني فإنه يمكن أن يتم التعبير عن القبول عن بعد عبر تقنيات الاتصال الحديثة وبالتالي فإن القبول الإلكتروني لا يختلف عن القبول التقليدي سوى في أنه يتم عن بعد عبر تقنيات الاتصال الحديثة ولذلك فهو يخضع بحسب الأصل للقواعد العامة التي تنظم القبول التقليدي بيد أنه يتميز ببعض القواعد الخاصة به والتي قد ترجع إلى أنه يتم عبر وسائط ودعائم

---

[22] – د.خليل أحمد حسن قدادة الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري " الجزء الأول " طبعة 1994 ديوان المطبوعات الجامعية – الجزائر – ص 42

تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

إلكترونية وتنص المادة 11 من القانون النموذجي للأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية والصادرة بتاريخ 1996/12/16 على أنه يجوز استخدام وسائل البيانات للتعبير عن القبول وأن العقد لا يفقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لهذا الغرض .

والقبول هو تعبير عن الإرادة إذا لا بد أن يكون هناك ما يدل على وجوده سواء صراحة أو ضمنيا وذلك عن طريق اتخاذ موقف أو طبيعة التعامل تقتضي ذلك لكن هل يمكن أن يعتبر السكوت الذي لم يقترن بإتخاذ موقف قبولا ؟

الأصل أن السكوت وضع سلبي لا يعني مفهوما معين فلا ينسب لساكت قول ولا يصلح بالتالي للتعبير عن إرادة القبول.

لقد نصت الفقرة الثانية من المادة 68 من القانون المدني الجزائري على أنه يعتبر السكوت عن الرد قبولا، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه.

فالقانون المدني الجزائري يضع في هذه المادة قاعدة عامة بأن السكوت في الأصل عمل سلبي يرتب أثرا قانونيا فإذا أوجب الموجب بشيء ولم يرد عليه الموجب له فإن سكوته لا يحل محل القبول كقاعدة عامة لكن وخروجا عن هذه القاعدة فقد اعتبر السكوت قبولا في حالتين :

الحالة الأولى:

حالة ما يكون هناك تعامل سابق بين الموجب والموجب له كأن يكون الموجب أحد البنوك وقد أرسل للموجب له مفردات حسابه الجاري ولم يرد الموجب له على البنك في المدة المحددة ولم يعترض اعتبر سكوته في هذه الحالة قبولا كما ورد في ورقة الحساب .

الحالة الثانية :

حالة ما يكون الإيجاب لمصلحة الموجب له وذلك بأن تحقق له مصلحته بشروط جيدة فإن سكوت الموجب له يعتبر قبولا له كذلك [23].

أما السكوت الملابس للتعبير عن القبول الإلكتروني فقد اختلف الفقهاء فيه فهناك رأي يرى أن سكوت أحد المتعاقدين في التعامل السابق بينهما عبر تقنيات الاتصال الحديثة يمكن أن يستنتج منه القبول شأنه في ذلك شأن القبول التقليدي حيث إن استعمال الوسيلة الإلكترونية لا ينبغي أن تمثل مبررا للخروج عن تطبيق القواعد العامة.

---

[23] – خليل أحمد حسن قدادة " المرجع السابق " ص 44

تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

أما الرأي الثاني : فيرى بأن السكوت لا يصلح للتعبير عن القبول الإلكتروني ولذلك فإن من يتسلم رسالة إلكترونية عبر الانترنت تتضمن إيجابا وينص فيها على أنه إذا لم يرد على هذا العرض خلال مدة معينة أعتبر ذلك قبولا فإن له أن لا يرد عليها وإن لا يهتم بها لأن ذلك لا يمكن أن يعد قبولا .

الرأي الثالث: يرى أنصاره أن مثل هذه الحالات الاستثنائية التي يعتبر فيها السكوت قبولا لا بد وأن تواجه بمنتهى الحذر في العقود الإلكترونية في الوقت الحالي. فلا يمكن القول بأن العرف يلعب دورا فعليا في مثل هذه العقود حتى الآن. وذلك نظرا لحداثة هذا الشكل من أشكال التعاقد .

كما أن في الحالة التي قد يتمخض فيها الإيجاب لمصلحة من وجه إليه. فهي حالة تتضمن عملا من أعمال التبرع دون أي التزام يقع على عاتق من وجه إليه الإيجاب وهو فرض غير مألوف في العقود الإلكترونية.

أما عن حالة التعامل السابق بين المتعاقدين فهي تمثل الحالة الأكثر شيوعا في مثل هذه العقود حيث غالبا ما يعتاد العميل على شراء بعض السلع أو الخدمات من أحد المتاجر الافتراضية سواء بالبريد الإلكتروني أو عن طريق صفحات "WEB" إلا انه لا ينبغي إغفال الحقيقة وهي أنه لا يجوز استنتاج القبول من مجرد سكوت العميل في حالة التعامل السابق بل لا بد وأن يقترن ذلك بظرف أخر يرجع دلالة السكوت على قبول العميل كما لو وجد اتفاق سابق بين الطرفين على ذلك و سواء كان الإتفاق صريحا أو ضمنيا .

هذا فيما يخص التعبير عن القبول أما الطريقة التي يتم بها فإنه يتم القبول الإلكتروني بوسيلة مكتوبة عبر تقنيات الإتصال الحديثة وهو الأمر الذي قد يضفي نوعا من الثقة والطمأنينة للمتعاقدين حيث يمكن إثبات هذا القبول بورقة مكتوبة و بالرغم من ذلك فإنه يلاحظ أن اللجوء إلى استخدام هذه الوسيلة هو أمر نادر في العقود الإلكترونية ومثال هذه الوسيلة هو التعبير عن القبول عبر الفاكس، حيث غالبا ما يتم القبول الإلكتروني عن طريق ملء استمارة تتخذ شكل نموذج طلب معروض على الانترنت ويقوم الشخص الموجه إليه الإيجاب بتدوين المعطيات الشخصية الخاصة به والتي تعتبر ضرورية للعقد المزمع إبرامه وكذلك يعبر عن القبول باستخدام إيقونة الحاسوب (LA SOURIS) وذلك بالضغط على خانة القبول المعروضة ضمن الطلب على شاشة الحاسوب " OK" ولكن هذه الوسيلة قد تتضمن الكثير من الأخطاء حيث قد يتم لمس هذه الأيقونة على سبيل الخطأ أثناء استخدام الحاسوب .

وكذلك يعبر عن القبول بضغطة مزدوجة " Double clic " أو أن يتم تأكيد القبول باستخدام لفظ نعم " oui " .

تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

المبحث الثالث: مجلس العقد الإلكتروني.

إن مجلس العقد هو اجتماع المتعاقدين في نفس المكان والزمان بحيث يسمع أحدهما كلام الأخر مباشرة، حالة كونهما منصرفين إلى التعاقد لايشغلهما عنه شاغل، وينفض مجلس العقد بالمفارقة الجسدية للمكان من أحد المتعاقدين أو كليهما ولكنه يعتبر منفضا كذلك لو لم يبرح العاقدان المكان، ومجلس العقد قد يكون حقيقيا حيث يتم التعاقد بين حاضرين معا وجها لوجه وقد يكون حكميا حيث يكون أحد المتعاقدين غائبا عن مكان مجلس العقد.

وقد أشار إلى هذا المشرع الجزائري في المادة 64 من القانون المدني الجزائري .

" إدا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فورا وكذلك إدا صدر الإيجاب من شخص إلى أخر بطريق الهاتف أو بطريق مماثل غير أن العقد يتم ولو لم يصدر القبول فورا إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة مابين الإيجاب والقبول وكان القبول صدر قبل أن ينفض مجلس العقد .

وفي مجلس العقد الحقيقي هناك خلاف حول وقت انعقاد العقد فبعض الفقهاء يرى أنه ينعقد بمجرد إعلان القبول في مجلس العقد والبعض الأخر يرى انه لا ينعقد إلا بالعلم بالقبول. أما في مجلس العقد الحكمي فإن العقد ينعقد بمجرد إعلان القبول[24].

ويثور التساؤل هل التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة يأخذ صورة التعاقد بين الحاضرين وبالتالي يسري عليه أحكام مجلس العقد الحقيقي ؟

أم يأخذ صورة التعاقد بين الغائبين وبالتالي يسري عليه أحكام مجلس العقد الحكمي ؟

هذا ما سنعرفه في المطلبين المقبلين.

المطلب الأول: مجلس العقد في التعاقد عبر الهاتف والفاكس.

إن كثرة تقنيات الإتصال الحديثة وتنوعها والتشابه بين بعض هذه التقنيات كالهاتف واللاسلكي والبث الإذاعي والتلفزيوني تعتبر أجهزة نقل الصوت .

أما التلغراف والتلكس والفاكس فتشابه في أن كلا منها ينقل رسائل مكتوبة ولهذا سوف نتناول كل طائفة من هذه التقنيات المتماثلة معا .

---

[24] – خليل أحمد حسن قدادة " المرجع السابق " ص 46

تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

الفرع الأول: مجلس العقد في التعاقد عبر الهاتف.

اختلف الفقه بشأن مجلس العقد في التعاقد عبر الهاتف وما يماثله من حيث كونه تعاقدا بين حاضرين أم بين غائبين .

الرأي الأول:

يرى أنصار هذا الرأي أن التعاقد عبر الهاتف يعد تعاقدا بين حاضرين حيث يعلم كل طرف التعبير الإرادي الصادر من الطرف الأخر في نفس الوقت كما لوكان الطرفان يضمهما مجلس واحد حيث يسمع كل من المتعاقدين كلام الأخر وتبيينه في وقت واحد دون أن يكون هناك فاصل زمني بين صدور الإيجاب و العلم به. وبالتالي يتحد زمان الإيجاب والقبول ويكون مجلس العقد محددا بزمن المكالمة الهاتفية ويظل الإيجاب قائما طوال مدة المكالمة طالما ظل المتعاقدان منشغلين بالتعاقد وينفض بانتهائهما أو بالكف عن الانشغال بالعقد، أو بتغير موضوع المكالمة إلا إذا اتفقا صراحة أو ضمنيا على مهلة للقبول.

مناقشة هذا الرأي:

يلاحظ أن هذا الرأي ينظر إلى مجلس العقد على أنه وحدة زمنية فقط، بالرغم من أن لمجلس العقد ركنين وهما الركن المادي وهو المكان والركن المعنوي وهو الزمان وقصر مجلس العقد على أحد الركنين فقط يؤدي إلى خلل في ضبط كثير من الأمور التي يعتمد على معرفة زمان ومكان انعقاد العقد .

الرأي الثاني:

يرى جانب أخر من الفقه أن التعاقد بالهاتف وما يماثله يعد تعاقدا بين غائبين وبالتالي تسرى عليه أحكام العقد الحكمي لأن الهاتف كالرسول في نقل الكلام أو الإيجاب فالرسول هو الشخص الذي يقوم بإبلاغ التعبير كما تلقنه كالآلة المرددة لما تسجله من كلام سواء ،فدور الرسول سلبي محض بالنسبة للعقد،فهو سفير ومعبر وناقل للإيجاب وهو ينقل إرادة الموجب لا لإرادته هو. وبالتالي يعتبر آلة أو أداة لنقل الإيجاب شأنه في ذلك شأن الهاتف فكلاهما وسيلة أو أداة لنقل الإيجاب ولا يقال أن هناك ثمة فرق بينهما.

يتمثل في انه في التعاقد عبر الهاتف ينقل الموجب إيجابه بلسانه، أما الرسول فإنه ينقل الإيجاب بلسانه هو وليس بلسان الموجب.

ونضرب مثالا لا لتأييد وجهة نظر صاحب هذا الرأي وإنما من أجل الفهم. لو افترضنا أن هناك شخصا يقيم في وهران وأرسل لشخص أخر في بشار إيجابا عن طريق صوته في شريط كاسيت وعندما يصل الشريط للموجه إليه

تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

الإيجاب يبدأ في سماعه. ألا يعتبر هذا تعاقد بين غائبين بالرغم من أن الموجب ينقل الإيجاب بلسانه حتى ولو قيل أن الشريط يعتبر بمثابة كتاب فهو يعد تعاقد بين غائبين وليس حاضرين.

