الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
République Algérienne Démocratique et Populaire

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة أكلي محند أولحاج
-البويرة-

Ministère de l'Enseignement Supérieur
et de la Recherche Scientifique
Université Akli Mohand Oulhadj - Bouira -
Tasdawit Akli Muḥend Ulḥağ - Tubirett -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

تخصّص: قانون أعمال

العنوان

خصوصية المسؤولية العقدية في إطار قانون التجارة الالكترونية رقم 18-05

مذكرة مقدمة لإستكمال متطلبات الحصول على شهادة لماستر

إعداد الطالبتان:

- **معلم سارة**
- **رشام سميرة**

تحت إشراف الأستاذة:

- **د/** عينوش عائشة

لجنة المناقشة	
الاسم	**الصفة**
د/ معزوز دليلة	**رئيسا**
د/ عينوش عائشة	**مشرفا ومقررا**
د/ ربيع نصيرة	**ممتحنا**

تاريخ المناقشة:

2023/07/.06

شكر وعرفان

قال رسول ﷺ: " من اصطنع إليكم معروفا فجازوه، فإن عجزتم عن مجازاته فادعوا له حتى تعلموا أنكم قد شكرتم فإن الله يحب الشاكرين"

قبل كل شيء نحمد الله سبحانه وتعالى ونشكره أنه وفقنا بالقوة لإنجاز هذا العمل

أتقدم بجزيل الشكر وخالص العرفان إلى الأستاذة عينوش عائشة على قبولها الإشراف على هذه المذكرة وعلى كل المساعدات والنصائح القيمة التي كانت عونا لي في إتمام هذه المذكرة جزاه الله خيرا

نتقدم بأسمى عبارات الشكر والعرفان إلى كل من ساعدنا ومد لنا يد العون

كما يشرفني أن تقدم بعظيم عبارات الشكر والتقدير لأعضاء لجنة المناقشة الموقرين على تفضلهم لمناقشة هذه المذكرة

ولا يفوتني أن أشكر كل أساتذة كلية الحقوق

وأخيرا الشكر موصول لكل من شارك في إنجاز هذا العمل

إهداء

إلى ملذي في الحياة
إلى معنى الحب والحنان والعطاء
إلى من كان دعاؤها سر نجاحي وحنانه ومنبع الحب في قلبي
إلى أغلى الحبايب
أمي الغالية حفاظها الله تعال ورعاها وطال في عمرها وأدامها تاجا على رؤوسنا
إلى المنبع الذي ضمنا إلى من تعب كي نرتاح
إلى من علمنا رغم أنه لم يتسن له ذلك فكان شامخا شموخ العلماء العارفين
إلى من تعجز كلماتي عن الامتنان الله ولا يكفيه حقه
إلى من كان الصدر الحنون والقلب الكبير أبي الغالي أطال الله عمره
إلى أعز أخواتي رفيقات دربي سكينة وصافية وزوجها
وإلى أعز أخوتي سندي في الحياة إسماعيل وعيسى وأخي صغير يوسف
وإلى ابنت أختي الكتكوتة الصغيرة
وإلى أعز الناس في قلبي كل عائلتي الكريمة
ولا أنسى إلى رموز الصداقة والإخلاص صديقاتي اللاتي قاسمتي الحلوة والمرة أثناء الدراسة
وإلى كل من ساهم ولو بكلمة تشجيع

سارة معلم

إهداء

بسم الله الرحمان الرحيم والصلاة والسلام على اشرف المرسلين.

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، واهدي ثمرة جهدي إلى من كانت لي نورا يضيء دروبي وسندا في خيباتي وأملا يعلو سمائي، إلى ملكتي أمي خفضها الله ورعاها وجعلها تاج فوق راسي

إلى أبي أطال الله في عمره، إلى أخي وأخواتي والى كل من جمعني بزميلاتي في مقاعد الدراسة .

رشام سميرة

قائمة المختصرات

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري

ج.ر: الجريدة الرسمية

ط: الطبعة

ص-ص: من صفحة الى صفحة

ص: صفحة

مقدمة

لقد شهد العالم في العصر الحالي تطورا هائلا في التقدم العلمي والتكنولوجي خاصة في مجال الاتصال وتقنية المعلومات، والذي ألقى بظلاله ونتائجه على كافة جوانب الحياة وكذا العلاقات بين الأفراد والدول، أين أصبحت وسائل الاتصال الحديثة كشبكة الانترنت من الوسائل التي لا يمكن الاستغناء عنها، ويظهر ذلك من خلال استخدامها بشكل متزايد في مختلف المعاملات، والتي يّتم من خلال العقود الإلكترونية.

بواسطة الوسائل الإلكترونية الحديثة التي وفرت خدمات متنوعة ذات إمكانيات متميزة كنقل البيانات وتبادل الرسائل، وإجراء الاتصالات المباشرة، كما أسهمت في إيجاد آليات جديدة للتفاوض حول السلع والخدمات في مجال التجارة الإلكترونية، مع الإشارة إلى أن هذه التجارة تتم دون حاجة للتواجد المادي لأطراف العلاقة التعاقدية، وهو ما يعرف بالتعاقد عن بعد، والذي يعني عدم وجود طرفي العقد في زمان ومكان واحد، وقد تعني أيضا مجلس العقد من حيث الزمان دون المكان، طالما أن طرفي العقد على اتصال بينهما، ولو بوسيلة إلكترونية.

يتميز العقد الإلكتروني بأنه عقد يتم عن بعد، أي بين المتعاقدين لا يجمعهما مجلس عقد واحد، فضلا عن أنه في معظم الحالات يتم بين طرفين غير متكافئين اقتصاديا، فيتم بين تاجر مهني ومستهلك، وباعتبار أن العقد الإلكتروني تعاقد عن بعد لوجود تباعد مكاني بين طرفي العقد، فإن تبادل الإرادات يتم عن طريق وسيط إلكتروني، وتكاد تنحصر خصوصيات إبرام العقد الإلكتروني في الأحكام الخاصة بركن الرضا، وباتجاه الإرادة المشتركة للطرفين إلى إحداث أثر قانوني.

الرضا الذي يعتبر أهم ركن في كل التصرفات القانونية والذي لا يتصور توافره إلا بإرادة تحمله فلا تعاقد إلا بإرادة، فإن الرضا هو التعبير عن إرادة التعاقد، فبالنسبة لركني المحل والسبب تكاد تنعدم فيهما خصوصيات العقد الإلكتروني ولا يثيران أي مشكلة فيه، إذ يبقى خاضعا للقواعد العامة أي نفترض مشروعيته.

تتحقق صحة العقد الإلكتروني بتحقق صحة أركانه: المحل والسبب والرضا وكذا شرط الأهلية التي تنتظم بذات إطار القواعد العامة المنظمة للعقد التقليدي مع بعض الخصوصية

لهذه الأركان، لعدم اتساع نطاق القواعد العامة، لتستوعب أهلية المتعاقدين، إذ يصعب التأكد من هوية الأطراف المتعاقدة وأهليتهم.

عادة ما يسبق انعقاد العقد الإلكتروني مرحلة التفاوض التي فيها تبادل الاقتراحات والمساومات وتعرف بالفترة علما بإمكانية إبرام العقد دون المرور بهذه المرحلة، وقد ثار خلاف حول طبيعة المسؤولية المترتبة على قطع المفاوضات فيما إذا كانت تقصيرية أم عقدية، كما ثار خلاف حول الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني فيما إذا كانت إذعان أم عقد رضائي، وتتحدد هذه الطبيعة بالطريقة المتبعة في إبرام العقد على شبكة الانترنت فالعقود المبرمة عبرها عادة ما تكون عقود إذعان وبخاصة تلك التي تنعقد عبر شبكة المواقع(الويب) أما العقود المبرمة عبر البريد الإلكتروني أو المحادثة مع المشاهدة فتكون عادة عقودا رضائية.

تلعب التجارة الإلكترونية دورا كبيرا في تطوير النشاط التجاري، باعتبارها وسيلة هامة للوصول إلى أسواق العالم في أسرع وقت ممكن بأقل مجهود لما لها من مميزات فقد أدركت الدول والمنظمات الدولية أنه لا غنى عن تدخلها على مستوى الوطني والدولي لوضع إطار منظم لمعاملات التجارة الإلكترونية من أجل بعث الثقة وتنظيم العلاقات لكن الاختلاف الذي قد ينشأ لعدم معرفة الالتزامات المترتبة على هذا النوع من التعاقد بذلك فقد انصب الاهتمام في هذا البحث حول تحديد المسؤولية العقدية المترتبة عن إبرام العقد الإلكتروني.

ليعرف المتعاقدين ما لهما وما عليهما من الحقوق والالتزامات حيث يمكن الفصل في النزاعات الناشئة عن اختلاف المتعاقدين في تحديد الالتزامات وفي حالة عدم تحديد أو تنفيذ التزامات يترتب لكل منهما جزاء هو التعويض.

تكمن أهمية التجارة الإلكترونية في نموها نموا هائلا وسريعا انعكس على حجم المبادلات التجارية التي تتم من خلالها حيث تجاوزت مليارات الدولارات وذلك في فترة قصيرة نسبيا، فأصبحت التجارة الإلكترونية السمة البارزة لتجارة العصر، وأصبحت شبكة الانترنت مركز تجاريا يتسع لجميع سكان الأرض وعرض المنتجات للبيع، فالعقد الإلكتروني يعد نوعا جديدا ومع انتشار الانترنت أصبحت الحاجة ملحة إلى إيجاد قانون خاص بإبرام هذه العقود

ونظرا لخصوصية وتعقيد البيئة التي تتم فيها نجد أن موضوع هذه المسؤولية تعطي لها أهمية قصوى في حالة إبرام هذه المعاملات تنشأ عنها التزامات في حالة عدم تنفيذها تترتب عنها المسؤولية العقدية المترتب جزاء.

ومن أسباب التي دفعتنا لدراسة هذا الموضوع:

-الرغبة الجامحة والكبيرة في دراسة معطيات وخبايا العقد الإلكتروني كسبب رئيسي.

- حداثة الموضوع خاصة على المستوى الوطني كونه طرح جدلاً كبيراً بالنظر لأهمية البالغة التي أصبحت تحتلها التجارة الإلكترونية والتي تعد أفضل الصور للتطبيقات العلمية الموضوعية للتطور التكنولوجي الحديث ما يتميز به من حركية وسرعة في التنفيذ.

-لأهمية التنظيمية للمسؤولية العقدية في التجارة الإلكترونية.

ويمكن تلخيص أهدف الدراسة فيما يلي:

-محاولة دراسة الجانب النظري للعقد الإلكتروني في التجارة الإلكترونية من خلال تحديد تعريفه وطبيعته القانونية.

-تحديد أركان المسؤولية العقدية في إطار العقد الإلكتروني.

- بيان قيام المسؤولية العقدية في ظل التجارة الإلكترونية مع تحديد أركانها.

- بيان أثر قيام المسؤولية العقدية في ظل التجارة الإلكترونية.

الإشكالية:

مما تقدم يمكن أن نطرح الإشكالية التالية حول: **بماذا تتميز العقود الإلكترونية من جانب المسؤولية العقدية؟**

وللإجابة على هذه الإشكالية وبالنظر لأهمية موضوع العقد الإلكتروني وخصوصيته في جانب المسؤولية العقدية اعتمدنا على جملة من المناهج العلمية قصد الإلمام بالموضوع حيث تم استعمال المنهج الوصفي بغية وصف الظاهرة محل البحث وصف دقيقا كافيا من خلال التعريف بالموضوع وتحديد أركانه، والمنهج التحليلي من خلال تحليل بعض النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع محل الدراسة.

للإجابة على الإشكالية المطروحة يقتضي الأمر التعرض للإطار المفاهيمي للعقد الإلكتروني في مجال التجارة الإلكترونية، وذلك يتطلب دراسة خصوصية مفهوم العقد الإلكتروني في هذا المجال وخصوصية أركانه **(الفصل الأول)**.

ولا يتوقف الأمر عند هذا الحد بل يقتضي التطرق لأركان المسؤولية العقدية للعقد الإلكتروني وجزاء قيام هذه المسؤولية العقدية وهو ما يعبر عنه بقيام المسؤولية العقد للعقد الإلكتروني **(الفصل الثاني)**.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للعقد الإلكتروني في التجارةالإلكترونية

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للعقد الإلكتروني في التجارةالإلكترونية

حرر مبدأ حرية التعاقد الإرادة ومنحها سلطة واسعة في إنشاء ما تراه من العقود في إطار يضمن احترام النظام العام والآداب العامة ويحافظ في الوقت ذاته على التوازن العقدي، ولقد بدأت العقود تتطور بطريقة سريعة وبصفة مستمرة مما أدى إلى ظهور عقود جديدة من خلال الثورة المعلوماتية التي سادت في معظم مناطق العالم، من بينها العقد الإلكتروني الذي أصبح يعد من أهم الأمور استحداثا في عقود التجارة الإلكترونية أو التي نقصد بها التعاقد عن طريق استخدام وسائل الاتصال الحديثة، ومن أبرزها العقود الإلكترونية التي كانت نتيجة التحول العميق الذي عرفه عالم الاتصال ولقد كان هذا التطور بمثابة ثورة في أسلوب التعاقد.

ولقد عرف عالم الاتصالات تقدماً مذهلاً مما جعل الكمبيوتر والانترنت أهم الوسائل للتواصل بين المنتج والمستهلك حيث يتم التعاقد عن بعد دون حضور مادي للمتعاقدين ويطلق على هذا النوع من العقود مصطلح "العقد الالكتروني" وهو يختلف عن العقد التقليدي من حيث وجوب توافر الإيجاب والقبول لانعقاد العقد، لكن ما دام يبرم في الشكل الإلكتروني فإنه يتسم بمجموعة من السمات التي تميزه عن العقد العادي.

ولمعرفة العقد الإلكتروني فإننا خصصنا هذا الفصل للبحث في مقاصده خلال التشريعات بإعطاء تعريف يحدد مقصوده من الخاصة بالمعاملات الإلكترونية وأراء الفقهاء، والبحث عن الطبيعة القانونية التي تمتاز بها هذه العقود، والبحث في أركانه التي يتميز بها هذا العقد عن غيره من العقود، وبناءا على هذا سنتطرق في هذا الفصل إلى خصوصية مفهوم العقد الإلكتروني في التجارة الإلكترونية **(المبحث الأول)**، وخصوصية أركان العقد الإلكتروني في التجارة الإلكترونية **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

خصوصية مفهوم العقد الإلكتروني في التجارة الإلكترونية

إن خصوصية تعريف العقد الإلكتروني تكمن في الجانب الإلكتروني لهذا العقد، وبمعنى آخر تكمن في الوسيلة التي ينعقد بها هذا العقد، وهي وسيلة الاتصال عن بعد.

يعد العقد الإلكتروني من العقود التي ظهرت في هذا العصر نتيجة لاستخدام المعلوماتية والتي دخلت كافة مناحي الحياة بالرغم من ذلك فإن مثل هذه العقود بحاجة لدراسة بدقة لأنها حديثة التداول مما يستوجب التمعن بها وبالقواعد العامة لنظرية العقد وللبحث من خلالها عن أوجه التميز عن العقود التقليدية وكذلك أوجه التشابه معها.

ويعتبر العقد الإلكتروني أساس وركيزة التجارة الإلكترونية وهو بشكل ترجمة لإرادة كل من البائع أو مقدم الخدمة والمشتري عن طريق ركيزة الإلكتروني، ولقد ظهرت تعريفات عديدة للعقد الإلكتروني، أو عقود التجارة الإلكترونية، أو العقد المبرم عبر الانترنت، سواء الواردة في التشريعات الخاصة ببعض الدول، أو تلك التعريفات التي قول بعض الفقهاء، بناء على ذلك سوف نتطرق في هذا المبحث إلى تعريف العقد الإلكتروني **(المطلب الأول)** ومن ثم تحديد طبيعة القانونية لهذه العقود**(المطلب الثاني)**، وكذا تمييز العقد الالكتروني عن غيره من الأنظمة المشابهة له (المطلب الثالث)

المطلب الأول

تعريف العقد الإلكتروني

تشهد العقود الإلكترونية نموا متزايد حيث باتت تمثل نسبة هائلة من حجم التجارة الدولية والمحلية وخاصة في الدول المتقدمة، ويرجع السبب في ذلك إلى سهولة وسرعة إبرام هذه العقود وقد تطور الأمر إلى أكثر من ذلك حيث أن المنشآت التجارية العالمية أصبحت ترفض التعامل مع أي عميل جديد لا يستخدم أسلوب التعاقد الإلكتروني وهو ما يترجم الأهمية البالغة لهذا النوع من العقود، وهو ما يقتضي تناول العقد الإلكتروني وتمييزه عن

غيره من العقود التقليدية من مختلف الجوانب القانونية، مما يستوجب التطرق لتعريف العقد الإلكتروني فقها(**الفرع الأول**) وقانونا(**الفرع الثاني**).

الفرع الأول

التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني

اتجه الفقه لمحاولة تعريف العقد الإلكتروني وكما تعرض له المشرع أيضا، ذلك لأن هذا العقد يتم بدرجة من الحداثة والخصوصية مما استوجب على الفقهاء إيجاد تعريف جامع ومانع للعقد الإلكتروني من خلال سبل البحث في انعقاده، إضافة إلى كونه يتميز بخصوصية الإلكترونية التي تميزه عن غيره من العقود كونه لم يتم معالجته من قبل، فالعقد الإلكتروني يتم تسميته بهذا الاسم نظرا للوسائل الإلكترونية التي تستخدم في إبرامه

وقد عرفه البعض بأنه: "**ذلك العقد الذي يتم إبرامه عبر شبكة الإنترنت**"[1] فحسب هذا التعريف فهو عقد عادي إلا أنه يكتسب الطابع الإلكتروني من الطريقة التي ينعقد بها أو الوسيلة التي يتم إبرامه من خلالها، فينشأ العقد من تلاقي الإيجاب بالقبول بفضل التواصل بين الأطراف بوسيلة مسموعة مرئية عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وأن السمة الخاصة لذلك العقد تكمن في عملية ترويج السلع والخدمات وإتمام الصفقات باستخدام الاتصال وتكنولوجيا تبادل المعلومات الحديثة عن بعد، دون حاجة لانتقال الأطراف والتقائهم في مكان معين[2].

كما عرفه جانب من الفقه الأمريكي بأنه: "**هو ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري والتي تكون قائمة معدة سلفا ومعالجة إلكترونيا وتنشئ التزامات** تعاقدية"[3].

---

[1]– مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص22.

[2]– محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص38.

[3]–خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص ص49–50.

كما ذهب البعض إلى تعريف العقد التجارة الإلكترونية الدولي على أنه: "**هو العقد الذي يتلاقى فيه عروض السلع والخدمات بقبول من أشخاص في دول أخرى وذلك من خلال الوسائط التكنولوجية المتعددة، ومنها شبكة المعلومات الدولية الانترنت بهدف إتمام العقد**"[1].

كما عرف البعض أيضا العقد الإلكتروني بأنه: "**اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول بشأن الأموال والخدمات عبر شبكة دولية للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية تتيح التفاعل الحواري بين الموجب والقابل**"[2].فيتضح من هذا التعريف أن العقد الإلكتروني يقتصر على المعاملات التي تبرم عبر شبكة الانترنت فقط، وهذا يتعارض مع مفهوم تقنيات الاتصال المختلفة مع تعاريف التجارة الإلكترونية، فمن خلال هذا التعريف لم يبين الآثار المترتبة على التقاء الإيجاب بالقبول أي إحداث أثر القانوني وإنشاء التزامات عقدية.

كما يعرف العقد الإلكتروني بأنه: "**هو عقد يبرم عن بعد بمجموعة من وسائل إلكترونية لمعالجة أو تبادل المعلومات**"[3].

فمن خلال هذه التعاريف الفقهية للعقد الإلكتروني يتبين لنا أن هذه المحاولات جاءت ناقصة ذلك أن معظمها ركز على مرحلة تكوين العقد دون الالتفات إلى مرحلة تنفيذه والتي تعد مرحلة هامة في العقد وتتم عبر شبكة الانترنت هذا من جهة، ومن جهة أخرى ركزت هذه التعاريف بدرجة كبيرة على شبكة الانترنت في حين أن العقد الالكتروني قد يشمل تقنيات أخرى.

وهناك من عرفه بأنه "**التفاوض الذي انتهى بالاتفاق التام بين إرادتين صحيحتين باستخدام وسيلة الاتصال حديثة**"[4].

---

[1]– المرجع نفسه، ص 51.

[2]– المرجع نفسه، ص52.

[3]– صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص ص11-12.

[4]– محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص18.

وقد استند جانب من الفقه إلى صفة أطراف العلاقة في تعريفه لعقود التجارة الالكترونية، وعرفها بأنها "**تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية للسلع والخدمات التي تتم بين مشروع تجاري وآخر أو بين تاجر ومستهلك ذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات**"[1].

