جامعة خنشلة عباس لغرور

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

حرية التعاقد في العقد الإلكتروني

اطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه ل م د في الحقوق

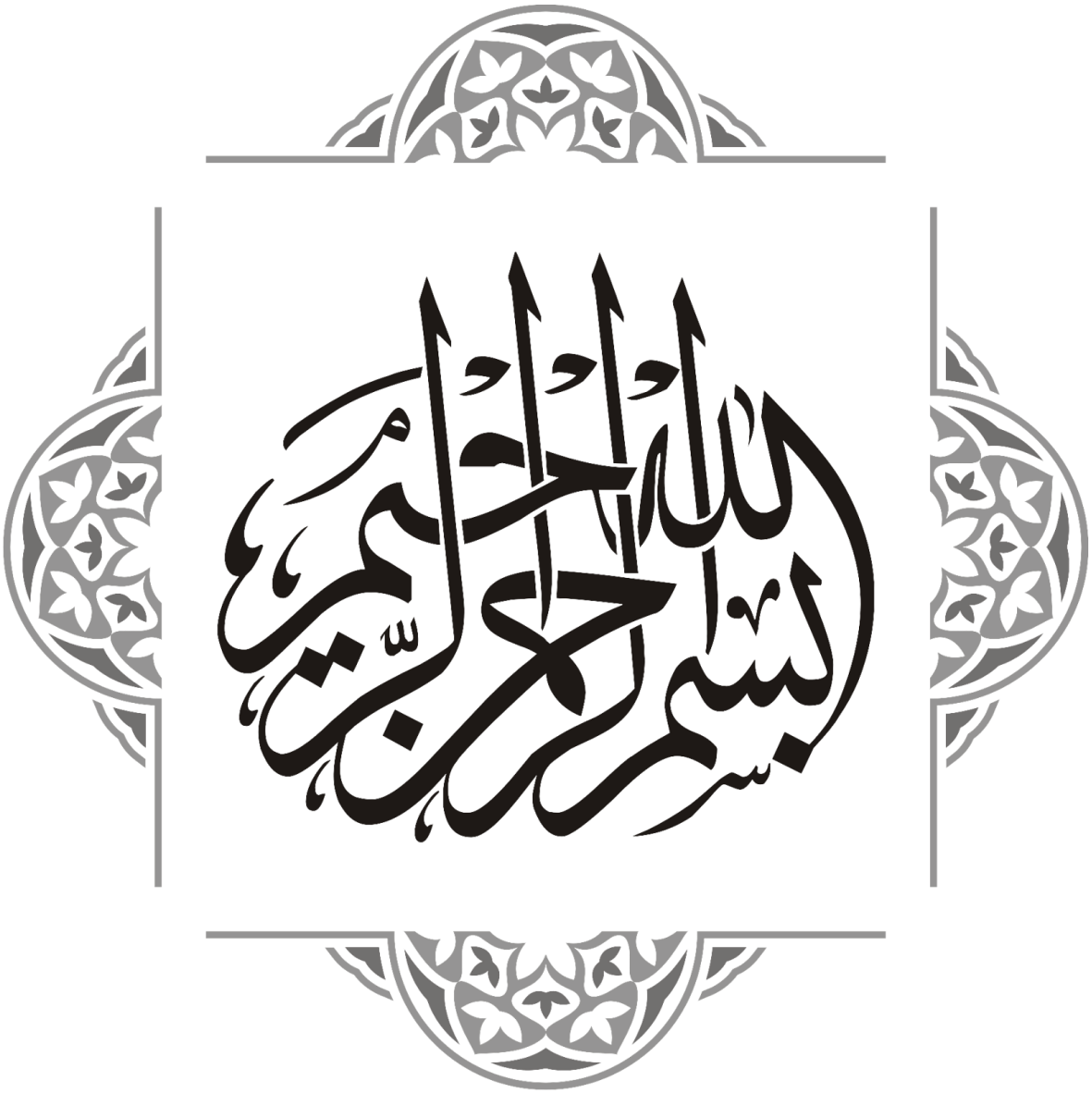
تخصص قانون مدني

إعداد الطالبة الباحثة: لينة بوهنتالة

تحت إشراف: ا.د زواقري الطاهر

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
اونيسي ليندة	أستاذ التعليم العالي	عباس لغرور – خنشلة–	رئيسا
زواقري الطاهر	أستاذ التعليم العالي	عباس لغرور – خنشلة–	مشرفا ومقررا
بوزيد وردة	أستاذ محاضرة_أ_	عباس لغرور – خنشلة–	عضوا ممتحنا
عيساوي عادل	أستاذ محاضر _أ_	عباس لغرور – خنشلة–	عضوا ممتحنا
بولقصيبات احمد	أستاذ محاضر _أ_	باتنة –1–	عضوا ممتحنا
مقراني جمال	أستاذ محاضر _أ_	ام البواقي	عضوا ممتحنا

السنة الجامعية: 2024/2023 م


بسم الله الرحمن الرحيم

اهداء

"أهدي هذه الأطروحة إلى الوالدين الكريمين حفظهما الله، اخوتي

كل باسمه زملائي وأصدقائي الأعزاء، ولكل من قدم لي الدعم

والمساعدة خلال هذه الرحلة البحثية. بفضلكم و ثقتكم، تحققت

هذه الإنجازات. أنتم مصدر إلهامي وقوتي، وأنا ممتنة لكم

جميعًا"

بوهنتالة لينة

شكر

الحمد لله حمدا كثيرا مباركا فيه كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه ان وفقني لاتمام هذا العمل بفضله وبركته

بودي أن أعبِّر عن امتناني العميق لمشرفي الاستاذ الدكتور زواقري الطاهر وأعضاء هيئة التدريس بكلية الحقوق خنشلة الذين قدموا لي التوجيه والإرشاد طوال فترة إعداد هذه الأطروحة .

كما أشكر كل من ساعدني في اتمام هذا العمل، أصدقاءً وزملاء أو أفراد من الأسرة والأحباء. كان دوركم مهما في تشجيعي ودعمي على مدار هذه الرحلة.

شكرًا لكم على الثقة والتشجيع المستمر، وعلى المساندة والدعم الذي لا يقدر بثمن.

بوهنتالة لينة

المختصرات

د ط: دون طبعة

د س: دون سنة

ص: صفحة

ج ر: جريدة رسمية

ق م ج: قانون مدني جزائري

ق م ف: قانون مدني فرنسي

ق م م: قانون مدني مصري

ق ا م ا: قانون الإجراءات المدنية والإدارية

op ; cit : ouvrage déjà cité

Vol: Volume.

N°: Numéro

sp: sans page

SA: sans année

E.U: European Union.

PIPEDA : اللائحة العامة لحماية البيانات العامة

BGB : القانون المدني الألماني

GDPR : اللائحة العامة لحماية البيانات العامة

CCPA : قانون الخصوصية الالكترونية للمستهلك

مقدمة

(أولا) تقديم:

تشهد التكنولوجيا في عصرنا الحديث تطورًا سريعًا وثورة رقمية متسارعة تؤثر بشكل كبير على كافة جوانب الحياة، بما في ذلك المجال القانوني، ومن بين الجوانب القانونية التي تتأثر بهذه التحولات التكنولوجية، تبرز العقود الإلكترونية كأداة رئيسية لإقامة العلاقات التجارية والتعاقدية عبر الإنترنت، وفي هذا السياق، تثير مسألة حرية التعاقد في العقد الإلكتروني اهتمامًا متزايدًا، حيث تنطوي على تحديات قانونية وأخلاقية تستدعي البحث والتحليل الشامل .

ولما كانت حرية التعاقد واحدة من الحقوق الأساسية التي تضمنها العديد من النظم القانونية حول العالم، وكما تمثل هته الحرية قاعدة أساسية للعلاقات التجارية والمعاملات الشخصية، حيث يمكن للأفراد والكيانات التجارية أن يختاروا الالتزامات القانونية التي يرغبون فيها، ومع ظهور وتقدم التكنولوجيا والتحول الرقمي، أصبحت العقود الإلكترونية جزءًا لا يتجزأ من هذا السياق.

ثم انه بدخولنا عصر الرقمنة والتقدم التكنولوجي المتسارع، أصبح للتكنولوجيا تأثير كبير على العقود والتعاملات القانونية، فالإمكانيات الجديدة والفرص الواسعة التي أتاحها العصر الرقمي لتنفيذ العقود الإلكترونية والتعاملات الرقمية لم تأتِ دون تحديات ومشكلات تستلزم التفكير القانوني والتشريعي، فتقدم التكنولوجيا بخطى سريعة مكن الأطراف من إبرام الصفقات عبر الإنترنت، و سهّل الوصول إلى المعلومات والتفاوض على الشروط بسرعة وفعالية، ومع ذلك، تظهر تحديات قانونية وأمانية واضحة تتعلق بالثقة القانونية، وصحة وسلامة العقود الإلكترونية.

من الجوانب الهامة للدراسة هو فهم تأثير هذه التطورات التكنولوجية على حرية التعاقد. فالحرية في تحديد شروط العقود ومرونة تنفيذها عبر الوسائل الرقمية تشكل أساساً لحقوق المتعاقدين، غير انه مع التطور التكنولوجي، تظهر مشاكل تتعلق بالتحقق والتأكد من الهوية،

الأمان، وسلامة العقود، ما يؤدي إلى تحديات قانونية لتحقيق توازن مناسب بين الحرية والمسؤولية.

فضلاً عن قضايا أخرى تشمل تأثير التوقيع الرقمي والدليل الرقمي على صحة العقود، وكيفية تحقيق الحماية الشخصية والقانونية للأطراف في العقود الرقمية، هذا يستدعي دراسة متعمقة للتأثير القانوني والتشريعي لتكنولوجيا العقود الإلكترونية وسبل حماية حقوق المتعاقدين في هذا السياق المتغير بسرعة.

إن فهم تأثير التكنولوجيا على حرية التعاقد يعد أمرا حيويا، فهو يلقي الضوء على الإشكاليات القانونية والأمانية التي يجب معالجتها لتعزيز الثقة في العقود الرقمية والحفاظ على التوازن الصحيح بين الحرية والمسؤولية.

هذا الموضوع يتطلب دراسة عميقة وشاملة للتحديات والفرص التي تنشأ من التعاقد الإلكتروني، بالإضافة إلى تحليل الجوانب القانونية المتعلقة به، في هذا السياق، تهدف هذه الأطروحة إلى استكشاف أهمية توفير البيئة القانونية الملائمة لحماية حرية التعاقد في العقود الإلكترونية وتقديم توصيات تعزز هذه الحرية مع مراعاة مصالح الأطراف المتعاقدة وضمان الأمان الرقمي.

ولأجل هذا جاءت دراستنا الموسومة بحرية التعاقد في العقد الالكتروني

(ثانيا) اهمية الدراسة:

تتناول هذه الأطروحة موضوع حرية التعاقد في العقد الإلكتروني، والذي يعد موضوعًا ذا أهمية بالغة في الوقت الحاضر. يأتي هذا البحث في ضوء التحولات التكنولوجية والتقدم الرقمي الذي يشهده عصرنا الحالي، حيث أصبحت العقود الإلكترونية جزءًا أساسيًا من الحياة التجارية والتعاقدية .

تحظى العقود الإلكترونية بشهرة متزايدة بسبب مزاياها العديدة، فهي توفر سهولة وسرعة في عملية الإبرام والتوقيع على العقود، وتمكن الأطراف من الوصول إلى العروض والتفاصيل اللازمة لاتخاذ القرارات بشكل مستقل. بالإضافة إلى ذلك، تتيح العقود الإلكترونية التعاقد عبر الحدود وتوسيع نطاق الأعمال والتجارة العالمية، من الجوانب الأكثر أهمية لهذا الموضوع هو تأثيره على حرية التعاقد، فحرية التعاقد تُعَدُّ أساسًا للنظام القانوني المدني، وتعكس حق الأفراد والشركات في تحديد شروط العقود التي يرغبون في إبرامها وتشكيل إرادتهم التعاقدية، وبالتالي، ينبغي أن يتمتع المتعاقدون بنفس درجة الحرية والمرونة في التعاقد عبر الإنترنت كما في التعاقدات التقليدية.