مناقشة هذا الرأي:

إن التعاقد عن طريق الهاتف ومما يماثله يتيح للأطراف نوعا من التفاعل والمحاكاة المباشرة بشأن العقد وبالتالي ينعدم الفاصل الزمني بين صدور القبول وعلم الموجب به شأنه في ذلك شأن التعاقد بين الحاضرين والذي يعلم فيه الموجب بالقبول في الوقت الذي يصدر فيه .

أما التعاقد عن طريق رسول فإنه يتم بين شخصين لا يجمعهما مجلس واحد وبالتالي فإن الرسول يقوم بنقل إرادة أحد الطرفين إلى الأخر. وهذا يتطلب بطبيعة الحال مرور فترة زمنية بين صدور القبول وعلم الموجب به شأنه في ذلك شأن التعاقد بالبريد أو التلغراف وبالتالي فإن التعاقد عن طريق رسول هو الذي يعتبر تعاقدا بين غائبين.

الرأي الثالث :

أما أنصار هذا الرأي فيرون أن التعاقد بالهاتف يعتبر بمثابة تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وتعاقدا بين غائبين من حيث المكان وأن الأصل هو أن زمان العقد هو الذي يحدد مكانه وقد يختلف مكان العقد عن زمانه في بعض الفروض، مثل التعاقد بالهاتف والذي يعتبر تعاقدا بين غائبين حاضرين في آن واحد. فهو يعتبر تعاقدا بين حاضرين لانعدام الفاصل الزمني بين صدور القبول وعلم الموجب به وبالتالي ينعقد العقد فور صدور القبول لاتصاله بعلم الموجب فور صدوره .

أما بالنسبة لمكان العقد فيعتبر التعاقد بالهاتف وما يماثله تعاقدا بين غائبين شأنه في ذلك شأن التعاقد بالمراسلة وبالتالي ينعقد العقد في المكان الذي يوجد فيه الموجب وقت علمه بالقبول وبالتالي فإن مجلس العقد هنا يعتبر مجلسا مختلطا فهو من حيث الزمان يعتبر مجلس عقد حقيقي و من حيث المكان يعتبر مجلس عقد حكمي .

مناقشة هذا الرأي:

بالرغم من وجاهته وقوة أسانيده وحججه إلا أنه لا يواكب ماطرأ على الهاتف من تطور تقني هائل.

يبدوا لنا أنه نظرا للتطور التقني الهائل للهاتف التقليدي وكذا ظهور أنواع متطورة من الهاتف النقال بأجياله المتعددة وبما يتيحه من استخدامات متنوعة حيث يمكنه نقل الصوت والصورة معا، وكذا نقل الرسائل المكتوبة (**SMS**) وبالتالي فإنه ينبغي أن نميز بين الهاتف التقليدي والهاتف النقال و الأجهزة التي تماثل الهاتف .

تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

1-الهاتف التقليدي:

نظرا لظهور أجهزة هواتف متطورة تتيح تقديم خدمة "**REPONSE MACHINE** " "جواب الآلة" فإنه ينبغي أن نفرق بين الإتصال المباشر بين الطرفين أو الإتصال وترك الرسالة على جواب الآلة فإذا كان الإتصال مباشرا بين الطرفين، فإننا نؤيد ما انتهى إليه أصحاب الرأي الثالث من أن التعاقد في هذه الحالة يعتبر تعاقدا بين حاضرين من حيث الزمان وتعاقدا بين غائبين من حيث المكان. أما إذا كان الإتصال يتم عن طريق ترك رسالة صوتية" **REPONSE MACHINE** " جواب الآلة فإننا نرى أنه يعتبر تعاقدا بين غائبين وذلك لوجود فاصل زمني بين الإيجاب والقبول.[25]

2- الهاتف النقال:

هنا علينا أن نفرق بين ما إذا كان الاتصال شفويا ومباشرا وبين ما إذا كان الإتصال بالرسائل الإلكترونية (SMS). فإذا كان الإتصال مباشرا فإنه يعتبر تعاقدا بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان .

أما إذا كان الإتصال بالرسائل الإلكترونية عبر الهاتف النقال فإنه ينبغي أن نفرق بين حالتين :

الحالة الأولى:

إذا كان الإتصال بالرسائل الإلكترونية مباشرا بحيث لا يوجد فاصل زمني بين إرسال الرسالة وعلم الطرف الأخر بها والرد عليها فورا أو اتصال شفوي فإنه يعتبر تعاقدا بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان .

الحالة الثانية :

أما إذا كان هناك فاصل زمني بين إرسال الرسالة الإلكترونية وبين العلم بها أو الرد عليها فإنه يعتبر تعاقدا بين غائبين.

3-الأجهزة التي تماثل الهاتف :

يعتبر الراديو والتلفزيون من الأجهزة التي تماثل الهاتف نظرا لأنها تتماثل في قيامها بنقل الصوت، وإن كان التلفزيون ينقل الصورة أيضا. ويبدو لنا أنه من الخطأ إطلاق مصطلح التعاقد عن طريق التلفزيون أو الراديو لأن كلاهما أداة إعلامية وإنها إذا ما استخدمت في الإعلان عن السلع والخدمات فإنها لا تتيح التفاعل والمحاكاة المباشرة مع جمهور المشاهدين وأن دورها يقتصر على عرض السلعة أو الخدمة على الجمهور وإذا مارغب أحد المشاهدين في التعاقد بشأن

---

[25] – د.سمير حامد عبد العزيز الجمال " المرجع السابق " ص 101

تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

منتج أو خدمة تم عرضها عليه عبر هذه الأداة الإعلامية فإنه يقوم بالإتصال بمقدم الخدمة أو المنتج عبر الهاتف أو الانترنت أو إحدى تقنيات الإتصال عن بعد .

ومن ثم فهوفي حقيقته تعاقد بالهاتف أو الانترنت أو عبر إحدى تقنيات الإتصال الأخرى والتي قد يتم استخدامها للإتصال بمقدم الخدمة أو المنتج .

الفرع الثاني: مجلس العقد في التعاقد عبر الفاكس.

يعتبر التعاقد بالفاكس وما يماثله صورة يزداد شيوعها على إثر إزدهار التجارة الإلكترونية والتقدم المذهل في مجال تقنيات الإتصال عن بعد، وهو يعتبر تعاقدا بين غائبين حيث لا يجمعهما مجلس واحد ولا يسمع أحدهما الأخر فور أداء عبارته، الأمر الذي يتطلب بالضرورة مرور فترة زمنية بين تعبير كل من الطرفين عن إرادته و وصول تعبيره هذا إلى علم الطرف الأخر وهذه الرسائل لا تختلف عن التعاقد بالمراسلة بطريق الكتابة. فالإيجاب أو القبول المرسل عن طريق هذه الوسائل يرسل في صورة مكتوبة وواضحة حتى ولو لم تكن بخط المتعاقد وإنما هي نقل لصورة منها عبر آلة ميكانيكية أو إلكترونية ويتمثل الفارق بين التعاقد بالمراسلة والتعاقد بهذه الوسائل في آن. الأول يتم بكتاب محمول، في حين أن الثاني يتم عبر آلة إلكترونية وقد تتمثل هذه الآلة في التلغراف أو الفاكس أو التلكس أو التليتكس وتتمثل سيمة هذا النوع من التعاقد في أنه يتم بين غائبين، وبالتالي يثور التساؤل عن تحديد وقت إنعقاد العقد. هل هو وقت صدور القبول أم وقت علم الموجب بالقبول؟

وللإجابة عن هذا السؤال إنقسم الفقه إلى أربعة مذاهب .

1-مذهب إعلان القبول :

يرى أنصار هذا المذهب أن العقد يتم بمجرد إعلان القبول فبهذا القبول يتحقق توافق الإرادتين الذي يلزم لإنعقاد العقد وبالتالي فإن العقد يتم بمجرد تحرير رسالة القبول أوالبرقية أو إبلاغ الرسول.

وهذا المذهب وإن كان يتفق مع مقتضيات المعاملات التجارية وما تقتضيه من سرعة في التعامل لولا أنه يؤخذ عليه الخروج على القواعد العامة التي تقضي بأن التعبير عن الإرادة لا يحدث أثره إلا من وقت العلم به، فالقبول باعتباره تعبيرا عن الإرادة لا يحدث أثره بمجرد إعلانه، وإنما من وقت العلم به، فضلا عن أن إعلان القبول عمل يختص به القابل وحده وذلك من شأنه أن يجعل قيام العقد يتركز في يد القابل وقد ينكر صدور القبول أو يرجع عنه دون أن يتمكن أحد من التثبت من حقيقة قيام العقد مما يزعزع استقرار التعامل.

تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

2-مذهب تصدير القبول:

يتفق أنصار هذا المذهب مع مذهب أنصار إعلان القبول إلا أنه يشترط أن يكون القبول نهائيا وباتا ويكون ذلك بوضع الرسالة في صندوق البريد أو بتسليم البرقية إلى مكتب البرق. أو إبلاغ الرسول أو انطلاقه ليخبر به الموجب ولكن يؤخذ على هذا المذهب أن مجرد تصدير القبول لا يضمن له أن يصبح نهائيا إذ يمكن استرداد الرسالة أو البرقية من المكتب المختص طالما أنها من المتصل إلى المرسل إليه.

أ-مذهب استلام القبول:

يرى أنصار هذا المذهب أن العقد يتم بمجرد وصول القبول إلى الموجب حيث يصبح القبول نهائيا لا يمكن استرداده ويستوي بعد ذلك أن يعلم الموجب بالقبول أو لا يعلم به ويؤخذ على هذا المذهب الاعتراض الذي وجه للمذهبين السابقين فإذا كان إعلان القبول وتصديره لا يضمنان أن يحدث القبول أثره.فإن مجرد الاستلام أيضا لا يكفي لإحداث هذا الأثر طالما أنه لم يصل إلى علم الموجب.

ب-مذهب العلم بالقبول:

يرى أنصار هذا المذهب أنه لا يكفي مجرد إعلان القبول بل يشترط لإنعقاد العقد علم الموجب بالقبول حيث يكون توافق بين الإرادتين ويتخذ أصحاب هذا الرأي من تسلم القبول قرينة على علم الموجب به. إلا أنها تعتبر قرينة قضائية يجوز أن يؤخذ بها أو لا يؤخذ بها ويجوز للموجب إثبات العكس بإقامة الدليل على عدم علمه بالقبول بالرغم من وصوله إليه .

ونستخلص في الأخير بعد دراستنا لهذه المذاهب بأن مذهب العلم بالقبول هو الذي يتلاءم مع طبيعة المعاملات الإلكترونية ويضفي عليها نوعا من الثقة والطمأنينة في التعامل .

موقف المشرع الجزائري:

لقد أجابت المادة 67 من القانون المدني الجزائري .

" يعتبر التعاقد مابين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك .

ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول .

هكذا فإن القانون الجزائري يأخذ بنظرية العلم بالقبول من طرف الموجب لتحديد وقت اقتران القبول بالإيجاب في حالة التعاقد بين غائبين ما لم يتفق المتعاقدان أو ينص العقد على غير ذلك .

تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

وقد أقام القانون المدني الجزائري قرينة على العلم بالقبول و هي وصول التعبير عن القبول في الزمان والمكان اللذين وصل فيهما.[26]

المطلب الثاني: مجلس العقد في التعاقد عبر الإنترنت

إختلف الفقهاء في هذا الشأن وانقسموا إلى ثلاثة أراء .

الرأي الأول:

يرى جانب من الفقه أن التعاقد عبر الإنترنت يعد تعاقدا بين حاضرين حيث ينطبق مفهوم مجلس العقد على كل العاقدين بعدت الشقة بينهما إلا أنهما قد انصرفا إلى موضوع التعاقد دون أن يشغلهما شاغل أخر وكان بينهما إتصال مباشر عبر الإنترنت، بحيث يسمع أو يرى أحدهما الأخر مباشرة حيث لا يكون هناك فاصل زمني بين صدور التعبير عن الإرادة إيجابا أو قبولا ووصوله إلى علم الموجه إليه.

الرأي الثاني:

يرى أنصار هذا الرأي أن التعاقد عبر الإنترنت يعد تعاقدا بين غائبين لأن التعاقد عن طريق هذه الشبكة قد يكون بالكتابة بين المتعاقدين وذلك عن طريق استخدام الجمل المكتوبة وقد يكون بالحوار الصوتي وقد يكون بالصوت والصورة و الكتابة،ففي كل هذه الأحوال يعد التعاقد تعاقدا بين غائبين كما هو الحال في التعاقد بالكتابة أو الرسول أو الهاتف و مايماثله والفاكس وما يماثله.