نلاحظ من خلال التعريف السابق الذكر الذي يعتبر العقد الإلكتروني يتم عبر شبكة الانترنت أن الفقهاء قد أصابوا من جهة لكنه يعتبر تعريفاً ضيقاً لأن وسائل إبرام هذا العقد لا تكون في وسيلة واحدة لهي شبكة الانترنت بل يمكن أن تكون عبر وسائل أخرى مثل الفاكس والتلكس، أما بالنسبة لتعريف الذي ركز على الوسائل المسموعة والمرئية فقد أخطأ في حين أن العقد الإلكتروني يمكن أن يكون التعبير عن الإرادة بواسطة الكتابة مثل التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني.

وبالتالي فإن العقد الإلكتروني مثله مثل العقد التقليدي، لأنه يخضع لأحكام وقواعد النظرية العامة للعقد، غير أن العقد الإلكتروني يتميز عن العقد التقليدي بخاصية البعد، أي أنه يقوم بين غائبين، وذلك باستعمال وسائط إلكترونية من أجهزة برامج معلوماتية وغيرها من الوسائل التقنية الحديثة[2].

الفرع الثاني
التعريف القانوني للعقد الإلكتروني

لقد اهتمت العديد من الدول اهتماما كبيرا بتنظيم المعاملات الالكترونية بمقتضى نصوص قانونية وعرفت العقد الالكتروني من خلال هذه النصوص نذكر مثلا القانون المصري والأردني **(أولا)** القانون الجزائري **(ثانيا)**.

---

[1]–محمد شكري مروى، التجارة الإلكترونية ومقتضيات حماية المستهلك، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية المنعقد بمركز البحوث والدراسات بأكاديمية شرطة دبي الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، 22أفريل 2003، ص214.

[2]– مناني فراح، المرجع السابق، ص 25.

أولا: تعريف العقد الالكتروني في كل من القانون المصري والأردني

عرف المشرع المصري العقد الالكتروني في قانون التجارة الالكترونية في المادة الثانية منه بأنه «**كل عقد تصدر منه إرادة أحد الطرفين أو كلاهما أو يتم التفاوض بشأنه أو تبادل وثائقه كليا أو جزئيا عبر وسيط الكتروني**»[1].

بينما عرفه المشرع الأردني من خلال المادة الثانية: «**الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية كليا أو جزئيا**»[2].

أما في قانون المعاملات الالكترونية في المادة الثانية فلقد عرف المشرع الأردني: «**نقل المعلومات الكترونيا من شخص لآخر باستخدام نظام معالجة المعلومات**»[3].

وأهم ما يلاحظ من تعريف المشرع المصري أنه كان أعم وأكثر دقة من التعريف الذي جاء به المشرع الأردني إذ اعتبر أي تصرف يسبق العقد أو يلازمه بخصوص إبرامه من حيث المرحلة السابقة لإبرام التعاقد أو إبرامه، فكل هذه الطرق إذ تم القيام بها كلها أو جزء منها من خلال وسيط إلكتروني فإن هذا العقد يعد عقدا الكترونيا، وهو ما جعله تعريفا شاملا وأكثر دقة من غيره.

ثانيا: تعريف العقد الالكتروني في القانون الجزائري

عرف المشرع الجزائري العقد الالكتروني في المادة السادسة من الفقرة الثانية من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية التي تنَص على أن: «**العقد الالكتروني: العقد بمفهوم القانون رقم 04-02 المؤرخ في 05جمادى الأول 1425 الموافق ل23**

---

[1]- قانون التجارة الإلكترونية المصري لسنة 2001 الصادر عن رئاسة مجلس الوزراء، مركز المعلومات وجهاز دعم اتخاذ القرار، لجنة تنمية تكنولوجيا العام 2001، نقلا عن: لزعر وسيلة، تنفيذ العقد الإلكتروني، مذكرة ماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2011-2010، ص 185.

[2]- قانون رقم 76-43، يتضمن القانون المدني الأردني، ج.ر، العدد 2645 الصادر بتاريخ 1 آب 1976.

[3]-قانون رقم 2001-85، المؤرخ في 2001/12/11، يتعلق بقانون المعاملات الإلكتروني الأردني، ج.ر، عدد4524، الصادر بتاريخ31 /2001/12.

يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية. ويتم إبرامه عن بعد، دون حضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الالكترونية»[1].

اعتبر المشرع الجزائري العقد الالكتروني عقدا كغيره من العقود التقليدية والتي تسري عليها الأحكام القانونية لها، ولكنه يتميز بخصوصية تميزه عن العقد العادي من حيث وسيلة إبرامه وهي الوسيلة الالكترونية، والتي يتم إبرام العقد من خلالها، وتتمثل هذه الوسائل عادة في أنظمة الكمبيوتر المرتبطة بشبكات الاتصالات المختلفة (السلكية ولاسلكية)، أما فيما يخص إبرام العقد دون الحضور الفعلي فيقصد بهذا الأخير إبرام العقد عن بعد بالتعاقد الذي يجمع بين المتعاقدين وهذا ما يمتاز به هذا العقد عن العقد العادي الذي يتطلب أثناء إبرامه حضور المتعاقدين.

ومن خلال كل هذه التعاريف نجد أن العقود الإلكترونية لم تقتصر على العقود التي تبرم عبر شبكة الانترنت، وإنما تتعداها إلي التعاقد الذي يتم عبر الوسائل الاتصالات الإلكترونية الأخرى كالفاكس والتلكس، زيادة على هذا فإن العقد الإلكتروني يمكن أن يرد على كل أنواع السلع والخدمات التي لم يرد نص قانوني يمنع التعامل بها[2].

وبهذا يمكن القول أن المشرع الجزائري أخذ بالمعيار الموسع لنطاق المعاملات التجارية الإلكترونية سواء من حيث الوسيلة التي يتم بها أو الأشخاص الذين يتعاملون بها وأكد على خاصية البعد على غرار ما فعله المشرع الأردني الذي وضع تعريف صريح ومباشر محددا

[1]– قانون رقم 18– 05 مؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق لـ10 مايو سنة 2018، يتعلق بالتجارة الالكترونية، ج.ر، العدد28، الصادر في 16 ماي 2018.

[2]– رباحي أحمد، «الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني»، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 10، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، جوان 2013، ص99.

من العقود وهذا سعيا منه لاحتواء كافة التصرفات التي يتم إبرامها عبر الانترنت وترك المجال مفتوحا لإدراج تصرفات جديدة تتم بالصفة الإلكترونية[1].

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لعقود التجارة الإلكترونية

لقد اختلفت تعاريف لعقد الإلكتروني مما أدى إلي صعوبة إيجاد تعريف جامع ومانع مما أدى إلي اختلف وجهات النظر في تحديد طبيعتها، فهناك من اعتبارها عقود مساومة تخضع لمبدأ سلطان الإرادة والتراضي بين الأطراف المتعاقدة، في حين أن هناك من اعتبرها من عقود الإذعان لا تكون فيها لأحد طرفيه حرية الإرادة تمكنه من مناقشة شروط العقد والتفاوض بشأنه وهذا ما سيتم توضيحه من خلال هذا المطلب محاولة تصنيف العقد الإلكتروني باعتباره من العقود الرضائية **(الفرع الأول) أو** من عقود الإذعان **(الفرع الثاني).**

الفرع الأول

العقد الإلكتروني من العقود الرضائية (عقد مساومة)

يرى أنصار هذا الاتجاه أن العقد الإلكتروني عبارة عن عقد رضائي بعيد كل البعد عن عقود الإذعان[2]وذلك لأن عملية المساومة تسود هذا العقد على اختلاف أنواعه حيث أن الموجب له لا يقتصر دوره على مجرد الموافقة على الشروط المعدة سلفا بل له كمستهلك مطلق الحرية في التعاقد مع أي منتج أو مورد أخر إذا لم تعجبه الشروط المعروضة فإذا كان إبرام العقد عن طريق الانترنت يمكن للموجب له الانتقال من موقع إلي أخر واختيار ما يشاء وترك ما يشاء مما يعني أن الرضائية تسود هذا العقد [3].

---

[1]–خالد الصباحين، انعقاد العقد الإلكتروني، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والحاسوب، جامعة اليرموك، عمان، المنعقد يومي(12–13) جويلية2004، ص4.

[2]– حما رشة، رياض وليد، عقد البيع الالكتروني في ظل التجارة الالكترونية، إبرامه، أثاره، إثباته، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الدول العربية، الإسكندرية، 2000، ص28.

[3]– إبراهيم خالد ممدوح، المرجع السابق، ص64.

فالعقد المساومة ذات أهمية بالغة، حيث نجد أن عقود المساومة تتم برضا كل من المتعاقدين وهي تخضع للقواعد العامة ولا يجوز للقاضي أن يعدل شروطها أو أن يعفي أحدهما لأن العقد شريعة المتعاقدين[1].

ويرى جانب من الفقه انه حتى نبين طبيعة العقد الإلكتروني ما إذا كان عقدا رضائيا أم عقد إذعان فلا يكون إلا بالتمييز بين الوسائل المستخدمة في إبرامه، فإذا كان التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني أو من خلال برامج المحادثة فإن العقد يكون رضائي، حيث يتبادل الأطراف وجهات النظر عبر الوسائل الإلكترونية، ويمكن للموجه إليه الإيجاب التفاوض بحرية حول شروط العقد، حتى يحصل على أفضل الشروط.

أما إذا تم التعاقد عبر موقع الويب (web)، والتي يستخدم غالبا عقود نموذجية تكون شروطها معدة سلفا، فتعد هنا عقود إذعان لانعدام التكافؤ في القدرة التعاقدية، وهي الوسيلة الغالبة في إبرام العقود الإلكترونية، وبهذا فإن العقد الإلكتروني قد يكون عقد مساومة أو عقد إذعان حسب الوسيلة المستخدمة في إبرامه[2].

[1]– منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مكتبة الرواد، عمان، 1996، ص82.

[2]–نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2005، ص 15.

الفرع الثاني

العقد الإلكتروني من عقود الإذعان

بالنسبة لعقد الإذعان فإنه يختلف تماما عن عقد المساومة، ذلك لأن أحد طرفي العقد يستأثر بوضع شروط العقد، ولا ينتظر من الطرف الآخر سوى قبول العقد أو رفضه[1]، وهو ما يعني أن عقد الإذعان تتم صياغته عن طريق وضع شروطه بطريقة مسبقة، ولا يكون للمستهلك أي تأثير على محتواه[2].

فعقد الإذعان هو "**العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها**" يعد التعريف الراجح حسب ما استقر عليه أغلبية الفقهاء[3].

أما الفقه الحديث فيعرف عقد الإذعان بأنه عقد يحدد محتواه كليا أو جزئيا، وبطريقة مجردة وعامة قبل الفترة التعاقدية[4]، ولقد نص المشرع الجزائري على عقد الإذعان في المواد 70و110من القانون المدنيوالمادة4/3 من القانون رقم02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، التي تنص على أن: «عقد: **كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلي بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع تهدف إلي بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الأخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه، يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند**

[1]–رباحي أحمد، المرجع السابق، ص10.

[2]–كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص 497.

[3]– عبد المنعم فراج الصدة، محاضرات في القانون المدني، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، التراضي، الجزء الأول، العربية، معهد الدراسات العالمية، الإسكندرية، 1985، ص91.

[4]–كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص ص497–498.

ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا »[1].

من خلال المفهوم الموسع للإذعان ذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار العقد الإلكتروني عقد إذعان بالنسبة للمستهلك، وهذا لأنه الطرف الضعيف دائما وأنه بحاجة إلي الحماية، وقد استند هذا الاتجاه إلي نص المادة 1/132 من قانون الاستهلاك الفرنسي، والتي اعتبرت الشروط التي تنشئ من حيث موضوعها أو الآثار المترتبة عليها اختلالاً عقديا قائما على عدم توازن الحقوق والالتزامات ضد مصلحة المستهلك، وبما يحقق مصلحة المهني[2].

يجب التمييز بين هذا النوعين من العقود الالكترونية عند تحديد الطبيعة القانونية إذ يرى الباحث أنه في بيان طبيعة العقد هل هو عقد رضائي أو عقد إذعان يكون بحسب الوسيلة المستخدمة في إبرامها هي إما عقود يتم إبرامه فإذا تم إبرامه عن طريق البريد الإلكتروني للمتعاقدين أو عن طريق المواقع الإلكترونية فالعقود التي تبرم عن طريق المواقع الإلكتروني قد تحتوي على سمات عقود الإذعان أما بالنسبة للعقود التي تبرم عن طريق البريد الإلكتروني فغالبا ما تكون عقود رضائية إذ يتم التفاوض على إبرام العقد عن طريق تبادل الرسائل الالكترونية بين المتعاقدين عن طريق المواقع الشخصية الإلكترونية إلي أن يقترن إيجاب أحد المتعاقدين بقبول الآخر فينعقد العقد[3].

[1]–قانون رقم 02/04 مؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج. ر، العدد 41، الصادر بتاريخ 27 يونيو 2004.

[2]– بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014–2015، ص 33.

[3]–خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص73.

المطلب الثالث

تمييز العقد الالكتروني عن غيره من الأنظمة المشابهة له

ينتمي العقد الالكتروني إلى العقود التي تبرم عن بعد فتعتبر من أهم أوجه الخصوصية التي تميزه عن غيره من العقود الحديثة على الوسط القانوني والتي يصعب حصرها، كذلك ليس هو الوحيد الذي يتم إبرامه في محيط البيئة الالكترونية، فهناك عقود أخرى متلازمة معه، لأن من الممكن أن تكون هي الأساس الذي يرتكز عليه العقد الالكتروني ولولاه لما تمت المعاملات الالكترونية. سنحاول من خلال هذا المطلب دراسة اختلاف العقد عن غيره بحسب طريقة التعاقد من جهة **(الفرع الأول)** وعن العقود المرتبطة به في البيئة الالكترونية **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود بحسب طريقة التعاقد

يتفق العقد الالكتروني مع العقود التقليدية من نواحي عديدة، ولكنه يختلف عنها في وسيلة إبرامه**(أولا)**، فقد يتشابه مع سبيل التعاقد الحديثة عن بعد إلا أنه يتميز بأنه يتم من خلال شبكة اتصال دولية، فهو يختلف عن التعاقد عن طريق التليفون**(ثانيا)**، ويختلف عن التعاقد عن طريق التليفزيون**(ثالثا)**، ويختلف عن التعاقد عن طريق الفاكس والتلكس**(رابعا)**، يختلف عن التعاقد عن طريق الكتالوج**(خامسا)**.

أولا: التعاقد الالكتروني والتعاقد التقليدي

يعرف العقد بأنه: "**توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام، نقله، تعديله أو إنهائه** "[1]. ولا شك في ضرورة توافر أركان العقد وهي الرضا، المحل، السبب والشكلية في بعض العقود فهذه العناصر لا مناص من توافرها في كل عقد.

[1]–عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح قانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2006، ص118.

فقد عرف المشرع الجزائري عقد البيع من خلال المادة 351 التي تنص على أن: «**البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية الشيء أو حقا ماليا أخر مقابل ثمن نقدي**»[1]. وهو نفس التعريف للمشرع المصري في المادة 418 من القانون المدني[2]كما عرفه المشرع الفرنسي في المادة 1582 من القانون المدني بأنه: «**عقد بمقتضاه يلتزم شخص بتسليم شيء إلي شخص آخر يدفع له ثمن** »[3].

نستخلص من التعريفات السابقة أن عقد البيع التقليدي من عقود المعاوضة وناقل للملكية وهو من العقود الرضائية، يتفق مع العقد الإلكتروني في أنهما يتعقدان بتوافق إرادتي المتعاقدين، أي تطابق الإيجاب والقبول، إلا أن خصوصية العقد الإلكتروني تتجلى في الوسيلة التي تستخدم في نقل إرادة كل طرف لآخر أو التفاوض بشأن بنود العقد[4].

---

[1]– الأمر رقم 58/75 مؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر، العدد78، الصادر بتاريخ 1975/9/30 المعدل المتمم.

[2]– القانون المدني المصري رقم (131)، نشر هذا القانون في الوقائع المصرية، العدد (108) مكرر(أ)، الصادر بتاريخ 29 تموز 1948.

[3]–1582 Article ,1804 mars 16 en vigueur version , promulguée 06-03-1804 loi création « La vente est une chose et l'autre à la payer 16 mars1804.

على الموقع متاح: Elle peut être faite par acte authentique au sous seing privé» .18:24h , 2023/ 05/ 19. https://www.legifrance.gouv.fr

[4]–مصطفى أحمد أبو عمرو، مجلس العقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص44.

ثانيا: التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق التليفون

إن التعاقد عن طريق التليفون هو تعاقد بين غائبين من حيث المكان وحاضرين من حيث الزمان، لأن أطراف العقد من حيث المكان تفصلهما مسافات بعيدة، أما من حيث الزمان فإن لا يوجد فاصل زمني بين صدور القبول، وعلم الموجب له.

فإذا كان العقد الإلكتروني يتشابه مع التعاقد بواسطة التليفون في أن كلهما تعاقد فوري ومباشر، وتميز التعاقد عبر التليفون عن التعاقد الإلكتروني من نواحي عدة فمن الناحية الأولى أن الإرادة يتم تبادلها شفويا حال إبرام التعاقد بواسطة التليفون، أما في حالة التعاقد الإلكتروني فإنه يتفاعل الموجب مع الموجب له بالصوت والصورة أو بالكتابة من خلال صفحات Web أو عبر البريد الإلكتروني E-mail، أما الإيجاب موجها إلي الجمهور إذ يعرض على شبكة الانترنت .

وفي التعاقد عن طريق التليفون يكون الإثبات كتابيا، أما في التعاقد الإلكتروني فلا يحتاج إلي إصدار كتابي[1].

ثالثا: التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق التليفزيون

يتفق العقد الإلكتروني مع التعاقد عن طريق التليفزيون في أن الإيجاب يكون غالبا موجها للجمهور الذي يرغب في التعاقد بشأن إحدى السلع والخدمات إذ تتم بالصورة والصوت [2] على أنهما يتميزان في مدة العرض وأسلوب التعاقد فتختلف بشأن كل منهما ففي التعاقد بواسطة التليفزيون مدة عرض الإيجاب هي عدة ثواني وهي مدة الإعلان التجاري الخاص بمحل الإيجاب أما الإعلام في التعاقد الإلكتروني فإن الموجب له يستطيع أن

[1]-عبيزة منيرة، محاضرات في مقياس العقود الالكترونية، مطبوعة موجهة لطلبة ماستر1، تخصص الإدارة الالكترونية والخدمات الرقمية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف 2، ص7.

[2]-محمود السيد عبد المعطي، خيال التعاقد عن طريق التليفزيون، مطبعة النشر الذهبي، الإسكندرية، 2000، ص10.

يتعرف على كافة معلومات التعاقد وبنوده من خلال الموقع الإلكتروني للموجب، كما يمكنه التفاوض وإبرام العقد وتنفيذه أحيانا إلكترونيا[1].

رابعا: التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق الفاكس والتلكس

إن الفارق بين العقد الإلكتروني ونظيره الذي يتم بواسطة جهاز الفاكس أو التلكس يتمثل في أن الفاكس والتلكس مجرد وسيلة لتبادل المستندات أو المحررات الخاصة بالتعاقد في شكل ورقي، يعني ذلك أن الوجود المادي للمحرر التقليدي يتحقق حال التعاقد بواسطة الفاكس والتلكس، لذلك فإن الرسائل المتبادلة عن طريق الفاكس لا تحتاج إلي معالجة بياناتها بلغة الكمبيوتر وكل ما يحتاجه الطرف المستقبل للرسالة هو طباعتها على الورق.

أما فيما يخص التعاقد الإلكتروني فإن التفاوض وإبرام العقد وتبادل المحررات الخاصة به يتم إلكترونيا، بحيث تتخذ المستندات العقدية وما يرد عليها من توقيعات الشكل الإلكتروني، **أي يتميز بالطبيعة غير المادية المثبتة على دعامة الإلكترونية لا على دعامة ورقية بتوقيع الأطراف**[2].

خامسا: التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق الكتالوج

الكتالوج هو وسيلة من وسائل البيع التي تكون إما على شكل نماذج ورقية تحتوي على كتابات ورسومات وصور توضيحية للمنتجات المعروضة للبيع وإما تكون على شكل صور أو فيديو أو أسطوانات كمبيوتر مضغوطة أو تكون على شكل إلكتروني معروض على مواقع شبكة الانترنت مما يجعله تعاقد بين غائبين[3].

[1]–سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، الإسكندرية، 2008، ص164.

[2]–فاروق الاباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعاملات الالكترونية، دراسة تطبيقية لعقود الانترنت، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2003، ص44.

[3]–حمودي محمد ناصر، عقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الانترنت، دار الثقافة، عمان، 2012، ص 127.