ومع ذلك، تطرح العقود الإلكترونية تحديات جديدة تتعلق بحماية حقوق المستهلك وتأمين الخصوصية والأمان الإلكتروني، إضافة إلى التحديات القانونية المتعلقة بتوثيق وثبوت العقود وسلامتها القانونية، ومشكلة تنازع القوانين وانعقاد الاختصاص القضائي، لذا، يصبح من الضروري دراسة وتحليل مبدا حرية التعاقد في العقود الالكترونية.

(ثالثا) الاشكالية:

ان دراسة موضوع حرية التعاقد في العقد الالكتروني يفرض تسليط الضوء على جوانب متعددة للإحاطة بالموضوع، وبناء على هذا نطرح التساؤل التالي: "**ما مدى تأثير القيود المفروضة على حرية التعاقد الإلكتروني على ممارسة حرية التعاقد للأفراد والكيانات التجارية في العقود الإلكترونية، وكيف يمكن توجيه هذا التأثير نحو تحقيق التوازن الامثل بين الحرية الشخصية والأمان الرقمي للمتعاقدين؟**"

وتم اشتقاق بعض الإشكاليات الفرعية تسهيلا لمسار الإجابة عن الإشكالية السابقة كالتالي:

-كيف يتم تنظيم العقود الإلكترونية وتحديد طرق الاثبات والتأكد من صحتها؟

-ماذا يقصد بحرية التعاقد في مجال العقود الالكترونية؟

–ما هي القيود المشروعة التي يمكن فرضها على حرية التعاقد في العقود الإلكترونية، وحدود حرية التعاقد في التشريعات والأنظمة القانونية المختلفة؟

– كيف يؤثر البعد الدولي والعابر للحدود على حرية التعاقد في العقود الالكترونية والمنازعات التي تطرأ عليها؟

(رابعا) أسباب اختيار الموضوع:

الاسباب الذاتية لاختيار دراسة موضوع "حرية التعاقد في العقد الالكتروني" تشمل:

1. اهتمام شخصي بمجال القانون والتكنولوجيا وكيفية تطبيقهما في العقود الإلكترونية.

2 .دراسة موضوع مثل حرية التعاقد في العقد الإلكتروني يمكن أن يساهم في تطوير مهارات البحث والتحليل القانوني.

الأسباب الموضوعية وتشمل:

1 .أهمية قانون العقود الإلكترونية: العقود الإلكترونية تلعب دورًا حيويًا في الأعمال والتجارة الحديثة، ومن ثم تحظى بأهمية كبيرة من الناحية القانونية.

2 . اتجاهات السوق: القانون المتعلق بالعقود الإلكترونية يصبح أكثر أهمية في العالم الرقمي، مما يمنح هذا الموضوع أهمية كبيرة من وجهة نظر السوق.

3. التأثيرات على الأفراد والشركات: قوانين العقود الإلكترونية تؤثر على كل من الأفراد والشركات وطريقة ابرامهم للعقود الالكترونية، ودراستها يمكن أن تكشف عن التحديات والفرص في هذا السياق.

(خامسا) منهج الدراسة:

تم اعتماد المنهج الاستدلالي في إعداد هذا البحث، باعتبار البحوث القانونية تؤسس عليه من خلال إعمال أدواته المتمثلة في التحليل باعتبارها الانسب للوقوف على حقيقة المواد القانونية

ومعرفة مكامن القوة ومواضع الخلل فيها، وكذا أداة المقارنة من خلال اللجوء لبعض النماذج الدولية لمعرفة مدى مواكبتنا لمستجدات العقد الالكتروني إضافة الى مكنة الوصف باعتباره يُسهم في التعمق في الإشكالية المطروحة. وتم ذلك من خلال جمع المعلومات ودراستها بعناية، مما سمح بتحديد جوانب الموضوع بشكل مركزي بهدف تحقيق فهم دقيق وشامل له، وضبط مفاهيم بعض المصطلحات وتوضيحها بشكل مفصل في بعض النقاط التي استدعت ذلك.

(سادسا) اهداف الدراسة:

فيما يلي بعض الأهداف المسطرة لدراسة موضوع الحرية التعاقدية في العقد الإلكتروني:

1. تحديد مفهوم الحرية التعاقدية: أحد الأهداف الرئيسية لدراسة الحرية التعاقدية هو تحديد مفهومها والعوامل المؤثرة فيها. واستكشاف الأسس القانونية والفلسفية للحرية التعاقدية وكيف ينعكس ذلك على العقود الإلكترونية.

2. تحليل قواعد الحرية التعاقدية في العقد الإلكتروني: من خلال دراسة التشريعات والقوانين القائمة التي تنظم العقود الإلكترونية وتحليل كيفية تطبيق مبدأ الحرية التعاقدية في هذا السياق، و التحديات القانونية والتقنية التي تواجه الحرية التعاقدية.

3. تحليل تأثير التطور التكنولوجي والتحول إلى العقود الإلكترونية على مفهوم الحرية التعاقدية، مثل تأثير العوامل التقنية كالوسائل الالكترونية والتوقيع الإلكتروني على حرية الأطراف في تحديد شروط العقد والتعاقد الإلكتروني بشكل عام.

4. دراسة الأطر القانونية المتعلقة بالحماية القانونية للمتعاقدين في العقود الإلكترونية، وذلك من خلال تحليل تشريعات الحماية المتاحة في القوانين الوطنية والدولية وتقييم فعاليتها في ضمان حرية التعاقد وحماية حقوق الأطراف.

5. دراسة التحديات القانونية والتقنية للحرية التعاقدية في العقد الإلكتروني: حيث يتم استكشاف التحديات القانونية والتقنية التي تواجه تحقيق الحرية التعاقدية في العقود الإلكترونية، مع تناول قضايا مثل التحقق من الهوية، والتوافق القانوني للعقود الإلكترونية في القوانين الوطنية والدولية.

(سابعا) الصعوبات:

في إطار دراسة موضوع الحرية التعاقدية في العقد الإلكتروني واجهت بعض الصعوبات التي كان أهمها ما يلي:

1. التعقيد: يعتبر موضوع الحرية التعاقدية في العقد الإلكتروني موضوعًا معقدا ومتعدد الجوانب، فهو يتطلب فهمًا عميقًا لقوانين الالتزامات والقوانين المتعلقة بالعقود الإلكترونية والتحول التكنولوجي المستمر، من الصعب معالجة هذا الموضوع بشكل شامل واستيعاب جميع الجوانب القانونية والتقنية المرتبطة به.

2. التطور التكنولوجي السريع: تقنيات وأدوات العقود الإلكترونية تتطور بسرعة، مما يعني من الصعب مواكبة آخر التطورات في هذا المجال، صعوبة مواجهة التحديات التقنية المستمرة والتعامل مع التطورات الجديدة التي قد تؤثر على الحرية التعاقدية في العقود الإلكترونية.

3. التحديات القانونية المتعددة: تنظم العقود الإلكترونية بواسطة مجموعة متنوعة من القوانين والتشريعات المحلية والدولية، فالموضوع يواجه التحديات القانونية المتعددة في مجال العقود الإلكترونية، مثل اختلاف التشريعات بين البلدان والمناطق القانونية المختلفة، وعدم توافق بعض النصوص القانونية مع التكنولوجيا الحديثة، إضافة الى صعوبة في تحليل وتفسير هذه القوانين المتعددة وتطبيقها على العقود الإلكترونية وتحديد القانون الواجب التطبيق في حالات النزاع.

4. تحليل الدراسات السابقة: إجراء مراجعة شاملة للدراسات والأبحاث السابقة في مجال الحرية التعاقدية يتطلب وقتًا وجهدًا لتحليل الأبحاث والنتائج وتحديد الثغرات والفرص للمساهمة في هذا المجال.

(ثامنا) الدراسات السابقة:

- خالد ممدوح ابراهيم، إبرام العقد الالكتروني، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2011.

يتناول الكتاب العقد الإلكتروني من حيث وسيلة إبرامه الرقمية و دون حاجة إلى التواجد المادي للأطراف أي عدم وجود مجلس للعقد حقيقي بل افتراضي فقط، فهو بذلك يندرج ضمن طائفة العقود المبرمة عن بعد، حيث يتم تبادل الإيجاب والقبول عبر شبكة الإنترنت لذلك فهو فوري ومعاصر. والعقد الإلكتروني تعتمده التجارة الإلكترونية كأساس لها ويرتبطان ارتباطا وثيقا، إلا أن وجه الاختلاف بينهما يكمن في الوسيلة التي ينعقد بها كل واحد منهما، فالعقد الإلكتروني يستوجب الطريقة الإلكترونية عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد.

- محمد شوقي محروس، **العقد الالكتروني في ضوء الإرادة والحماية**، ط 01، دار الوفاء للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2019
- بوعروج شعيب، تقييد الحرية التعاقدية لمصلحة المستهلك، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 30 العدد 03 ديسمبر 2019

يبحث المقال التدخل القانوني في عقود الاستهلاك في الجزائر، حيث يعمد إلى تقييد حرية الطرف القوي (المتدخل) في هذه العقود. هذا التدخل القانوني يهدف إلى تحقيق التوازن في العلاقات التجارية بين المستهلك والمتدخل، حيث يُنظر إلى المتدخل على أنه الطرف القوي نتيجة لقوته الاقتصادية، وان الهدف من هذا التدخل هو حماية

المستهلك الذي يُعتبر الطرف الأضعف في هذه العلاقة، ومن ثم يتساءل الباحث عن فعالية هذا التدخل في حماية حقوق المستهلك.

- بيلامي سارة، **نطاق حرية التعاقد في ظل تطور قانون العقود**، مجلة البحوث في العقود وقانون الاعمال، العدد الخامس، ديسمبر 2018

المقال يناقش تأثير التقدمات الاقتصادية والتكنولوجي الحديث على النظريات القانونية الكلاسيكية المتعلقة بحرية التعاقد وسلطان الإرادة، حيث يلاحظ أن نظرية حرية التعاقد، التي كانت تُعتبر الأساس في العقود التقليدية، لم تعد كافية للتكيف مع التعقيدات الحديثة للصفقات والمعاملات القانونية.

و يشير إلى أن الاقتصاد الحر في معظم دول العالم أدى إلى ظهور صياغات عقدية تقنية وقانونية معقدة. ونتيجة لذلك، قامت العديد من الدول بتنظيم حرية التعاقد من خلال فرض قيود والتزامات للحد من سلبيات الحرية المطلقة للتعاقد.

(تاسعا) تصميم خطة البحث:

تم الاعتماد في هذا البحث على خطة تتكون من أربعة فصول كالتالي:

الفصل الأول: البناء القانوني للعقد الالكتروني

الفصل الثاني: البناء الماهوي لحرية التعاقد

الفصل الثالث: القيود المفروضة على حرية التعاقد الالكتروني

الفصل الرابع: الإطار التشريعي والقضائي المطبق على منازعات العقد الالكتروني

وخلصنا في الخاتمة الى اهم النتائج التي توصلنا اليها قصد الإجابة على الإشكالية، وبناء على ذلك خلصنا الى بعض التوصيات

الفصل الأول:

البناء القانوني للعقد الالكتروني

يمثل العقد جوهر القانون المدني، وهو في الواقع حجر الزاوية في أي مجتمع ، بدونه لا تحدث علاقات وروابط بين المواطنين، وبالتالي فهو يعتبر حالًيا أداة قانونية فعالة لتنظيم سلوك جميع أفراد المجتمع، ويعتبر مؤسسة قانونية تضبط المراكز القانونية، وذلك من خلال تحديد أدوار كل طرف ضمن هذه المؤسسة، وتبيان الالتزامات المترتبة عليهم، ولذلك فهذه المؤسسة لا تكون واقعا إلا من خلال استيفاء مقتضيات البناء القانوني، والذي قد يكون بالطريقة الكلاسيكية المباشرة أو من خلال توظيف البعد الرقمي، وهو ما يستوجب منا الوقوف على الحقيقة المفاهيمية للعقد الالكتروني لبيان جوهره وتمييزه عن غيره من المصطلحات التي قد يلتبس بها، ومن ثمة بيان طريقة تكوينه.