الرأي الثالث:

يرى الجانب الثالث من الفقه أن التعاقد عبر الإنترنت يعتبر تعاقدا بين حاضرين من حيث الزمان وتعاقد بين غائبين من حيث المكان، فهو يعتبر تعاقدا بين حاضرين لانعدام الفاصل الزمني بين صدور القبول وعلم الموجب به ويعتبر تعاقدا بين غائبين من حيث المكان شأنه في ذلك شأن التعاقد بالمراسلة ويرى أصحاب هذا الرأي تطبيق القواعد الخاصة بالتعاقد عن طريق الهاتف.

ويعتبر التعاقد عن طريق الإنترنت قد تم في مكان الموجب إذ فيه يعلم بالقبول ما لم يتفق على غير ذلك كما يعتبر تاما في الوقت الذي يعلم فيه الموجب بالقبول .

---

[26] – خليل أحمد حسن قادة " المرجع السابق ص 49

تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

مناقشة هذه الآراء:

يبدو لنا أنه نظرا للإمكانيات الكثيرة والمذهلة للإنترنت وما ينتج من وسائل مختلفة للإتصال وتقديم خدمات متعددة فإنه ينبغي أن نفرق بين استخداماته المختلفة وذلك على النحو التالي :

1- إذا استخدم الإنترنت بطريقة تنتج نقل الصوت فقط فإن التعاقد من خلاله في هذه الحالة يعد تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان شأنه في ذلك شأن التعاقد بالهاتف.

2- أما إذا أستخدم كوسيلة للكتابة والمراسلة كالبريد الإلكتروني فإنه إذا كان تبادل الرسائل يتم بصورة فورية بحيث لا يكون هناك فاصل زمني بين الإيجاب و القبول أو كان فاصل لا يكاد يذكر نظرا لما يخوله البريد الإلكتروني للنقل الفوري للرسائل المتبادلة، فإنه أيضا يعتبر تعاقدا بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان أما إذا كان هناك فاصل زمني بين الإيجاب والقبول بحيث لا يتم الرد على الرسالة الواردة بالبريد الإلكتروني بصورة فورية فإنه يكون تعاقدا بين غائبين شأنه في ذلك شأن التعاقد بالمراسلة .

3-أما إذا أستخدم الإنترنت على نحو يتيح نقل الكتابة والصوت والصورة معا فانه يبدو لنا أنه ينعدم الفاصل الزمني بين المتعاقدين بل أنه في هذه الحالة يبدد فرقة المكان ويؤدي إلى تلاشي الحدود الجغرافية التقليدية حيث يمكن لكل من المتعاقدين أن يرى ويسمع الأخر كما لو كان يجلس معه، ويستطيع كل منهما أن يطلع الأخر على أدق التفاصيل الخاصة بالتعاقد وأن كلا من المتعاقدين قد أنتقل انتقالا مفترضا إلى مكان الطرف الأخر عبر تقنيات الاتصال المستخدمة وهو الأمر الذي نرى معه أنه يعد تعاقدا بين حاضرين حضورا مفترضا من حيث الزمان والمكان[27].

[27] – د.سمير حامد عبد العزيز الجمال " المرجع السابق " ص 101

تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

الفصل الثاني: صحة العقد الالكتروني

المبحث الأول: الأهلية.

المطلب الأول: مفهوم الأهلية.

الفرع الأول: أهلية الوجوب.

الفرع الثاني: أهلية الأداء.

المطلب الثاني: خصوصية الأهلية في التعاقد الالكتروني

الفرع الأول: رأي الفقهاء في القانون المقارن.

الفرع الثاني: رأي المشرع الجزائري.

المطلب الثالث: مشكلة التحقق من الأهلية والوسائل التقنية المساعدة.

الفرع الأول: البطاقات الالكترونية.

الفرع الثاني : الاستعانة بجهات التصديق الالكتروني.

الفرع الثالث: الوسائل التحذيرية.

المبحث الثاني: عيوب الإرادة.

المطلب الأول: الغلط

الفرع الأول: أن يكون الغلط جوهريا.

الفرع الثاني: اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر.

المطلب الثاني: التدليس.

الفرع الأول: عناصر التدليس.

الفرع الثاني: أهمية التدليس في إطار العقود الالكترونية.

المطلب الثالث: الإكراه.

الفرع الأول: أنواع الإكراه وأقسامه.

الفرع الثاني : مصدر الإكراه المفسد للرضا.

المبحث الثالث: محل العقد الالكتروني وسببه.

المطلب الأول: محل العقد الالكتروني.

تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

الفرع الأول: أن يكون المحل موجودا أو ممكنا.

الفرع الثاني: أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين.

الفرع الثالث: أن يكون المحل مشروعا.

المطلب الثاني: سبب العقد الالكتروني.

الفرع الأول: أن يكون السبب موجودا.

الفرع الثاني: أن يكون السبب مشروعا.

تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

الفصل الثاني: صحة العقد الالكتروني.

إن العقد الالكتروني شأنه شأن جميع العقود الأخرى يجب أن تتوفر فيه شروط وأركان لكي يعتبر عقدا صحيحا، وبتخلف أحد هذه الشروط يصبح العقد باطلا أو قابلا للإبطال بحسب الأحوال وبما أن العقد الالكتروني يتم بين شخصين حاضرين في الزمان، غائبين في المكان، الأمر الذي يجعل مشكلة التحقق من هذه الشروط والأركان صعبا وفي مقدمتها: كيفية التأكد من شخصية المتعاقد الأخر وصعوبة التحقق من أهليته لإبرام العقد وكذا التحقق من خلو إرادته من عيوب الإرادة. وكذا مشروعية محل العقد وسببه[28].

ومن هنا استوجب علينا التعرض لهذه الشروط والأركان وأولها الأهلية في المبحث الأول وعيوب الإرادة في المبحث الثاني أما المبحث الثالث فخصصناه للمحل والسبب في العقد الالكتروني.

المبحث الأول: الأهلية.

يشترط لصحة العقد الالكتروني أن تتوفر لدى طرفيه الأهلية القانونية لإبرامه، ويعتبر التحقق من هذا الأمر يسيرا في العقود التقليدية التي تتم بين حاضرين أما بالنسبة للعقود الالكترونية والتي تتم عن بعد فالمشكلة تزداد صعوبة. وعند رجوعنا للقانون المدني الجزائري وجدنا أن المشرع قد سكت ولم ينظم هذه الأنواع من العقود بقواعد خاصة بها بالرغم من أهميتها فلم يواكب الحداثة والعصر الرقمي الذي وصل إليه المجتمع الحديث بل أحلها إلى القواعد العامة للتقاعد في العقود التقليدية ومن ثم استوجب علينا استظهار القواعد العامة التي تحكم التصرفات القانونية وعلى رأسها إبرام العقود.

المطلب الأول: مفهوم الأهلية.

يقال في اللغة: فلان أهل لكذا: أي صالح له، ومن ثم يقال بأن هذا أهل لأن يكون قاضيا، أو أهل لأن يكون معلما، وهذا أهل لبيع ما يريد أو شرائه.[29]

أما لدى علماء أصول الفقه الإسلامي فالأهلية قد تكون أهلية وجوب و هي صلاحية المرء لأن تكون أقواله و أفعاله معتبرة شرعا أو أهلية أداء و هي صلاحية المرء بصدور الفعل عنه على وجه يعتد به شرعا أما لدى فقهاء القانون فإن الأهلية تنقسم إلى أهلية وجوب وأهلية أداء.

---

[28] – د. سمير حامد عبد العزيز الجمال: المرجع السابق، ص147.

[29] – د. سمير حامد عبد العزيز الجمال. المرجع السابق، ص 148.

تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

الفرع الأول: أهلية الوجوب.

وتعني أهلية الوجوب صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات وهذا النوع من الأهلية تثبت للإنسان منذ أن يرى نور الحياة، حتى و هو في بطن أمه جنينا، فهي لا ترتبط بالقدرة العقلية للإنسان ولا بقدرته على التمييز أو عدم التمييز، فكما تثبت للعاقل، تثبت للمجنون والصغير عديم الأهلية. وكذا السفيه والمعتوه، فلا تتأثر بعوارض الأهلية[30].

الفرع الثاني: أهلية الأداء.

وهي ما يهمنا في دراستنا للعقد الالكتروني حيث إبرام العقود الالكترونية هي قبيل التصرفات القانونية والتي يستوجب فيها بتمتع أطراف العقد بالأهلية الكاملة وهي أهلية الأداء إلا وقعت تحت طائلة البخلاء. وأهلية الأداء تعني قدرة الشخص في التصرف بأمواله وهذا النوع من الأهلية لا تثبت لكل شخص كما هو الحال بالنسبة لأهلية الوجوب وإنما تثبت لمن عنده القدرة على إبرام التصرفات القانونية له ولغيره[31].

فقد نص المشرع في القانون المدني الجزائري في المادة 40: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة"، فلقد ربط القانون قدرة الإنسان على التصرف بمراحل نمو سنه والذي يمر وفقا للقانون بمراحل ثلاث:

المرحلة الأولى: الصبي غير المميز.

وتبدأ هذه المرحلة من العام الأول لولادة الشخص إلى اكتمال سن الثالثة عشرة يكون فيها الشخص غير قادر على التمييز.[32]

وبالتالي عديم الأهلية، وهذا ما جاء به نص المادة: 42 ق. م. ج " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية، من كان فاقد التمييز لصغر في السن... يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة". ومن ثم فإن كل تصرفات الشخص الذي لم يبلغ سن الثالثة عشرة من عمره تعتبر باطلة بطلانا مطلقا لأنه لا يعتبر أهلا لمباشرة حقوقه المدنية أي عديم الأهلية حسب نص المادة سالفة الذكر.

---

[30] – خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق ص46.

[31] – خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق ص46

[32] – مع العلم أن سن التمييز كان 13 سنة كاملة قبل تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ (4) في 20 يونيو 2005.

المرحلة الثانية: الصبي المميز.

وتبدأ هذه المرحلة من اكتمال سن الثالثة عشرة حتى يوم قبل الأخير من السنة التاسعة عشرة وهي ما يسميها القانون بمرحلة نقص التمييز حيث تصبح للإنسان مقدرة في التصرفات القانونية ولكن هذه المقدرة ليست كاملة لأن مدارك خبرته ومعرفته التي يعتبر العقل البشري أساسها مازالت تحبو ولم تقف على أرجلها بعد.

ذلك ما نصت عليه المادة: 43- ق- م – ج "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد يكون ناقصا الأهلية وفقا لما يقدره القانون".

ونجد أن الفقهاء قد فرقوا أعمال ناقصي الأهلية إلى أعمال أو تصرفات نافعة نفعا محضا، وتعتبر تصرفات صحية. لأنه لا تؤثر تأثيرا سلبيا على ذمته المالية أو مركزه القانوني بل بالعكس يمكنها أن تزيد في ذمته المالية كأن يقبل هبة من أحد الأشخاص فالهبة تزيد من الجانب الايجابي لذمته[33].

1- تصرفات أو أعمال ضارة ضرا محضا، وهي تصرفات باطلة بطلانا مطلقا. ذلك أن هذه التصرفات يمكن أن تؤثر سلبا على ذمته المالية، كأن يهب ناقص الأهلية شيئا من ماله شخص بدون مقابل أو يرتب شخص ما حق عينيا على أمواله بدون مقابل...الخ، وهذه التصرفات الضارة تفسر لصالح ناقص الأهلية وهي باطلة بطلانا مطلقا، ويعفى بها القاضي من تلقاء نفسه[34].

2- تصرفات أو أعمال دائرة بين النفع والضرر وهي تعتبر قابلة للإبطال فيستطيع الولي أو الوصي أن يطالب بإبطالها إذا كانت في غير مصلحة ناقص الأهلية كعقد البيع وعقد الإيجار[35].

المرحلة الثالثة: سن الرشد – التمييز.