ويقوم التعاقد عن طريق عرض الموجب لمنتجاته وبيان مواصفاتها وأثمانها وتوزيعها على العملاء، لذا يتفق مع التعاقد الإلكتروني في وجود فاصل زمني بين صدور الإيجاب واقترانه بالقبول، أي يتفقان في أنهما يبرمان في مجلس عقد افتراضي، غير أنهما يختلفان في طريقة التعبير عن الإرادة بالقبول، ففي التعاقد عبر الكتالوج يكون التعبير عن قبول بملأ الطلبية أو الاستمارة المرفقة به ثم يتم إرسالها عبر البريد العادي، بينما في التعاقد الإلكتروني يتم التعبير عبر القبول بطرق إلكترونية، مما يؤدي إلى انتفاء الفاصل الزمني بين صدور الإيجاب والقبول[1].

تتوصل مما سبق إلى أن العقود الإلكترونية المبرمة عبر الانترنت تستمد أحكامها في الأساس من قانون المعاملات الإلكترونية بشكل خاص من والقواعد العامة لنظرية العقد بشكل عام ويتم إخضاع العقد لأحكام المغايرة التي تأخذ في الاعتبار الافتراضي المعاصر تتوافر هذه الخصوصية في العقود المبرمة عن بعد لأن التعاصر ما بين الإيجاب والقبول يكون من الناحية الزمنية، أما البعد المكاني فيبقى واقعا مؤثرا لا يجوز إنكاره بحيث يعتبر منعقدا في غير مجلس العقد بالنسبة لمكانه، فمجلس العقد له دور أساسي في انعقاد العقد من حيث التأكد من أهلية المتعاقدين، ومن ذلك فإن العقد الإلكتروني نوع جديد من العقود، فهو وليد التقدم التكنولوجي، وهو عقد له خصوصية ذاتية مستقلة تميزه عن أنظمة التعاقد الأخرى والتي تتم باستخدام وسائل الاتصال الحديثة.

الفرع الثاني

تميز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود المرتبطة به في البيئة الإلكترونية

يتميز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود المرتبطة به في البيئة الإلكترونية، يطلق على هذه العقود عقود الخدمات الإلكترونية وهي عقود الخاصة بتجهيز وتقديم خدمات الانترنت وكيفية الاستفادة منها، أي التي تبرم بين القائمين على تقديم خدمات الشبكة

[1]– خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص 96.

والمستفيدين منها [1]، كعقد الدخول إلى شبكة الانترنت **(أولا)**، وعقد التوطين**(التوطين)**، وعقد الإنشاء الافتراضي**(ثالثا)**، وعقود الاشتراك في بنوك المعلومات الالكترونية**(رابعا)**، وعقد إنشاء الموقع**(خامسا)**.

أولا: عقد الدخول إلي شبكة الانترنت (عقد الاشتراك في الانترنت)

يعد عقد الدخول إلى شبكة الانترنت من الناحية الفنية من أهم العقود الالكترونية، تطلبها مباشرة المعاملات الالكترونية وتعتبر خطوة مبدئية لازمة لإبرام أو تنفيذ العقد الالكتروني، بمقتضى هذا العقد يتيح مقدم خدمة الدخول إلى الانترنت للعميل الوسائل التي تمكنه من الدخول إلى الشبكة، أهمها برنامج الاتصال Connexion الذي يحقق الاتصال بين جهاز الكمبيوتر والأقمار الصناعية من خلالها يتم بث إشارات رقمية يتم تحويلها إلى الشكل الذي نجد شبكة الانترنت عليه، كما يتوجب على المزود توفير كافة البرامج الأساسية لتشغيل خدمة الانترنت[2].

ويجب على العميل أو مستخدم الانترنت أن يلتزم بسداد مبلغ أو قيمة الاشتراك وذلك مقابل الدخول لمدة محددة أو غير محددة لجميع الخدمات التي تقدمها الشبكة أو بعضها، ويحق لمقدم الخدمة إنهاء العقد في حالة عدم سداد العميل للمقابل المادي، وتقوم مسؤولية مقدم الخدمة في حالة وقوع خطأ أو غلط أو تحريف في إبلاغ الرسالة الالكترونية إلى المرسل إليه.[3]

وخلاصة القول أن عقد الدخول إلى شبكة الانترنت وإن كان يتفق مع العقد الالكتروني من حيث كونه من عقود التجارة الالكترونية، إلا أن الأول يظل متميزا ومستقلا عن الثاني ويمثل آلية لازمة لإبرامه أو تنفيذه.

---

[1]–محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص26.

[2]– محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود الالكترونية، دار الثقافة، عمان، 2006، ص37.

[3]– خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص101.

ثانيا: عقد التوطين أو عقد الإيواء(عقد الإيجار المعلوماتي)

يلتزم مقدم خدمة الانترنت بموجب عقد التوطين بأن يضع تحت إشراف وتصرف المشترك جانبا من إمكانياته الفنية لاستعمالها في تحقيق مصالحة وبطريقة التي تناسبه، ويحدث ذلك من خلال إتاحة انتفاع المشترك بجزء من إمكانيات الأجهزة والأدوات المعلوماتية كتخصيص مساحة القرص الصلب أو شريط المرور وفي حالة عدم تقديم الإمكانيات المطلوبة تثار مسؤولية مقدم الخدمة[1].

من خلال ما يتميز به هذا النوع من خصائص فإنه يتيح للمنتفع استخدام الشبكة وإجراء التصرفات المباحة كالتسوق والتجول في المواقع وقد يتيح إبرام العقود الالكترونية بفضل هذه خدمة[2].

ثالثا: عقد الإنشاء الافتراضي

يعرف عقد إنشاء المتجر الافتراضي بأنه: "**عقد يلتزم بمقتضاه مقدم الخدمة بأن يمكن التاجر عن عرض بضاعته من خلال موقع الكتروني أو مركز تجاري افتراضي، ذلك في مقابل أجر متفق عليه**"[3]، ويكتسب هذا العقد أهمية بالغة في المعاملات الالكترونية، فلكي يتمكن التاجر من إجراء الصفقات عبر الانترنت والتعاقد مع عملاءه فإنه لابد من أن ينشأ له موقعا تجاريا على الشبكة وبذلك يعهد بهذه المهمة إلى أحد المهنيين المختصين في مجال المعلومات وهو الذي يقوم بتصميم هذا الموقع وفقا للشروط المتفق عليها[4].

---

[1]– محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ص 27–28.

[2]–محمد لورنس عبيدة، المحرر الإلكتروني، دار الثقافة، عمان، 2009، ص 38.

[3]–محمد حسين منصور، المرجع نفسه، ص28.

[4]– رامي محمد علون، « تعبير عن الإرادة عن طريق الانترنت وإثبات التعاقد الالكتروني»، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، 2002، ص237.

رابعا: عقد الاشتراك في بنوك المعلومات الالكترونية

يقصد ببنك المعلومات الالكترونية مجموعة المعلومات التي تتم معالجتها الكترونيا من أجل بثها عبر شبكة الانترنت بحيث يمكن للمشترك الوصول إليها من خلال ربط جهاز الحاسوب الخاص به بشبكة الانترنت[1].

تتمثل الوظيفة الأساسية لبنوك المعلومات في تقديم المعلومات الكترونيا للمشتركين والهدف منها إنشاء بنك المعلومات الالكترونية، ومن الطبيعي أنه يجب أن تتوفر عدة شروط في تلك المعلومات، منها أن تكون حديثة ومعينة أي أنة يضيف المورد إليها كل جديد يتعلق بالمجال المطلوب، فعقد الاشتراك في بنوك المعلومات هو ذلك العقد الذي يضع بموجبه المورد تحت تصرف المستخدم[2].

كما يترتب على هذا العقد التزامات متبادلة تقع على عاتق طرفيه، فالمورد يلتزم بأنه يزود العميل بالوسائل الفنية التي تمكنه من الاتصال بقاعدة المعلومات كما يلتزم بالحفاظ على سرية مطالب العميل، في حين يلتزم هذا الأخير بحسن استخدام المعلومات والمحافظة عليها وأن يدفع المقابل النقدي المتفق عليه[3].

خامسا: عقد إنشاء الموقع

[1]– فاروق الاباصري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الالكترونية، دراسة تطبيقية لعقود الانترنت، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2006، ص150.

[2]–خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص80.

[3]– مراد محمود يوسف المطلق، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، االإسكندرية، 2007، ص ص 91-92.

يعرف موقع web أنه: خدمة تقدم عبر شبكة الاتصال المتعددة ويتكون من النصوص والصور الثابتة والمتحركة والأصوات والمعالجة بلغة الكمبيوتر خاصة تسمى لغة Html والموضع تحت تصرف مستخدم الشبكة[1].

ويتطلب في هذا العقد إنشاء موقع خاص بالعميل وعند إنشاء الموقع بفضل أن يكون ذلك خاص به فقط دون أن يكون إنشاء هذا الموقع من خلال موقع أخر مملوك شخص أخر، وهذا بهدف تحقيق الاستقرار والاستقلال لجميع العملاء[2].

المبحث الثاني

خصوصية أركان العقد الالكتروني في التجارة الالكترونية

يشترط لانعقاد العقد الإلكتروني كغيره من العقود توافر التراضي بين طرفيه والمحل والسبب، ولا يبدو أن الفقه قد أوجد شيئا من الخصوصية بالنسبة لركني المحل والسبب في عقد الإلكتروني على خلاف ركن التراضي بشقيه المتعلقين بالإيجاب والقبول الإلكترونيين الذين تأثرا بخصوصية العقد الإلكتروني لكون هذا الأخير ينعقد دون أن يكون لطرفيه حضور مادي بمجلس العقد وقت انعقاده حيث يكون كل طرف في مكان مختلف عن مكان الطرف الآخر ويفصل بينهما بعد جغرافي واختلاف لغوي وتشريعي، بالإضافة إلى أن شبكة الانترنت التي تعتبر الوسيط في هذه العلاقة التعاقدية تتصف بأنها شبكة مفتوحة، يسمح لأي شخص من الجمهور الدخول إليها، دون شرط سوى أن يكون مرتبطا بشبكة الانترنت.

مما أثر كثيراً على المفاهيم التقليدية السائدة في النظرية العامة للعقود، الشيء الذي أعاق تطبيق القواعد العامة على هذا النوع من التراضي، باعتبار أن هذه القواعد تمت صياغتها لتتناسب وطبيعة المعاملات التقليدية.

انطلاقا مما تقدم سنتناول في هذا المبحث، خصوصية ركن الرضا**(المطلب الأول)** ثم نتطرق لخصوصية المحل والسبب**(المطلب الثاني)**.

---

[1]–حمودي محمد ناصر، الرجع السابق، ص ص130–131.

[2]–مناني فراح، العقد الالكتروني وسيلة الإثبات الحديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص35.

المطلب الأول

خصوصية ركن الرضا

لا يكفي لإبرام العقد وجود النية والإرادة لدى المتعاقدين، إنما يتعين التعبير عن هذه الإرادة وإظهارها إلى الحيز الخارجي، ويتم ذلك بصدور إيجاب من أحد المتعاقدين بعرض رغبته وعزمه على التعاقد وقبول من المتعاقد الآخر لهذا العرض.

يتميز الإيجاب والقبول في إطار التعاقد الإلكتروني بخصوصيات سيتم تناولها من خلال الفروع الموالية، حيث سنتطرق في **(الفرع الأول)** إلى الإيجاب باعتباره الخطوة الأولى من أحد المتعاقدين، أو لابد أن يعقبه القبول من الطرف الآخر **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

الإيجاب في العقد الالكتروني

يعد الإيجاب أول عناصر الرضا اللازمة لقيام العقد، فهو نقطة البداية، وهو المنطلق الذي يؤسس عليه، فلكي ينعقد العقد لابد من صدور إيجاب من أحد المتعاقدين، ويقتضي فهم الإيجاب كعنصر أساسي من عناصر الرضا في التعاقد الالكتروني تناول مفهوم الإيجاب الالكتروني **(أولا)**، ثم كيفية عرضه **(ثانيا)**.

أولا: تعريف الإيجاب الالكتروني

ذهب جانب من الفقه إلى تعريف الإيجاب الالكتروني بأنه تعتبر جازم عن الإرادة، يتم عن بعد عبر تقنيات الاتصال سواء أكانت مسموعة، أم مرئية، أم كيلهما، ويتضمن الشروط والعناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه كافة، بحيث ينعقد به العقد إذا ما تلاقى معه القبول[1].

ويعرف الإيجاب الإلكتروني حسب التوجيه الأوروبي المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد بأنه: **كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان**[2].

كذلك عرفه البعض الآخر بأنه: " تعبير عن إرادة مبتدئة جازمة موجهة للطرف الآخر لإبرام عقد، ويكون ذات تعابير محددة تحديداً تاما ودالة على نية الموجب بات لدى القبول[3].

يتبين من خلال هذه التعاريف أن تعريف الإيجاب الالكتروني لا يخرج عن الإيجاب التقليدي إلا في الوسيلة، كما أن شروط الإيجاب الالكتروني هي نفسها شروط الإيجاب التقليدي وهي أن يكون واضحا ومحددا، وأن يكون جازما وباتا لا رجعة فيه، يعني أن تكون نية الموجب نهائية تتجه إلى إبرام العقد إذا ما اقترنت بقبول، ويتحقق شرط وضوح الإيجاب في التعاقد الالكتروني بأن تتخذ جميع العناصر الأساسية بدقة، كتحديد المبيع والثمن إذا كان العقد بيعاً، بالإضافة إلى ذكر البيانات التي من شأنها تحقيق العلم الكافي بمزايا وصفات المبيع [4].

ثانيا: كيفية عرض الإيجاب

[1]–نقلا عن: علاء محمد الفواعير، العقود الإلكترونية، التراضي، التعبير عن الإرادة (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2014، ص 126.

[2]– المرجع نفسه، ص 125.

[3]– محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص 59.

[4]–خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص322.

يخضع الإيجاب الالكتروني لذات القواعد العامة التي تحكم الإيجاب التقليدي، إلا أنه يتميز ببعض الخصوصية التي تتعلق بطبيعته وكونه يتم عبر شبكة الاتصالات **(1)** وعبر الوسيط الالكتروني**(2)**وعبر الدول**(3)**.

1-عقد الإيجاب الالكتروني عن بعد:

ينتمي العقد الالكتروني إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد، والمقصود بذلك تلك العقود التي تبرم بين طرفين يتواجدان في أماكن متباعدة وهذا باستعمال وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد، فالسمة الأساسية لهذا النوع من العقود تتمثل في:

-عدم الحضور المادي المعاصر لأطرفه في لحظه تبادل الرضا بينهم، فهو عقد مبرم بين طرفين لا يتواجدان وجها إلى وجه في لحظة التقاء إرادتيهم.

-يتم إبرام العقد عبر وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد، وجدير بالذكر أن التوجيه الأوروبي رقم 97-07 المتعلق بحماية المستهلك في مجال التعاقد عن بعد، قد أعطى أمثلة لهذه الوسائل في الملحق المرفق به، ونذكر منها المطبوعات الصحيفة مع طلب الشراء، الراديو، وسائل الاتصال المرئية، الانترنت، الرسائل الالكترونية والتليفزيون مع إظهار الصورة[1].

2- الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسيط الكتروني:

وهذا الوسيط هو مقدم خدمة الانترنت، حيث يقوم بعرض الإيجاب من خلال الشبكة نيابة عن الموجب وبالتالي لا يكون الإيجاب فعالا بمجرد صدوره من الموجب وإنما في الوقت الذي يتم إطلاق الإيجاب من خلال الانترنت وعرضه على الموقع فعندما يتحقق الوجود المادي خلال هذه الفترة ويترتب على عرضه كافة الآثار القانونية المترتبة على

[1]- لما صادق سلهب، مجلس العقد الالكتروني، مذكرة مقدمة لاستكمال لمتطلبات للحصول على درجة الماجستير في القانون، كلية عبد الله للدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008، ص ص 85-86.

الإيجاب من شبكة الانترنت فهذا التصرف يعد إنهاءا له واعتباره كأنه لم يكن بالرغم من بقاء الإيجاب لدى الموجب، لأن الوسيط لم يتح إمكانية الاطلاع عليه للمتعاقدين من خلال العرض وبالتالي لا يمكن معرفة ما بداخل النفس البشرية من أفكار[1].

3-الإيجاب الالكتروني إيجابا دوليا:

يتم الإيجاب الالكتروني باستخدام وسائط الالكترونية وعبر شبكة دولية للاتصالات والمعلومات، لذلك فهو لا يتقيد بحدود الدول السياسية والجغرافية، ويكون الإيجاب الالكتروني تبعا لذلك إيجابا دوليا نظرا لما تتسم به شبكة الانترنت من الانفتاح والعالمية[2].

ورغم ذلك يرى البعض، أنه لا يوجد ما يحول من قصر الإيجاب الالكتروني على منطقة جغرافية محددة، بحيث يكون له نطاق جغرافي ومكاني معين، فقد يقصر الموجب عرض المنتجات والخدمات على منطقة جغرافية معينة[3].

الفرع الثاني
القبول في العقد الالكتروني

يعد القبول الإرادة الثانية في العقد التي تظهر بصورة جازمة بأنه معبرة عن موقف الطرف الآخر الذي وجه إليه الإيجاب والقبول كالإيجاب يجب أن يكون مرتبطا بوجود الإرادة واتجاههما إلى إحداث أثر قانوني ويجب لكي ينتج القبول أثره في انعقاد العقد أن يتطابق تماما مع الإيجاب في كل جوانبه وإلا لا ينعقد، فإذا اختلف القبول عن الإيجاب أعتبر إيجابا جديدا وليس قبولا [4].

---

[1]-المطالقة محمد فواز، المرجع السابق، ص63.

[2]-عداد الحميد بادي، الإيجاب والقبول في العقد الالكتروني، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2011-2012، ص13.

[3]- حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص63.

[4]-عبيزة منيرة، المرجع السابق، ص16.

يتميز القبول الالكتروني عن القبول التقليدي في كونه يتم باستخدام وسيط الكتروني من خلال شبكة الانترنت، مما جعله يتميز بخصوصية تثير مجموعة من الإشكالات وانطلاقا مما تقدم سنتطرق لتعريف القبول الالكتروني وشروطه **(أولا)**، ومن ثم نتطرق لصوره**(ثانيا)**.

أولا: تعريف القبول الالكتروني وشروطه

مثلما هو الأمر بالنسبة للإيجاب فإن القبول الإلكتروني يتم عبر الوسائط الإلكترونية مما يجعله يتميز بعدة خصائص التي سوف تتضح لنا بعد دراسة تعريف القبول الإلكتروني **(1)**، وباعتبار القبول هو التعبير الثاني في العقد يستلزم توافر شروطه معينة ومحددة قانونا في القبول الإلكتروني**(2)**.

1-تعريف القبول الالكتروني: لم يعرف قانون التجارة الإلكترونية رقم 18-05 القبول، غير أنه يجوز التعبير عن الإرادة عن طريق الوسائل الالكترونية خاصة أن المشرع الجزائري اعتراف بالسندات الإلكترونية من خلال إعداده لعناصره الكتابة والتوقيع الالكترونيين، وبالتالي فإن إبرام العقد يمكن أن يتم عن طريق وسائل الالكترونية.

فالقبول الالكتروني هو القبول الذي يتم عبر الوسائل الالكترونية، أي عبر شبكات الانترنت فهو لا يختلف عن تعريفه وفق القواعد العامة، كل ما في الأمر أنه يتم بوسائل الالكترونية ويشترط في القبول توافر الشروط المتعلقة بوجود الإرادة واتجاههما إلى إحداث أثر قانوني معين، كما يجب أن يكون مطابقا للإيجاب مطابقة تامة، فلا يجوز أن يزيد فيه، أو ينقص منه، وإلا أعتبر إيجابا جديدا، حسب المادة 66 من القانون المدني الجزائري.

ويمكن القول أن القبول الالكتروني لا يشترط صدوره في شكل خاص، وهو ما يستخلص من القواعد العامة حسب المادة 60 من القانون المدني، حيث أجازت للمتعاقد التعبير عن إرادته بأنه وسيلة لا تدع شك في دلالتها على التراضي، ذلك ما لم يشترط

الموجب أن يصدر القبول في شكل معين، فبإمكان المورد الالكتروني أن يشترط بأن يكون القبول عن طريق البريد الالكتروني أو بملأ الاستمارة المعدة سلفا وإلا لن ينتج القبول أثاره ولا يكون صحيحا [1].

2-شروط القبول الإلكتروني: يشترط في القبول الالكتروني حتى ينعقد العقد صحيحا أن يكون مطابقا للإيجاب **(أ)** وأن يتم قبل سقوط للإيجاب**(ب)**.

أ-مطابقة القبول للإيجاب: يقصد بمطابقة القبول للإيجاب صدور القبول بالموافقة على كل المسائل التي تضمنها الإيجاب، ويستوي أن تكون هذه المسائل رئيسية أو ثانوية، فالقبول يجب أن يكون جوابا ب "نعم" عن الإيجاب ومن ثم اقتران القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعبر فيه رفضا يتضمن إيجابا جديد (المادة 66 من القانون المدني) [2]،حيث أن المادة65 من القانون المدني الجزائري على أنه «**إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظ بمسائل تفصيلية يتفقان عليهما فيما بعد ولم يشترط أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد مبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتفق عليها فإن المحكمة تقتضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة».**

ب-**صدور القبول قبل سقوط الإيجاب:** أن يصدر القبول والإيجاب ما يزال قائما، فإذا كانت هناك مدة للإيجاب صريحة أو ضمنية فيجب أن يصدر القبول قبل فوات هذه المدة أي قبل سقوط الإيجاب وإلا اعتبر إيجابا جديدا كذلك.