ولأجل ذلك قمنا بتفريع هذا الباب وفق مبحثين على النحو التالي:

- **المبحث الأول: ماهية العقد الالكتروني**
- **المبحث الثاني: قواعد تكوين العقد الالكتروني**

المبحث الأول: البناء المفاهيمي للعقد الالكتروني

تعتبر المفاهيم عملية أساسية لتنظيم المعارف القانونية والوصول لجوهر المصطلحات، ولذلك ينبغي تبيان مفهوم العقد الالكتروني من خلال التطرق إلى مفهومه **(المطلب الأول)** ثم بيان خصوصيته بتمييزه عن غيره من العقود المتداولة تقليديا، وكذا المشابهة له من ناحية الإبرام عن بعد **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: ماهية العقد الالكتروني

تتباين مصادر تعريف العقد الالكتروني تبعا للواقفين على تحديده، فنجد التعريفات الفقهية للعقد الالكتروني باعتبار الفقه أساس بيان المؤسسات القانونية والمصطلحات القانونية، كما نجد التعريفات القانونية رغم أنه ليس من مهام المشرع إعطاء التعاريف لما في ذلك من تقييد لتطور هذه المؤسسات **(الفرع الأول)**، وتبعا لهذه التعريفات تتحدد الخصائص المرتبطة بهذا العقد **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: مفهوم العقد الالكتروني

سنحاول من خلال هذا الفرع بسط النظر في المفاهيم المسندة للعقد الالكتروني سواء من الناحية أو القانونية من الناحية الفقهية.

(اولا) المفهوم القانوني:

لقد حاولت بعض القوانين سواء عبر المواثيق الدولية أو القوانين بعد تبنيها للعقد الالكتروني أن تضع تعريف له، وذلك على النحو التالي:

(01) في المواثيق الدولية:

توفر **اتفاقية الأمم المتحدة**[1] بشان استخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية (قانون الاونسيترال النموذجي بشان التجارة الالكترونية) لسنة 1996 إطارا قانونيا للاعتراف بالعقود الالكترونية واستخدامها في التجارة الدولية ، فقد عرفت العقد الالكتروني بأنه: "عقد يتم تكوينه عن طريق الاتصالات الالكترونية بين الأطراف"، وعرفت تبادل البيانات الالكترونية في المادة الثانية بأنه: "نقل المعلومات الكترونيا من حاسوب إلى حاسوب أخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات"، وتعقيبا على هذا التعريف وجب القول أنه من الخطأ منهجيا تعريف الشيء بنفسه، فكان الأفضل أن يُوظف التعريف مصطلح اتفاق بدل عقد، كما أن العقد لا ينشد مجرد تبادل البيانات، ولكنه يسعى لأحداث أثر قانوني يتمثل في التزامات متبادلة بين الطرفين على وجه الإلزام.

أما على مستوى **الفضاء الأوربي**[2] فقد كان ثمة محاولات عديدة لتعريفه، فعرفه التوجيه الأوروبي رقم 07/97 بأنه: أي عقد بالسلع أو الخدمات تم إبرامه بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم خدمات التي ينظمها المورد، وذلك باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الالكترونية بدون الحضور المادي والمتزامن للمورد والمستهلك حتى إتمام التعاقد بين الأطراف"[3].

---

[1] *UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce (1996) with additional article 5 bis as adopted in 1998*

الغرض من هذا القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية (القانون النموذجي) التمكين من مزاولة التجارة باستخدام وسائل إلكترونية وتيسير الأنشطة التجارية من خلال تزويد المشرعين الوطنيين بمجموعة قواعد مقبولة دوليا ترمي إلى تذليل العقبات القانونية وتعزيز القدرة على التنبّؤ بالتطورات القانونية في مجال التجارة الإلكترونية

[2] أصدر الاتحاد الأوربي عدة توجيهات منشورة في الجريدة الرسمية الخاصة بالاتحاد الأوروبي، والتي تتعلق أساسا بالتعاقد الالكتروني والتجارة الالكترونية بدء من التوجيه الأوروبي رقم97/7 المتعلق بحماية المستهلك في التعاقد عن بعد، والتوجيه الأوروبي 1997/489 الخاص بوسائل الدفع الالكتروني، وكذلك التوجيه الأوروبي 1999/93 المتعلق بالتوقيع الالكتروني، والتوجيه الأوروبي 2000/31 بشأن التجارة الالكترونية، والتوجيه 2002/65 المنظم للعقود المتعلقة بأداء الخدمات المالية عن بعد.

[3] *contrat à distance: tout contrat concernant des biens ou services conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestations de services à distance organisé par le fournisseur, qui, pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat, y compris la*

كما عرفه توجيه العقود الأوروبي لسنة 2000[1] بأنه: "عقد مبرم بين الأطراف عن بعد بوسائل الكترونية" غير أنه يُعاب على هذا التعريف انه قصر مجال التعاقد الالكتروني على العقود المتعلقة بالبضائع والخدمات رغم أن مجال العقود الالكترونية واسع مثله مثل العقد العادي.

(02) في القوانين الداخلية للدول: نظرا لشيوع التعاقد الالكتروني، وانتشاره السريع بين الأفراد، فقد بادرت العديد من الدول إلى إصدار تشريعات خاصة تتعلق بالتعاقد الالكتروني[2] وضمنت فيها تعريفا للعقد الالكتروني، ورغم الفروق التي قد تلاحظ على صياغة هذه التعاريف إلا أنها تتفق في جوهرها على أنه: اتفاق يتم إبرامه بين طرفين أو أكثر الكترونيا، ففي **الولايات المتحدة الأمريكية**، يعرف قانون التوقيع الالكتروني العالمي العقد الالكتروني بأنه: "عقد يتم تكوينه بين الأطراف من خلال استخدام التقنيات الالكترونية للتواصل أو التعامل"[3].

أما **المشرع الفرنسي** فقد عرفه في تقنين الاستهلاك بالضبط في المواد L16.121 ، بأنه: "بيع للسلع أو تقديم للخدمات يتم إبرامها دون التواجد المادي المتزامن للأطراف بين المستهلك والمهني، حيث تستخدم حصرا أسلوب واحد أو أكثر من تقنيا التعاقد عن بعد"، ليعيد التنصيص عليه في تعديل القانون المدني لسنة 2016 بأنه عقد يتم تكوينه بوسائل الكترونية[4].

---

conclusion du contrat elle-même", vu: Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.

[1] Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce).

[2] إن هذه الاستجابة تمثل تجسيدا للقاعدة القانونية، التي تساير التطورات الاجتماعية وتتدخل لضبطها لضمان استقرار المراكز القانونية.

[3] The Electronic Signatures in Global and National Commerce Act (E-Sign Act)" Electronic Record"

– The term "electronic record" means a contract or other record created, generated, sent, communicated, received, or stored by electronic means.

[4] L'article 1369/01 de CCF dit: « voie électronique peut être utilisée pour mettre à disposition des conditions contractuelles ou des informations sur des biens ou services », Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016

ولم يختلف **القانون الإماراتي** رقم 2 لسنة 2002 الخاص بإمارة دبي عن هذا المسار في التعريف بنصه على أن العقد الالكتروني: "كل تعامل أو عقد أو اتفاق يتم إبرامه أو تنفيذه عن طريق رسالة البيانات الالكترونية الكترونية جزئيا أو كليا"[1]، ليتولى القانون رقم 2 لسنة 2002 المتعلق بالمعاملات والتجارة تعريف الرسالة الالكترونية بأنها: "معلومات الكترونية ترسل أو تستلم بوسائل الكترونية أيا كانت وسيلة استخراجها في المكان المستلمة فيه"

أما مشروع **قانون التجارة الالكترونية المصري** لسنة 2001 فقد عرفه بأنه: كل عقد تصدر فيه إرادة أحد الطرفين أو كلاهما أو يتم التفاوض بشأن هاو تبادل وثائقه كليا أو جزئيا عبر وسيط الكتروني[2]، ليعيد تعريفه بموجب قانون التوقيع الالكتروني بنصه في المادة الأولى فقرة (ب) على: "المحرر الالكتروني :رسالة تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج، أو تخزن، أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا بوسيلة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى مشابهة"[3].

أما على مستوى **التشريع الجزائري** فلم يشر المشرع إلى تعريف العقد الالكتروني في القانون المدني أو أي قانون آخر إلى غاية صدور القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية[4] حيث عرفه في المادة 6 بأنه: "العقد بمفهوم القانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على

---

[1] عبد العزيز غرم الله جار الله أل جار الله، **أحكام وضوابط العقود الالكترونية في الفقه الإسلامي والقانون**، الرياض، دار الكتاب الجامعي، 2017، ص 24.

[2] مشروع قانون ***التجارة الالكترونية المؤقت*** لسنة 2001

[3] القانون رقم 15 لعام 2004، المؤرخ: أفريل 2004، المتضمن ***قانون تنظيم التوقيع الالكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات***، المنشور في مجلة الوقائع المصرية، بتاريخ: 2004/04/22.

[4] القانون رقم 05/18 مؤرخ في 24 شعبان 1439 الموافق ل 10 مايو 2018، يتعلق ***بالتجارة الالكترونية***، جريدة رسمية، عدد 28، المؤرخ: 16 مايو 2018، ص 4.

الممارسات التجارية، الذي يتم إبرامه عن بعد ودون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا إلى تقنية الاتصال الالكتروني"[1].

وتأسيسا على استقراء التعريفات أعلاه يلاحظ على اغلبها أنها اتفقت على أن إبرام العقد الكتروني يتم عبر وسيلة اتصال رقمية أو الكترونية، فيما اختلفت حول كونه مقتصرا على التجارة الالكترونية أو كونه جامعا لمضامين العقود الأخرى.

أما نحن فنرى أن العقد الالكتروني اتفاق ملزم قانونا يتم بين إرادتين أو أكثر، بهدف أحداث أثر قانوني يتمثل في مجموع الالتزامات الملقاة على عاتق كل طرف من أطرافه بحيث ينشئ وينفذ ويخزن عبر وسائل الكترونية سواء على مستوى الوطني أو على المستوى الدولي.

(ثانيا) المفهوم الفقهي:

ذهب الفقه إلى إعطاء مفاهيم وتعريفات متعددة للعقد الالكتروني، حيث يمكن تقسيم هاته الاتجاهات إلى فريقين، فبينما درج **فريق** منهم إلى إعطاء مفهوم للعقد الالكتروني مرتبط أساسا بعمليات البيع والشراء وتقديم الخدمات عبر الوسائل الالكترونية، فنجد من عرفه بأنه: "التعامل المشتمل على ثلاث أنواع مختلفة من الصفقات هي تقديم خدمات مختلفة عبر الانترنت، والتسليم الالكتروني للخدمات؛ أي تسليم صفقات المنتجات الخدمية للمستهلك الالكتروني وهذا في شكل معلومة رقمية، وكذا استخدام الانترنت كقناة لتوزيع الخدمات وبيع السلع عبر الشبكة ليتم تسليمها للمستهلك في شكل الكتروني"[2]، ولما كان الطابع الدولي يغلب على العقد الإلكتروني، فقد ذهب آخرون إلى تعريفه بأنه : (العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات بقبول من أشخاص في دول أخرى وذلك من خلال الوسائط التكنولوجية المتعددة، ومنها شبكة المعلومات الدولية ،الإنترنت، بهدف إتمام العقد [3].

---

[1] المقصود هو القانون رقم 04-02 المنشور في الجريدة الرسمية عدد 41، المؤرخة: 27 يونيو 2004.

[2] ماجد محمد سليمان أبا الخيل، **العقد الالكتروني**، الرياض، مكتبة الرشد، 2009، ص 16.