وتبدأ من اكتمال السنة التاسعة عشر لغاية وفاة الإنسان وهي مرحلة التمييز، بحيث يصبح الإنسان رشدا بالغا عاقلا وتعتبر كل تصرفاته صحيحة الضارة منها والنافعة وهذا حسب المادة 40. ق. م. ج. كما أنه هناك استثناء بالنسبة للمادة 40 ق. م. ج. وهي أنه يمكن للشخص أن يكون بالغا رشيدا جاوز سن التاسع عشر لكن يبقى في دائرة ناقصي الأهلية وذلك لأنه طاله عرض من عوارض الأهلية وهي الجنون والسفه والعته و الغفلة.

---

[33] – د. خليل أحمد حسن قدادة المرجع السابق، ص 47.

[34] – د. خليل أحمد حسن قدادة المرجع السابق، ص 47.

[35] – د. خليل أحمد حسن قدادة المرجع السابق، ص 47.

أ- الجنون: وهو مرض يعتري الشخص ويؤدي إلى زوال العقل ويفقد صاحبه الإدراك والتمييز. وتقدير توافر حالة الجنون هي مسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، من غير معقب عليه من المحكمة العليا طالما أن حكمه يقوم على أسباب سائغة وتقع تصرفات المجنون باطلة بطلانا مطلقا لأن المجنون هو عديم الأهلية[36].

ب- العته: وهو أنه يصيب العقل، فتعيبه وتنقص كماله، صحيح. أنه لا تؤدي إلى ذهاب العقل كله ولكن تجعله كالمجنون وقد ساوى القانون بين المجنون والمعتوه وكلاهما لا بد أن يصدر في حقهما حكم بالحجر، المادة 42- ق. م. ج[37].

ج- السفه: وهو آفة تصيب التدبير، ويؤدي إلى ضعف في بعض الملكات الضابطة في النفس يحمل صاحبه على تبذير ماله وإتلافه على غير مقتضى من الشرع أو العقل.

مثل: الشخص الذي يدمن المقامرة، أو يبالغ في التبرع... فالسفيه شخص كامل العقل. ولكنه سيء التدبير وفاسد[38].

د- الغفلة: وهي ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس، وترد على حسن الإرادة والتقدير ويترتب على قيامها بالشخص أن يغبن في معاملاته مع الغير[39].

والغفلة كذلك هي عدم الخبرة والمعرفة اللازمة للتصرفات المالية، والقانون ساوى كذلك بين السفيه وذي الغفلة واعتبرهما. في حكم ناقص الأهلية بعد صدور الحجر عليهما المادة 43ق.م. ج.

من خلال ما تعرضنا له في دراسة الأهلية وعوارضها، وجدنا أن المشرع اعتبر مسألة الأهلية من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها أو تغييرها، وهذا يظهر جليا من خلال نص المادة. 45 ق.م.ج" ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا تغيير أحكامها".

وخلاصة القول، أنه إذا توافرت في الشخص الأهلية الكاملة، دون أن يعترضها عارض من عوارض الأهلية مما يؤدي إلى زوالها أو إلى إنقاصها. فإنه يعتبر في نظر القانون أهلا للتعاقد وينطبق عليه نص المادة: 78ق.م.ج:"كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون".

---

[36] – د . سمير حامد عبد العزيز الجمال المرجع السابق، ص 152.

[37] – د. خليل أحمد حسن قدادة: المرجع السابق ص48.

[38] – د. سمير حامد عبد العزيز الجمال المرجع السابق، ص152.

[39] – د. سمير حامد عبد العزيز الجمال المرجع السابق، ص152.

وهذه الأحكام الخاصة بالأهلية تنطبق على تصرفات الشخص مما فيها إبرام العقود، سواء كانت تقليدية أو إلكترونية والتي نحن بصدد دراستها حيث أن المشرع الجزائري لم ينظم هذا النوع من العقود بقواعد خاصة به بل أحالها إلى القواعد العامة.

المطلب الثاني: خصوصية الأهلية في التعاقد الالكتروني.

ينبغي لكي يكون العقد الالكتروني صحيحا، أن يصدر التعبير عن الإرادة من شخص يعتد القانون بأهليته نظرا لأن العقد الالكتروني يتم عن بعد عبر تقنيات الاتصال الحديثة ودون حضور مادي للمتعاقدين وبالتالي يصعب على كل من المتعاقدين التأكد من شخصية المتعاقد الأخر وكذا تحقق من أهليته، بالإضافة إلى أن عددا كبيرا من مستخدمي تقنيات الاتصال الحديثة ولا سيما –الانترنت– هم من المراهقين وصغار السن، وقد يستخدم شخص ناقص الأهلية أو فاقدها البطاقة المصرفية لأحد والديه في التعاقد مع تاجر حسن النية أو أن يتعاقد شخص قاصر على سبيل اللهو والعبث، بالإضافة إلى أي الانترنت معرضة للاختراق والتدخل الأجنبي، والقرصنة الالكترونية، ولا شك في أن هذه المسألة تعد من أهم المشكلات التي تواجه التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة.

الفرع الأول: رأي الفقهاء في القانون المقارن.

يرى جانب من الفقه بأنه ينبغي لعلاج هذه المشكلة التوسع في الأخذ بنظرية الوضع الظاهر " theories de l'Apparence" وترجيح مصلحة المهنيين وبالتالي إذا اختلس القاصر بطاقة الائتمان المصرفية الخاصة بأحد والديه، واستخدمها في إبرام عقد مع أحد التجار، فيجوز لهذا التاجر متى كان حسن النية أن يتمسك بأن القاصر باستخدامه لهذه البطاقة قد توافر به مظهر صاحبها[40].

ويرى الفقه في مصر والقانون بنص المادة: 11 الفقرة 1 ق.م.م" الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم ومع ذلك نفي التصرفات المالية التي تعقد في مصر، وترتب آثارها فيها، إذا كان أحدا الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبيينه، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته"[41].

وفي القانون التونسي رقم 83 سنة 2000 نشأة المبادلات والتجارة الالكترونية فإن وفقا لنص المادة 25 منه: يلتزم عند إبرام العقد الالكتروني الإفصاح عن الهوية بطريقة واضحة ومفهومه[42].

---

[40] – د. سمير حامد عبد العزيز الجمال المرجع السابق ص153.

[41] - د. سمير حامد عبد العزيز الجمال المرجع السابق ص 154.

[42] – د. سمير حامد عبد العزيز الجمال المرجع السابق ص 155

تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

وفي القانون المدني الفرنسي، وفقا لنص المادة (1307) منه، فإن القاصر الذي يدلس على الغير لإخفاء نقص أهليته لا يحق له استيراد ما أداه تنفيذ لما تعهد به، وهذا الحكم يمتد ليشمل كل فاقدي الأهلية، وبالتالي فإن تصرفات فاقد الأهلية رغم بطلانها إلا أن خير صورة التعويض في هذه الحالة هو بقاء التصرف قائما[43].

كما أنه وفقا للمادة 121 – 18 – من قانون الاستهلاك الفرنسي فإنه يلزم إجراء التحقق من شخصية الأطراف المتعاقدة على نحو يحقق الأمان والثقة في المعاملات المبادلة حيث يلتزم التاجر أو مقدم الخدمة بأن يتيح لعميله كافة البيانات التي تنصح عن الهوية بما في ذلك أهليته القانونية وعلى النحو ذاته يلتزم العميل بأن يرشد التاجر عن اسمه وأهليته القانونية، وكافة عناصر تحديد شخصيته سواء المادية أو الالكترونية[44].

وفي التوجيه الأوربي رقم : 97 – 7 والصادرة في 20 ماي 1997 بشأن البيع عن بعد فإنه وفقا لنص المادة 4 – 1 يلزم عند إبرام العقد عن بعد عبر تقنيات الاتصال، تحديد هوية الأطراف المتعاقدة بما في ذلك بيان الأهلية القانونية[45].

كما أن التوجيه ألا وربي رقم2000-31 والصادر في جانفي 2000 بشأن التجارة الإلكترونية قد تطلب أيضا ضرورة تحديد كافة عناصر تحديد الهوية بما في ذلك الأهلية القانونية[46].

وقد حرص- أيضا – قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية 1996 (CNUDCI) على ضرورة التأكد من الهوية حيث تنص المادة 13 بشأن إسناد رسائل البيانات بأنه:

1 – تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ إذا كان المنشئ هو الذي أرسلها بنفسه.

2 – في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه، تعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشئ إذا أرسلت من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق برسالة البيانات..."[47].

---

[43] - د. سمير حامد عبد العزيز الجمال المرجع السابق ، ص 156.

[44] - د. سمير حامد عبد العزيز الجمال المرجع نفسه. ص157

[45] – د. سمير حامد عبد العزيز الجمال المرجع نفسه. ص158

[46] - د. سمير حامد عبد العزيز الجمال المرجع السابق ، ص 156.

[47] - د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 156.

تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

الفرع الثاني: رأي المشرع الجزائري.

رغم بحثنا عن ما يمكن أن نستشفه من خلال النصوص القانونية والذي من شأنه أن يبين لنا موقف المشرع الجزائري في هذا المجال إلا أننا لم نعثر عن ما يمكن أن يسد ظمأنا ولكن قد حاولنا جاهدين حيث اتضح لنا بأن المشرع الجزائري قد أحال هذا النوع من التعاقد إلى الأحكام العامة في التقنين المدني وكل ما يطال العقود المدنية التقليدية يمكن قياسه على هذا النوع من العقود. والذي نراه أضحى نوعا هاما خاصة وأن المجتمع المدني والدولي قد أخذ طريقا إلى التطور وأصبحت وسائل الاتصال الحديثة تقرب الإنسان بعضه من بعض، ونظرا لأن المعاملات التجارية تقوم على أساس السرعة والائتمان فقد لبت هذه الوسائل الحديثة جزءا كبيرا من هذا المبدأ واستجابت لكل تطلعات البشر، في حين أن المشرع الجزائري لم يواكب عصره وقد آثر الحفاظ على الطابع الأساسي ولم يحاول الاجتهاد شأنه شأن المشرع العربي الذي أثار هذه المسائل بطريقة محتشمة لا تلبي كل التطلعات والطموحات التي يصبو إليها المجتمع الجزائري ومن ثمة العربي.

لكن المشرع الجزائري نجده قد تطرق إلى مسؤولية الإثبات الخاصة بالعقود الالكترونية وذلك في نص المادة: 329 من التقنين المدني ج حيث تنص على "تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الأوراق العرفية من حيث الإثبات وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضا إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليها من مرسلها، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك".

إلى جانب المادة 10 ق م ج "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم. ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وصحة تعامله".

ومن ثم يبدو لنا في ضوء ما سبق أنه نظرا للطابع الخاص بالعقد الإلكتروني فإن ناقص الأهلية متى اتخذ مظهر الشخص البالغ الرشيد، وكان المتعاقد الآخر عبر تقنيات الاتصال غير عالم بهذه الحالة، فإنه ينبغي حماية هذا المتعاقد إعمالا لنظرية الوضع الظاهر، وذلك لتوفير الثقة والأمان لدى المتعاقدين عبر تقنيات الاتصال وحفاظا على استقرار التعامل وحتى لا يفاجأ المتعاقد حسن النية ببطلان العقد لسبب لا يعلمه، ولم يكن في مقدوره أن يعلمه وقت التعاقد وهذا الأمر لا غنى عنه في مجال العقود الإلكترونية.

المطلب الثالث: مشكلة التحقق من الأهلية والوسائل التقنية للمساعدة في ذلك.

من المسلم به أن العقد الالكتروني الذي يتم عن طريق الانترنت شأنه شأن أي عقد آخر، لا ينعقد صحيحا إلا إذا كان صادرا عن متعاقدين تتوفر فيهما الأهلية القانونية اللازمة[48] .

وليس هناك صعوبة تذكر في التأكد من أهلية التعاقد في حالة كونه تعاقدا بين حاضرين يجمعهما مجلس واحد إذا يمكن التحقق من أهلية المتعاقد. بيد أن الصعوبات الحقيقية تظهر في الغرض العكسي الذي يتم فيه التعاقد عن بعد بشكل عام والتعاقد عن بعد باستخدام التبادل الالكتروني للبيانات بشكل خاص، فقد يجئ التعاقد عبر شبكة الاتصالات الدولية دون أن تتوفر أهلية التعاقد لأحد أطراف الرابطة العقدية أو لكيلهما، ومن ثم يثور التساؤل عن كيفية التأكد من أهلية المتعاقد الآخر؟[49] .