وإذا كان الإيجاب قد صدر في مجلس العقد ولم تحدد له مدة، فيجب أن يصدر القبول قبل انفضاض مجلس العقد (المادة 64 من قانون المدني الجزائري)، أما إذا كانت المدة التي حددت للإيجاب قد انتهت أو كان المجلس قد انفض، أو كان الإيجاب قد سقط لسبب

[1]- عبيزة منيرة، المرجع السابق، ص17.

[2]- رواقي سميحة، متنامي خلود، النظام القانوني للعقد الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند اولحاج، البويرة، 2018-2019، ص ص43-44.

من أسباب السقوط فإن القبول الذي يأتي بعد ذلك يكون إيجابا جديدا يستطيع الآخر أن يقبله أو يرفضه[1].

ثانيا: صور القبول الالكتروني

يتم القبول الإلكتروني بصورتين الأولى عن طريق البريد الإلكتروني **(1)** والثانية عن طريق الويب**(2)**.

1- التعبير عن القبول الالكتروني عبر البريد الالكتروني:

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

2- التعبير عن القبول الالكتروني عبر شبكة الموقع: ويتحقق ذلك إما:

-بالرد بالقبول باستعمال رسالة إلكترونية: تكون أمام هذه الصورة في حالة اشتراط الموجب أن يكون الرد على إعلانه على صفحة الويب(web) برسالة الكترونية، ترسل إلى عنوان البريد الالكتروني الخاص بالموجب والذي حدده في إعلانه، بحيث لا ينعقد العقد إلا إذا صدر القبول على شكل رسالة الكترونية، فما إذا ما عبر القابل عن قبوله يملأ الاستمارة الالكترونية لا يكون قبولا صحيحا ولا ينعقد العقد.

-الرد بالقبول بالضغط على أيقونة القبول لمرة واحدة: إن الرد بالقبول عن طرف من وجه إليه الإيجاب بالضغط على أيقونة القبول لمرة واحدة كافي لتعبير عن الإرادة ولانعقاد

[1]-تنص المادة 64 من ق م ج على أنه: «إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى أخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل».

[2]- بشار محمد دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم على شبكة الانترنت، دار الثقافة، عمان، 2006، ص138.

العقد، إلا أنه يثير إشكالا إذا ما تم القبول عن طريق ما يسمى بأخطاء اليد أي أن يتم الضغط على أيقونة القبول خطأ أو سهوا[1].

وفي هذه الحالة ولتجنب احتمال وقوع الخطأ في التعاقد نجد أغلب المواقع كرست عدد من الإجراءات تسبق وصول القبول للموجب للتأكد من صحة البيانات المرسلة من خلال الضغط عدة مرات في كل مرة مرحلة [2].

الفرع الثالث

محل السكوت كتعبير عن القبول الإلكتروني

استنادا للقاعدة العامة "لا ينسب لساكت قول لكن السكوت في معرض الحاجة بيان، فالأصل أن السكوت لا يعتبر قبولا وذلك لأن السكوت في حد ذاته مجرد من أي ظرف ملابس له لا يصلح أن يكون تعبيرا عن الإرادة، فإرادة عمل إيجابي والسكوت شيء سلبي وليس إرادة ضمنية لأن الإرادة يمكن استخلاصها من ظروف إيجابية تدل عليها.[3]

وقد تعرض القانون المدني الجزائري إلى مدى اعتبار السكوت قبولا، فبالرجوع إلى المادة 68 منه: «**إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب.**

ويعتبر السكوت عن الرد قبولا، إذ اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه».

غير أن هذه الحالات الاستثنائية لا يمكن تطبيقها في مجال التعاقد الإلكتروني، إلا في حالة وجود التعامل السابق بين المتعاقدين عبر الانترنت، ولكن هذه بدورها لا تخلو من

[1]– أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2000، ص ص 83-84.

[2]– محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص69.

[3]– لما عبد الله صادق سلهب، المرجع السابق، ص 100.

الانتقادات لأن العرف لا يلعب دور مهما وفعالا في هذا المجال لعدم وجود معاملات كثيرة، ومستقرة تصل إلى مرحلة تشكل عرفاً[1].

والسكوت الملابس لا يعد تعبيرا عن القبول الالكتروني مثلما هو الحال في التعامل السابق بين المتعاقدين، فلا يكفي من الناحية العملية ولا يعد تعبيرا عن القبول الالكتروني مثلما هو الحال في التعامل السابق بين المتعاقدين، فلا يكفي من الناحية العملية اعتباره قبولا إلا إذا كان هناك اتفاق صريح أو ضمني بين أطراف التعاقد على ذلك [2].

على العموم تطبيق القاعدة العامة **«السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعد قبولا»** فإن تطبيقه في مجال المعاملات الالكترونية لا يمكن تصوره [3]، لأن العروض التي توجه فيه شبكة الانترنت هي عروض عامة موجهة إلى كافة الجمهور وليست موجهة إلى شخص أو أشخاص معينين، فيكون من المستحيل القول أن سكوت كل ما وصلت إليه تتضمن العرض عبر الانترنت قبولا للتعاقد، فيكون الحل الأمثل لمثل هذه المسألة التمييز بين حالتين:

-إذا كان الإيجاب عبر شبكة مفتوحة فلا يمكن اعتبار السكوت قبولا.

-أما الإيجاب الموجه عبر شبكة محدودة أي لشخص أو أشخاص معينين فهنا يمكن اعتبار السكوت قبول، شرط وجود قرائن صريحة أو ضمنية ترجع كون المقصود بالسكوت قبولا كان يكون الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين وغيرها من الظروف الملابسة.[4]

- أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فيمكن أن نستشفه من خلال نص المادة 12 من قانون التجارة الإلكترونية رقم18-05 السالف الذكر حيث نصت على: **«تمر طلبية منتوج أو خدمة عبر ثلاث مراحل إلزامية:**

- وضع الشروط التعاقدية في متناول المستهلك الإلكتروني، بحيث تمكنه من التعاقد بعلم ودراية تامة،

---

[1]- عبيزة منيرة، المرجع السابق، ص17.

[2]- علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص 140.

[3]- عبيزة منيرة، المرجع السابق، ص 17.

[4]- المرجع نفسه، ص 17.

– التحقق من تفاصيل الطلبية من طرف المستهلك الإلكتروني، لاسيما فيما يخص ماهية المنتوجات أو الخدمات المطلوبة، والسعر الإجمالي والوحدوي، والكميات المطلوبة بغرض تمكنه من تعديل الطلبية، وإلغائها أو تصحيح الأخطاء المحتملة،

–تأكيد الطلبية الذي يؤدي إلى تكوين العقد.

يجب أن يكون الاختيار الذي يقوم به المستهلك الالكتروني معبرا عنه صراحة...»

فالمشرع من خلال هذه المادة يؤكد استبعاد فكرة اعتبار السكوت قبولا في مجال العقود الالكترونية[1].

المطلب الثاني

خصوصية المحل والسبب

إن الركن هو الجزء الذي يتركب منه ماهية الشيء ولا يتحقق وجود الشيء إلا به وبصحته، وهو داخل في حقيقة الشيء، فلا يقوم العقد إلا به وبصحته[2]، وعلى اعتبار أن العقد الالكتروني ينعقد بين متعاقدين بعدت المسافات بينهما، كذلك يكون هناك العديد من الصعوبات للتأكد من تحقيق أركانه من مشروعية المحل والسبب في العقد والتأكد من شخصية المتعاقد والتحقق من أهليته لكون العقد لا يعد صحيحا إلا بصحتهم، وهذا ما سيتم توضيحه في هذا المطلب من خلال التطرق لخصوصية المحل في العقد الالكتروني **(الفرع الأول)** وخصوصية السبب في العقد الالكتروني**(الفرع الثاني)**.

[1]– عبيزة منيرة، مرجع السابق، ص ص17–18.

[2]–محمد نجيب المغربي، أسس التعاقد بالوسائل المستحدثة دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2006، ص 6.

الفرع الأول

خصوصية المحل في العقد الالكتروني

المحل هو الشيء الذي يلتزم أحد الأطراف بتقديمه أو الامتناع عن عمل، وقد يكون محل عقد التجارة الالكترونية سلعة أو خدمة، وشروط المحل في عقد التجارة الالكترونية هي نفسها الشروط المقررة في القانون المدني الجزائري.

وعليه يشترط في المحل وفقا لأحكام القانون المدني أن يكون موجودا أو قابلا للوجود(**أولا)** وكذلك يشترط أن يكون معينا أو قابلا للتعيين**(ثانيا)** كما يشترط كذلك أن يكون المحل مشروعا **(ثالثا)**[1].

أولا: أن يكون موجودا أو قابلا للوجود

حتى يكون محل العقد الالكتروني معينا أو قابلا لتعيين يجب أن يتم وصف الخدمة أو المنتج عبر تقنيات الاتصال الحديثة بصورة دقيقة وكاملة بعيدا عن الإعلانات الخادعة، وبالنظر إلى المنتجات المعروضة والتي هي محل للتعاقد فعاليا ما يكون وصفها مصحوبا بصور مثل ما هو عليه الكتالوج الورقي التقليدي وذلك لأنه في التعاقد الالكتروني لا يمكن رؤية محل العقد رؤية مباشرة حتى لمسه.

ويتسم العرض عادة بهذه الطريقة بالطابع الإعلاني أكثر من كونه التزاما قانونيا يقع على عاتق مقدم الخدمة أو المنتج ولكنه بقيمة قانونية تتمثل في التزام مقدم الخدمة أو المنتج بالجودة[2].

ثانيا: أن يكون المحل معينا أو قابلا لتعيين

اهتمت التشريعات الخاصة بالمعاملات الالكترونية في معظم الدول يتعين محل العقد المبرم عبر الوسائل الالكترونية، فبالرجوع إلى قانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة

[1]- عبيزة منيرة، المرجع السابق، ص 22.

[2]- لما عبد الله صادق لشهب، المرجع السابق، ص 34-35.

الالكترونية الجزائري لاسيما المادة 10و13 فقد نصت على منه أن ضرورة إمداد المستهلك بالخصائص الأساسية والتفصيلية للسلعة أو الخدمة، حيث تنص المادة 10 على أن: «**يجب أن تكون كل معاملة تجارية إلكترونية مسبوقة بعرض تجاري إلكتروني وأن توثق بموجب عقد إلكتروني يصادق عليه المستهلك الإلكتروني.**»[1]

ثالثا: أن يكون مشروعا

يعني بأن يكون المحل مشروعا بأن لا يكون مخالف للنظام العام والآداب العامة، أو لنص قانوني يمنع التعامل فيه، وإلا كان العقد باطلا.

وقد حظر المشرع الجزائري بعض السلع والخدمات من نطاق المعاملات الالكترونية بموجب المادتين 03 و05 من القانون التجارة الالكترونية رقم 18-05 السالف الذكر حيث تنص المادة 3 على أنه: «**تمارس التجارة الإلكترونية في إطار التشريع والتنظيم المعمول بهما.**

غير أنه، تمنع كل معاملة عن طريق الاتصالات الإلكترونية تتعلق بما يلي:

- **لعب القمار والرهان واليانصيب،**
- **المشروبات الكحولية والتبغ،**
- **المنتجات الصيدلانية،**
- **المنتجات التي تمس بحقوق الملكية الفكرية أو الصناعية أو التجارية،**

[1]- كما تنص المادة 13 من قانون رقم 18-05 على أنه: «يجب أن يتضمن العقد الإلكتروني على الخصوص المعلومات الآتية: -لخصائص التفصيلية للسلع أو الخدمات، شروط وكيفيات التسليم، شروط الضمان وخدمات ما بعد البيع، شروط فسخ العقد الإلكتروني، شروط وكيفيات الدفع، شروط وكيفيات إعادة المنتوج، كيفيات معالجة الشكاوى، شروط وكيفيات الطلبية المسبقة عند الاقتضاء، الشروط والكيفيات الخاصة المتعلقة بالبيع بالتجريب عند الاقتضاء، الجهة القضائية المختصة في حالة النزاع، طبقا لأحكام المادة 2 أعلاه، مدة العقد حسب الحالة».

– كل سلعة أو خدمة محظورة بموجب التشريع المعمول به،

– كل سلعة أو خدمة تستوجب إعداد عقد رسمي.

تخضع كل المعاملات التي تتم عن طريق الاتصالات الإلكترونية إلى الحقوق والرسوم التي ينص عليها التشريع والتنظيم المعمول بهما»، وكذا المادة 5 تنص على أنه: **«تمنع كل معاملة عن طريق الاتصالات الإلكترونية في العتاد والتجهيزات الحساسة المحددة عن طريق التنظيم المعمول به، وكذا كل المنتجات و/أو الخدمات الأخرى التي من شأنها المساس بمصالح الدفاع والنظام العام والأمن العمومي».**

الفرع الثاني
خصوصية السبب في العقد الالكتروني

السبب هو الغاية أو الباعث الدافع للتعاقد، ويقصد به غاية الملتزم من التزامه، وقد تناول المشرع الجزائري السبب في المادتين 97 و98 من القانون المدني الجزائري والسبب يعرف بأنه الغرض المباشر أو القريب المجرد الذي يقصد إليه المتعاقد من التزامه إما الغرض غير المباشر فهو الباعث أو الدافع للتعاقد[1].

تنص المادة 97 من القانون المدني الجزائري على أنه: **«إذا كان التزام المتعاقد لسبب غير مشروع أو السبب مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا.»**

كما نصت المادة 1/98 من القانون المدني الجزائري على أنه: **«كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا، ما لم يقم الدليل على غير ذلك.»**

[1]–سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2007، ص 196.

كما نصت المادة 2/98 من القانون السالف الذكر على أنه: «**ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن الالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه.**»

ولابد أن يكون السبب موجودا، أي لا يكون وهميا وصوريا كأن تكره أحد المتعاقدين على إمضاء إقرار بمديونية وهو غير مدين، أي لسبب لا وجود له، وبالتالي يكون العقد باطلا لانعدام السبب، ويجب أيضا أن يكون السبب صحيحا، ويرجع عدم صحة السبب لأمرين إما لأن السبب الظاهر هو سبب موهوم أو مغلوط، وإما لأن السبب الظاهر هو سبب صوري.

ومن بين الأمثلة عن السبب الموهوم، وراث بمضي إقرارا بدين على التركة ويتبين أن الدائن كان قد استوفى الدين من المورث، فهذا الإقرار باطل لأن هو سبب موهوم، أما إذا كان السبب صوري لا يكون باطلا لصورية السبب، لكن إذا أثبت المدين صورية السبب فعلى الدائن أن يثبت السبب الحقيقي، فإذا كان هذا السبب الحقيقي موهوما سقط الالتزام[1].

وكما تنص المادة 13 من قانون التجارة الإلكترونية رقم 18-05 السالف الذكر على أنه: «**يجب أن يتضمن العقد الإلكتروني على الخصوص المعلومات الأتية:**

- **الخصائص التفصيلية للسلع والخدمات،**
- **شروط وكيفيات التسليم،**
- **شروط الضمان وخدمات ما بعد البيع،**
- **شروط فسخ العقد الإلكتروني،**
- **شروط وكيفيات الدفع،**
- **شروط وكيفيات الطلبية المسبقة عدد الاقتضاء،**

[1]- عبيزة منيرة، المرجع السابق، ص 23.

- **الشروط والكيفيات الخاصة المتعلقة بالبيع بالتجريب عند الاقتضاء،**
- **الجهة القضائية المختصة في حالة النزاع طبقا لأحكام المادة أعلاه.»**

وبالرغم من الاختلافات التي يمكن أن يختص بها العقد الالكتروني عن غيره من العقود، إلا أنه يقوم على أساس واحد هو الأصل كافة العقود وهو تلاقي إرادة طرفي العقد من الموجب والقابل على محل العقد، أي هذا العقد يقوم على ذات الأركان العامة للعقد التقليدي وهي الرضا والمحل والسبب، ويمكن القول أن القواعد الحاكمة لركن السبب في القواعد العامة لمصادر الالتزام في العقد التقليدي لا تختلف عنها في العقد الالكتروني مما يعني عدم وجود خصوصية للقواعد المنظمة لسبب في العقد الالكتروني[1].

كخلاصة لما تناولناه سابقا في دراسة العقد الالكتروني بشكل تفصيلي وتحديد مقصوده من خلال التعاريف الفقهية والتشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية فهو يمتاز بنوع من الخصوصية تميزه عن العقد العادي من خلال الوسيلة التي يبرم بها ونظرا لطبيعة المعاملات الإلكترونية أيضا.

كما تطرقنا بالدراسة لتحديد الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني فيما إذا كان من العقود الرضائية أم من عقود الإذعان.

ومن خلال استعراضنا لتعريف العقد الإلكتروني والوقوف عند طبيعته اتضح لنا أن لديه خصائص تميزه عن غيره من العقود، كما له أركان مثله مثل بقية العقود والتي هي الرضا، المحل والسبب والتي لا تختلف العقد التقليدي لكن تختلف عن هذا الأخير من خلال وسيلة.

وبناء عليه سنحاول التطرق لخصوصية قيام المسؤولية العقدية الإلكتروني في مجال التجارة الإلكترونية من خلال الفصل الثاني.

[1]– مصطفى هنشور وسيمة، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري والمقارن، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، الجزائر، 2007، ص 146.

الفصل الثانـي

قيام المسؤولية العقدية في مجال التجارة الإلكترونية

الفصل الثاني:
قيام المسؤولية العقدية في مجال التجارة الإلكترونية

تعد المسؤولية العقدية وفقا للقواعد العامة الجزاء المترتب عن الإخلال بالالتزامات العقدية، التي تفرض لقيامها وجود عقد صحيح واجب تنفيذ ولم يقم المدين بذلك ما يلحق ضررا بالدائن، فتقوم بينهما على ثلاثة أركان يجب توافرها مجتمعة وهي الخطأ العقدي، الضرر، العلاقة السببية فترتب عنها مسؤولية موجبة للتعويض، ولكي تقوم المسؤولية التعاقدية الإلكترونية، لابد أن يكون هناك خطأ وقع على المضرور وتسبب له بضرر، ويجب أيضا أن تتوافر العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

وفي بعض الأحيان يكون التنفيذ العيني غير ممكنا، مما يدفع القاضي في هذه الحالة أن يحكم بالتعويض نتيجة عدم تنفيذ الالتزام، وبالتالي تقوم المسؤولية التعاقدية، والمدين مسؤول شخصيا عن عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، ويجب عليه التعويض إذا توافرت أركان المسؤولية المذكورة أعلاه.

وعليه عند قيام المسؤولية المدنية يترتب التزام المسؤول عن الضرر بتعويض المضرور عما لحقه من ضرر، ويقصد بالتعويض هنا جبر الضرر الذي مس المتضرر، وتقدير التعويض قد يكون بطريقة تشريعية وهو ما يعرف بالتعويض القانوني، أو يكون بطريقة اتفاقية وهو ما يعرف بالتعويض الإتفاقي، أو يتم تقديره من طرف القاضي عندما تتوفر فيه جميع شروط قيام المسؤولية العقدية المتمثلة في الخطأ والضرر وعلاقة السببية، والتي سيتم دراستها في هذا الفصل، ولا يمكن جبر الضرر إذا لم يقدر التعويض وهذا ما نصت عليه المادة124 من القانون المدني الجزائري.

وعليه ستنصب دراستنا في هذا الفصل على المسؤولية التعاقدية الإلكترونية من خلال تحديد أركانها **(المبحث الأول)** وكذا من خلال التطرق لجزاء قيام المسؤولية العقدية للعقد الإلكتروني في مجال التجارة الإلكترونية **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

أركان المسؤولية العقدية للعقد الإلكتروني في ظل التجارة الإلكترونية

إن الطريقة الكلاسيكية للمسؤولية المدنية ترتكز أساسا على الخطأ، أو ما يعرف بسوء التصرف من مصدر الضرر، والحرص على الوقاية منه، وبالرجوع إلى عناصر المسؤولية التعاقدية الكلاسيكية نجدها طبقت على العقد الإلكتروني، وبالتالي يشترط لقيام المسؤولية المدنية التعاقدية ثلاثة أركان، يتمثل الركن الأول في الخطأ، والركن الثاني ينحصر في الضرر، أما الركن الثالث فيقتصر على العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

والمسؤولية المدنية التعاقدية عبر الانترنت تشترط أيضا توافر ثلاثة أركان أساسية مجتمعة، بحيث يجب تحديد وتعيين هذه الأركان وفق ما تتسم به من خصوصية في مجال الاتصالات الحديثة[1]، وهو ما يقتضي دراسة أركان هذه المسؤولية المتمثلة في الخطأ **(المطلب الأول)** الضرر **(المطلب الثاني)** والعلاقة السببية بينهما **(المطلب الثالث)**.