[3] هالة مجدوب الربيع محمد، **أحكام التعاقد الالكتروني**، مذكرة ماجيستير، جامعة النيلين (السودان)، 2018، ص 08.

أما **الاتجاه الثاني** فاعتبر العقد الالكتروني "كل عقد يبرم بطريق الكتروني بغض النظر عن محتواه، وبذلك يكون العقد الالكتروني اتفاقا يتلاقى فيه الإيجاب مع القبول عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وهذا بوسيلة مرئية ومسموعة بفضل التفاعل الحاصل بين الموجب والقابل"[1]، كما يمثل أيضا "العقد المبرم عبر شبكة الانترنت"، ويلاحظ أن هذا التعريف حصر إبرام العقد الالكتروني عبر وسيلة واحدة هي الانترنت، وهناك من يرى أن: العقد الالكتروني هو: "ذلك العقد الذي يتم من خلال استخدام أدوات الانترنت في البيئة الالكترونية حيث يشمل مصطلح الكترونية في هذا السياق كل الأدوات المستخدمة أثناء إنشاء العقد أو تنفيذه"[2].

وبتحليل هذا الأخير فهو ينظر للعقد الالكتروني أنه عقد عادي، غير انه يكسب الطابع الالكتروني من الطريقة التي يبرم بها أو الوسيلة التي ينعقد بها، فينشا العقد من خلال تلاقي الإيجاب مع القبول بفضل التواصل بين أطرافه بوسيلة مسموعة أو مرئية عبر شبكة عالمية للاتصال عن بعد[3]، ويذهب البعض للقول أنه: "اتفاق يبرم كليا أو جزئيا من خلال تقنية الاتصال عن بعد دون حضور مادي ومتزامن لأطرافه حيث يتم التعبير عن الإرادة من خلال ذات الوسائط، وذلك بتفاعل أطرافه قصد إشباع حاجاتهم المتبادلة"[4].

وعطفا على ما سبق فإنه من منظورنا فإن العقد الإلكتروني ليس فئة مستقلة من العقود، ولا عقدا ابرم لسبب محدد واحد، ولكن بالأحرى له مفهوم مختلف، فمصطلح "العقد الإلكتروني" أو "العقد المُبرم إلكترونيًا" يشير إلى تلك العقود التي بصرف النظر عن طبيعتها

---

[1] امانج رحيم احمد، **التراضي في العقود الالكترونية**، ط 01، عمان، دار وائل للنشر، 2006، ص 69.

[2] S*özleşmeler Hukukunda Yeni Dőnem, Elektronik Sőzleşme Kavrami*, vu site: *https://www.universalhukuk.com/Sozlesmeler-Hukukunda-Yeni-Donem-Elektronik-Sozlesme-Kavrami#:~:text=ELEKTRON%C4%B0K%20S%C3%96ZLE%C5%9EMELER%20TANIMI,ifas%C4%B1nda%20kullan%C4%B1lan%20ara%C3%A7lar%C4%B1%20ifade%20etmektedir*, *Vu le : 12-08-2022*

[3] الرومي محمد امين، **التعاقد الالكتروني عبر الانترنت**، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2004، ص 48.

[4] عبد العزيز غرم الله جار الله أل جار الله، **المرجع السابق**، ص 49.

القانونية وموضوعها هي عقود يتم إبرامها لتحل محل اللغة الشفوية والمكتوبة، التي تسود التعاقد الخاص التقليدي وهذا من خلال لغة إلكترونية مواكبة لتدخل التكنولوجيا في مختلف المعاملات.

الفرع الثاني: أنواع العقود الالكترونية

يطرح التعاقد الإلكتروني عدة تحديات، أحدها تحديد أنواع العقود المستخدمة عند توقيع العقود المتفق عليها .تحليلها مهم لأن التعريف يتضمن تطبيق أنظمة حماية مختلفة للأطراف المتعاقدة.

بالنظر إلى الخصائص التي سنذكرها لاحقا فيما يتعلق بالتعاقد الإلكتروني، من الضروري تحليل أنواع العقود التي تحدث في التعاقد المباشر، حيث يمارس أحد الطرفين سيطرة أكبر من الآخر على الشروط المحتملة التي قد يحتوي عليها العقد.

(أولا) النوع الأول: من العقود هو تلك التي تتم عبر الإنترنت وتنفذ في العالم الواقعي، ويشمل ذلك الاتفاقيات التي تتم بين أفراد يتبادلون البيانات والمعلومات عبر الأنظمة الحاسوبية. مثال على ذلك هو عندما يتفق شخص (A) على توريد معدات أو سلع لشخص (B) عبر الإنترنت. هذه العقود تبنى على التفاوض الافتراضي ولكن تتطلب تنفيذًا في الواقع، حيث يجب توصيل المعدات الفعلية[1].

(ثانيا) النوع الثاني: من العقود هو تلك التي تتم وتنفذ بشكل كامل عبر الإنترنت، حيث يتفاهم المورد مع المستخدم عبر الشبكة الافتراضية ويتم تنفيذ الاتفاق دون الحاجة إلى تداخل بيئة مادية. على سبيل المثال، المورد يعرض خدماته عبر موقع الويب ويمكن للمستخدم الاشتراك

[1] مروان منصور نعيم زايد، **الطبيعة القانونية للعقود التجارية الالكترونية**، مقال منشور بتاريخ 23 مارس 2022 على الموقع https://www.awraqthaqafya.com تاريخ الاطلاع 12-10-2022

أو القيام بالمعاملات اللازمة بشكل إلكتروني دون الحاجة للقاء الواقعي أو توصيل سلع في العالم الحقيقي[1].

ثالثا: النوع الثالث: العقود النموذجية Standard lot: هو نوع من العقود المعدة سلفا، تنص فيه الشروط العامة على التزام الطرفين بالشروط الموضوعة ، حيث يتم الاصطلاح على صيغة أو نموذج، أو تضمينها في وحدة نمطية أو نموذج مصمم ليكون أساس العقود المبرمة في وقت لاحق[2] ، وما يميز هاته العقود ان التفاوض فيها يكون ضئيلا أو شبه منعدم بين الاطراف، وقد جاء في مبادئ التجارة الدولية (مبادئ اليونيدروا UNIDROIT 2004) تعريف الشروط النموذجية بأنها "تلك النصوص المعدة مسبقا لاستخدام العام والمتكرر من أحد الطرفين، والتي تستخدم بدون تفاوض مع الطرف الآخر[3]."

يستند هذا النمط من العقود إلى الاحتياجات الاقتصادية جديدة[4]، وتعتبر من اكثر انواع العقود الشائعة الاستعمال على شبكة الانترنت، فالعقود القياسية جعلت التعاقد الإلكتروني أكثر كفاءة، مما سمح بنشره على نطاق أوسع وبسرعة وبتكلفة أقل، كما انها تساهم في تقنين العادات التجارية، وتساهم في حل المشكلات المتعلقة بالعقود الالكترونية، لان واضعها غالبا يكون ذا خبرة في المجال وعلى مستوى من الدراية في التعاقدات الالكترونية[5] غير أن الملاحظ على هذا النوع من العقود هو غياب التفاوض بين الطرفين وفرض شروط الطرف الأقوى، وهو عادة الشخص الذي صاغ العقد، .كما تفتقر العقود النموذجية إلى المرونة ويصعب تكييفها مع الاحتياجات المحددة لكل حالة.

---

[1] مروان منصور نعيم زايد، المرجع السابق، تاريخ الاطلاع 12-11-22

[2] *Silva Barroilhet, Paula.Autonomy of the will, electronic contracting and consumer protection. Chilean Magazine of Computer Law. No.3 December 2003. p 124*

[3] محمودي مليكة، "**احتكار الإرادة، الحقيقة للوجه الجديد للتعاقد – نماذج عقود**–"، مجلة بحوث جامعة الجزائر، الجزء الأول، العدد: 14، سنة 2020، ص 186.

[4] تعتمد الشركات التجارية العقود القياسية، من خلال عرض سلعها وخدماتها ووضع نموذج للعقد يحتوي العناصر الجوهرية للعقد، ولا يكون في وسع العميل إلا اتباع الاجراءات الموضوعة.

[5] محمودي مليكة، **المرجع السابق**، ص 190.

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للعقود الالكترونية

إن خصوصية التعاقد عبر الوسائط الالكترونية تضفي طابعا خاصا على العقود الالكترونية، والتي وإن كانت لا تختلف في تركيبها أو مضمونها عن العقد العادي إلا أن طبيعة الوسيلة المستعملة في إبرام إبرامها يثير التساؤل حول طبيعتها القانونية هل هي عقود مساومة تخضع في تكوينها لمبدأ سلطان الإرادة والتراضي والمساواة بين إرادات الأطراف في تكوين العقد[1] أم أنها عقود إذعان لا مكان لحرية الأطراف في مما يستوجب عليا تحليل العقد الالكتروني لتحديد طبيعتها القانونية وذلك من جانبين:

(أولا) الطبيعة الإذعانية:

قبل الخوض في مدى إمكانية إدراج العقد الالكتروني ضمن عقود الإذعان، فانه يجب التطرق لبيان ماهية هده العقود، وخصائصها على ضوء القواعد العامة.

(01) مفهوم عقود الإذعان: هو عقد يُسَّلم فيه أحد طرفيه بالشروط الموضوعة من قبل الموجب، وهي شروط غير قابلة للمناقشة، وهذا يتعلق أساسا بسلعة أو خدمة أو مرفق ضروري، يكون محل احتكار من طرفه[2]، فحرية المتعاقد المذعن هنا تقتصر على قبول العقد أو رفضه[3]، ومن الأمثلة على هاته العقود، عقود النقل مع شركات الملاحة الجوية والبحرية، وعقود الاشتراك في خدمات الكهرباء والماء.

والتفرقة بين عقود الإذعان وعقود المساومة ذات أهمية بالغة، حيث تختلف القواعد التي تسري على كل من هاذين النوعين من العقود، فمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين يسري على عقود المساومة، بينما لا يمكن إعماله في عقود الإذعان، والتي يسري عليها قاعدة أن للقاضي تعديل

---

[1] خالد ممدوح ابراهيم، **إبرام العقد الالكتروني**، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2011، ص 86.

[2] خليل احمد حسن قدادة، **الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري**، ج1 مصادر الالتزام، ط 5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 27

[3] خليل احمد حسن قدادة، **الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري**، ج 01، مصادر الالتزام ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص.27

الشروط التعسفية للعقد، ويعفي منها الطرف المذعن، وفقا لما تقضي به العدالة، كما أن الشك يفسر لمصلحة المدين[1].

ويختلف الإيجاب والقبول في عقود الإذعان عنه في عقود المساومة، حيث يتميز في النوع الأول:

(أ) الإيجاب في عقود الإذعان: يأخذ شكلا معينا، يُحدد سلفا، ويعرض ككل على الطرف الآخر، ويشمل هذا الشكل في العادة التفاصيل الجوهرية، وشروطه، ولا يحتاج في المقابل سوى لقبول الطرف الثاني ليتم العقد، في الغالب يتم نشر الإيجاب ليطلع عليه الجمهور بصفة عامة، وتجهز العقود وتطبع مسبقا لتكون معدة للتوقيع[2].

(ب) القبول في عقود الإذعان: يقتصر على مجرد التسليم بالشروط الموضوعة سلفا من قبل الموجب، ولا مجال للمناقشة فيها.