وقد إنتهت بعض الأنظمة القانونية إلى ايجاد حلول لهذه المشكلة والتي لطالما كانت الصعوبة الجوهرية التي تعترض سبيل المعاملات الالكترونية مثل العقود الالكترونية ومن بين هذه الأنظمة نجد منها العربية مثل القانون التونسي، والأردني، والإماراتي والتي أوجدت بعض الوسائل الاحتياطية والتحذيرية تتمثل في:

الفرع الأول: البطاقات الإلكترونية.

هي كروت ذكية تتمثل في رقائق إلكترونية والتي يمكن من خلالها تخزين جميع البيانات الخاصة بحاملها مثل: الاسم، السن، محل الإقامة، والمصرف المتعامل معه وجميع المعاملات الخاصة بهذه البطاقة، وتعتبر هذه البطاقة بمثابة الحاسوب المتنقل؛ لكونه تحتوي على سجل كامل من المعلومات، والبيانات الشخصية، والرقم السري، وهذه البطاقات مزودة بعدة عناصر للحماية ضد عملية التزييف والتزوير، وسوء الاستخدام من طرف الغير في حالة سرقتها، أو محاولة تقليدها نظرا لنوع اللدائن المستخدمة، والشريط الممغنط، والصورة الفوتوغرافية لصاحبها، والرقم السري، وعدم القدرة على فتح الغطاء الخارجي لها. وتستخدم هذه البطاقات على نطاق واسع في الدول الأوربية والولايات المتحدة الأمريكية واليابان ويمكن استخدامها كبطاقة لتعريف الهوية أو كبطاقة إلكترونية تملأ وتفرغ بالنقود.

وبالرغم من هذه الوسائل الكفيلة بالحماية والمزودة بها مثل هذه البطاقات إلا أننا نجد بعض الاختراقات من أصحاب الدهاء الالكتروني والمتفننون في ابتداع الطرق لاختراق الاتصالات عبر هذه التقنيات واستحداث أساليب

---

[48] – صالح المنزلاوي القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ص378.

[49] – صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص379.

القرصنة الالكترونية والاستيلاء على بيانات وأموال المتعاملين عبر هذه التقنيات وطمس الآثار المادية لأي عمل غير مشروع وتدمير أي دليل بسرعة فائقة، وذلك لما يتمتعون به من دهاء وقدرة كبيرة على ابتداع الطرق الاحتيالية باستخدام أحدث التقنيات.

الفرع الثاني: الاستعانة بجهات التصديق الإلكتروني.

حيث يمكن للمتعاقدين الاستعانة بوسيط إلكتروني يتمثل في طرف ثالث محايد تسند إليه مهمة تنظيم العلاقة بين أطراف العقد الالكتروني ويلجأ إليه للتحقق من: هوية الأطراف المتعاقدة وأهليتهم القانونية، وإصدار شهادة مصدق عليها تتعلق بأطراف العقد الالكتروني.

كما هو الحال بالنسبة للعقود المدنية التقليدية وتتمثل في وجود الموثق وهو الجهة المصدقة التي تشهد على عملية إبرام بعض العقود، التي تحتاج إلى أن تفرغ في شكل كتابي.

وقد تم تنظيم هذه الخدمة في العديد من القوانين الصادرة بشأن التجارة الالكترونية ومنها:

* القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية، حيث تم إنشاء "الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية"، حيث تنص المادة 8 منه على أنه:"استحداث مؤسسة عمومية لا تكتسي صبغة إدارية تتمتع بالشخصية المعنوية وبالاستقلال المالي أطلق عليها اسم (الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية)، وتخضع في علاقاتها مع الغير إلى التشريع التجاري، ومقرها بتونس العاصمة".

وقد نظم المشرع التونسي أهداف واختصاصات الوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية في المواد (9-24) من هذا القانون[50].

الثاني الأردني قم 85 لسنة 2001 نشأت المعلومات، الالكترونية: حيث تنص المادة 2 منه على أن إجراءات والتوثيق هي: "الإجراءات المتبعة بغرض التحقيق من أن التوقيع الالكتروني أوالسجل الالكتروني قد تم تنفيذه من شخص معين ...".

كما عرف شهادة التوثيق في ذات المادة بأنها:"الشهادة التي تصدر عن جهة مرخصة لتأكيد نسبة التوقيع الالكتروني إلى شخص معين بناءا على إجراءات توثيق معتمدة[51].

---

[50] – د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق ص 159.

[51] – د . سمير حامد عبد العزيز الجمال المرجع السابق، ص160.

تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

* القانون الإماراتي رقم 2 سنة 2002 بشأن المعاملات و التجارة الالكترونية: فقد إنشاء نظام "مزود خدمات التصديق" حيث تنص المادة منه على أن: مزود خدمات التصديق هو:" أي شخص أو جهة معتمدة أو معترف بها تقوم بإصدار شهادات تصديق إليكترونية أو أية خدمات أو مهمات متعلقة بها وبالتوقيع الالكتروني" وقد نظم المشرع الإماراتي عمل وواجبات "مزود خدمات التصديق" في الفصل الخاص بالمواد (23 – 26)[52].

قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية لعام 2001: حيث تنص المادة 2/هـ على أن: "مقدم خدمة التصديق يعني شخصا يصدر الشهادات ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الالكترونية[53].

تقنية الاستباق من المواقع " autheu tijicotur " وتعقبها خوفا من وجود أشخاص، أو شركات وهمية ومن الشركات التي تقوم بمهمة تنتج المواقع. الوهمية نذكر شركة "interclea " وشركة "verisign" ، وشركة "cylink". بهذه الشركات تستخدم شهادة العملاء " client " وشهادة الخام " server certificote" للتعرف على الشركات التجارية المزودة بالخدمة، والتأكد من الهوية الأطراف الذين يعملون وراءها[54].

الفرع الثالث: الوسائل التحذيرية.

ويتم ذلك عن طريق وضع تحذيرات على الإنترنت تنبه بعدم الدخول إلى موقع الانترنت إلا من شخص تتوفر لديه الأهلية القانونية، ويلتزم هذا الشخص قبل الدخول إلى الموقع بالكشف عن هويته، والإفصاح عن عمره، وذلك من خلال ملء نموذج معلومات معروض على الانترنت وفي حالة ما إذا كان لدى الشخص الأهلية القانونية، فإنه يستطيع دخول الموقع وإبرام العقود، وفي حالة عدم ملء هذه البيانات. أو إذا اتضح منها عدم أهلية المستخدم، إنه لن يسمح له بدخول الموقع وبالتالي عدم إبرام أية عقود.

وتعتبر هذه الوسائل التحذيرية من أكثر الوسائل استخداما في الوقت الحالي، إلا أنها محفوفة بالمخاطر إذ يقوم المستخدم بالإدلاء ببيانات تخالف الحقيقة بشأن أهليته وهو ما يتطلب ضرورة تضافر جهود فقهاء القانون والمتخصصين في مجال نظم الاتصالات والمعلومات لحل هذه المشكلة كذلك هو الشأن بالنسبة للمشرع الجزائري الذي أغفل مجالا هاما وهو التجارة الالكترونية التي أصبحت لا محال من أهم المجالات الاقتصادية في العالم وذلك لما تقتضيه ضرورة العولمة. كذلك أنه هناك بعض الوسائل التحذيرية الرائدة في هذا المجال مثل:

---

[52] – د. سمير حامد عبد العزيز الجمال المرجع السابق، ص160.

[53] – د. سمير حامد عبد العزيز الجمال المرجع السابق، ص160.

[54] – صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص381.

تقنية الحائط الناري " firewall" لتجميع الآليات البرمجية والتي عن طريقها يمكن بث رسالة تحذيرية عندما تكون الشبكة معرضة. للاختراق أو التدخل الأخير[55].

المبحث الثاني: عيوب الإرادة.

إن وسائل الاتصال الحديثة وخاصة منها الانترنت وآلية وقانونية التعاقد بواسطتها وسيلة تعمل على التقاء كل من القبول والإيجاب وتوافر أركان العقد الأخرى حتى ينعقد العقد وتترتب آثاره القانونية، وقد يثور التساؤل حول طبيعة العقد المبرم بواسطة الانترنت هل هو تعاقد بين حاضرين أو غائبين. فالعقود المبرمة بواسطة هذه الوسيلة بغض النظر سواء. أكانت بين حاضرين أو غائبين فهي عقود قانونية يترتب عليها ما يترتب على سائر العقود المبرمة بشتى الوسائل[56].

وذلك متى استوفت هذه العقود جميع مقوماتها، أركانا وشروطا وأركان أي عقد ثلاث: الرضا والمحل والسبب، الرضا هو تلاقي إرادتين لإحداث أو إنتاج أثر قانوني، وهذا الرضا يجب أن يأتي خاليا من كل عيب من عيوب الإرادة حتى يقع صحيحا يعتد به قانونا يصح بصحته العقد برمته، ويكون التراضي كذلك إذا كان صادرا من شخص قانوني ذو أهلية يعترف بها القانون كما يجب أن يصدر من شخص تكون إرادته بريئة من العيوب التي قد تطرأ عليها فتحد من أثرها[57].

وهذه العيوب وفقا لها استقر عليه القانون المدني الجزائري هي الغلط، التدليس، الإكراه (الغبن الاستغلال) وقد نظم المشرع الجزائري هذه الأحكام ي المواد (81 – 91) من القانون المدني الجزائري.

المطلب الأول: الغلط.

الغلط هو وهم يقوم في ذهن شخص يحمله على اعتقاد غير الواقع بمعنى أنه تصور غير الحقيقة.[58]

فالغلط هو وهم أي اعتقاد خاطئ يقوم في ذهن المتعاقد فيدفعه إلى التعاقد ومثاله أن يقوم شخص بشراء أنية معتقدا أنها من الذهب، فإذا بها من معدن مذهب[59].

---

[55] – صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص380.

[56] – محمد إبراهيم أبو الهيجاء: التقاعد بالبيع بواسطة الانترنت: الطبعة الأولى 2002 الدار العلمية الدولية ومكتبة دار الثقافة، الأردن، ص 52-53.

[57] – ستار محمود دودين: الإطار القانوني العقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، ص152.

[58] – د . بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري الجزء الأول، ص100 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،

[59] – محمد صبري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول طبعة 1992، دار الهدى، الجزائر، ص165.

تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 81 من القانون المدني الجزائري " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت أبرام العقد أن يطلب إبطاله".

وأضاف في المادة 82 ق.م .ج. " يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة، بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط ".

ومن ثم إن المقصود بالغلط الجوهري في نظر المشرع الجزائري هو الغلط الدافع الرئيسي إلى التعاقد ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية وذلك ما جاء به نص المادة 82 القفرة 2 " ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة الشيء يراها المتعاقدان جوهريا أو يجب اعتبارها كذلك لشروط العقد ولحسن النية ".

ومن خلال هاته النصوص القانونية يتجلى لنا موقف المشرع الجزائري والذي اتضح أنه أخذ بالنظرية الحديثة للغلط ومؤداها أنها تهمل فكرة الغلط المانع أما بالنسبة إلى الأحوال الأخرى من الغلط فتفرق بين الغلط الدافع أو الجوهري الذي يدفع المتعاقد إلى الرضاء بالعقد ويسن الغلط غير الدافع. فإذا ثبت أن الغلط كان هو الدافع إلى التعاقد بمعنى أن الشخص ما كان ليرتضي العقد لو أنه لم يقع في الغلط كان الغلط مؤثرا ويجعل العقد قابلا للإبطال وليس ذلك فقط في الحالات التي ينصب فيها على مادة الشيء أو على صفة جوهرية فيه، أو على شخصية المتعاقد بل في أية حالة أخرى، وبذلك يصبح المعيار ذاتيا أو شخصيا ينطبق في جميع الحالات.

أما إذا لم يكن الغلط هو الدافع إلى التعاقد بالمعنى المتقدم وقع غير مؤثر وما عاب الرضا ومن ثم لا أثر له في العقد أيا كان الأمر حتى لو انصب مثلا على مادة الشيء.

وقد حدد المشرع الجزائري شروط الطعن في العقد بسبب الغلط في القانون الجزائري حسب المواد: 81 – 82 من القانون المدني الجزائري وهما شرطان.

الفرع الأول: أن يكون الغلط جوهريا.