المطلب الأول

ركن الخطأ

يقتصر الخطأ التعاقدي عبر الانترنت على عدم تنفيذ المتعاقد أحد التزاماته أو تأخره فيها، ومن ثم فإن المسؤولية المدنية التعاقدية تقوم على صورتين أي(عدم التنفيذ أو التأخر فيه)، فمعالجة موضوع المسؤولية المدنية العقدية في إطار معاملات التجارة الإلكترونية لا يمكن أن تتم وفق منظور تقليدي، فهو يبقى غير كافي للإحاطة لذلك كان لزاما علينا البحث في إطار بديل لهذه المسؤولية هذا الإطار البديل هو القانون الإلكتروني المندمج في بعض أجزائه مع قانون التجارة الدولية، فوفقا لمنطق المعاملات التجارية التي يتحكم إليها البائعين

[1]–سعيد السيد قنديل، المسؤولية العقدية في مجال المعلوماتية (الإشكالية الخاصة بضمان العيب الخفي وضمان عدم المطابقة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص 15.

والمشترين، فإن هؤلاء يتحملون مجموعة من الالتزامات التي تؤدي إلى توسيع مسؤوليتهم العقدية ولا تترتب إلا إذا توفرت ثلاثة أركان.

وهو ما يقتضي التطرق لهذه الأركان بنوع من التفصيل بالبحث في مقصوده الخطأ **(الفرع الأول)** ثم تحديد الخطأ في العقد الإلكتروني**(الفرع الثاني)**، ما يتطلب دراسة صور الخطأ العقد الإلكتروني **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول
المقصود بالخطأ

الخطأ هو الذي يتعمده أحد المتعاقدين عند الإخلال بواجب قانوني بسبب ضرر للغير، وهناك أيضا خطأ غير عمدي الذي لا يتعمده أحد المتعاقدين عند الإخلال بواجبه القانوني، أي لم يقصد إحداث ضرر للغير، وهناك خطأ تافه الذي يرتكبه الشخص المهمل وغير المنتبه، أما بالنسبة للخطأ اليسير هو الذي يرتكبه شخص غير معتاد في حرصه، وهناك أيضا خطأ جسيم وخطأ سلبي، وغيرها من الأنواع الأخرى[1].

فالخطأ في المسؤولية العقدية يكون ناتجا عن إخلال في التزام تعاقدي الذي يكون إما التزام ببذل عناية أو التزام بتحقيق نتيجة، أما الالتزام القانوني الذي يعتبر الإخلال به خطأ في المسؤولية التقصيرية فهو الالتزام ببذل عناية [2].

بمعنى أن الخطأ هو تعدي يقع من الشخص في تصرفه، ومجاوزته للحدود التي يجب عليها التزامها في سلوكه والتعدي قد يكون عن عمد وفي هذه الحالة يشكل الانحراف، عن

[1]– أنور العمروسي، المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون المدني (الأركان، الجمع بينهما والتعويض) دراسة تأصيلية مقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص21.

[2]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، ط3، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص ص 881–882.

السلوك جريمة مدنية كما يكون عن إهمال وتقصير ويسمى في هذه الحالة شبه الجريمة المدنية[1].

يجبر التشريع الجزائري المتعاقد على تنفيذ التزاماته حيث أن المادة 107 من القانون المدني الجزائري تقتضي بأنه يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بطبيعة بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام.[2]

ويقصد بالخطأ العقدي عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه التعاقدي أو التأخر في تنفيذه، ويستوي في ذلك أن لا يكون عدم التنفيذ أو التأخير فيه، عن عمد أو إهمال المدين، بل إن الخطأ يتحقق حتى ولو كان بسبب أجنبي، غير أنه في هذه الحالة تنقطع علاقته السببية وبالتالي لا تقوم المسؤولية[3].

وذلك حسب نص المادة 176من القانون المدني الجزائري، حيث أنها تقرر مبدأ المسؤولية والالتزام بالتعويض جزاء عدم الوفاء بالالتزام الناشئ عن العقد، ولا يستطيع المدين نفي افتراض الخطأ من نفسه إلا إذا أثبت أن عدم التنفيذ راجع لسبب أجنبي، وتقتصر على حالات التي يستحيل فيها التنفيذ العيني لأنه لو كان ممكنا فلا محل للتعويض[4].

---

[1]– محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المسؤولية التقصيرية، الفعل المستحق للتعويض، د ط، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2011، ص 31

[2]–بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 267.

[3]–محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 311.

[4]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 268.

الفرع الثاني
الخطأ في العقد الإلكتروني

إذا انطلقنا من المسؤولية المدنية العقدية في معاملات التجارة الإلكترونية نجد أنها تقع على كاهل المدين (المخل) في مواجهة المتعاقد الآخر، وينسب الخطأ العقدي للمصرف أو المتعامل أو البائع أو المشتري، وفي حالة عدم تنفيذه لالتزامه الناشئ عن العقد سواء كان عدم التنفيذ كليا أم جزئيا أو كان التنفيذ معيبا أو متأخر عن موعده مما يترتب عليه ضرر بالعميل [1].

وقد يحدث هذا الخطأ في المعاملات التجارية الإلكترونية، والتي تتم باستعمال وسائل الإلكترونية في تنفيذها ومن أبرز الوسائل الانترنت، وهي شبه اتصالات مفتوحة تغطي العالم بأسره، وإذا كان إزاء التعاملات المصرفية فإن هذه الشبكة تتصل بها أجهزة الحاسب في المصارف ما يعني أن العميل الموجود في مكان والذي قد يكون بعيدا عن المصرف قد يصدر تعليمات للمصرف بما فيها قبول التعاقد نفسه لإجراء تعاملات مصرفية إلكترونية مثل التحويلات المالية إلكترونية بين حسابين للعميل أو حسابه وحساب شخص أخر، والسحب من الحساب، وأوامر الدفع وغيرها مما يستدعي تحديد المسؤولية العقدية في إطار الحفاظ على السرية المصرفية، التي قد تتعرض للانتهاك من قرصنة الانترنت، والتي بمجرد الاطلاع عليها فإن ذلك يمثل خرقا لأحد أركان العمل المصرفي[2].

ولا يهم الخطأ العقدي أن يكون عدم تنفيذ المدين المخل لالتزامه ناشئا من عمده أو إهماله أو عن مجرد الفعل (دون أمد أو إهمال) وبالتالي فالمسؤولية العقدية تقوم عندئذ على أساس الخطأ العقدي وبعد ذلك تنتقل إلى المسؤولية المدنية التقصيرية نجد أنها تنطبق على مجال التعاملات التجارة الإلكترونية، وذلك في حال عدم وجود عقد إلكتروني مع الغير أو

[1]– محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 310.

[2]– إلياس ناصيف، العقود الدولية العقد الإلكتروني (في القانون المقارن)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 330.

وجود عقد باطل، ففي هذه الحالة يسأل المتعامل في التجارة الإلكترونية وفق قواعد الفعل الطارئ من أي ضرر يلحقه إذا توفرت فيه شروط معينة [1].

ولقد نصت المادة 176من القانون المدني الجزائري على: «**إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه.**»

أي أن الخطأ يتحقق حتى لو كان عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي كالقوة القاهرة، غير أنه في هذه الحالة تنقطع علاقة السببية وبالتالي لا تقوم المسؤولية[2].

حيث يتحمل الدائن الذي يطالب بالتعويض عبء إثبات عدم التنفيذ، فإذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة فعلى الدائن إثبات عدم تحقيق النتيجة التي استهدفها، أما إذا كان الالتزام ببذل عناية، وجب عليه إثبات أن المدين لم يبذل العناية التي يبذلها الشخص العادي وإثبات عدم التنفيذ في الحالة الأولى أيسر من الإثبات في الحالة الثانية[3].

ومن أهم الأخطاء التي تقع عبر شبكة الانترنت، الخطأ في مجال عملية الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية، عندما يتم عرض قاعدة البيانات على أنها شاملة، فيجب أن تكون شاملة فعلا، لأنه في حالة أي نقص يعتبر خطأ مرتبا للمسؤولية مثال ذلك: «**عندما يتم الإعلان عن تخزين كل أحكام محكمة النقض في ذاكرة الاسطوانة، فيجب أن تكون كل الأحكام قد تم تخزينها بالفعل، ونستطيع الوصول إليها.**»

أيضا يمكن أن يصدر الخطأ من منتج بنك المعلومات، في حالة قيامه بإدخال معلومات ناقصة أو خاطئة، ولم يقدم المعلومات المتفق عليها في عقد الاشتراك، كذلك أن يقع خطأ الإلكتروني من طرف المستخدم في حالة مخالفته لتعليمات التشغيل، والشروط

[1]– محمد حسين منصور، المرجع نفسه، ص 315.

[2]–محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، القسم الأول، الطبعة الرابعة، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص 337.

[3]–المرجع نفسه، ص 339.

الأخرى التي وضعها المتعاقد معه، أو في حالة عدم قيامه بأداء المقابل المالي المتفق عليه مسبقا، وعليه يصدر الخطأ من قبل مقدم خدمة الاتصال مع المستخدم، وذلك عند تقصيره في منح الطرف الآخر بالموقع المتعاقد عليه أو بالوسائل الفنية التي تمكنه من الارتباط بهذا الموقع[1].

الفرع الثالث

صور الخطأ العقدي الإلكتروني

هناك صور متعددة ومتنوعة للخطأ الإلكتروني في مرحلة إبرام العقد، تتمثل أساسا في الخطأ في مجال الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية، وقد يكون هذا الخطأ نتيجة معلومات غير صحيحة أو خطيرة أو ناقصة.

نكون بصدد الخطأ نتيجة معلومة غير صحيحة، إذا لم يقم العميل بعرض قاعدة البيانات بشكل صحيح، أما خطورة المعلومة تتمثل في ما إذا كان المخاطب بالمعلومة الخطيرة مهنيا، أو كان ضروريا لمباشرة مهنته، ومثال ذلك الشرطة أو جمعيات حقوق الإنسان أو حماية المستهلك أو غيرها، وعليه إن هذه الأمثلة لا يعد الإبلاغ عنه خطأ، ولكن إذا تم نشر المعلومة الخطيرة بين الجمهور العادي يعتبر هذا خطأ إلكتروني، ومثال ذلك نشر كتاب يبين طرق الانتحار، واستعان به أحد الأشخاص في انتحاره، لهذا السبب تم تجريم ارتكاب هذا الفعل، وتعويض أفراد أسرة المنتحرة لتأثرهم بهذا الكتاب، أما نقص المعلومة تتمثل في عدم تقديم المنتج المعلومات المحددة في العقد والمتفق عليها سابقا[2].

لكن في بعض الأحيان يتحقق الخطأ الإلكتروني في حالة مخالفة التشغيل أو مخالفة الشروط الأخرى المتفق عليها مسبقا، ويتوافر أيضا إذا لم يقم المستخدم بأداء المقابل النقدي المتفق عليه مسبقا، ويتوافر أيضا نتيجة وجود فيروس، وذلك من خلال الأضرار الفنية التي أصابت جهاز الكمبيوتر المملوك للمشترك من جراء انتقال هذا الفيروس إلى قاعدة المشترك

[1]– عبد الفتاح محمود الكيلاني، المسؤولية المدنية الناشئة عن المعاملات الإلكترونية عبر الانترنت، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2011، ص ص 107 – 167.

[2]– عبد الفتاح محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 124.

أثناء دخول هذا الأخير للقاعدة، ويؤدي هذا الفيروس إلى فقدان كافة المعلومات والبيانات الخاصة بالمشترك، لذا وجب على هذا الأخير ايتاح جميع وسائل الأمان الفنية التي تمكن المشترك من الدخول إلى القاعدة دون أضرار[1].

المطلب الثاني

ركن الضرر

تعتبر المسؤولية العقدية من بين المسائل التي اهتم بها التشريع، وذلك نظرا لكثرة العقود التي يبرمها الأفراد، وتعدد أطرافها وكذا طرق إبرامها، ولقد خصص المشرع الجزائري نصوص واضحة وصريحة تبين أحكام خاصة بالضرر لقيام المسؤولية.

يعد الضرر فهو ركن ثاني في المسؤولية المدنية وجد من أجل إصلاح وجبر الأضرار التي تسبب للغير، مما يبين أهمية هذا الركن إذا لا مسؤولية إذا لم يوجد ضرر، ففي حالة انعدام عنصر الضرر لا تقوم هذه المسؤولية، والطرف المتضرر لا يمكنه فقط إثبات الضرر والخطأ وإنما يجب أن يثبت أيضا قيام علاقة السببية بينهما(الخطأ والضرر)وسنحاول دراسة المقصود بالضرر **(الفرع الأول)** ثم تحديد الضرر في العقد الإلكتروني **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

المقصود بالضرر

لقد عرف الضرر على أنه الأذى الذي يصيب الدائن أي المضرور إما أن يكون عن عدم تنفيذ أو للتأخر في تنفيذ الالتزام العقدي[2]، أو هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة[3]، والمصلحة المشروعة إما أن تكون أدبية أو

---

[1]– المرجع نفسه، ص 126.

[2]–عبدالرازق دريال، الوجيز في نظرية الالتزام، د ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 63.

[3]– العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 143.

مادية ولا يشترط أن يكون المساس بتلك المصلحة المشروعة مما يمس حقا له، وهو ركن جوهري وأساسي في المسؤولية المدنية لأنه محل الالتزام بالتعويض.

والضرر نوعان ضرر مادي وضرر معنوي، فالضرر المادي هو الخسارة المادية التي تلحق المضرور نتيجة المساس بحق من حقوقه أو مصلحة مشروعة، ومثاله عدم استطاعة المعير استرداد الشيء المعار من المدين الذي استعاره[1].

والضرر المعنوي يترتب علن التعدي على حقوقه أو مصالح غير مالية، فهذا الضرر يلحق بما يسمى الجانب الاجتماعي للذمة المعنوية أو الأدبية ليكون في العادة مقترنا بإضرار مادية أو يلحق بالعاطفة أو الشعور بالألم[2].

وفي المسؤولية العقدية الضرر الذي يعوض عنه وفقا للأحكام هو الضرر المتوقع وقت إبرام العقد أما الأضرار غير متوقعة فلا مجال للتعويض عنها في المسؤولية العقدية.[3]

الفرع الثاني

الضرر في العقد الإلكتروني

ينجم عن الضرر في مجال التجارة الدولية الإلكترونية عن الإخلال بالتزامات تعاقدية إلكترونية ومن صور هذا الضرر ما ينتج عن الإخلال بعقد الاستثمار الإلكتروني كان يتقدم العميل بطلب لإدارة الاستثمار في المصرف من خلال استثمار مصرفي إلكتروني كشراء الأسهم أو بيعها إلكترونيا عبر المحفظة المالية للمصرف وتغطية إصدار الأسهم والسندات وإدارة الاكتتابات وغيرها ولكن المصرف لا يقوم باستثمار أموال العميل في شراء أسهم شركات معينة أو يتواطأ مع الغير، أو بيع الأسهم بالسعر الذي حدده العميل، أو يبيع ناقل ما طلب منه مما يلحق ضررا بالعميل وبالتالي يترتب عليه مسؤولية عقدية إلكترونية ويكون

[1]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 81.

[2]– علي فيلالي، الالتزامات . الفعل المستحق التعويض، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر، 2012، ص ص 289 –293.

[3]–سعيد السيد قنديل، المرجع السابق، ص ص 19–20.

للعميل المطالبة بالتعويض ومثاله كذلك ما يترتب عن إخلال المصارف بالاعتماد المستندي الواردة إليه والتأكد من خلوها من تزوير ترتبت عليه المسؤولية العقدية الإلكترونية[1].

الفرع الثالث

صور الضرر الإلكتروني

تتنوع صور وتطبيقات الضرر في المجال الإلكتروني، فهو لا يتسم بطبيعة واحدة، بل تختلف طبيعته بحسب مجاله ونوعيته، ولعل القاسم المشترك هو ارتباطه بعالم التكنولوجيا الحديثة في الإلكترونيات، وما يتسم به من دقة في تقديره وتحديده، حيث يمثل طابعا معنويا غالبا ما يتجسد في صورة معلوماتية، إلا أن لها طابع مالي أو مادي.

وأهم صورة للضرر المادي الإلكتروني، تتمثل في تدمير الثروة المعلوماتية في البرامج وقواعد المعلومات، وكل ما يترتب عنها من نتائج وخيمة على المشاريع والإنتاج والأجهزة والخدمات، وأيضا في حالة تدمير الفيروس بأغراضه المختلفة للحاسب وبرامجه، وبالتالي يرتب أضرار مادية في الخسارة التي تلحق المضرور ما فاته من كسب، وأيضا تشمل الأضرار المستقبلية مادام أنها مؤكدة.

أما بالنسبة لصور الضرر الأدبي الإلكتروني، فقد يتمثل في انتهاك سرية المعلوماتية والبيانات الشخصية وحرمة الحياة الخاصة، ومن خلال التجسس الإلكتروني لاختراق جهاز الحاسب الآلي، وبرامجه وقواعد المعلومات، مثال ذلك: «الأضرار الناتجة عن البث القضائي للبرامج، التي تتضمن مساسا بأمن وكرامة الأفراد والقيم السائدة لديهم، وما تنطوي عليه من إهانات وتجريم لحرمة وخصوصية الآخرين عبر ما تحمله من أساليب دعائية مغرضة أو عرض الوقائع الكاذبة والأنباء المحرفة.»[2]

[1]– عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، الطبعة الأولى، دار هومه، الجزائر، 2007، ص 143.

[2]– محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 333.

يعتبر الضرر الأدبي من الأضرار التي تنتج عن استخدام معلومات غير صحيحة أو غير كاملة، وهو ما يصيب الشخص في أمواله، وما يلحق به من خسائر مالية، نتيجة لإتلاف أمواله كلها أو جزء منها، أو تفويت منفعة لها.

بينما الضرر الأدبي والمعنوي هو الضرر الذي يلحق بسمعة الإنسان وشعوره ومكانته الاجتماعية، وذلك بشرط إمكانية تقديره بالنقود بحد معقول، ومثال ذلك: «أن يقدم مصرف على وقف حساب جاري لأحد التجار دون أن يعلمه بذلك، مما يشكل فسخا للعقد القائم بينهما، فإذا أصدر التاجر شيكا امتنع المصرف عن دفع قيمته متسببا بملاحقته مدنيا، يترتب على المصرف التعويض عن الضرر المعنوي، الذي لحق به من جراء رفضه دفع قيمة الشيك، مما أحدث اهتزاز في الثقة به تجاه التجار وموردي البضاعة.»[1]

فالقاضي هو الذي يحدد مدى الضرر، ثم يقوم بتقدير التعويض نقدا، وتحديد وتعيين هذا الأخير عن الضرر المعنوي بالنقود، يعتبر أمرا صعبا لأن سمعة الإنسان ومكانته الاجتماعية لا تعوض بالنقود وهذا ما يدفع إلى التعويض عنهما بوسيلة إرضائية بمعنى تطييب الخاطر...[2]

وقد ينتج الضرر بصفة عامة أيضا نتيجة الإخلال بالتزام تعاقدي في مجال الاستخدام غير المشروع لبطاقة الوفاء مثلا، نقصد به فهو ما يصيب المتعاقد الآخر من الأذى في ذمته المالية، وأن يكون نتيجة مباشرة لهذا الاستخدام، ولكن لا يكفي أن هناك إخلال التزام عقدي يتمثل في الاستخدام غير مشروع لبطاقة الوفاء، ولا يكفي أن يكون هناك ضرر، بل يجب أن يكون الضرر ناشئا عن الاستخدام غير المشروع[3].

[1]– مصطفى العوجي، القانون المدني(المسؤولية المدنية)، الجزء الثالث، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 60.

[2]– المرجع نفسه، ص 61.

[3]–وسام فيصل محمود الشواوة، المسؤولية القانونية عبر الاستخدام عبر المشروع لبطاقات الوفاء، الطبعة الأولى، دار وائل، عمان، 2013، ص ص 128–129.

إن المعيار الذي يعتمد عليه في تحديد مدى توقع المدين لضرر من عدمه، هو معيار الشخص المعتاد، غير أنه يجوز أن يسأل المدين عن الضرر المباشر غير المتوقع، إذا كان قد ترتب عنه خطأ عقدي راجع إلى غش أو خطأ جسيم[1].

وبالتالي إذا أثبت قيام المسؤولية المدنية العقدية، يقوم القاضي بإلزام المسؤول على تعويض المضرور، وجبر الضرر الذي أصابه نتيجة أخطائه[2]، وجب أن تقوم علاقة السببية بين هذا الخطأ والضرر وهو ما يكون موضوع المطلب الثاني.

المطلب الثالث

العلاقة السببية

لا تختلف علاقة السببية في المجال الإلكتروني عن علاقة السببية المقررة في القواعد العامة أي الربط بين الخطأ والضرر أي بصفة أخرى أن يكون الضرر هو نتيجة لخطأ مرتكب، وبالتالي فإذا ما لحق ضرر بأحد أطراف العلاقة التعاقدية بطريقة الكترونية دون أن يخل الطرف الآخر بأي التزام من الالتزامات الملقاة على عاتقه فلا تقوم مسؤوليته العقدية.