(02) موقف الفقه من الطبيعة الإذعانية للعقود الالكترونية:

أما بالنسبة للعقود الالكترونية، ومدى كونها عقود إذعان، ففي ذلك رأيان مختلفان:

(أ) الاتجاه الأول: يذهب لاعتبار العقود الالكترونية عقود إذعان، ومن ذلك الفقه الانجليزي والفرنسي الحديث، الذي يرى أن عقود الإذعان، هي تلك العقود التي ينفرد بها طرف في وضع شروطه مسبقا، وفرضها على المتعاملين معه، خلافا للفقه التقليدي الذي يفترض وجود احتكار في سلعة ما، وهو ما ذهب إليه المشرع المصري الذي نص في المادة 18 من قانون التجارة الالكترونية على انه تعتبر العقود النمطية المبرمة الكترونيا، من عقود الإذعان، في مفهوم القانون، حيث يتم تفسيرها لمصلحة الطرف المذعن، ويجوز إبطال ما يرد فيها من شروط تعسفية، ويعد شرطا تعسفيا، كل شرط من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للعقد، وكل شرط يتضمن حكما لم يجر به العرف.

---

[1] المادة 110 من القانون المدني الجزائري

[2] امانج رحيم احمد، **المرجع السابق**، ص81.

هذا الاتجاه يبرر موقفه، بان اغلب العقود الالكترونية هي عقود معدة سلفا تتضمن تفاصيل التعاقد وشروطه في نماذج، وتعرض لمتصفحي الانترنت للتعاقد من خلال قبولها كما هي دون إمكانية التدخل أو التعديل في شروطها[1].

أما المشرع الجزائري فقد نص على الإذعان في المادتين 02 و110 من القانون المدني الجزائري والقانون 04/02[2] التي تنص على: أن كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه، يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبيه أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا.

وما يؤكد على كون العقود الالكترونية عقود إذعان هو أن المستهلك لا يملك خيار مناقشة أو طلب تعديل النماذج المعدة سلفا، بالإضافة إلى أن عدم تساوي أطراف العقد من حيث المعلومات حول محل العقد ما يؤدي إلى عدم التوازن العقدي لاختلاف المراكز القانونية للمتعاقدين[3].

ونظرا لهذا التكييف فإن هاته العقود تستدعي تدخل القانون لحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، والذي يتمثل في المستهلك في هاذ النوع من العقود لأنه الطرف الأقل خبرة ودراية بهذا المجال، وان قبوله لشروط المحترف كان بسبب حاجته للتعاقد، وعدم قدرته على مناقشة بنود العقد.

---

[1] بن السحيمو محمد الهادي، مهداوي عبد القادر، "**الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني**"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد: 07، العدد: 06، 2018، ص 369.

[2] القانون 04-02، **سبق ذكره**.

[3] رباحي احمد، **الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني**، مجلة الاكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، المجلد05 العدد 02، جويلية 2013، ص 101

وتكريسا لذلك فقد تدخلت معظم التشريعات لحماية المستهلك باعتباره الطرف المذعن، فأجازت للقاضي التدخل للحد من الشروط التعسفية للعقد الالكتروني، وكذلك فرضت على المهني التزامات في مواجهة المستهلك حماية منها لهذا الأخير، ومن ذلك واجب الالتزام بالإعلام، وهو الذي سنبينه في حينه.

(ب) الاتجاه الثاني: والذي يرفض إصباغ هذه العقود بالطابع الإذعاني، وإنما يجعل منها كغيرها من العقود القائمة على الرضائية، والتي يمكن فيها تحريك إرادة الأطراف بكل حرية، وهو الذي نتج عنه الرأي الثاني[1].

ثانيا: العقد الالكتروني عقد رضائي

يرى هذا الرأي أن العقد الالكتروني عقد مساومة كغيره من العقود الأخرى، حيث يعرف عقد المساومة بأنه: "العقد الذي يملك كل من طرفيه حرية مناقشة شروطه قبل إبرامه على قدم المساواة مع الطرف الآخر، ففي هذا النوع من العقود تتساوى حريات الأطراف في التعبير عن الإرادة والمساومة على شروط العقد ومضمونه"[2]، كما يعرف بأنه: "العقد الذي يملك كل من طرفيه حرية مناقشة شروطه قبل إبرامه على قدم المساواة مع الطرف الآخر"[3]، يرى أنصار هذا الاتجاه أن العقد الالكتروني لا يتوفر على شروط عقد الإذعان، خاصة الاحتكار والذي يعتبره أنصار هاذ الاتجاه شرطا أساسيا لاعتبار أي عقد إذعان، وأن غياب احتكار سلعة أو خدمة معينة يعني انه لا مجال للقول بالإذعان، فالمنافسة في هذا النوع من العقود موجودة، دور المستهلك لا يتمثل في مجرد قبول العرض أو رفضه، وإنما له حرية اختيار مورد آخر للتعامل معه.

---

[1] سهام خلف السلمي، هشام موفق عوض، **ضوابط الاختصاص القضائي الدولي في النظر في منازعات العقود الالكترونية في النظام السعودي (دراسة مقارنة)**، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، مصر، العدد 42، جوان 2023، ص 2343

[2] رباحي احمد، "**المرجع السابق**، 2013، 100.

[3] مصطفى الخطيب، **الموجز في النظرية العامة للالتزامات (نظرية العقد)** ، ط 2019، مطبعة قرطبة، المغرب، ص 40

وتأسيسا على هذه الحجج يستثني هذا الاتجاه كافة العقود الالكترونية من كونها عقود إذعان، ماعدا ما كان منها عقد إذعان في الواقع، كالعقود المبرمة الكترونيا بهدف التزود بالماء والكهرباء وغيرها من السلع والخدمات التي تتوافر فيها خاصية الاحتكار[1]، وهذا الاتجاه يتبنى الفكر التقليدي للاذعان المستند على ضرورة توافر عنصر الاحتكار، على عكس الاتجاه الحديث الذي ألغى توافر الاحتكار في السلعة أو الخدمة كشرط لقيام عقد الإذعان واكتفى بما أسلفنا ذكره.

المطلب الثاني: خصوصية العقد الالكتروني

إن القول بخصوصية العقد الالكتروني يستوجب منا عملية مركبة تقوم على بيان خصائصه التي تثبت ذاتيته **(الفرع الأول)**، ثم استثمارها في تمييزه عما قد يلتبس به سواء من العقود التقليدية أو المبرمة عن بعد وهو ما يمكننا من البرهنة عن استقلاليته عنها **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: خصائص العقود الالكترونية

يتميز العقد الالكتروني بمزايا إضافية عن العقد التقليدي، كسرعة تبادل الوثائق والمستندات، ما يمكن العاقدين من اختصار أهم عنصر لإبرام العقد وتنفيذه وهو الوقت الذي يعد عنصرا جوهريا في المعاملات التجارية خاصة، إلى جانب توفير الجهد[2]، تتعدد وتختلف خصائص العقد الالكتروني باختلاف زاوية النظر إليها.

(أولا) من حيث طريقة الانعقاد والتكوين:

(01) الانتماء إلى طائفة العقود التي تبرم عن بعد: حيث أن هاته العقود تبرم دون تواجد فعلي لأطرافها، فأبرز سمة للعقد الالكتروني تتمثل في كون مجلس العقد غير حقيقي

---

[1] رباحي احمد، **نفس المرجع**، ص 101.

[2] عبد الحي القاسم عبد المؤمن، "**مفهوم العقد الالكتروني وخصائصه**"، مجلة جامعة بخت العلمية، العدد الثالث عشر، ديسمبر 2014، ص207.

أو حكمي نظرا لان العقد يتم بوسائل اتصال رقمية وعن بعد دون الحضور المادي المتزامن للأطراف لتبادل الرضا بينهم[1]، ما يعني غياب العلاقة المباشرة بين الأطراف خلافا للعقد التقليدي أين يتم تبادل الإيجاب والقبول بوسائل تقليدية حيث يتم تبادل الإيجاب والقبول بطريقة مباشرة.

(02) توظيف الوسائط الرقمية في إبرام العقد: فالعقد الالكتروني لا يخرج في موضوعه عن سائر موضوعات العقود التقليدية، غير أن طبيعته تستلزم وسيلة مختلفة لأجل إتمام إبرامه،[2] فهو يتكون من خلال استخدام تقنيات الاتصال الالكترونية، مثل البريد الالكتروني، أو النماذج عبر الانترنت[3] وهته أهم خاصية تميز العقد الالكتروني عن العقود التقليدية التي تعتمد دعائم أخرى في التعبير عن الإرادة سواء لغوية أو كتابية، فالعقود الالكترونية تعتمد أساسا على شبكة الانترنت وملحقاتها لإبرام عته العقود أو أي وسيلة أخرى توصف بأنها الكترونية.

(03) إمكانية الوصول والموثوقية: يسهل الوصول إلى العقد الالكتروني كونه متواجدا على منصات رقمية، مما يتيح إمكانية الوصول إليه في أي مكان وزمان، كما يسهل تخزين العقود الالكترونية في سجلات رقمية، بطريقة تضمن صحتها وموثوقيتها.

وتكريسا لهذه الأخيرة تم تكريس **حق العدول** متى توفرت المسببات الداعية لذلك المتمثلة في عدم إمكانية معاينة السلعة أثناء الإبرام[4]، وهو ما يرتب حقا للمستهلك الالكتروني في

---

[1] محمد شوقي محروس، **العقد الالكتروني في ضوء الإرادة والحماية**، الإسكندرية، مكتبة الوفاء القانونية، السنة 2019 ص 22.

[2] نزيه محمد الصادق المهدي، "**انعقاد العقد الالكتروني**"، أشغال مؤتمر المعاملات الالكترونية، كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، أبو ظبي، نشر سنة 2019، ص 193.

[3] نماذج عقود معدة سلفا من قبل العارض.

[4] بان سيف الدين محمود، "**العقد الالكتروني ووسائل إثباته**"، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد: 27، العدد: 07، 2019، ص 05.

العدول عن إبرام هذا العقد وفقا للنصوص والتنظيمات المعمول بها، إذ أن الثقة تقتضي أن يكون الشخص عالما بمآل تعاقده.

(ثانيا) من حيث موضوع العقد الالكتروني

(01) الطابع التجاري الاستهلاكي: إن الطابع التجاري للعقود الالكترونية هي السبب الذي جعل جزء كبير من الفقه والتشريعات يعرف العقد الالكتروني عموما على انه عقد بيع الكتروني[1]، والسبب في تغلب الطابع التجاري على العقود الالكترونية هو السرعة التي يضفيها هذا النوع من التعاقد على المعاملات التجارية والتي من متطلباتها السرعة، فرغم أن العقد الالكتروني يمكن أن يرد على الخدمات و المنافع في صورة إيجار أو مقاولة غير أن الغالب هو تمتع مقدم الخدمة أو السلعة بصفة التاجر[2] ما يضفي طابعا تجاريا على العقود المبرمة بطريق الكتروني عامة.

ذلك ان احد طرفي هاذ العقد دائما ما يكون مستهلكا، حيث تكثر الإشهارات والإعلانات على صفحات الانترنت للترويج للسلع والخدمات التي يقدمها المنتجون والمهنيون، فيجدون في هذا الفضاء سهولة للوصول إلى المستهلك بسهولة، ونفس الشيء بالنسبة للمستهلك الذي يلجأ للانترنت لتلبية احتياجاته، فقد وجد في التعاقد الالكتروني سرعة في التعامل وتقريبا للمسافات واختصارا للوقت والجهد[3]، بالإضافة لما فرضه الحجر الصحي بعد جائحة كورونا على الأفراد من ملازمة منازلهم، فكان التعاقد الالكتروني والشراء عن طريق الانترنت انسب وسيلة لتلبية حاجاتهم

(02) الطابع الدولي: وهي نتيجة لتغلب الطابع التجاري على العقد الالكتروني، فالعقود التجارية الالكترونية غالبنا ما يلحقها وصف الدولية، كون المتعاقدين غالبا من جنسيات

---

[1] عشير جيلالي، قاشي علال، **النظام القانوني للعقد الالكتروني في التشريع الجزائري**، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد السادس العدد الثاني، نوقمبر 2022، ص 709

[2] هدى المقداد، "**العقد الالكتروني**"، مجلة الدراسات القانونية، المجلد: 3، العدد:2 ، جوان 2017، ص 07.