ليس كل غلط يقع به المتعاقد يؤدي إلى قابلية العقد الذي يبرمه. إلى الإبطال بل يجب أن يكون الغلط جوهريا وقد أتى القانون بأمثلة لحالات الغلط الجوهري وهي على سبيل التخصيص والتمثيل وليس على سبيل التحديد والحصر.

*** الغلط في صفة جوهرية في الشيء :**

ومن أمثلة الغلط في صفة جوهرية، كشراء قطعة أرض لبناء مصنع عليها ثم يتضح أن السلطات الإدارية تحرم إقامة المصانع في المنطقة التي بيعت فيها قطعة الأرض أو أن مساحة القطعة المبيعة لا تكفي لبناء مصنع ومن ذلك أيضا : شراء سيارة على أنها جديدة ثم يظهر على أنها مستعملة، وشراء لوحة على أنها من عمل فنان مشهور ويتضح ليست النسخة الأصلية على نسخة منقولة عنها[60].

*** الغلط في شخص المتعاقد أو في صفة من صفاته :**

ويكون ذلك عندما يقع المتعاقد في غلط في ذاتية المتعاقد الأخر، أوفي صفة من صفاته الجوهرية ويحدث هذا في العقود التي يكون لشخص المتعاقد محل اعتبار أو في صفة من صفاته ويكون اعتبار الذات، أو الصفة هو الدافع إلى التعاقد فيكون الغلط في هذه الحالة مفسدا للرضا.

– ومن أمثلة الغلط في شخص المتعاقد، كأن يتبرع شخص لآخر بمال معتقدا أنه ابن صديق عزيز عليه توفي ثم يتضح أن هناك تشابه في الأسماء.

– ومن أمثلة الغلط في صفة من صفات الشخص الجوهرية أن يعتقد المؤجر أن المستأجر متزوج، ثم يتضح أنه غير متزوج، وأنه يعاشر سيدة معاشرة غير شرعية.

– وكان يؤجر شخص منزلا لإمرأة يعتقد أنها حسنة السمعة ويتضح أنها تحترف الدعارة حتى لو لم تباشر حرفتها في المنزل المؤجر.

*** الغلط في القيمة :**

ومن أمثلة ذلك كأن يبيع شخص سندا بقيمته الفعلية وهو يجهل أن هذا السند قد ربح جائزة مالية كبيرة فله في هذه الحالة طلب إبطال عقد البيع للغلط في قيمة الشيء المبيع.

---

[60] –د خليل حسن قدادة المرجع السابق ص52 :

*** الغلط في الباعث :**

وهو الغلط في النية أو القصد من وراء التعاقد ومثال ذلك كأن يقوم موظف من تأجير منزله في مدينة معتقدا أنه نقل إلى مدينة أخرى ثم يتضح أنه لم ينقل وكأن يقوم أب بشراء ساعة ذهبية ليهديها إلى ابنه معتقدا أنه نجح ثم يتضح أنه رسب.

الفرع الثاني : اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر.

لم ينص المشرع الجزائري على هذا الشرط صراحة غير أنه يتعين من نص المادة 82 ق.م.ج أنه يلزم هذا الشرط إذ تقول (يعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة الشيء يراها المتعاقدان جوهرية أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية)، ولذا نرى أن الغلط يتصل بالمتعاقد الأخر بأن وقع بدوره فيه، أو كان على علم بأن المتعاقد قد وقع فيه. أو في الأقل كان من السهل أن يتبين ذلك[61] .

*** الغلط الداخل في نطاق العقد :**

دعما للثقة بالمعاملات واستقرارها، يجب أن يكون الغلط داخلا في نطاق العقد بمعنى أن يكون الأمر الذي دفع العاقد إلى إبرامه معلوما من العاقد الأخر ومن هنا ظهرت فكرة أن يتصل الغلط بالمتعاقد الأخر ومعنى هذا الاتصال أن يقع المتعاقد في نفس الغلط أو أن يكون على علم به، أو يكون من السهل عليه أن يتبينه.

كذلك فإنه يجوز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية ويقصد بحسن النية "Bonne Foi " في هذا الخصوص نزاهة التعامل[62].

* الغلط في القانون :

تنص المادة: 83 .ق.م.ج على أنه " يكون العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين. 81 و 82 ما لم يقض القانون بغير ذلك".

فالغلط في القانون يجعل العقد قابلا للابطال كالغلط في الواقع تماما. بشرط أن يكون غلطا جوهريا أي بلغ حدا من الجسامة بحيث لولاه لما ابرم المتعاقد العقد[63].

---

[61] – د . محمد صبري السعدي : المرجع السابق، ص 176

[62] – د. بلحاج العربي : المرجع السابق ص 105.

[63] – د. علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام : ص58 – 59 ديوان المطبوعات الجامعية : 1998 – الجزائر –

الغلط المادي :

إذا وقع غلط في الحساب أو في الكتابة فانه لا يؤثر في صحة العقد ويكتفي باستدراكه وتصحيحه، وقد نصت على ذلك المادة 84 بقولها :" لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم، ولكن يجب تصحيح الغلط " ومثال ذلك أن يبيع شخص مائة وحدة من بضاعة بسعر 15 دينار للوحدة ويخطئ في الثمن الإجمالي فيجعله 1400دج بدلا من 1500دج فليس له أن يطلب ابطال العقد لهذا الغلط في الحساب بل يصحح الثمن الإجمالي إلى 1500دج ويستمر العقد قائما وكذلك الأمر في زلات القلم في الكتابة فهي لا تؤثر في صحة العقد ولكن تصحح[64] .

المطلب الثاني : التدليس.

تنص المادة : 86 ق.م.ج على العيب الثاني في الإرادة وهو التدليس بقولها:"يجوز ابطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما ابرم الطرف الثاني العقد". فالتدليس هو استعمال طرق احتيالية من شأنها أن تخذ المدلس عليه وتدفعه إلى التعاقد، فهو إذن يفترض قيام عنصرين، عنصر مادي وهو استعمال حيل، وعنصر شخصي وهو أن تكون هذه الحيل من الجسامة بحيث لولاها ما ابرم المدلس عليه العقد[65] .

الفرع الأول : عناصر التدليس.

*** العنصر المادي : (الموضوعي)**

أساس التدليس، الاحتيال، والتغرير، والتضليل وعلى ذلك لا بد أن يتضمن الأدوات والوسائل التي تؤدي إلى هذه النتيجة ومثال ذلك تقديم شهادات مزورة وانتحال شخصية أو صفة رجل آخر، والظهور بمظهر اليسار وغير ذلك من الحيل التي لا تحصى. ويجب ملاحظة أن هذه الحيل لا يستلزم فيها أن تصل من الجسامة إلى الحد الذي تستلزمه جريمة النصب الجنائية. ويراعى في تقدير أثر الحيلة المكونة للتدليس المعيار الشخصي، فالمهم هو تأثر الشخص بالحيلة حتى لو كانت لا تؤثر على غيره من الناس.[66]

ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة وهو ما يعرف في الاصطلاح القانوني بالسكوت الملابس.

---

[64] – د. علي علي سليمان : النظرية العامة للالتزام : ص 59 ديوان المطبوعات الجامعية : 1998 – الجزائر –

[65] – د. علي سليمان المرجع السابق ص، 60-61

[66] – د. محمد صبري السعدي المرجع السابق ص 182 – 183. .

* **العنصر الشخصي: (المعنوي)**

العنصر النفسي في التدليس، هو قصد التضليل للوصول إلى الغرض غير المشروع فلابد من وجود نية التضليل لدى المدلس، لأن التدليس خطأ عمدي. إذا قام شخص بعمل ما انخدع به آخر دون قصد محدث للعمل إلى خداعه لم تكن بصدد تدليس وليس أمام المخدوع إلا ابطال العقد على أساس الغلط أن توافرت شروطه فلا يعد تدليسا إبراز التاجر بضاعته في أحسن صورة طالما أنه لم يقصد التضليل بل الترويج لبضاعته واستهواء الناس ومن ذلك انخداع المتعاقد بظهور الثراء الذي يبدو عليه الطرف الآخر أو عدم ذكر بيان يهم المتعاقد الآخر. دون تعمد إخفائه عنه بقصد تضليله.

الفرع الثاني : أهمية التدليس في اطار العقود الالكترونية.

نلاحظ أن أهم ما أسفر عنه الطرح الجديد لنظام التعاقد الالكتروني هو أنه أتاح للطرف غير الخبير والذي لا يوفر له الطرف الأكثر خبرة المعلومات الكافية الحق في أن يتمسك بتعييب إرادته نتيجة لغلط وقع فيه، أولتدليس ناجح عن كتمان المتعاقد الآخر للمعلومات التي كان يجب عليه الإدلاء بها.

ويحتل التدليس مكانه كبيرة في مجال العقود الالكترونية نظرا لقدرة بعض العابثين والمحتالين على اختراق النظام المعلوماتي للشبكة وإساءة استخدامها وغالبا ما يتمثل التدليس في الإعلان الخادع أو الكاذب أو الوعد بواسطة رسالة إلكترونية بميزات وهمية وذلك يقصد دفع المتعاقد الآخر إلى إبرام العقد.[67]

المطلب الثالث : الإكراه.

نقول أن الإكراه من المستبعد بل ومن الصعب تصور حدوثه في نطاق إجراء المعاملات الالكترونية، لكنه مع ذلك قد يحدث[68].

والحل في هذه الحالة وفي ظل انعدام قواعد. منظمة لمسألة التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة يكمن في الرجوع إلى ما ينص عليه في القواعد العامة للقانون المدني من أحكام بشأن الإكراه.

وقد نظم المشرع الجزائري مسألة الإكراه المعيب للإرادة وما يترتب عنه في المواد. 88،89 من القانون المدني الجزائري والإكراه هو. ضغط يقع على أحد المتعاقدين، فيولد في نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد، وهذا هو الإكراه

---

[67] – : د. سمير حامد عبد العزيز الجمال : المرجع السابق ، ص 168.

[68] – : : د. بشار محمود دودين : المرجع السابق، ص 155.

المعنوي ومثاله أن يضرب شخص المتعاقد، ويهدده بالقتل أو بالاعتداء على العرض أو بإثارة فضيحة أو بإتلاف مال، أو يخطف ابنه حتى يحمله على التعاقد[69].

وينقسم الإكراه المفسد للرضا إلى قسمين أو نوعين:

الفرع الأول: أنواع الإكراه أو أقسامه.

*** الإكراه المادي أو الحسي:**

وهو الإكراه الذي تستخدم فيه قوة مادية تمارس على الفاعل مباشرة، فتشل إرادته وتفقده حرية الاختبار ووسيلة الإكراه الجسماني كالضرب الشديد، أو إمساك اليد بالقوة للتوقيع على صك مزور، وغيرها.

*** الإكراه المعنوي أو النفسي:**

وهو التهديد الذي يوجه إلى العاقد فيخل فيه حالة نفسية من الخوف والفزع فيندفع إلى التعاقد ومثال ذلك، كالتهديد بالقتل أو بقطع عضو من أعضاء الجسم أو هلاك المال، أو المساس بالعرض والشرف أو أحد الأقارب فالإكراه النفسي أو المعنوي يعتمد غالبا على تهديد أو التخويف بإيقاع ضرر ما دون إيقاعه فعلا. وتقضي 88 ق.م.ج:" يجوز ابطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الأخر في نفسه دون حق.

– وتعتبر الرهبة قائمة على بينة، إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطر جسيما محدقا يهدده هو أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم، أو الشرف أو المال .

– و يراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه و سنه و حالته الاجتماعية ،و الصحية و جميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامة الإكراه".

الفرع الثاني :مصدر الإكراه المفسد للرضا .

من المفترض أن الإكراه يجب أن يكون متصلا بأحد طرفي العقد، فيكون هناك طرف مكره و طرف مكره أي أن الطرف يكره الطرف الآخر على التعاقد معه .

أو إبرام أي تصرف قانوني.لكن يمكن أن يتصل أو يصدر الفعل المكون لعنصر الإكراه من طرف لا ينتمي إلى العلاقة العقدية أي طرف ثالث ليس له صلة بالعقد و في هذه الحالة لقد اشترط المشرع الجزائري شرطا يقع إثباته على عبئ الطرف المكره و إلا عند عدم إثباته لذلك لا يحق له طلب ابطال العقد للإكراه وهو أنه يجب على الطرف

---

[69] – : د. محمد صبري السعدي: المرجع السابق ص 191 – 192.