لا يكفي توفر ركن الخطأ والضرر لقيام المسؤولية بل لابد من قيام علاقة تربط بين الخطأ الذي وقع والضرر الذي تحقق وهو ما يعرف بالعلاقة السببية، ويشكل ركن العلاقة السببية أساس المسؤولية المدنية العقدية في التعاملات الإلكترونية لأنه لا يمكن نسبة الضرر إلى الخطأ إذا لم تكن هناك علاقة سببية تجعل الخطأ علة الضرر وسبب وقوعه، وأن جوهر هذه العلاقة ومناطها هو تلك الرابطة بين فعل المدين (المخل) والضرر الذي أصاب الدائن (المضرور)، وهو ما يقتضي تناول المقصود بالعلاقة السببية **(الفرع الأول)** ثم تحديد ركن العلاقة السببية بين الخطأ والضرر **(الفرع الثاني)**.

---

[1]– كميث طالب بغدادي، الاستخدام عبر المشروع لبطاقة الائتمان (المسؤولية الجزائية والمدنية)، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2008، ص 39.

[2]– أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 24.

الفرع الأول

المقصود بالعلاقة السببية

يقصد بالعلاقة السببية هي تلك العلاقة التي تربط ما بين الركن الأول والركن الثاني فلا يكفي أن يكون هناك خطأ وضرر بل يجب أن يكون الضرر الذي أصاب الدائن نتيجة لخطأ المدين وبمعنى أخر أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر[1]، تعتبر هذه العلاقة هي الركن الثالث في المسؤولية العقدية، فلا يكفي أن يقع خطأ من المدين هو أن يلحق ضرر بالدائن حتى تقوم المسؤولية العقدية[2]، بل لا بد أن يكون هذا الخطأ هو السبب في الضرر وهذا ما يعبر عنه بالعلاقة السببية بين الخطأ والضرر[3].

وبمعنى آخر أن تقوم المسؤولية العقدية عند قيام خطأ من جانب المدين وأن يترتب على ذلك ضرر لنتيجة لعدم تنفيذ المدين لهذا الالتزام أي أن توجد بين الخطأ والضرر رابطة وهو ما يعبر عليه بالعلاقة السببية[4].

فقد يكون هناك خطأ من المدين، كما قد يكون هناك ضرر أصاب الدائن، ولكن ليس بسبب خطأ المدين، بل من الدائن نفسه، ومثال ذلك أن يقود سائق الأجرة السيارة التي ينقل فيها البضاعة بسرعة أكبر مما يجب، وكانت البضاعة عبارة عن أواني زجاجية قابلة للكسر، وغير مرتبة عند وضعها في السيارة بحيث كانت ستنكسر حتى ولو قاد السائق بسرعة عادية، فحين يكسر الزجاج هنا يصاب الدائن بضرر لكنه ناشئ عن خطأ الدائن نفسه وليس بسبب المدين[5].

---

[1]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 312.

[2]–بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 290.

[3]– محمد سعدي الصبري، المرجع نفسه، ص ص 317–318.

[4]– فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، ص390

[5]–عبد القادر الفار، بشار عدنان مكاوي، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، الطبعة الرابعة، دار الثقافة، عمان، 2012، ص 148.

الفرع الثاني
ركن العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

إن تحديد رابطة السببية عبر شبكة الانترنت تعتبر من المسائل الشاقة والمعقدة، وذلك نتيجة لتغير الحالات والخصائص وعدم بروز ظاهرة، لأنها قد تكون إما أسباب بعيدة أو خفية، ترجع إلى تداخل المعلومات والبيانات والأدوار أثناء تركيب الأجهزة مما يؤدي إلى صعوبة تحديد وتعيين المعامل الفعال[1].

وعليه لكي تقوم المسؤولية المدنية التعاقدية للمدين، يجب أن يكون الضرر الذي يلحق المضرور نتيجة طبيعية ومباشرة لعدم وفاء المدين بتنفيذ التزامه التعاقدي أو إخلاله به، ففي حالة ما إذا انعدمت علاقة السببية بين الخطأ والضرر العقدي لا تقوم المسؤولية المدنية العقدية، وإذا رجع الضرر إلى سبب أجنبي تنتفي علاقة السببية أيضا، وهذا ما ذهب إليه المشرع الأردني في المواد261 إلى 448 من القانون المدني الأردني[2].

وبالرجوع إلى التشريع الفرنسي نجده أكد أيضا على أنه لا يكفي المتضرر إثبات الضرر والخطأ، من أجل الحصول على إصلاح وتعويض الضرر الناتج، وإنما يجب عليه إثبات علاقة السببية بين الخطأ والضرر المترتب عنه.

ونفس المنهج انتهجه المشرع المصري، بحيث نص في المادة 165من القانون المصري على وجوب توافر علاقة السببية في المسؤولية العقدية، بحيث نصت المادة على أنه: **«إذا لم توجد رابطة السببية بين الخطأ والضرر، فلا مسؤولية.**

وعلاقة السببية تنتفي إذا وجد السبب الأجنبي، كالحادث المفاجئ أو القوة القاهرة أو خطأ المضرور.»[3]

---

[1]– محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص ص334–335.

[2]–كميث طالب بغدادي، المرجع السابق، ص40.

[3]– حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الطبعة الثانية، دار المعارف، الإسكندرية، 1979، ص352.

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري نجده لم يبين أي قانون يخص المسؤولية المدنية المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية، وبالتالي هناك فراغ تشريعي كبير مقارنة بالدول الأخرى، ولكن نص بصدد العقود التقليدية وذلك في المادة176 من القانون المدني الجزائري على أنه: « **إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا، حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه».**

أما إذا أثبت الدائن وقوع الخطأ والضرر، فإنه يفترض وجود علاقة السببية بينهما ومثال ذلك: ألا يكون صاحب قاعدة المعلومات مسؤولا عما يقدمه من معلومات إلى المشترك، وقد يصيب هذا الأخير ضرر حتى ولو ثبت وقوع الخطأ في جانبه، إلا إذا قامت علاقة السببية التي تربط بين هذا الخطأ وبين الضرر، ومن هنا لا يكفي أن يدفع المشترك بأن المعلومات التي توريدها عبر قاعدة المعلومات خاطئة، لكي يكون له الحق في جبر الضرر الذي لحق به، دائما يجب قيام رابطة السببية بين الخطأ والضرر.

وفي هذا المجال لا يكفي وجود نوع من التزامن بين حدوث الضرر، ولابد أن تكون هذه المعلومات هي السبب المباشر في إلحاق الضرر بالمشترك، وهذا حسب القواعد العامة[1].

إذا كان التزام المدين بتحقيق نتيجة، فهنا علاقة السببية تكون مفترضة الوجود وإذا لم تتحقق النتيجة فإنه يفترض أن ذلك يرجع إلى خطأ المدين، فإذا أثبت الدائن وجود التزام وعدم تنفيذه، تقوم مسؤولية المدين العقدية، ولا يمكنه أن ينفي قيامها إلا بإثبات السبب الأجنبي[2].

إذن يجب قيام رابطة أو علاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر الناتج عنه، لأن هذا الأخير يعد حاصلا بصورة مباشرة من الخطأ العقدي، بمعنى أنه يجب أن تكون جميع الأضرار ناتجة بطبيعتها عن ذلك الخطأ.

[1]– عبد الفتاح محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص134.

[2]– المرجع نفسه، ص 135.

ومن صورها في التعاملات الإلكترونية فعل المصرف والضرر الذي يلحق بالعميل نتيجة عدم تقيد هذا المصرف بتعليمات العميل التي تصدر بناء على عقد يجيز للعميل طلب هذه التعليمات من المصرف ويوجب على المصرف تنفيذها لقاء عمولة متفق عليها بين الطرفين[1].

ويتم إثبات العلاقة السببية في تعاملات التجارة الإلكترونية بجميع طرق الإثبات بما فيها القرائن القضائية، وفي الواقع يمكن إثباتها عن طريق واقع الحال، بل كثير ما تكون هذه القرائن واضحة، بحيث أن الأمر لا يحتاج لدليل لتوافر السببية، ويجوز نفي رابطة السببية بطريقة غير مباشرة أي أن الضرر الذي لحق بمريض نتج عن سبب أجنبي سواء كان هذا السبب الأجنبي هو العامل الوحيد في حدوث الضرر، أم كان هو العامل الذي سبب فعل الفاعل الذي أحدث الضرر[2]، ويدعم هذا الموقف القانون المدني الجزائري، حسب المادة 127 توضح لنا كيفية الإثبات ما يجعل صور انعدام العلاقة السببية وقطعها بتوفر الحادث الفجائي أو القوة القاهرة وخطأ المضرور.

ورغم تطور القواعد الأساسية التي تحكم المسؤولية في التعاملات التجارية الدولية فإننا في حاجة إلى مجهودات كبيرة لنشر ثقافة المسؤولية إبراز الواجب القانوني الذي يحتم على رجال الأعمال أن يقوموا به أيضا من خلال وضع القوانين المحفزة لرجال الأعمال والتي تجعل من عطائهم حافز لإنجاح والترويج لأنشطتهم التجارية[3].

وفي الأخير نخلص إلى أن الإخلال بالالتزام الناتج عن عقد إلكتروني يخضع للقواعد العامة ولكن هذه الأخيرة تبقى عاجزة عن توفير الحماية المنشودة للمتعاقد الضعيف في العقد الإلكتروني والذي غالبا ما يكون هو المستهلك، خاصة مع التطور الكبير الذي شهده مجال الاتصالات، وهو ما دفع بمعظم التشريعات الحديثة إلى التوجه نحو إقرار حماية

[1]– محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع سابق، ص 99.

[2]– طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة، الإسكندرية، 2001، ص 350.

[3]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 150.

خاصة لهذا الطرف الضعيف عن طريق نصوص خاصة أو تعديل النصوص المعمول بها بما يتماشى مع مقتضيات العصر.

حاولنا في هذا الفصل إبراز المسؤولية العقدية في إطار المعاملات الإلكترونية وفق للمبادئ العامة حيث فصلنا كل نوع على حدى مع عرض مختلف أركانه ثم تطرقنا إلى جزاء قيام هذه المسؤولية في إطار العقد الإلكتروني في مجال التجارة الإلكترونية.

فتم دراسة أركان المسؤولية العقدية في المبحث الأول حيث تم تحديدها والمتمثلة في الخطأ والضرر والعلاقة السببية وذلك بالعودة إلى المبادئ العامة أي في القانون المدني لعدم وجود تنظيمها في القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية مما يعني إحالتها إلى القواعد العامة للمسؤولية.

ومن ثم تطرقنا لجزاء قيام المسؤولية العقدية في إطار المعاملات الإلكترونية المتمثلة في التعويض كما في القواعد العامة إبراز بعض الخصوصية في مجال المعاملات الإلكترونية كالتعويض بمقابل باعتباره النوع الأكثر تطبيقا في مجال التجارة الإلكترونية.

المبحث الثاني

جزاء قيام المسؤولية العقدية للعقد الإلكتروني في التجارة الإلكترونية

إذا كان الثابت وفقا للقواعد العامة أن الإخلال بالعقد يثير المسؤولية العقدية، فلا شك أن هذا القصور لا يصدق إلا في الأحوال التي يكون فيها الإخلال صادرا ممن كان طرفا في العقد، أو على الأقل ممن ينصرف إليه أثر العقد.

ومن شروط المسؤولية العقدية الإلكترونية التعويض المستحق للطرف المتضرر، من قبل الشخص الذي دمر جزئيا أو كليا شيء مملوك للآخر، وذلك بإعادة الشيء في الوضع أو الحالة التي كان عليها، أما إذا كانت التعويضات العينية مستحيلة وكانت الممتلكات متضررة، يجب على مرتكب الفعل الضار أن يدفع ما يعادل قيمته، إذا كان ذلك الشيء المتضرر قابل للاستبدال، أو يجب عليه أن يقدم ويسلم للطرف المتضرر أيضا نفس الكمية المهلوكة.

وعليه فإن التعويض هو الحكم الذي يترتب على تحقق المسؤولية، هذا ما يدفعنا في هذه الدراسة إلى البحث عن تعريفات للتعويض الإلكتروني وصوره (المطلب الأول)، وكذا كيفية تقديره(المطلب الثاني).

المطلب الأول

التعويض الإلكتروني وصوره

هناك تعاريف عديدة ومتنوعة للتعويض، بحيث نجد أن كل من التشريع والفقه قد تعمق في إيراد تعاريف متعددة للتعويض، كل تعريف منها ينظر له من جهة، ومن جهة أخرى فإن لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو بنص قانوني، فإنه يشمل ما لحق الطرف الآخر من خسارة وما فاته من كسب.

والتعويض يقصد به محو ما أصاب المتضرر من الضرر بقدر الإمكان لأن هذا يعتبر أفضل من أن يبقيه عليه مقابل مبلغ من المال يتم تقديره، فإمحاء الضرر في التعويض نقصد به التعويض العيني، ولكن إذا استحال التعويض أن يكون عينيا، يمكن للقاضي أن يقدر مبلغا معينًا لتعويض المتضرر بمقابل مالي من أجل التخفيف على المضرور من أثر ما وقع له وهذا ما يعرف بالتعويض بمقابل، هذا ما يؤدي بنا إلى ضرورة التطرق لتعريف التعويض الالكتروني (الفرع الأول)، وكذا صوره (الفرع الثاني).

الفرع الأول
تعريف التعويض الالكتروني

يتطلب الحديث عن مفهوم التعويض الوقوف عند تعريفه من جهة الفقه والتشريع، حيث اختلف الفقه والتشريع حول إعطاء التعريف الشامل للتعويض وبناء على هذا التعريف الفقهي والتشريعي سنقوم بتحديد تعريفه من خلال التطرق إلى تعريف التعويض فقها (أولا)، وكذا تعريف التعويض الالكتروني تشريعا (ثانيا).

أولا: تعريف التعويض الالكتروني فقها

يرى جانب من الفقه أن التعويض يقصد به: "مبلغ من النقود يساوي المنفعة التي كان سيحصل عليها الدائن، لو نفذ المدين التزامه على النحو الذي يقضي به حسن النية، والثقة المتبادلة بين الناس"[1].

نلاحظ من خلال هذا التعريف أنه اعتبر التعويض مبلغا محددا من النقود، أي أنه جانب واحد من جوانب التعويض على الرغم من أن هناك أوجه أخرى متنوعة للتعويض، لأن هذا الأخير يمكن أن يكون تعويضا عينيا أو تعويضا بمقابل غير نقدي، لهذا قد لا يأخذ

[1]– لعروي زواويةّ ، العقد الالكتروني والمسؤولية المدنية الناتجة عنه (دراسة مقارنة)، أطروحة للحصول على شهادة دكتوراه في القانون الأساسي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، 2017–2018، ص 141.

صورة النقد، خاصة إذا كان للقاضي قناعة أن التعويض قد يكون عينيا أو بمقابل غير نقدي.

وهناك ما عرف التعويض أيضا أنه: "وسيلة القضاء لمحو الضرر أو تحقيق وطأته إذا لم يكن محوه ممكنا، والغالب أن يكون مبلغ من المال يحكم به للمضرور على إحداث الضرر، ولكنه قد يكون شيئا آخر غير المال كالنشر في الصحف"[1].

نرى أن هذا التعريف ركز على جهة التقدير التعويض، واعتبر القضاء وحده هو الذي يقوم بتقديره، دون النظر في التعويض الاتفاقي الذي يقوم الطرفان بالاتفاق عليه مسبقا، غير أنه لم يحصر التعويض على أنه تعويض نقدي فقط.

وكل هذه التعاريف سالفة الذكر تركز على جانب واحد من التعويض، إذا أن كل تعريف ركز على جانب دون الآخر.

وعليه يمكن تعريف التعويض بصورة أشمل على أنه: "حق للدائن والتزام للمدين يثبتان في ذمتهما عند الإخلال بالالتزام، ويكون إما نقدي وإما في شكل ترضية أخرى مساوية للمنفعة التي كان سينالها الدائن لو لم يتم الإخلال بالالتزام[2].

ثانيا: تعريف التعويض الالكتروني تشريعا

تجدر الإشارة إلى أن كل من المشرع المصري والأردني مثلا لم يعرفا التعويض الإلكتروني، فقد اكتفى المشرع المصري بتنظيم الأحكام الخاصة به[3].

---

[1]– أشواق دهيمي أحكام التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية، مذكرة مكملة لنيل درجة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2013–2014، ص8.

[2]– المرجع نفسه، ص 09.

[3] – لمزيد من التفصيل حول التعويض في التشريع المصري راجع حازم ظاهر عرسان صالح، التعويض عن التأخر المدين في تنفيذ التزامه (دراسة مقارنة)، رسالة مكملة للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2011، ص ص 10–12.

وهو نفس ما يقال بالنسبة للمشرع الأردني إذ بالرجوع إلى نصوص القانون المدني رقم43 لسنة 1976، يتضح بأن هذه الأحكام لم تعرف التعويض، إنما بينت الأحكام الخاصة به من خلال حالات استحقاقه وأنوعه[1].

بينما في القانون الجزائري فلقد عرف التعويض بأنه الأثر البارز الذي يترتب على قيام وتحقق عناصر المسؤولية أي شخص إذا لا جدوى من القول بوجود فعل ضار أنتج ضررا يرتبط معه برابطة سببية بدون تقرير الحق للمضرور في الحصول على التعويض من المسؤول عن الضرر فالتعويض هو وسيلة القضاء إلى محو ضرر الواقع أو التخفيف وطأته والمحكمة في تقدرها للتعويض تستعين بالظروف المحيطة بالواقعة، كما تتأثر أكثر بحجم الضرر الناتج[2].

وحسب نص المادتين 131و 182 من القانون المدني الجزائري يتبين من هذه النصوص أن التعويض مقياسه الضرر المباشر، فالتعويض في أي صورة تعويضا عينيا أو بمقابل نقدي متوسطا أو إيداعا يقدر بمقدار الضرر المباشر الذي أنتجه الخطأ وسواء كان حالا أو مستقبلا مادام الضرر محقق[3].

ويشمل الضرر عنصرين هما الخسارة التي أصابت المضرور والكسب الذي فاته، فإذا اشترى شخص سيارة بمبلغ عشرة آلاف دينار وأتلفها شخص آخر وكان صاحب السيارة قد حصل على وعد من الغير بأن يشتريها باثني عشر ألف دينار والمكسب الذي فاته هو ألف

[1] – لمزيد من التفصيل حول التعويض في التشريع الأردني راجع لعروي زواوية، المرجع السابق، ص 140.

[2] – حنان مرجاجو، المسؤولية المدنية الناشئة لمقدمي خدمات التصديق الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماستر، شعبة حقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2015–2016، ص 19.

[3] – المادة 131 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه: « يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182و182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير.

دينار وكلاهما ضرر مباشر يجب التعويض عنه، أنا في المسؤولية العقدية فلا تعويض إلا عن الضرر المتوقع فقط إلا في حالتي الغش والخطأ الجسيم وقد تقدم بيان ذلك[1].

وقد قضى مجلس القضاء الأعلى بالجزائر بأن التعويض كمبدأ عام يقدره القاضي حسب الخسارة التي حلت بالمضرور وما فاته من كسب عملا بالمادة 182 من قانون المدني الأمر الذي يستلزم منه أنه يعطي تعويضا جيدا للضرر الحال بالمضرور وليس على أساس نسبة المسؤولية في الاصطدامات المادية، ولذلك فإن المجلس القضائي عندما منح التعويضات متساوية للطرفين على أساس المسؤولية كانت متساوية ولم يربطها بنسبة الضرر الحال بكل شاحنة على حدا يكون قد خرج عن القواعد المقررة في القانون يستحق قراره النقض[2].

الفرع الثاني

صور التعويض الإلكتروني.

عند توافر أركان المسؤولية العقدية وإثبات وجودها، فيحق للدائن أن يرفع الدعوى مطالبة بالتعويض أمام المحكمة المختصة، وقد يكون التعويض نقدا وهو أفضل وسيلة حتى يستوفى الدائن حقه، أو عينيا بأن يقوم المدين بإصلاح الإخلال الذي قام به في العقد ويقدر القاضي الموضوع قيمة التعويض بناءا على ظروف الدعوى والوقائع التي لديه، ومن يرفع دعوى مطالبة بالتعويض نتيجة الإخلال في العقد فعليه إثبات وجود الضرر لذا سوف نتطرق من خلال فرعنا هذا إلى التعويض النقدي والعيني**(أولا)** وكذا التعويض بالمقابل باعتباره المعمول به كثيرا في مجال التجارة الإلكترونية حيث تثور المسؤولية العقدية حينها**(ثانيا)**.

[1] محمد سعدي الصبري، المرجع السابق، ص 169.