[3] بان سيف الدين محمود، المرجع السابق، ص 05

مختلفة[1]، فكثيرا ما تبرم بمناسبة استيراد سلعة معينة سواء للاستعمال الشخصي أو التجاري، فمع تطور شبكة الانترنت ظهرت العديد من التطبيقات والمواقع العالمية في شكل متاجر الكترونية تتعاقد من مستهلكين من مختلف أرجاء العالم على غرار أمازون وعلي اكسبريس وغيرها، حيث أصبغت طابعا تجاريا دوليا على العقود الالكترونية التي تتم عبرها، وتثير الخاصية الدولية للعقد الالكتروني لمسائل عديدة مرتبطة أساسا بمدى أهلية أطراف العقد الالكتروني، والتحقق من هوية المتعاقد الآخر ومركزه المالي، إضافة لمسالة تحديد القضاء المختص في الفصل في المنازعات الناشئة عن هته العقود والقانون المطبق عليها.

لكن رغم التسليم بعالمية شبكة الانترنت وتجاوزها لحدود الجغرافيا، إلا انه ليس بالضرورة أن يوصف العقد الالكتروني بالطابع الدولي، ولا يقع العقد دائما بين طرفين مختلفي الجنسية أو مختلفي مراكز الأعمال، كان يتعاقد طرفان الكترونيا على شراء سلعة معروضة عبر الانترنت من ذات الدولة التي يحملان جنسيتها، كما يتصور أن تكون مراكز أعمالهم في ذات البلد أيضا[2]، وعليه فالصفة الدولية هي صفة غالبة على العقد الالكتروني لكنها ليست مطلقة له.

الفرع الثاني: تمييز العقد الالكتروني عن غيره من العقود الأخرى

يتداخل العقد الالكتروني مع العقد التقليدي، وكذا بعض العقود الأخرى لذلك وجب تمييزهم على النحو التالي:

(أولا) تمييز العقد الالكتروني عن العقود التقليدية:

لا تختلف العقود المبرمة عبر شبكة الانترنت عن العقود المبرمة بالطرق التقليدية، سوى في الوسيلة المستعملة في إبرام هذا النوع العقود، فهي لا تشكل نوعا جديدا من العقود

[1] نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص195.

[2] مصطفى عثمان عبد الله، جمال بشير عبد الهادي، "**أحكام التعاقد عن طريق وسائل الاتصالات الحديثة**"، المجلة العلمية لجامعة الإمام المهدي، العدد: 9، يوليو 2017 ص 124.

تضاف للمعروفة سلفا، **إذن فالوسيلة التي ينعقد بها العقد الالكتروني هي أهم** خاصية تميز العقد الالكتروني[1]، ويتضح منها انتماؤه لطائفة العقود التي تبرم عن بعد، فهو لا يشكل نوعا جديدا من العقود، كما أن جل العقود التقليدية المعروفة يمكن أن تتحول إلى عقود الكترونية بمجرد إبرامها بواسطة وسائل الكترونية،

بالإضافة إلى كون القواعد العامة المطبقة على العقد عموما، وهذا بتأكيد اغلب التشريعات المقارنة المعالجة للعقود الالكترونية،[2] ويمكن بناء على عملية استقراء لها وضع **معايير** تضبط المقارنة بين العقدين، وهي:

(01) الانعقاد: لعل أهم ما يميز العقد الالكتروني عن العقود التقليدية، هو عدم التواجد المادي للأطراف أثناء إبرام هذا العقد، ومعنى ذلك أن انه يتم بين عاقدين لا يجمع بينهما مجلس عقد حقيقي، فالتعاقد يتم عن بعد، بوسائل اتصال تكنولوجية، كذلك فانه على عكس العقود التقليدية، فان مجلس العقد الالكتروني هو مجلس حكمي افتراضي ينعقد بطريقة افتراضية وليس مجلس عقد حقيقي.

(02) التكلفة: يتطلب التعاقد التقليدي مصاريف مثل تكاليف السفر والاجتماعات والطباعة والنسخ، بينما يمكن للتعاقد الالكتروني توفير تلك التكاليف وتخفيض تكاليف المعاملات.

(03) الإثبات: إضافة إلى ما سبق فان الاختلاف يتجلى في طريقة إثبات كل من العقدين، فبالنسبة للإثبات في العقود التقليدية فهو يقوم على الكتابة العادية[3] أو العرفية[4]

---

[1] محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر، عمان، 2008، ط 2، ص 29

[2] امانج رحيم احمد، **المرجع السابق**، ص 72.

[3] ينظر المواد: 323 مكرر حتى 326 مكرر 01 من القانون المدني، **سبق ذكره**.

[4] ينظر المواد: 326 مكرر 02 حتى 329 من القانون المدني، **سبق ذكره**.

المبنيتان على توقيعات مادية أو فعلية، أما العقود الالكترونية فإن جدّتها استلزم إيجاد وسائل جديدة تقوم على المحررات الرقمية التي تقوم على التوقيع والكتابة الالكترونيين.

(04) الوفاء: بالنسبة للوفاء في العقد الالكتروني فيتميز عن الوفاء في العقد التقليدي، إذا كان بيعا فانه يتم عن طريق الدفع الالكتروني، بواسطة بطاقات ائتمان أو بطاقات بنكية ممغنطة، أو نقود الكترونية.

(05) التنفيذ: لا يكاد يظهر العقد الالكتروني اختلافا في طريقة تنفيذه عن العقد التقليدي، فهي تنفذ وفقا القواعد العامة للتنفيذ، فإذا تعلق التنفيذ بشيء مادي يتم التنفيذ عن طريق التسليم العادي في البيئة المادية خارج البيئة الرقمية[1]، لأنه لا يتصور أن يتم التسليم عن طريق شبكة الانترنت، غير انه إذا تعلق التسليم بأشياء معنوية فان التنفيذ يصبح ممكنا مباشرة عن طريق الانترنت كالعقود المتعلقة بتحميل معطيات أو بيانات، ووضعها تحت تصرفه بحث يتمكن من حيازتها والانتفاع بها.

(ثانيا) تمييز العقد الالكتروني عن غيره من العقود المبرمة عن بعد:

يتفاعل العقد الالكتروني مع العقود المبرمة عن بعد مما يستوجب إعطاء تعريف لهذه الأخيرة ثم بيان صورها مع تحديد معايير التمايز عن العقد الالكتروني.

(01) مفهوم التعاقد عن بعد:

العقود المبرمة عن بعد هي: "عقود تتم في مجلس عقد حكمي، حيث لا يجمع المتعاقدين مجلس عقد حقيقي واحد"[2]، ويترتب على ذلك أن كل عقد يتم دون الحضور المادي للمتعاقدين، يدخل في إطار العقود التي تتم عن بعد، وهو ما ينطبق على العقود التقليدية التي تتم

[1] بهلولي فاتح، "**تنفيذ عقود التجارة الالكترونية**"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد: 11، العدد:0 ، 2015، ص 303.

[2] سمير دنون، العقود الالكترونية في اطار تنظيم التجارة الالكترونية، المؤسسة الحديثة للكتاب،بيروت، ط 1 2012، ص 104

بالمراسلة[1]، والعقود التي تبرم عن طريق الهاتف والتلكس والفاكس والتلفاز وكذلك الانترنت، كما يقصد بالتعاقد عن بعد بـأنها: "كل عقد يتعلق بالسلع أو الخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال إطار ينظم عملية البيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد ، ويتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية حتى تمام العقد"[2]، و قد نص المشرع الجزائري على التعاقد بين غائبين في المادة 67 من القانون المدني، كما نص المشرع المغربي في القانون 05-53[3] عل صور التعاقد عن بعد، وهي التعاقد بالمراسلة التعاقد بواسطة رسول أو وسيط والتعاقد بالهاتف، وهي صور تقليدية للعقود المبرمة عن بعد، وإذا كانت العقود المبرمة بين غائبين هي الدائرة الكبرى التي تضم داخلها دائرة صغرى هي العقود الالكترونية، فإننا سنحاول إبراز الاختلاف بين العقد الالكتروني كصورة حديثة للتعاقد عن بعد، والصور التقليدية للعقود المبرمة عن بعد.

(02) صور التعاقد عن بعد:

(أ) التعاقد عن طريق الهاتف: للتعاقد عبر الهاتف أهمية كبيرة نظرا لدوره المتمثل في حمل أو نقل الصوت من عاقد إلى آخر، عن طريق الكابلات أو الأقمار الصناعية، وعادة ما تضل المحادثات عبر الهاتف شفهية ما لم يتم تسجيلها، فالمقصود إذا هو: "التعاقد عبر الاتصال الهاتفي الشفهي عن طريق انتقال الصوت باستعمال الكابلات الأرضية أو شبكات الاتصال اللاسلكية بالاعتماد على متعاملي شبكات النقال، ذلك أن جهاز الهاتف النقال جهاز من الأجهزة المستعملة في الولوج إلى الشبكة".

---

[1] محمد شوقي محروس، **العقد الالكتروني في ضوء الإرادة والحماية**، ط 01، دار الوفاء للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2019، ص 23.

[2] منى أبو بكر الصديق حسان، الحق في الرجوع في العقد كاحد الاليات القانونية لحماية المستهلك في مجال التعاقد عن بعد دراسة تحليلية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 65 افريل 2018، ص 787

[3] قانون رقم 05-53 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 129-07-1 صادر في 19 من ذي القعدة 1428(30 نوفمبر 2007) المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية.

وبالتالي فان الاختلاف بين العقد الالكتروني والتعاقد عبر الهاتف يتجلى في عدة نقاط منها:

(أ.أ) طريقة التعبير عن الإرادة: في العقد الالكتروني تختلف غالبا عنها في التعاقد عبر الهاتف، فالعقود الالكترونية يغلب عليها أن تتم عبر الكتابة والتوقيع الالكترونيين، فيما تنعقد العقود عبر الهاتف شفاهة وان كان بالإمكان أن تتم عبر الرسائل النصية، وهو أمر نادر الوقوع.

(أ.ب) زمان انعقاد العقد: الهاتف هو وسيلة فورية ومباشرة لنقل الإيجاب والقبول بين المتعاقدين، فلا تكاد تمر فترة زمنية بين التعبير عن الإرادة لكلا العاقدين[1]، على خلاف العقد الالكتروني الذي يحتاج لتروٍ لأجل الإحاطة بمشتملاته قبل تحديد موقف دقيق من التعاقد من عدمه.

(ب) التعاقد عن طريق التلكس: التلكس هو: "وسيلة اتصال دولية أو محلية لطباعة الرسائل وإرسالها مباشرة دون فاصل زمني يذكر بين إرسال واستقبال البيانات، في حال وجود من يرد على البيانات، ويم ذلك عن طريق وسيط يتمثل في مركز اتصالات دولي محايد يضمن تحديد هوية المتصلين، ويؤرخ للعملية ويحفظ نسخة منها لمدة زمنية معينة تقدر بسنة"[2].

فالتعاقد بالتلكس يتم بواسطة إرسال رسائل ومستندات عبر البريد السريع الخاص بالتلكس (Telegraph)، وهو نوع من البريد السريع يستخدم الكابلات الكهربائية أو الإذاعة أو الأقمار

[1] امين محمد بسيوني محمد الجديلي، **"التعاقد بوسيلة الهاتف كعقد من العقود الالكترونية المعاصرة في ظل مواجهة النوازل: دراسة تأصيلية تطبيقية من منظور الفقه الإسلامي"**، مجلة كلية الشريعة والقانون، العدد: 23، 2021، ص 1109

[2] مصطفى عثمان عبد الله، جمال بشير عبد الهادي، "**أحكام التعاقد عن طريق وسائل الاتصالات الحد**"، مجلة الإمام المهدي للشريعة والقانون، العدد: 9، 2017، ص. 124

الصناعية لنقل الرسائل والمستندات بين المرسل والمستلم، وعادة ما يتم استخدام رموز ورموز مخفية[1] لحماية البيانات الحساسة في التعاقد عبر هذه الآلية.