المكره أن يثبت أن الطرف الآخر في العقد كان يعلم بهذا الإكراه عند التعاقد .أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا .و هذا ما نصت عليه المادة 89 من القانون المدني الجزائري " إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد، إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه "وقد استثنى من نطاق الأفعال المماثلة للإكراه النفوذ الأدبي فللأب نفوذ أدبي على ابنه و في كثير من الأحيان للزوج على زوجته نفوذ أدبي، و المهم هو الغرض.فإذا استعمل الأب أو الوصي نفوذه لحمل الابن أو الموصي عليه إلى ابرام عقد يراه نافعا .فإن هذا العقد يكون صحيحا ، ولا إكراه فيه حتى لو كان الإبن أو الموصي عليه قد أبرم هذا التصرف رغما عنه وبدون رغبة منه أما إذا كان القصد من استعمال النفوذ الأدبي هو الوصول لغرض غير مشروع فإنه يعتبر كالإكراه الذي يعيق الإرادة[70] .

المبحث الثالث: محل العقد الالكتروني وسببه.

إن العقد الالكتروني ورغم طريقة إبرامه المختلفة إلا أنه لايخرج عن نطاق كونه عقد والعقد عند قيامه يستوجب توافر أركانه التي حددها القانون ومن أركان العقد نجد المحل السبب وهذا ينطبق على العقد الالكتروني الذي هو محل دراستنا، ولتبيان ذلك استوجب تفصيل المحل والسبب بما يلي:

المطلب الأول: محل العقد الالكتروني.

يشترط في محل العقد بصفة عامة أن يكون معينا أن تمايلا للتعيين وأن يكون مشروعا وأن يكون موجودا أو ممكنا[71] .

لم يتضمن القانون المدني الجزائري تعري محددا لمحل الالتزام ولذا إن محل الالتزام هو الأداء الذي يلتزم به المدين في مواجهة الدائن، وهذا الأداء قد يكون ثقل حق عيني لمصالح الدائن، وقد يكون القيام بعمل معين أو الامتناع عن عمل[72] .

وقد اختل الفقهاء في اعتبار المحل ركنا في العقد فمنهم من يذهب إلى اعتبار المحل ركنا في الالتزام المترتب على العقد لا ركنا للعقد ذاته، ومنهم من يذهب إلى اعتبار المحل عنصرا من عناصر الإرادة المكونة للعقد، لأن الإرادة الواعية الحرة والمعتبرة قانونا هي التي تتجه إلى التعاقد وهي على بينه من المحل ومدركة كذلك للسبب. والمتطلع إلى

---

[70] - د. علي علي سليمان : المرجع السابق ص 66

[71] – د. أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص114.

[72] – د. خليل أحمد حسن قدادة : المرجع السابق ن ص72.

تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

أحكام القانون المدني الجزائري والتي وردت في المادة 92–ق.م.ج منه وحتى المادة 95 ق.م.ج يرى أن القانون المدني الجزائري يرجح الرأي الذي يجعل من المحل ركنا في الالتزام لا ركنا في العقد استوجب المشروع شروطا.

الفرع الأول: أن يكون المحل موجودا أو ممكنا.

إذا كان محل الالتزام إعطاء شيء يجب أن يكون هذا الشيء موجودا وإذا كان محله عملا أو إمتناع عن عمل يجب أن يكون العمل أو الامتناع ممكننا ومحل الالتزام إذا لم يكن موجودا أو محتمل الوجود كان مستحيلا وعلى هذا نصت المادة: 93 ق.م.ج "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته..... كان باطلا بطلانا مطلق".

وعليه إن معنى المحل الممكن هو أن يكون غير مستحيل ي ذاته أي بالنسبة لجميع الناس وحين تكون الاستحالة ومطلقة فلا التزام بمستحيل[73].

ويعني أن يكون محل الالتزام موجودا، أن يكون الشيء الذي يرد عليه الحق أو يتعلق به العمل موجودا وقت إبرام العقد يترتب على ذلك. بطلان العقد بطلانا مطلقا في حالة ما يتعاقد الطرفان على اعتبار أن هذا الشيء موجود وقت العقد، ويتبن أنه هلك قبل التعاقد، كما في بيع منزل تبين أنه هلك قبل العقد بعل صاعقة، أو حمالة حق اتضح أنه كان قد انقضى فبل الحوالة.

لكن إذا هلك محل الالتزام بعد نشوء الالتزام، فإن الالتزام ينشأ صحيحا وينعقد، وإنما نكون في هذه الحالة بصدد استحالة تنفيذ الالتزام وبالتالي إذا كانت الاستحالة هذه ليست راجعة لعمل المدين وإنما لقوة قاهرة فˈن العقد ينفسخ من تلقاء نفسه، إما إذا كانت راجعة إلى فعل المدين فإن الالتزام لا ينقضي ويلتزم بالتالي المدين بالتعويض. وقد اجاز المشروع ومن ثم القانون التعامل في الأشياء المستقبلة حيث أنه ي هذه الحالة لا يكون الشيء محل الالتزام موجودا وقت العقد، ولكن سيوجد في المستقبل، قضت المادة: 92 ق.م.ج: " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا" ومن خلال نص المادة يتضح أن القانون يشترط لجواز التعامل بالأشياء المستقبلة أن يكون هذه الأشياء. محققة الوجود أي ي الأماكن تورها وإلا اعتبر باطلا بطلانا مطلقا[74] .

وبهذا قررت القرة الثانية من المادة 92 ق.م.ج " غير أن التعامل في تركه إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون" وهكذا أبطل القانون كل تعامل ي التركة وصاحبها على قيد

---

[73] – بلحاج العربي: المرجع السابق، ص140.

[74] – خليل أحمد حسن قدادة : المرجع السابق، ص75.

الحياة لأن ذلك مخلا للآداب العامة، من يتعامل في تركه شخص حي إنما يضارب على موته ويعتبر كذلك التعامل بها مخالفا للنظام العام إذ هو خليق أن يغري ذا المصلحة بالتعجيل بموت صاحبه الشركة.

الفرع الثاني: أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين.

فيجب أن يكون محل الالتزام معينا عند ابرام العقد أو على الأقل قابلا للتعيين، فإذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يجب أن يشتمل العقد على تعيين ذاته وأوصافه تعيينا يحدده ويمنع الجهالة في، ومثال ذلك بيع منزل معين فيجب تحديد موقعه وحدوده وأوصافه ومساحته التي يتميز بها عن غيره من المنازل.

أما إذا كان محل الالتزام معينا بالمثل فيجب أن يعين بجنسه ونوعه ومقداره ومثال ذلك بيع قمح هندي مقداره 1000كغ أو سكر كوبي مقداره 1000كغ، قمح هندي وسكر كوبي هو الجنس والنوع، و1000كغ هو المقدار[75].

وقد يكون محل الالتزام مبلغا من النقود، مثل إلتزام المشتري بدع ثمن الشيء المبيع نقدا قدره 1000دج أو إلتزام المعترض برد قرض قدره 5000دج ونحن نعلم أن العملة الورقية لها سعر إلزامي داخل كل دولة وإنها معرضة للارتفاع وللانخفاض ي الأسواق المالية. بعد أن أصبحت غير مرتبطة بالذهب أي لا يستطاع إبدالها بقيمتها من الذهب فإن ارتفعت قيمة النقود أو انخفضت فهل يطالب المشتري أو المقترض بسداد التزامه بقدر من النقود يساوي قيمتها بالذهب يوم إبرام العقد، أو يطالب بعدد النقود التي التزام بها بصر النظر عن ارتفاع قيمتها أو انخفاضها بالنسبة للذهب؟ تجيب على هذا التساؤل المادة: 95 ق.م.ج " إذا كان محل الالتزام نقودا، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها رقت الوفاء أي تأثير ".

الفرع الثالث: أن يكون المحل مشروعا.

لا يقوم الالتزام إلا إذا كان محله مشروعا أي مما يجوز التعامل فيه، وأن لا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة. وشروط المشروعية وهو شرط عام أيا كان محل الالتزام عملا أو إمتناعا عن العمل أو منحا لشيء وهو ما أكد المادة: 93 ق.م.ج " إذا كان محل الالتزام .....أو مخالفا للنظام العام والآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا"[76] .

ويمثل شرط المشروعية أهم شروط محل العقد الالكتروني وذلك نظرا لكثرة المواقع التي نستغل في ممارسة التجارة غير المشروعة بالمخدرات، أو تسهيل البقاء. واستغلال الأطفال جنسيا ونشر الصور الإباحية أو السب

---

[75] – علي علي سليمان. المرجع السابق، ص71.

[76] – د. بلحاج العربي : المرجع السابق، ص146.

والقذف وتشويه سمعة الأشخاص وانتحال صفة الغير وارتكاب الجرائد المالية. وهذه التصرفات لكون باطلة بقوة القانون لكونها مخالفة للآداب العامة[77].

والأصل أنه يجوز التعامل في كافة الأشياء والخدمات ما لم يحظر القانون ذلك، وهو المبدأ المسمى حرية التجارة وبشتى من ذلك بعض النصوص الخاصة التي تنصب على بعض القيود على التجارة ومن ثم فإنها تطبق أيضا على التجارة الالكترونية إذن فحرية البيع والتعامل غبر الانترنت هي القاعدة وتؤكد ذلك ما تنص عليه بعض القوانين ومثالها القانون المدني الفرنسي في المادة 1598 بقولها: " يجوز أن يكون محلا للبيع كل ما يدخل في التعامل ما لم تحظر بعض الوانين الخاصة التصرف فيه". وتنص معظم القوانين على أن محل العقد يجب أن يكون مشروعا وألا يخالف النظام العام والأدب العامة وإلا كان العقد باطلا [78].

المطلب الثاني: سبب العقد الالكتروني.

السبب شانه شأن المحل في العقد فهو ركن ركين لا يقوم العقد بدونه ولا يصح، ويقصد بالسبب باعتباره ركنا ي الالتزام أو ركنا في العقد. كما يرعى الكثير من الفقهاء الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه وراء رضائه التحمل بالالتزام وبمعنى آخر الغاية التي يستهدف الملتزم تحقيقها نتيجة إلتزامه، في عقد البيع مثلا يرخي البائع التحمل بالالتزام بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وبتسليمه إياه يهد الحصول على الثمن الذي يلتزم المشتري بدفعه ومن ناحية أخرى يرتضي المشتري بتحمل دفع الثمن رغبة منه في الحصول على المبيع.

وسبب الالتزام يتميز عن المحل الالتزام فالمحل كما سبق بيانه هو الأمر الذي يلتزم المدين بإعطائه أو بعمله أو الامتناع عن عمله.

أما سبب الالتزام هو الغاية أو الغرض الذي يسعى الملتزم إلى تحقيقه من وراء تحمله الالتزام فالسبب تتضمنه الإجابة عن السؤال: لماذا إلتزم المدين؟ أما المحل فتتضمنه الإجابة عن السؤال بماذا التزم المدين[79] .

والسبب يحتمل معنيين ينبغي عدم الخلط بينهما.

المعنى الأول: يعني المصدر الذي يستمد منه الالتزام وجوده ويطلق عليه (السبب المنشئ). ويقال في هذا الصدد أن العقد مثلا، أو العمل غير المشروع سبب الالتزام.

---

[77] – د. سمير حامد عبد العزيز الجمال : المرجع السابق، ص 178.

[78] – د. أسامة أبو الحسن مجاهد: المرجع السابق ص 119- 120.

[79] – د. محمد صبري السعدي : المرجع السابق ص 222.

المعنى الثاني: ويقصد به. الغرض أو الغاية التي يرمي إليها الملتزم من وراء قبوله أن يتحمل بالالتزام، ويسمى في هذا المجال (السبب القصدي). وهذا المعنى الأخير هو الأخير هو الذي تناولناه في دراستنا للسبب.

ولهذا الأخير شرطان أساسيان يجب توفرهما وهما أن يكون السبب موجودا وأن يكون مشروعا.

الفرع الأول: أن يكون السبب موجودا.