[2]– قرار مجلس الأعلى بالجزائر رقم 1084448 المؤرخ في 17–11–2016، الغرفة المدنية، نقلا عن: بعزيز فيصل، نظام المسؤولية والتعويض، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر، شعبة حقوق، تخصص قانون أعمال، جامعة العربي بن مهيدي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، أم البواقي، سنة 2017/2016، ص 21.

أولا: التعويض النقدي والعيني.

سنحدد في هذا الصدد كل من التعويض النقدي **(1)** والتعويض العيني **(2)**.

1-التعويض النقدي.

ينقسم التعويض النقدي إلى قسمين، قد يكون تعويضا نقديا أو غير نقديا، قد يكون التعويض نقديا إذا تضمن الحكم الصادر به إلزام مدين بدفع مبلغ محدد للدائن[1].

وذلك بمثابة مقابل للضرر الذي أصابه نتيجة بإحلال المدين بتنفيذ إلزامته العقدي، والتعويض النقدي في الوقت الحالي يعتبر من أهم أنواع التعويض، وهو الطريق الطبيعي لمحو الضرر وإصلاحه.

فالحكم التعويض النقدي نصت عليه مختلف التشريعات ومنها التشريع الجزائري من خلال نص المادة 2/132 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن: «**ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي، تبعا للظروف وبناء على طالب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل الغير المشروع**».

أما بالنسبة للتعويض غير النقدي فهو الذي يحكم به القاضي جبرا لتعويض الضرر، فهو لا يعتبر تعويض نقدي، لأنه لا يتضمن إلزام المدين المحل بتنفيذ التزامه أداء مبلغ من النقود للدائن، وكذلك لا يعتبر تعويضا عينيا لأنه لا يتضمن إلزام المدين، بأن يؤدي للدائن ذات ما التزم بأدائه"[2].

كما تجدر الإشارة إلى أن: "التعويض النقدي يعتبر تعويضا من نوع خاص، تقتضيه الظروف في بعض الصور وحسب نوع الضرر المحدث، فيغلب الحكم به في الضرر

[1] أشواق دهيمي، المرجع السابق، ص 32.

[2] المرجع نفسه، ص 33.

المعنوي دون الضرر المالي، ويتخذ شكل الحكم بمصروفات الدعوى، أو نشر الحكم الصادر في الجرائد، لإظهار حق المدعي اتجاه المدعى عليه"[1].

2- التعويض العيني.

فالتعويض العيني يعرف على أنه الحكم بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل أن يرتكب المسؤول الخطأ الذي أدى إلى وقوع الضرر، والتعويض العيني بهذا المعنى يعد أفل من التعويض النقدي، ذلك أنه يؤدي إلى محو الضرر وإزالته بدلا من بقاء الضرر على حاله وإعطاء المتضرر مبلغا من المال عوضا عنه، كما هو الحال في التعويض النقدي.

وبعبارة أخرى فأن التعويض العيني يحق للمتضرر ترضية من جنس ما أصابه من ضرر، وذلك بطريقة مباشرة أي من غير الحكم له بمبلغ من النقود، يهدف إزالة الضرر عينا أي إزالة المخالفة[2].

وهو ما يظهر من خلال القرار المحكمة العليا ملف رقم 206796، الغرفة المدنية الصادر بالتاريخ 2000/01/12، إذ يتضمن هذا القرار أنه: "أن عدم توجيه الإعذار المسبق للمدين للمطالبة بتنفيذ بطريقة التعويض وفقا للمادتين 179و180 من القانون المدني الجزائري وإغفال مناقشة الدفع بشأنه من طرف قضاة الموضوع يستوجب النقض والإبطال "ويتضح من القرار أن الثابت قانونا طلب التعويض لا يستحق إلا بعد إعذار المدين، ولما تبين من القرار المطعون فيه، أي الطاعن أثار دفعا بأن المطعون ضدها لم تقم بتوجيه إعذار مسبق له" كما تشترطه المادة 180 من القانون المدني الجزائري ويتجاهل قضاة

[1] لعروي زواوية، العقد الإلكتروني والمسؤولية المدنية الناتجة عنه، المرجع السابق، ص 150.

[2] بوزبوجة يمينة، المسؤولية العقدية الناتجة عن المعاملات الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون المدني، جامعة وهران كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2012/2011، ص 168.

الموضوع هذا الدفع وعدم مناقشته، فإنهم أخطئوا، مما ينبغي التصريح بنقض قرار المطعون فيه.[1]

ويجوز أيضا للقاضي أن يعطي للمتضرر الخيار بين التعويض النقدي أو التعويض العيني، وعليه فإن القاضي يتمتع بالسلطة التقديرية في تحديد الطريقة المناسبة للتعويض، ويبقى التعويض العيني هو الأصل الذي يتم القضاء به كوسيلة لجبر الضرر، مادام ممكنا وغير مرهق للطرف الآخر.[2]

ثانيا: التعويض بالمقابل

أمّا التعويض بمقابل فهو يتفق مع طبيعة الضرر، وبالأخص الضرر الأدبي والضرر الجسماني وبهذا يستجيل التنفيذ العيني، وهذه هي الصورة الموجودة بكثرة في المسؤولية العقدية الإلكترونية، ومثال ذلك اختراق الجهاز المعلوماتي أو تدميره أو التعدي على حقوق الملكية الفكرية أو الحقوق الشخصية مثل إفشاء الأسرار والمساس بالحق في الخصوصية.[3]

فالتعويض بمقابل يكون متى استحال تنفيذ الالتزام عينا، وذلك لأن التعويض العيني أمر عسير في مجال المسؤولية المدنية وغالبا ما يكون بمقابل وبصفة خاصة نقديا.[4]

وهناك قرار محكمة الاستئناف الفرنسية الصادر عن الغرفة المدنية 02 في 2010/09/03، والذي يتضمن: "أن شركة eBay وفروعها قامت ببيع المنتجات المزيفة

---

[1] نص المادة 180 من قانون المدني الجزائري: "يكون إعذار المدين بإنذاره، أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون، أما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر".

[2] لعروي زواوية، العقد الإلكتروني والمسؤولية المدنية الناتجة عنه، المرجع السابق، ص 148-149.

[3] لعروي زواوية، «العقد الإلكتروني والمسؤولية التعاقدية الناتجة عنه»، مجلة البحوث القانونية والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الطاهر مولاي، سعيدة ، العدد الثامن،2017، ص 31.

[4] موسى بن محمد بن حمود التميمي، المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الرابع، مارس 2015، ص 136.

عبر شبكة الأنترنت، ومن بين هذه المنتجات بيع عطور ديور (Dior)، وذلك من خلال الانتهاك لشبكة التوزيع الانتقائي الذي أنشأته هذه الشركة.

وقد سببت هذه المبيعات المزيفة أضرار وخيمة للغير، ما دفع المحكمة إلى الحكم عن هذه الشركة بتعويضات، تقدر بـ 38,5 مليون أورو عن تلك الأضرار، وأيضا حكمت لها بـ 50.000 أورو عن كل يوم تأخير.[1]

وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري نجده أخذ بالتعويض العيني والتعويض بمقابل، وذلك حسب نص المادة 132 منه، حيث تنص: "يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيراد مرتبا، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأمينا".

ويعدّ التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي، تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع.

المطلب الثاني

تقدير التعويض

بالرجوع إلى القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية نجده لم ينص على تقدير التعويض، وهذا ما يدفع بنا إلى الرجوع إلى أحكام القانون المدني الجزائري الذي نص على تقدير التعويض من خلال المادة 1/182 ق.م.ج التي تنص على أنه : «**إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون المدني، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ...**» ، وعليه فإن تقدير التعويض

[1]Cour d'appel de paris pole 05, chambre 02, n° 08/12820, 02 septembre 2010 نقلا عن لعروي زواوية، العقد الإلكتروني والمسؤولية التعاقدية الناتجة عنه، المرجع السابق، ص ص31-32.

يكون إمّا اتفاقي (الفرع الأول)، أو القانوني (الفرع الثاني)، أو القضائي (الفرع الثالث)، وقد يكون هناك تحديد إعفاء من التعويض عن الضرر (الفرع الرابع).

الفرع الأول
التعويض الاتفاقي الإلكتروني

يكون مصدر تقدير التعويض هو الاتفاق عليه مقدما في العقد وهو المعروف في المسؤولية العقدية، إذ يحق لأطراف العقد أن يحددوا التعويض الذي يجب أداؤه عند الإخلال بالالتزام، وهذا هو الشرط الجزافي، وعليه سنقوم بتعريف الشرط الجزافي (أولاً)، أهميته (ثانياً)، وسلطة القاضي في تعديل مقداره (ثالثاً).

أولاً: تعريف الشرط الجزافي

حيث يتفق المتعاقدان مقدما على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ لالتزام أو التأخر فيه، ويتم الاتفاق عليه قبل وقوع الضرر بالفعل، فالشرط الجزافي هو مبلغ جزافي يقدر به الطرفان مقدما التعويض المستحق عن الضرر الذي يلحق أحدهما نتيجة خطأ الآخر' فالتعويض الاتفاقي في كافة أنواع العقود يدرج لضمان تنفيذها فهو يخضع لمبدأ سلطان الإرادة باعتباره اتفاقا بين الطرفين[1].

نص القانون المدني الجزائري صراحة على الشرط الجزافي وذلك في المادة 183 منه التي تنص على أنه "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181".

يتضح من خلال نص المادة أن الشرط الجزافي قد يكون كشرط من شروط العقد، كما قد يتضمنه اتفاق لاحق للعقد، شرط أن يتم تقديره قبل وقوع الضرر.

[1]– محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص71.

وإذا اتفق المتعاقدان على مقدار التعويض المستحق لأحدهما إذ لم يقم الآخر بتنفيذ التزامه يكون الشرط الجزافي موضوع لمواجهة عدم تنفيذ الالتزام، أمّا إذا اتفقا على أن يكون التعويض في حالة التأخر في الالتزام فيكون الشرط الجزافي موضوع لمواجهة التأخر في الالتزام فقط[1].

ثانياً: أهمية الشرط الجزافي

تكمن أهمية الشرط الجزافي في:

1- قطع النزاع المحتمل حول مقدار التعويض:

باعتبار أن الشرط الجزافي اتفاق مسبق على التعويض فقد لا يرى الطرفان ترك الأمر بتقدير التعويض للقاضي، ويضمنها في العقد المنشأ الالتزام يحددان فيه جزاء الإخلال به، فيتفقان مقدما على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، فيكون ذلك شرطا جزائيا متضمنا تعويضا اتفاقيا عن عدم التنفيذ، أو على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا تأخر المدين في التنفيذ فيكون ذلك شرطاً جزئيا عن التأخير، وقد يدرج الشرط الجزافي في اتفاق لاحق. حسب نص المادة 183 من قانون المدني الجزائري[2].

2- حمل المدين على تنفيذ التزامه:

الأصل أن المتعاقدان لا يبرمان العقد إلا لكي يلتزما بما جاء فيه، ولكن قد تطرأ ظروف تجعل المدين يغير رأيه في التنفيذ أو يرى أن من مصلحته التأخير في التنفيذ دون

[1] بيطار صابرينة، التعويض في نطاق المسؤولية المدنية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2015، ص 145.

[2] أشواق دهيمي، المرجع السابق، ص 75.

وضع حساب للدائن، لذلك يتم وضع الشرط الجزافي للضغط على المدين ولو بصورة غير مباشرة لتنفيذ التزامه دون تأخير[1].

3- تجنب المتعاقدين للمصاريف الطويلة والإجراءات القضائية:

وهذا لأنه اتفاق مسبق بين الطرفين على مقدار التعويض مما يجنبهم مشقة الدخول في المنازعات وتفادي حكم القضاء، وتوفير المناقشات والجدل حول مقدار التعويض بحيث يعلم المدين مسبقا ما يلتزم به عند عدم التنفيذ أو التأخر فيه[2].

4- التحديد الاتفاقي للتعويض هو الأقرب لحقيقه الضرر:

وذلك أن المتعاقدان هما أعلم الناس بوضعهما وما يمكن أن يسبب عدم التنفيذ أو التأخر فيه من ضرر، وهما الأقرب بتقدير الجابر لهذا الضرر.

5- جعل رقابة القاضي على تقرير التعويض محدودة:

لاشك أن الشرط الجزافي يحول دون تحكم القاضي في تحديد التعويض نظرا لتقديره مسبقا، غير أن هذا لا يحول دون طلاقة رقابة القاضي على مدى شرعية الشرط الجزافي فيبطله إن رأى فيه غشا ومخالفة لقواعد النظام العام، ويهدف الشرط الجزافي إلى تقدير التعويض المستحق لأحد طرفي العقد عن الأضرار التي تنشأ عن مخالفة الطرف الآخر لالتزامه الذي اقترن به الشرط الجزافي، وتتحقق هذه الوظيفة التعويضية للشرط الجزافي في الحالة التي يتناسب فيها المقدار الذي حدد له مع حقيقة الأضرار التي تترتب على الإخلال بالالتزام الأصلي[3].

---

[1] سماحي فاطمة، بن شريف آمنة، المرجع السابق، ص 38.

[2] محمد شتا أبو السعد، التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، 2001، ص 71.

[3] أشواق دهيمي، المرجع السابق، ص 76-77.

ثالثاً: سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي.

يتعين على القاضي الحكم بالشرط الجزافي دون زيادة أو نقصان متى توافرت شروط استحقاقه وذلك بدافع القوة الملزمة للعقد وما تضفيه على الشرط الجزافي من حصانة باعتباره أحد بنود الاتفاق لكن، المجالات التي تصل إلى التعسف في بعض الأحيان دفعت مختلف القوانين إجازة تدخل القاضي في بعض الحالات لتعديل هذا التقدير وذلك بانقاصها (1) أو وزيادتها(2)[1].

1- سلطة القاضي في تخفيض الشرط القضائي:

حسب نص المادة 2/184 ق.م.ج التي تنص على أنه: «**ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ جزء منه**».

- **تخفيض الشرط الجزافي المبالغ فيه:** وعلية يجوز للقاضي تخفيض الشرط الجزافي المبالغ فيه وهو بمثابة استثناء حقيقي يرد على مبدأ حصانة الشرط الجزافي، فإذا كان التقدير المنصوص عليه في الشرط الجزافي مبالغا فيه إلى درجة كبيرة بحيث يصبح شرطا تهديديا جاز للقاضي تخفيضه إلى الحد المعقول بحيث يجعله مناسبا مع الضرر الذي أصاب الدائن من أجل تحقيق العدالة وإعادة توازن العقد[2].

فقد أجاز المشرع الجزائري في نص المادة 2/184 ق.م.ج التخفيض في هذه الحالة ويبرر القاضي في تخفيض الشرط الجزافي المبالغ فيه على أساس أن هذا الأخير ليس سببا في استحقاق التعويض، بل هو مجرد تقدير سابق له وفقا للظروف التي كانت قائمة وقت الاتفاق[3].

---

[1] بيطار صابرينة، المرجع السابق، ص 210.

[2]- المرجع نفسه، ص 211.

[3] سماحي فاطمة، بن شريف آمنة، المرجع السابق، ص 40.

2- سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزافي:

يتضح من خلال المادة 2/184 ق.م أن سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزافي تقتصر على تخفيضه دون زيادة، وقد استمد المشرع هذه الأحكام من القوانين العربية، إلاّ أنّ المشرع الجزائري قد أورد استثناء على مبدأ عدم جواز زيادة الشرط الجزافي وسمح للقاضي بزيادته في حالة واحدة وهي ارتكاب المدين غش أو خطأ جسيم، وهذا ما يستخلص من نص المادة 185 ق.م.ج[1].

حيث يثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما، فيكفي أن يثبت المدين أن التعويض المحدد في العقد كشرط جزائي لا يعادل الضرر اللاحق به من جراء عدم التنفيذ حتى يحكم له بزيادة الشرط الجزافي فنص المادة يعارض ويرفض كل زيادة قد يتعرض لها الشرط الجزافي إلاّ إذا كان المدين قد ارتكب غشا أو خطأ[2].

الفرع الثاني
التعويض القانوني

تقدير التعويض يتم بمعرفة القاضي غير أنه قد يتولى القانون تقدير التعويض بحيث أن القانون هو الذي يحدد قيمة التعويض وكيفيته بموجب النص عليه وما على القاضي سوى تطبيق هذا النص[3]، وتعمد بعض التشريعات الوضعية إلى تضمين أحكاما تقضي بتقدير التعويض تقديرا إجماليا كما في حالة التأخير عن تنفيذ الالتزام، وهذا ما يسمى بالقواعد التأخيرية.

---

[1] بيطار صابرينة، المرجع السابق، ص 210.

[2] المرجع نفسه، ص 220.

[3] محمد رفعت عبد الرؤوف، « تقدير التعويض عن الخطأ»، مطبعة بحوث الشرق الأوسط، جامعة عين الشمس،العدد48، ، الإسكندرية، 2019، ص 433.

ويلاحظ أن التقدير القانوني للتعويض عن التأخير لا يكون إلاّ في مجال المسؤولية العقدية، وبالنسبة للمشرع الجزائري فلم ينص على القواعد التأخيرية لأن مبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الثاني للتشريع الجزائري تنظر إلى تلك الفوائد على أنه ربا ومحرمة شرعا، خير دليل على ذلك نص المادة 454 ق.م بنصها: "القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر، ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك".

أمّا إذا كان الضرر ناجما عن تأخير في سداد الدين فهنا لا مجال لإعمال هذا النص[1]، إذ تنص المادة 186 ق.م.ج على أنه "إذا كان محل الالتزام بين الأفراد مبلغا من النقود عين مقداره وقت رفع الدعوى وتأخر المدين بالوفاء به، فيجب عليه أن يعوض للدائن الضرر اللاحق في هذا التأخير.

الفرع الثالث

التعويض القضائي الإلكتروني

على الرغم من الأهمية الخاصة التي يحظى بها التقدير القضائي للتعويض إلاّ أن المشرع الجزائري كغيره من الأنظمة القانونية لم يوله القدر الذي يستحقه من الاهتمام والتنظيم، حيث اكتفى بالنص عليه في القليل من النصوص التشريعية[2].

فقد اكتفى المشرع الجزائري في المادة 131 ق.م بالنص على أنه: "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب... مع مراعاة الظروف الملابسة". إلى جانب الإشارة لفكرة التعويض ضمن هذه المادة.

[1] زاهية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومه، الجزائر، 2009، ص 320-321.

[2] سماحي فاطمة، بن شريف آمنة، المرجع السابق، ص 42.

ويتضح من خلال نص المادة 182 ق.م.ج والمادة 182 مكرر ق.م.ج، المشار إليهما في المادة 131 ق.م.ج أن يقدر التعويض بقدر الضرر الذي يحلق الدائن من جراء إخلال المدين بالتزامه[1].

وعليه فإن القاضي يقوم بتقدير التعويض بالنظر إلى الخسارة اللاحقة من جهة، والكسب الفائت من جهة أخرى، ففيما يخص ما لحق الدائن من خسارة، نلاحظ أن مفهوم الخسارة يدخل في مجال تفويت صفقة التجارية توهم الدائن على أنها رابحة وفقا لأسباب معقولة، وأهم مثال على ذلك لما تعهد ناقل بأن ينقل شخص إلى مكان ما للاشتراك في مزايدة لإبرام صفقة تجارية، ونتيجة لعدم تنفيذ الناقل لالتزامه أو التأخر في تنفيذه ترتب حرمان الراكب من الاشتراك في المزايدة، فيكون ذلك قد تضرر بسبب ما لحقه من خسارة نتيجة مصاريف النقل، وكذا ما أنفقه على إجراءات الاشتراك في المزايدة، وما كان يتوقعه من ربح إذا رست هذه المزايدة عليه[2].

وعليه يتقرر التعويض القضائي إما لعدم تنفيذ المدين لالتزامه أو لتأخره في تنفيذه فقط، وفي جميع الأحوال نجد أن القاضي يراعي في التعويض عنصر الخسارة اللاحقة بالمضرور، وعنصر الكسب الذي فاته بسبب عدم التنفيذ أو التأخر فيه لأن كل هذا يمثل حقيقة الضرر الذي لحقه الدائن[3].

والتعويض هنا يكون إما نقديا وهذا ما يغلب الحكم به من الناحية الواقعية، وإمّا يكون عينيا ومثال ذلك كإزالة ما أتاه المسؤول إخلالا بالالتزام الواقع عليه، أو التزام المسؤول بإصلاح ما أتلفه بخطئه[4].

---

[1] محمد حسين منصور، نظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 62.

[2] أشواق دهيمي، المرجع السابق، ص 08-09.

[3] دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 15.

[4] المرجع نفسه، ص 16.

لذلك فمن المقرر أنه إذا لم يتيسر للقاضي وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعيينا نهائيا، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير.