يمكن القول إن التعاقد بالتلكس يعتبر نوعًا من التعاقد الإلكتروني، ولكنه يختلف في **الوسيلة** التي يتم فيها الاتصال بين الأطراف؛ إذ يعتمد التعاقد بالتلكس على البريد السريع، بينما يعتمد التعاقد الإلكتروني على وسائل الاتصال الإلكترونية المتنوعة التي تتوفر حاليا.

المبحث الثاني: قواعد تكوين العقد الالكتروني

تتمتع العقود الالكترونية بالقوة القانونية نفسها للعقود التقليدية، بشرط أن تتوفر فيها بعض الشروط التي تحدد شكل ومضمون هاته العقود، وتخضع العقود الالكترونية لمجموعة من القواعد الأساسية التي يضمن توافرها صحة وسلامة تكوين العقد الالكتروني **(المطلب الأول)**، ويضمن فعالية إثباته في حال تنكر أحد الأطراف له لضمان تجسيد الأثر القانوني المترتب عنه **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: أركان العقد الالكتروني

يقوم العقد على مجموعة من الأركان التي تضمن قيام بنيانه وجعله حقيقة مرتبة لآثار قانونية بين أطرافه تتمثل في مجموعة الالتزامات المضّمنة فيه؛ إذ يجب أن يكون نتيجة لرضا واعي ومستنير وإرادي، وهو ما يستوجب سلامة التراضي فيه **(الفرع الأول)**، كما يجب أن يكون مضمونه مساير للأطر العامة ولا يحيد عنها **(الفرع الثاني)**.

[1] مسعودي هشام، **الوسائل المستخدمة في ابرام العقد الالكتروني، دراسة تاصيلية**، مجلة القانون المجتمع والسلطة، المجلد 11، العدد01 ،سنة 2022، ص365

الفرع الأول: التراضي الالكتروني

تقوم العقود عموما على التراضي بين أطرافها، وهو جوهر التعاقد وقوام أي عقد، والتراضي يعني اتجاه إرادة الأفراد عن قصد لإبرام العقد مع توافر شروط الصحة المنصوص عليها في القانون.

(أولا) مجلس العقد الالكتروني:

يمثل مجلس العقد الالكتروني أساس تحقق الإرادة التعاقدية من خلال اتصال الإيجاب بالقبول بغض النظر عن الطريقة التي يتم التعبير بها عن هذه الإرادة.

(01) الصيغة في العقد الالكتروني:

يمثل العقد خطابا تبادليا للرضا، وهو ما يجعله يقوم على ثنائية الإيجاب والقبول؛ إذ أن توافرهما أساسي لقيام العقد.

(أ) الإيجاب[1] الالكتروني:

(أ_01) تعريف الإيجاب الالكتروني: يعرف الإيجاب عموما بأنه: "التعبير عن الإرادة الصادر عن أحد المتعاقدين المتضمن رغبة باتة وأكيدة في التعاقد من طرف آخر"[2]، وهو: "التعبير البات الصادر من أحد المتعاقدين والموجه إلى الطرف الآخر بقصد إحداث أثر قانوني أي إبرام عقد"[3].

---

[1] إن الإيجاب هنا يخضع لنفس الشروط المتعلقة بالإيجاب التقليدي، راجع في ذلك:
كابيتان، بلانيول، السنهوري

[2] عدنان إبراهيم سرحان، **شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات): دراسة مقارنة**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، السنة،2019 ص 61.

[3] محمد فاروق صالح البدري، "**أشكال التعبير عن الإرادة في العقد الالكتروني بين الشريعة والقانون**"، المؤتمر العلمي الثاني لكلية العلوم الإسلامية، الرمادي (العراق)،2012، ص 539

أما الإيجاب الالكتروني فيعرف بأنه: "تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد، من خلال شبكة اتصالات رقمية، ويتضمن كل العناصر اللازمة للتعاقد، حيث يمكن للموجه له أن يعرف مكونات العقد، وهو ما يمكنه من أن يقبل مباشرة لينعقد العقد[1]، أما التوجيه الأوروبي لحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، فقد عرفه بأنه: "كل اتصال عن بعد متضمن للعناصر اللازمة، حيث يمكن للمرسل له أن يقبل مباشرة، ويستبعد من هذا الإعلان"[2].

وتبعا لإمكانية تطبيق الأحكام العامة المتعلقة بالعقود على العقود الالكترونية فان شروط الإيجاب الالكتروني لا تختلف عن شروطه في العقود التقليدية، ذلك أن لفظ الكتروني لا يغير من الإيجاب التقليدي في شيء، ولا يعبر سوى عن الوسيلة المستعملة لتحقيق ذلك، فيشترط فيه أن يكون نهائيا باتا جازما محددا لا رجعة فيه.

(أ_02) شروط الإيجاب الالكتروني: يجب يتضمن الإيجاب الالكتروني مجموعة من الشروط اللازمة ليعتد به كتعبير نهائي عن الإرادة، وتتمثل هذه الشروط في:

أن يكون الإيجاب الالكتروني واضحا وموجها لشخص واحد أو عدة أشخاص معينين: ويصدر الإيجاب بكل طرق التعبير عن الإرادة سواء كانت صريحة أو ضمنية وسنوضح ذلك لاحقا في طرق التعبير عن الإرادة الكترونيا، ويجب أن يتضمن الإيجاب العناصر الجوهرية التي لا ينعقد دونها العقد[3]، كتعيين المحل تعيينا نافيا للجهالة، وتحديد الثمن إذا كان العقد المراد إبرامه هو عقد بيع، وفي ذلك اشترط القانون **18-05** المتعلق بالتجارة الالكترونية في المادة 11 منه[4] على الشروط النبي يجب أن يتضمنها الإيجاب الالكتروني، وسماه العرض الالكتروني، حيث نصت المادة على يجب أن يقدّم المورد الإلكتروني العرض التجاري

---

[1] بوشنافة جمال، "**خصوصية التراضي في العقود الالكترونية**"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد: 03، العدد: 02، 2018، ص 130.

[2] *DIRECTIVE 97/7/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.*

[3] سمير عبد السميع اودن، **العقد الالكتروني**، منشاة المعارف، الإسكندرية، ط 2005، ص 48.

[4] *Et le même chose dans l'article 1369/01 de CCF.*

الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة، ويجب أن يتضمن على الأقل، ولكن ليس على سبيل الحصر المعلومات الآتية:

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

(ب) القبول الالكتروني:

من اجل إبرام العقد بعد الإيجاب أو العرض يجب أن يقبل المرسل إليه العرض المقدم له، ويجب أن يصل إعلان النية فيما يتعلق بالقبول إلى الموجب، حيث يؤدي قبول الإيجاب من قبل المرسل إليه إلى إبرام العقد، ولذلك لابد من تعريف القبول، وتحديد شروطه

(ب_01) تعريف القبول: القبول هو التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه له الإيجاب بارتضائه العرض الذي تقدم به الموجب[1]، فهو موافقة على إنشاء العقد يصدر غالبا متأخرا عن الإيجاب ويسمى بالإرادة الثانية في العقد.

كما يعرف القبول الإلكتروني بأنه: تعبير عن الإرادة صادر عن الموجه له الإيجاب عبر الوسائل الالكترونية أو الرقمية، والقبول هو الإرادة الثانية في العقد الالكتروني، ويجب أن يطابق الإيجاب في جميع المسائل الجوهرية"[2].

وقد نصت المادة 11 من قانون الاونسيترال[3] على القبول في سياق تكوين العقود وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد فإنه لا يفقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك[4].

(ب_02) شروط القبول: يشترط في القبول الالكتروني ما يشترط في قبول العقود التقليدية:

---

[1] محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني العقد والإرادة المنفردة**، الجزائر، دار الهدى للنشر، طبعة 2019، ص109.

[2] دناي نور الدين، "**الإيجاب والقبول في العقود الالكترونية**"، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد: 01، العدد: 02، 2017، ص 97.

[3] قانون يونيسترال للأمم المتحدة الخاص بالتجارة الالكترونية الصادر في 1996/12/16.

[4] تضيف المادة 13 من نفس القانون انه تنسب إرادة القبول إلى المتعاقد إذا كان هو الذي أرسلها عبر تقنيات الاتصال الحديثة سواء بنفسه أو بواسطة نائب عنه، ويفترض في بعض الحالات إسناد هذه الإرادة إلى المتعاقد إذا توافرت ظروف معينة منها قيام المرسل إليه. بتطبيق نظام معلوماتي أو إجراء تصديق سبق أن وافق عليه بقصد التأكد من صدور رسالة البيانات عن هذا الأخير

- ✓ **أن يصدر عن إرادة حرة وواعية:** يجد هذا الشرط أساسه في النظرية العامة للعقد التي تعتبر الأهلية الكاملة والإرادة الحرة شروطا لازمة للاعتداد بالتعبير عن الإرادة، فلا يقع عقد ولا ينشا إلا بتوافر الأهلية اللازمة وخلو الإرادة من اي عيب قد يلحق بها.
- ✓ **أن يصدر القبول والإيجاب الالكتروني لازال قائما:** إذا صدر القبول وطابق الإيجاب القائم مطابقة تامة، فان العقد الالكتروني ينعقد، لكن يشترط اتصال القبول بعلم الموجب، فان سقط الإيجاب لسبب من الأسباب قبل اتصال القبول بعلم الموجب فان العقد الالكتروني لا ينشا لان القبول هنا لا محل له بسبب سقوط الإيجاب[1].
- ✓ **مطابقة القبول للإيجاب:** يجب أن يتوافق إعلان القبول مع الشروط الواردة في الإيجاب دوت إضافة شروط جديدة أو الإنقاص من الشروط المفروضة في الإيجاب، وإلا اعتبر هذا إيجابا جديدا[2]، ويستوي أن يكون الإيجاب صريحا أو ضمنيا يحمل دلالات واضحة على المراد منه.
- ✓ **أن يكون باتا وجازما:** بان تتجه إرادة القابل إلى الالتزام بالعقد، فلا يجوز أن يتضمن القبول أي تحفظ على بنود العقد ومحله أو أي عنصر جوهري فيه، تماما كما هو متعارف عليه في القواعد العامة للقبول في العقود التقليدية[3] .

(02) طرق التعبير الالكتروني عن الإرادة:

يعد التعبير عن الإرادة مظهرها الخارجي، فهو عنصرها المادي المحسوس، ويقع التعبير عن الإرادة بالطرق المنصوص عليها في نص المادة 60 من القانون المدني الجزائري ويكون التعبير إما صريحا أو ضمنيا، ونظرا لكون العقود الالكترونية لا تختلف في تركيبها عن العقد التقليدي فانه يمكن الاعتماد على نص المادة لتنظيم طرق التعبير عن الإرادة الكترونيا.

---

[1] محمد صبري السعدي، **المرجع السابق**، ص 111.

[2] دناي نور الدين، **المرجع السابق**، ص 97.

[3] وسيلة لزعر، "**القبول في التعاقد الالكتروني**"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد: 03، العدد: 01،2018، ص 374.

(أ) **التعبير الصريح عن الإرادة:** سواء كان التعبير إيجابا أو قبولا، فان طرق التعبير الصريح عن الإرادة تتمثل في اللفظ والكتابة والإشارة المتداولة عرفا، واتخاذ موقف لا يدع أي شك في مدلوله على مقصود صاحبه، وهو ما جاء في الفقرة الأولى من المادة 60 سابقة الذكر، والتي نص عليها المشرع الجزائري في إطار تنظيمه للنظرية العامة للعقود[1]، وقد يتم القبول الالكتروني بنفس الطرق التي قد يتم بها الإيجاب الالكتروني، غير انه لا يشترط أن تكون الطريقة عينها فقد يصدر الإيجاب كتابة والقبول لفظا لكن الأساس أن تكون الدعامة المستخدمة رقمية، ومن المفضل استخدام الوسيلة نفسها لتسهيل إثبات العقد، كما أن قانون الاونسيترال قد اشترط في القبول لينتج أثاره أن يتم عبر نفس الدعامة التي تم عبرها الإيجاب الالكتروني[2]، وتكون صوره صريحة ، بكتابة رسالة بالبريد الالكتروني مثلا، وقد تكون لفظية كالتعاقد عبر محادثة صوتية أو بالإشارة المتداولة عرفا باستعمال بالكاميرا أي عبر المشاهدة والمحادثة عبر الانترنت، ويكون مجلس العقد هنا افتراضيا اقرب منه إلى مجلس العقد الحقيقي[3].