يشترط في سبب الالتزام أن يكون موجودا فإذا كان معدوما بطل العقد، ومعنى وذلك أنه لابد أن يكون للالتزام مقابل وهذا المقابل يختلف باختلاف تقسيمات العقود وهذا الشرط يتعلق بسبب الالتزام وهو الغرض المباشر المجرد الذي يقصد إليه الملتزم من وراء تصرفه، والذي يعتبر عنصرا موضوعيا يدخل في العقد ولا يتغير في النوع الواحد من العقود[80] .

وقد افترض المشروع الجزائري وجود السبب في أي عقد إذ لا يتخيل عقد بلا سبب وهذا ما أكده نص المادة: 1/98 ق.م.ج: "كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك"كما يستشف من خلال نص المادة سالفة الذكر. أن عدم ذكر السبب في العقد لا يبطله بل أنه من المفترض وجود سبب مشروع للعقد وعلى من يدعي سببا آخر مشروع للعقد أن يثبت ما يدعيه، وهذا ما أكدته المادة: 2/98 ق.م.ج بقولها: ".....فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه".

الفرع الثاني: أن يكون السبب مشروعا.

والسبب كما قلنا إنه الغاية المباشرة، أو الباعث الدافع للتعاقد يجب لا أن يكون مشروعا أي غير مخالف للنظام العام ولآداب العامة وإلا وقع باطلا وهذا ما، أكده نص المادة: 97.ق.م.ج " إذا إلتزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للأدب كان العقد بالطلا" ومن ذلك فإن العقد يبطل إذا انعقد لسبب غير مشروع[81] .

وتفترض مشروعية السبب إفتراضا ويعني هذا أن كل إلتزام في الأصل يقوم على سبب مشروع، إلا أن يقوم الدليل على عكس ذلك، ومعنى هذا القرينة التي وضعتها المادة 98 ق.م.ج والتي تقرر بأن"كل إلتزام مفترض أن له

---

[80] – بلحاج العربي: المرجع السابق ص 166.

[81] – د. خليل أحمد حسن قدادة: المرجع السابق ص81 .

سببا مشروعا، ما لم يتم الدليل على ذلك" تعتبر قرينة ضعيفة يجوز إثبات عكسها وعبئ الإثبات يقع على من يدعي عدم مشروعية السبب.

ونخلص إلى القول أن العقود المبرمة عبر تقنيات الاتصال الحديثة والتي قد تتضمن على سبيل المثال أفعالا خادشة للحياء، فإنها تكون باطلة لكون السبب غير مشروع بيد أن مفهوم الآداب العامة بتطور بصورة تدريجية مع الوقت. ويختلف من دولة إلى أخرى بمقدار تحرر المجتمع المزعوم – ومن هنا فإن ما يعتبر منا قض للأدب العامة في دولة قد لا يكون كذلك في دولة أخرى، وهو ما يتطلب بطبيعة الحال ضرورة التنسيق بين الدول على المستوى الإقليمي والدولي.[82]

[82] – د. سمير حام عبد العزيز الجمال. المرجع السابق ص184

تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

الخاتمة:

لقد شكل موضوع مذكرتنا، تكوين العقد الالكتروني في التشريع الجزائري مادة رسمية دفعتنا لدراسته والوقوف على بعض جوانبه بشغف غير مسبوق باعتباره من أبرز الموضوعات القانونية المستحدثة، ولكونه يطرح العديد من المشكلات، ويثير الكثير من الاختلافات الفقهية والقضائية. ومن خلال الدراسة والبحث تبين لنا أن الاختلاف بين العقد الالكتروني والعقد التقليدي يكمن في تواجد رسائل الاتصال الحديثة كوسيط بين المتعاقدين في العقد الالكتروني يحول دون التواجد المادي لهما في مجلس واحد يجمعهما وهو مجلس العقد. واستنتجنا كذلك أنه طبقا للقانون المدني الجزائري، فإن العقد الالكتروني يعد عقدا صحيحا ومنتجا لأثاره القانونية متى كان مستوفيا لأركان العقد ولم يتعارض مع النظام العام والآداب العامة. ووفق هذا المنظور، فالعقد الالكتروني هو مجرد عقد عادي تم بواسطة وسائل الاتصال الحديثة.

ولئن كانت خطوات الدول العربية محتشمة في مجال خلق بيئة قانونية تواكب وتتلاءم مع التجارة الالكترونية، فإن مثل هذه الخطوات منعدمة لدى المشرع الجزائري. إن انعدام أي إستراتيجية وطنية لتدارك هذا الفراغ القانوني في مجال هو من أوسع وأنشط المجالات في عالم اليوم، من شأنه أن يبقي الجزائر خارج دائرة المنافسة التجارية الدولية، ويسهم في خسارة دورها التجاري والحضاري إقليميا ودوليا، ويؤدي إلى تقوقعها على نفسها، ومن ثم إقصائها من الاندماج في المنظمة العالمية فتحرم من جني ثمار العائدات الضخمة التي تديرها التجارة الإلكترونية.

ونظرا لقصور القانون المدني في الاستجابة للتحديات التي تفرضها العولمة التجارية، ولأجل تدارك النقص الملاحظ في منظومتنا التشريعية، لاسيما ما تعلق منها بتنظيم التجارة الالكترونية، فإننا نتقدم بالتوصيات التالية إلى المشرع والسلطة معا، وكلنا أمل في أن تجد آذانا صاغية لديهم.

الإسراع في اصدرا قانون خاص بالتجارة الالكترونية أسوة بعديد الدول ولاسيما منها العربية.

العمل على خلق ثقافة تجارية رقمية تستعين بالتكنولوجيا مع إيجاد بنية معلوماتية تحتية في المستوى المطلوب، بالإضافة إلى تقديم حوافز جمركية وضريبية لفائدة المتدخلين في حقل بيع وتقديم الخدمات المعلوماتية؛ حتى لا تكون أثمان الأجهزة والخدمات حجر عثرة أمام نشر الثقافة الرقمية وبالتالي إحجام المواطنين على اقتنائها.

على المشرع الجزائري أن يعتمد على تجارب الدول التي سبقتنا في مجال التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية خاصة تلك الدول الرائدة في هذا المجال وأن تحذو حذوها.

تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

على المشرع الجزائري إجراء التعديلات اللازمة على منظومتنا القانونية القائمة حتى تتلاءم وتستوعب أي تشريع يستجد في مجال التجارة الالكترونية.

ولأن النصوص الراهنة في القانون المدني الجزائري نصوص تقليدية وضعت لمواجهة المعاملات الورقية التقليدية، فإنها لم تعد ملائمة لمواجهة المستجدات في مجال التجارة الالكترونية، ولا سيما الطبيعة غير المادية لهذه المعلومات، الأمر الذي يفرض على مشرعنا سرعة التدخل لسد الفراغ التشريعي في هذا الصدد، وإعادة النظر في بعض القواعد المستقرة في القانون المدني.

إن القيام بتعديل ما هو قائم من قوانين واستحداث قوانين أخرى تفرضها المستجدات في مجال التجارة الالكترونية غدا واجبا ملقى على عاتق مشرعنا حتى نضمن مواكبة التشريع المدني الجزائري للتطورات المتلاحقة في هذا المجال المهم.

تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

قائمة المصادر والمراجع

I- المؤلفات:

1)- أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الإنترنت، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، طبعة2002 عمان الأردن.

2)- أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الإنترنت، دار الكتب القانونية، مصر 2005.

3)- بشار محمد دودين، الإطار القانوني المبرم عبر شبكة الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،الأردن طبعة 2006.

4)- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 1995.

5)-رأفت رضوان عالم التجارة الالكترونية ،المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر 1999

6)- سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، طبعة 2006.

7)- شافع بلعيد عاشور، العولمة التجارية والقانونية للتجارة الالكترونية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر2006.

8)- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، طبعة 2006.

9)-طارق عبد العال،التجارة الالكترونية، الدار الجامعية،مصر

10)- علاء محمد نصيرات، حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، طبعة 2005.

11)- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية.الجزائر

12)- خليل حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعة، الجزائر، طبعة 1994.

13)- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التعاقد بالبيع بواسطة الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن طبعة2002.

14)- محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، طبعة2008.

15)- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة اللالتزامات، الجزء الأول، دار الهدى، الجزائر، الطبعة الأولى 1992.

16)- منير محمد الجنيهي وممدوح محمد الجنيهي، الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،مصر.

II- الرسائل الجامعية :

بن أحمد الحاج، النظام التعاقدي في القانون المدني الجزائري ومتطلبات التجارة الدولية، رسالة ماجستير، جامعة سيدي بلعباس 2002 – 2003.

III- النصوص القانونية:

الأمر 75 – 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون 05 – 10 المؤرخ في 20 جوان 2005.

تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

- الفهـرس -

مقدمة :

مبحث تمهيدي: ماهية العقد الالكتروني

المطلب الأول: تعريف العقد الالكتروني

الفرع الأول: تعريف العقد بصفة عامة

الفرع الثاني: التعريف التشريعي للعقد الالكتروني

الفرع الثالث: التعريف الفقهي للعقد الالكتروني

المطلب الثاني: أنواع العقود الالكترونية

الفرع الأول: العقود بين قطاعات الأعمال (B2B)

الفرع الثاني: العقود بين قطاعات الأعمال والمستهلكين (B2c).

الفرع الثالث: أهم الفروق بين العقود من نوع (B2B) والعقود من نوع (B2c)

المطلب الثالث: خصائص العقد الالكتروني.

الفرع الأول: العقد الالكتروني عقد عن بعد.

الفرع الثاني: العقد الالكتروني عقد تجاري تقليدي.

الفرع الثالث: العقد الالكتروني عقد عابر للحدود.

الفصل الأول إبرام العقد الالكتروني

المبحث الأول: التفاوض الالكتروني

المطلب الأول: ماهية التفاوض الالكتروني وأهميته.

الفرع الأول: ماهية التفاوض الالكتروني.

الفرع الثاني: أهمية التفاوض الالكتروني.

المطلب الثاني: مراحل التفاوض الالكتروني.

المطلب الثالث: الفراغ التشريعي في تنظيم مرحلة المفاوضات.

المبحث الثاني: تلاقي الإرادتين عبر تقنيات الاتصال الحديثة

تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

المطلب الأول: الإيجاب.

المطلب الثاني: القبول.

المبحث الثالث: مجلس العقد الالكتروني.

المطلب الأول: مجلس العقد في التعاقد عبر الهاتف والفاكس

الفرع الأول: مجلس العقد في التعاقد عبر الهاتف.

الفرع الثاني: مجلس العقد في التعاقد عبر الفاكس.

المطلب الثاني : مجلس العقد في التعاقد عبر الانترنت

الفصل الثاني صحة العقد الالكتروني

المبحث الأول: الأهلية.

المطلب الأول: مفهوم الأهلية.

الفرع الأول: أهلية الوجوب.

الفرع الثاني: أهلية الأداء.

المطلب الثاني: خصوصية الأهلية في التعاقد الالكتروني

الفرع الأول: رأي الفقهاء في القانون المقارن.

الفرع الثاني: رأي المشرع الجزائري.

المطلب الثالث: مشكلة التحقق من الأهلية والوسائل التقنية المساعدة.

الفرع الأول: البطاقات الالكترونية.

الفرع الثاني : الاستعانة بجهات التصديق الالكتروني.

الفرع الثالث: الوسائل التحذيرية.

المبحث الثاني: عيوب الإرادة.

المطلب الأول: الغلط

الفرع الأول: أن يكون الغلط جوهريا.

الفرع الثاني: اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر.

المطلب الثاني: التدليس.

تكوين العقود الالكترونية في التشريع الجزائري

الفرع الأول: عناصر التدليس.

الفرع الثاني: أهمية التدليس في إطار العقود الالكترونية.

المطلب الثالث: الإكراه.

الفرع الأول: أنواع الإكراه وأقسامه.

الفرع الثاني : مصدر الإكراه المفسد للرضا.

المبحث الثالث: محل العقد الالكتروني وسببه.

المطلب الأول: محل العقد الالكتروني.

الفرع الأول: أن يكون المحل موجودا أو ممكنا.

الفرع الثاني: أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين.

الفرع الثالث: أن يكون المحل مشروعا.

المطلب الثاني: سبب العقد الالكتروني.

الفرع الأول: أن يكون السبب موجودا.

الفرع الثاني: أن يكون السبب مشروعا.

الخاتمة