وإذا كان الضرر متغيرا، فإنه يتعين على القاضي النظر فيه لا كما كان عندما وقع، بل كما صار إليه عند الحكم، مراعيا التغيير في الضرر ذاته، من زيادة راجع أصلها إلى خطأ المسؤول أو نقص كائنا ما كان سببه، ومراعيا كذلك التغيير في قيمة الضرر أو نقصها، ذلك أن الزيادة في ذات الضرر التي يرجع أصلها إلى الخطأ والنقص أيا كان سببه غير منقطع الصلة به، أما التغير في قيمة الضرر فليس تغيرا في الضرر ذاته، فحق المضرور وإن كان ينشأ من يوم تحقق الضرر إلاّ أنّ تجسيده في حق دائنيه مقدر بالنقد تقديرا دقيقا لا يتم إلاّ من يوم الحكم[1].

الفرع الرابع
الإعفاء من التعويض عن الضرر

كما يجوز الاتفاق على تشديد المسؤولية العقدية فإنه يجوز أيضا الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية عند عدم تنفيذ التزامه أو تنفيذه تنفيذا معيبا أو ناقصا، أو متأخرا مع إعفاء من الالتزام بالتعويض في هذه الحالات كلها، ويتسم شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية بأنه لا يعفي المدين من الالتزام وإنما يسقط أثر المسؤولية العقدية بدفع التعويض وهذا وفقا للمبادئ العامة[2].

إذا كان التعويض عن الضرر الذي يلحق البائع أو المشتري عن الخطأ في معاملات التجارة العادية والإلكترونية أمرا بديهيا، فإن السؤال الذي يفرض نفسه هل يمكن التعويض؟

[1] محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 344-345.

[2] أحمد مفتح خوالده، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، ط 1، دار الثقافة ، عمان، 2011، ص 132-133.

يكون الإعفاء من التعويض ممكنا إذا طرأت على البائع أو المشتري أسباب معينة، ويتفق الجميع على أن أحد هذه الأسباب هي القوة القاهرة التي تعرف بواقعة استثنائية عامة لا يمكن توقعها ويستحيل دفعها.

ولا يمكن تكييف الواقعة على أنها قوة قاهرة تنقطع بها علاقة السببية إلاّ بشرطين: الأوّل إذ كان الحادث غير متوقع وقت حدوث الضرر، من قبيل الحرب والأمطار الغزيرة والزلزال، وكلها بمثابة حوادث غير متوقعة، والثاني أن لا يكون الحادث مستحيلا دفعه أو تفاديه، بمعنى أنه يستحيل على البائع دفع الحادث الذي أدى إلى الضرر بالمشتري من ناحية أخرى، ومن الآثار المباشرة للقوة القاهرة هي أنها إذا توافرت شروطها فإن النتيجة الحتمية هي الإعفاء من المسؤولية لانقطاع العلاقة السببية وبالتالي تجعل المخطئ غير ملزم بأي تعويض للمتضرر طيلة فترة امتدادها[1].

ويرتبط بالإعفاء من التعويض، أن يثبت المدين الذي أخر تنفيذ التزامه، أن سبب ذلك يرجع لسبب خارج عن إرادتها وإنه ما كان له أن يتوقعه بصورة معقولة عند إبرام العقد، ولا يتخذ به نتائجه، ويجب على المدين أن يشعر الدائن (المضرور) بالحادث وبأثره عليه وذلك من خلال منح للطرف الآخر الحق بفسخ العقد دون التنفيذ في حدود تأثره بالقوة القاهرة[2].

[1] بعزيز فيصل، المرجع السابق، ص 38.

[2] عمر سعدالله، المرجع السابق، ص 451.

خاتمة

من خلال تعرضنا لمفهوم العقد الإلكتروني تبين لنا أن العقد الإلكتروني يعتبر كغيره من العقود التقليدية في كثير من الجوانب، على أن وجه الخصوصية فيه يكمن في كونها يتم عن بعد، وذلك باستخدام وسيط إلكتروني يتمثل في شبكة الانترنت إذ يتم التعبير عن الإيجاب والقبول عبره وذلك عن طريق البريد الإلكتروني أو المحادثة التي تتم بين طرفي العقد، على أن الغالب في العقد الإلكتروني هو إبرامه دون حضور طرفي العقد في مجلس واحد كما هو معروف في العقود العادية، بمعنى أن التعاقد الإلكتروني يكون بين الحاضرين زمانا وغائبين مكانا، كما يمكن أن يكون بين غائبين زمانا ومكانا.

أما فيما يخص طبيعة هذه العقود وكما رأينا الغالب يقر بكونها عقود إذعان يقوم فيها الطرف القوي بوضع شروط العقد، وما على الطرف المقابل سوى التوقيع والإمضاء على العقد، إلا أن القواعد العامة أوجدت الحل في ذلك والذي يتمثل في تعديل الشروط التعسفية في العقد وتفسير الشك لمصلحة المدين وذلك بهدف خلق التوازن العقدي بين الطرفين.

ويستلزم لقيام المسؤولية العقدية توافر ثلاثة أركان وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما فالخطأ مفاده الإخلال بالتزام عقدي أو التأخر في تنفيذه، ويترتب عليه ضرر بالدائن ومتى أثبت الدائن الخطأ والضرر تعد العلاقة السببية بينهما قائمة.

وبناء عليه توصلنا إلى جملة من نتائج والاقتراحات نذكر أهمها:

– تحتل الانترنت أهمية بالغة في حياتنا المختلفة، وذلك لمسايرة مجتمعنا لهذه التطورات التكنولوجية الحديثة، غير أنه لانعدام نصوص قانونية تنظم المعاملات الإلكترونية، توصلنا إلى تطبيق النصوص القانونية التقليدية المختلفة على عقود التجارة الإلكترونية.

– عقد التجارة الإلكترونية هو عقد متعلق بالسلع والخدمات التي ينظمها المورد، والذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية.

– تحديد الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني تحديدا واضحا لا يدع أي غموض أو نقص باعتبار العقد الإلكتروني عقد يتم عن بعد، وهو يغلب عليه الطابع الاستهلاكي والتجاري، وتحديد الحالات التي يكون فيها العقد الإلكتروني عقد إذعان أو مساومة.

– عقود التجارة الإلكترونية تختلف عن العقود التقليدية في طريقة الإبرام والتنفيذ التي تتم إلكترونيا عبر الانترنت دون حاجة إلى الوجود المادي الخارجي، على الرغم من أن العقد الإلكتروني ذات الأركان التي يقوم عليها العقد التقليدي.

– يترتب على إخلال المدين بالتزاماته قيام مسؤوليته، رغم أن المشرع الجزائري لم يتعرض لهذه المسؤولية في نصوص خاصة أي في قانون رقم 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية وهو ما يحيل إلى دراسة أحكام المسؤولية العقدية وفقا للقواعد العامة.

●تحول عقود التجارة من الشكل التقليدي إلى الشكل الإلكتروني لابد أن يصاحبه بنية تحتية قوية مكونة من شبكة اتصالات ذات سرعة فائقة وقدرة كبيرة على سلامة المعلومات وتوفير تجهيزات آلية، وتطوير برمجيات متخصصة ملائمة لطبيعة السوق الجزائري.

●نقترح سن بعض القواعد الخاصة التي تتناسب مع التقنيات الحديثة والوسائل الإلكترونية في التعاقد وذلك لأن العقد الإلكتروني ينفرد بمجموعة من الخصوصيات التي تميزه عن العقد التقليدي، وأن العقد الإلكتروني يمكن أن يكون عقد إذعان حسب الوسيلة المستخدمة في انعقاده، والتي لو تركت إلى القواعد العامة التقليدية فإن هذه القواعد تتعارض والطبيعة الخاصة للعقود الإلكترونية، وعليه ندعو المشرع الجزائري إلى أن يواكب التطور الحاصل في البيئة القانونية المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية من خلال إقراره بصحة التعاقد المبرم بالشكل الإلكتروني من خلال إصداره لقانون المعاملات الإلكترونية على غرار بعض الدول العربية.

●إعادة النظر في القانون رقم 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية باعتباره تضمن أحكام غير كافية لتنظيم العقد الإلكتروني.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: الكتب

1-إلياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الإلكتروني، (في القانون المقارن)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.

2-أسامة أبو الحسن المجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2000.

3- أنور العمروسي، المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون المدني (الأركان، الجمع بينهما والتعويض) دراسة تأصيلية مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.

4- أحمد مفتح خوالدة، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 20011.

5- بشار محمد دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم على شبكة الانترنت، دار الثقافة، عمان، 2006.

6-بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.

7-_____، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.

8- حمودي محمد ناصر، عقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الانترنت، دار الثقافة، عمان، 2012.

9- حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الطبعة الثانية، دار المعارف، مصر، 1979.

10- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

11- _____، إبرام العقد الإلكتروني، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.

12- خالد الصباحين، انعقاد العقد الإلكتروني بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والحاسوب، جامعة اليرموك، عمان، المنعقد يومي (12-13) جويلية 2004.

13- زاهية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومه، الجزائر، 2009.

14- سامح عبد الواحد التهامي، عقد الاشتراك في قواعد المعاملات الإلكترونية، دراسة تطبيقية لعقود الانترنت، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2003.

15- سمير عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر الانترنت عبر تقنيات الاتصال الحديثة، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2007.

16-سعيد السيد قنديل، المسؤولية العقدية في مجال المعلوماتية (الإشكالية الخاصة بضمان العيب الخفي وضمان عدم المطابقة) دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014.

17- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.

18- طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، الطبعة الأولى، مكتبة، دار الثقافة، الإسكندرية، 2001.

19- عبد المنعم فراج الصدة، محاضرات، في القانون المدني، نظرية العقد في القوانين البلاد العربية، التراضي، الجزء الأول، معهد الدراسات العالمية، الإسكندرية، 1985.

20- عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.

21- _____، الوسيط في شرح القانون المدني بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2006.

22- علاء محمد الفواعير، العقود الإلكترونية، التراضي، التعبير عن الإرادة، (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2014.

23- عبد الفتاح محمود الكيلاني، المسؤولية المدنية الناشئة عن المعاملات الإلكترونية عبر الانترنت، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 20011.

24- عبد الرازق دريال، الوجيز في نظرية الالتزام، د.ط، درا العلوم، عنابة، 2004.

25- علي فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحق التعويض، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر، 2012.

26- عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، الطبعة المعاصرة، الطبعة المعاصر، دار هومه، الجزائر، 2007.

27- عبد القادر الفار، بشار عدنان مكاوي، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، الطبعة الرابعة، دار الثقافة، عمان، 2012.

28- فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015.

29- فاروق الأباصري، عقد الاشتراك في القواعد المعلومات الإلكترونية، دراسة تطبيقية لعقود الانترنت، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2006.

30- كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.

31- كميث طالب بغدادي، الاستخدام عبر المشروع لبطاقة الائتمان (المسؤولية المدنية والجزئية والمدنية)، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2008.

32- مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2009.

33- محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004.

34- منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مكتبة الرواد، عمان، 1996.

35- محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.

36- _____، الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

37- _____، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

38- مصطفى أحمد أبو عمرو، مجلس العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.

39- محمود السيد عبد المعطي، خيال التعاقد عن طريق التليفزيون، مطبعة النشر الذهبي، الإسكندرية، 2000.

40- محمد فواز المطالقة، الوجيز في العقود الإلكترونية، دار الثقافة، عمان، 2006.

41- محمد لورنس عبيدة، المحرر الإلكتروني، دار الثقافة، عمان، 2009.

42- محمد نجيب المغربي، أسس التعاقد بالوسائل المستحدثة دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2006.

43- محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، القسم الأول، الطبعة الرابعة، دار الهدى، الجزائر، 2007.

44- _____، النظرية العامة للالتزام، المسؤولية التقصيرية، الفعل المستحق للتعويض، دار الهدى، الجزائر، 2011.

45- مصطفى العوجي، القانون المدني (المسؤولية المدنية)، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.

46- محمد شتا أبو السعد، التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، دار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 2001.

47- نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2005.

48- وسام فيصل محمود الشوارة، المسؤولية القانونية عن الاستخدام عبر المشروع بطاقات الوفاء، الطبعة الأولى، دار وائل، عمان، 2013.

ثانيا: الرسائل والمذكرات الجامعية

1: الرسائل الدكتوراه:

1- بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014-2015.

2- مصطفى هنشور وسيمة، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري والمقارن، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، 2017.

3- مراد محمود يوسف المطلق، التعاقد عن طريق وسائل الإيصال الإلكتروني، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، الإسكندرية، 2007.

4- لعروي زواوية، العقد الإلكتروني والمسؤولية المدنية الناتجة عنه (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الأساسي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، 2017-2018.

2-الرسائل الماجستير:

1- أشواق دهيمي، أحكام التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية، مذكرة مكملة لنيل درجة الماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2013-2014.

2- بوزبوجة يمينة، المسؤولية العقدية الناتجة عن المعاملات الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون المدني، جامعة وهران، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011-2012.

3- بيطار صابرينة، التعويض في نطاق المسؤولية المدنية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد درارية، أدرار، 2015.

4- حازم ظاهر عرسان صالح، التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه (دراسة مقارنة)، رسالة مكملة للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2011.

5- حمارشة، رياض وليد، عقد البيع الإلكتروني في ظل التجارة الإلكترونية، إبرامه، أثاره، إثباته، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة الماجستير، جامعة الدول العربية، القاهرة، 2000.

6- عبد الحميد بادي، الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2011-2012.

7- لما صادق سلهب، مجلس العقد الإلكتروني، مذكرة مقدمة لاستكمال لمتطلبات للحصول على درجة الماجستير في القانون كلية عبد الله للدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008.

8- لزعر وسيلة، تنفيذ العقد الإلكتروني، مذكرة ماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ،2011-2012.

9- نصير صابر لفته، التعويض العيني (دراسة مقارنة)، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة النهرين العراق، 2001.

3- مذكرات الماستر:

1- بعزيز فيصل، نظام المسؤولية والتعويض في قانون التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، شعبة الحقوق، تخصص قانون الأعمال، جامعة العربي بن مهيدي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، أم البواقي، 2016-2017.

2- حنان مرجاجو، المسؤولية المدنية الناشئة لمقدمي خدمات التصديق الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2015-2016.

3- رواقي سميحة، متنامي خلود، النظام القانوني للعقد الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2018-2019.

4- سماحي فاطمة، بن شريف أمنة، المسؤولية العقدية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2020-2021.

ثالثا: المجالات

1-رباحي أحمد، «الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني»، المجلة الأكاديمية لدراسات الاجتماعية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد10 جوان 2013.

2- رامي محمد علون «تعبير عن الإرادة عن طريق الانترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني»، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، 2002.

5- لعروي زواوية، «العقد الإلكتروني والمسؤولية التعاقدية الناتجة عنه»، مجلة البحوث القانونية والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعو طاهر مولاي، سعيدة، العدد الثامن، 2017.

6- موسى بن محمد بن محمود التميمي، «المسؤولية المدنية دراسة مقارنة»، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الرابع، القاهرة، مارس 2015.

7- محمد رفعت عبد الرؤوف، «تقدير التعويض عن الخطأ»، مجلة مطبعة بحوث الشرق الأوسط، العدد 48، جامعة عين الشمس، الإسكندرية، 2019.

رابعا: المحاضرات

1- عبيزة منيرة، محاضرات في مقياس العقود الإلكترونية، مطبوعة موجهة لطلبة ماستر1، تخصص الإدارة الإلكترونية والخدمات الرقمية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف2.

خامسا: النصوص القانونية

1- النصوص التشريعية

1-قانون رقم 75-58 مؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني، ج.ر، العدد 78، الصادر بتاريخ 1975/09/30.

2- قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر، العدد 41، الصادر بتاريخ 27 يونيو2004.

3-قانون رقم 18-05 مؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق لـ 10 مايو سنة 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر، العدد 28، الصادر في 16 مايو 2018.

أ- تشريعات التجارة الإلكترونية

1. قانون المدني المصري رقم (131)، نشر هدا القانون في الوقائع المصرية، العدد (108) مكرر أ، الصادر بتاريخ 29 تموز 1948.
2. قانون رقم 76-43، يتضمن القانون المدني الأردني، ج.ر، العدد 2645، الصادر بتاريخ أب 1976.
3. قانون التجارة الإلكترونية المصري لسنة 2001 الصادر عن رئاسة مجلس الوزراء، مركز المعلومات وجهاز دعم اتخاذ القرار، لجنة تنمية تكنولوجيا العام لسنة 2001.
4. قانون رقم 2001- 85، مؤرخ بتاريخ 2001/12/11، يتعلق بقانون المعاملات الإلكتروني الأردني، ج.ر، عدد 4524، الصادر بتاريخ 2001/12/31.

فهرس المحتويات

مقدمة .....أ

الفصل الأول الإطار المفاهيمي للعقد الإلكتروني في لتجارةالإلكترونية.....6

المبحث الأول خصوصية مفهوم العقد الإلكتروني في التجارة الإلكترونية 7

المطلب الأول تعريف العقد الإلكتروني 7

الفرع الأول التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني 8

الفرع الثاني التعريف القانوني للعقد الإلكتروني..... 10

أولا: تعربف العقد الالكتروني في كل من القانون المصري والأردني 11

ثانيا: تعريف العقد الالكتروني في القانون الجزائري 11

المطلب الثاني الطبيعة القانونية لعقود التجارة الإلكترونية..... 13

الفرع الأول العقد الإلكتروني من العقود الرضائية (عقد مساومة) 13

الفرع الثاني العقد الإلكتروني من عقود الإذعان..... 15

المطلب الثالث تمييز العقد الالكتروني عن غيره من الأنظمة المشابهة له 17

الفرع الأول تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود بحسب طريقة التعاقد 17

أولا: التعاقد الالكتروني والتعاقد التقليدي..... 17

ثانيا: التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق التليفون..... 19

ثالثا: التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق التليفزيون..... 19

رابعا: التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق الفاكس والتلكس 20

خامسا: التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق الكتالوج 20

الفرع الأول تميز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود المرتبطة به في البيئة الإلكترونية 21
أولا: عقد الدخول إلي شبكة الانترنت (عقد الاشتراك في الانترنت)..... 22
ثانيا: عقد التوطين أو عقد الإيواء(عقد الإيجار المعلوماتي) 23
ثالثا: عقد الإنشاء الافتراضي 23
رابعا: عقد الاشتراك في بنوك المعلومات الالكترونية 24
خامسا: عقد إنشاء الموقع 24
المبحث الثاني خصوصية أركان العقد الالكتروني في التجارة الالكترونية 25
المطلب الأول خصوصية ركن الرضا 26
الفرع الأول الإيجاب في العقد الالكتروني..... 26
أولا: تعريف الإيجاب الالكتروني..... 26
ثانيا: كيفية عرض الإيجاب 28
الفرع الثاني القبول في العقد الالكتروني 29
أولا: تعريف القبول الالكتروني وشروطه..... 30
ثانيا: صور القبول الالكتروني 32
الفرع الثالث محل السكوت كتعبير عن القبول الإلكتروني..... 33
المطلب الثاني خصوصية المحل والسبب..... 35
الفرع الأول خصوصية المحل في العقد الالكتروني 36
أولا: أن يكون موجودا أو قابلا للوجود..... 36

ثانيا: أن يكون المحل معينا أو قابلا لتعيين 37

ثالثا: أن يكون مشروعا..... 37

الفرع الثاني خصوصية السبب في العقد الالكتروني 38

الفصل الثاني: قيام المسؤولية العقدية للعقد الإلكتروني في مجال التجارة الإلكترونية 42

المبحث الأول أركان المسؤولية العقدية للعقد الإلكتروني في ظل التجارة الإلكترونية..... 43

المطلب الأول ركن الخطأ 43

الفرع الأول المقصود بالخطأ..... 44

الفرع الثاني الخطأ في العقد الإلكتروني 46

الفرع الثالث صور الخطأ العقدي الإلكتروني..... 48

المطلب الثاني ركن الضرر 49

الفرع الأول المقصود بالضرر..... 49

الفرع الثاني الضرر في العقد الإلكتروني 50

الفرع الثالث صور الضرر الإلكتروني..... 51

المطلب الثالث العلاقة السببية 53

الفرع الأول المقصود بالعلاقة السببية 54

الفرع الثاني ركن العلاقة السببية بين الخطأ والضرر 55

المبحث الثاني جزاء قيام المسؤولية العقدية للعقد الإلكتروني في التجارة الإلكترونية 59

المطلب الأول التعويض الإلكتروني وصوره..... 59

الفرع الأول تعريف التعويض الالكتروني 60

أولا: تعريف التعويض الالكتروني فقها 60
ثانيا: تعريف التعويض الالكتروني تشريعا 61
الفرع الثاني صور التعويض الإلكتروني. 63
أولا: التعويض النقدي والعيني. 64
ثانيا:التعويض بالمقابل 66
المطلب الثاني تقدير التعويض 67
الفرع الأول التعويض الاتفاقي الإلكتروني 68
أولاً: تعريف الشرط الجزافي 68
ثانياً: أهمية الشرط الجزافي 69
ثالثاً: سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي. 71
الفرع الثاني التعويض القانوني 72
الفرع الثالث التعويض القضائي الإلكتروني 73
الفرع الرابع الإعفاء من التعويض عن الضرر 75
خاتمة 78
قائمة المصادر والمراجع 81