والغالب في عقود التجارة الالكترونية أن يتم القبول بعد قراءة شروط معينة أو معلومات خاصة بالعقد الالكتروني لتخصص أيقونة خاصة بالقبول أو أيقونة يتم النقر عليها نقرا مزدوجا كتعبير صريح عن القبول، وقد لفتت لحظة انعقاد العقد الالكتروني نظر المشرع الفرنسي، بسبب المخاطر التي تواجه المستهلك الالكتروني كالنقر البسيط على أيقونة قبول التعاقد، وحقيقة أنه اعتبر أن العقد الالكتروني هو تعاقد بين غائبين، اختار فرض حماية أكبر للمستهلك

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

[2] عقوني محمد، "**الإيجاب والقبول في العقد الالكتروني**"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد: 07، المجلد: 02، 2017، ص 103.

[3] مراد طمجاوي، "**مجلس العقد الالكتروني**"، مجلة البحوث والدراسات العلمية، المجلد: 09، العدد: 01، 2015، ص 05.

الالكتروني، حيث اقر نظام النقرة المزدوجة لاعتبار العقد نافذا بالنسبة للعقود التي تبرم بطريقة النقر[1].

(ب) **التعبير الضمني عن الإرادة:** التعبير الضمني عن الإرادة يكشف عنها بطريق غير مباشر، وذلك باستنباط التعبير عن الإرادة من أفعال الشخص، هاته الأفعال لا تعد بذاتها تعبيرًا مباشرًا عن الإرادة، ولكنها مجرد إشارة تكشف عن تلك الإرادة وتنطوي عليها[2] نصت عليها الفقرة الثانية من المادة 60 من القانون المدني.

(ج) صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة في العقد الالكتروني:

السكوت في نظرية العقد التقليدية لا يصلح بأي حال من الأحوال للتعبير عن الإرادة في شكل إيجاب[3]، غير أن التساؤل يثور بشأن سكوت من وجه إليه الإيجاب الالكتروني، فالقاعدة العامة تقضي بأنه لا ينسب لساكت قول، ومنه فان السكوت لا يمكن أن يعد قبولا، غير أن المشرع الجزائري وفي مواضع عديدة من القانون المدني أجاز اعتبار السكوت قبولا، وهي حالات يعبر عنها الفقه بان السكوت في معرض الحاجة إلى بيان الاونسيترال.

وتأسيسا على ذلك يرى الشراح انه لا يجوز اعتبار السكوت في العقود الالكترونية قبولا، ذلك أن الإيجاب الالكتروني في الغالب موجه للجمهور[4]، غير أننا نرى انه لا يمنع ذلك من وجود حالات تنطبق عليها الحالات الاستثنائية المنصوص عليها سابقا؛ أي أن العقد

---

[1] *Détermination du moment de la conclusion du contrat électronique,* https://wikimemoires.net/2013/03/determination-du-moment-de-la-conclusion-du-contrat-electronique/، *consulte: 13/07/2023.*

[2] خليل احمد حسن قدادة، **المرجع السابق** ، ص 35

[3] محمد بن يحي بن سلمان العزي، الاطار القانوني للتعاقد عبر الانترنت، رؤية شرعية، مجلة الدراسات العربية، جامعة المنيا، ص 27

[4] نزيه الصادق مهدي، **المرجع السابق**، ص 232.

الالكتروني قد تم أو اكتمل في الوقت الذي يتلقى فيه الموجب القبول، فينشا العقد صحيحا وتنشا الرابطة التعاقدية[1]، حتى وان تغيرت إرادة الموجب أو القابل بعد ذلك.

(03) زمان ومكان انعقاد العقد الالكتروني:

إن إدراك الاختلافات بين العقد التقليدي والالكتروني بالنسبة للإيجاب والقبول، واثبات ذلك يتضمن تغييرات جوهرية في العناصر الكلاسيكية للنظرية العامة للعقد، فلا شك أن إدراج الوسائل التقنية الحديثة لابد أن يترك أثره على جوانب مهمة من العقد الالكتروني وان غياب الدعامة المادية للتعاقد يثير صعوبات في تحديد مكان وزمان اكتمال العقد الالكتروني[2] الذي تتبني عليه معرفة أهلية أطراف العقد، وكذا اللحظة التي يصبح فيها العقد ملزما، وكذا تحديد القانون الواجب التطبيق والقانون الساري وقد انعقاد العقد الالكتروني.

وبناء على ذلك يعتبر تعاقدا بين حاضرين العقد الذي تتوافر فيه وحدة الزمان والمكان والانشغال بشؤون التعاقد، فإذا ما فقد عنصر وحدة الزمان أصبح عقدا بين غائبين من حيث الزمان، وأما إذا فُقد عنصر وحدة المكان أصبح تعاقدا بين غائبين من حيث المكان، ويكون تعاقدا بين غائبين إذا فقد العنصران معا[3].

ولذلك سنحاول التفصيل في هذه المسائل من خلال بيان أهم النظريات التي قيلت في هذا الصدد.

(أ) زمان انعقاد العقد الالكتروني:

تتمثل أهمية معرفة زمان إنشاء العقد الالكتروني في الإجابة عن إشكال قانوني يتمثل في تحديد موعد سريان العقد والقانون الواجب التطبيق[4]، وكذلك معرفة الوقت الذي يمكن فغيه

---

[1] *Ruperto Pinochet Olave, La Formation del Consentimiento a través de las Nuevas Tecnologías de la Información: El Momento de Formation del Consentimiento Electronico, evista Ius et Praxis, 11 (2): 273 - 302, 2005, PP 279*

[2] بهلولي فاتح، **المرجع السابق**، ص 303.

[3] امانج رحيم احمد، **المرجع السابق**، ص 175.

[4] محمود عبد الرحيم الشريفات، **التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت**، دار الثقافة للنشر، عمان، 2009، ص163.

ممارسة حق العدول، ووقت إنتاج العقد لآثاره القانونية[1]، وتعد لحظة انعقاد العقد الالكتروني من أكثر القضايا التي نوقشت وثار حولها الجدل بين الفقه، والتي يمكن تحديدها من خلال تطويع نصوص النظرية العامة سواء في القانون المدني الجزائري أو النظم المقارنة.

(أ_01) العقد الالكتروني هو عقد بين حاضرين من حيث الزمان: السائد في التعاقدات الالكترونية هو انه بغض النظر عن المسافة المادية بين أطراف العقد، إلا انه يجب اعتبار هذا النوع من العقود من قبيل التعاقدات المتزامنة ففي إطار التعاقدات الالكترونية، فان لحظة علم الموجب بالقبول تعد لحظة إنشاء العقد الالكتروني، ويتم العلم عن طريق الاطلاع على رسالة البريد الالكتروني المرسلة من القابل، والتي تفيد قبوله للإيجاب مثلا[2]، حيث أن الغالب ان يكون تبادل الرسائل آنيا وبشكل تحاوري بين أطراف العقد الالكتروني عبر وسائل التواصل الاجتماعي والشات CHAT التي تتيح تواصلا بين المتعاقدين لا يقطعه أي فاصل زمني.

(أ_02) عقد بين غائبين من حيث الزمان: بالنسبة لعقود التجارية الالكترونية التي تعتبر نوعا من التعاقدات بين الغائبين، تتم غالبا عن طريق رسائل بريد الالكتروني أو تطبيقات التواصل الاجتماعي وكذا تطبيقات خاصة بهذا النوع من التجارة[3] فتأخر احد المتعاقدين في الرد على الإيجاب رغم سرعة وصوله إلى بريده الالكتروني، في هذه الحالة نشهد فاصلا زمنيا بين لحظتي الإيجاب والقبول الالكترونيين، ما يجعل هاته الحالة اقرب إلى التعاقد عبر البريد التقليدي، فيتم وصف هاته الحالة بأنها تعاقد بين غائبين[4]، وهذه الحالة هي التي تثير إشكالا قانونيا من حيث صعوبة تحديد توقيت أو زمان انعقاد العقد الالكتروني.

❖ **نظريات الفقه حول زمان انعقاد العقد الالكتروني بين غائبين:**

---

[1] امانج رحيم احمد، المرجع السابق، ص17 .

[2] بولمعالي زكية، "**زمان ومكان انعقاد العقد الالكتروني**"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد: 53، العدد: 01، 2016، ص 463.

[3] من المنصات والمواقع المتخصصة في التجارة الالكترونية: *ALIEXPRESS. AMAZONE. EBAY*

[4] امانج رحيم احمد، **المرجع السابق**، ص177.

(أ_02_01) نظرية اعلان القبول: مقتضى هذه النظرية، أن يعتبر العقد قائما بمجرد إعلان القبول، أي في الزمان والمكان الذين يعلن فيهما عن القبول، حتى قبل وصوله الى علم الموجب، وتسمى هاته اللحظة بلحظة اقتران الإيجاب مع القبول[1]، اساس هذه النظرية هو قاعدة تطابق الايجاب مع القبول، فبمجرد اعلان الطرف القابل قبوله فان العقد يعتبر قائما، يرى أنصار هاته النظرية انها تتفق مع القواعد العامة للعقد فالعقد الالكتروني ينعقد بمجرد اعلان المتعاقد الالكتروني قبوله وحتى قبل إرساله إلى الموجب وذلك بان ينتهي من كتابة الرسالة الالكترونية التي تتضمن هذا القبول مثلا.

هذه النظرية تعتبر فعالة ومنتجة في المجال التجاري فهي تتوافق مع أهم مبادئ الحياة التجارية وهو مبدا السرعة في التعامل[2]، غير انه يؤخذ عليها أنها تجاهلت إرادة الموجب في العدول عن إيجابه، حتى وان أعلن الطرف الثاني قبوله، فمادام انه لم يتصل بعلمه قبول الطرف الاخر من حق الموجب العدول عن إيجابه، إضافة الى ان هذه النظرية جعلت من مسالة انعقاد العقد في يد القابل وحده، فيكون له ان يعلن قبوله دون ان يرسله، وله ايضا وحده الحق في التراجع عن قبوله، دون ان يستطيع الغير إثبات صدور القبول من عدمه.

(أ_02_02) نظرية تصدير القبول: يرى أنصار هذه النظرية ان العقد لا يتم بمجرد إعلان القبول، ولابد من تصديره أي إرساله للموجب، كان يضع القابل رسالة تتضمن قبوله في صندوق البريد، او تسليم برقيه لمكتب البريد قصد ارسالها للموجب[3] ، ذلك ان يكفي استلام الايجاب والتعبير عن القبول به بل يجب ان يتبع هذا التعبير إرساله الى الموجب قصد اعلامه به.

---

[1] محمود عبد الرحيم الشريفات، **المرجع السابق**، ص164.

[2] علي هادي العبيدي، "**زمان انعقاد العقد الالكتروني في التشريع الإماراتي**"، أشغال مؤتمر المعاملات الالكترونية، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، أبو ظبي، نشر سنة 2019، ص 366.

[3] جهاد محمود عبد المبدي، **التراضي في تكوين عقود التجارة الالكترونية**، ط1، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ص 143

بموجب هذه النظرية فان العقد الالكتروني ينعقد بمجرد إرسال رسالة الكترونية من القابل الى الموجب تتضمن القبول عن طريق النقر على زر الإرسال المتعلق بالوسيلة الالكترونية المستعملة في التعبير عن الإرادة، ميزة هذه النظرية انها تحد من سلطة القابل في التحكم بمصير العقد الالكتروني من خلال الحد من إمكانية تراجعه عن هذا القبول بمجرد ارساله اياه[1]، غير ان الغالب حديثا ان اغلب الرسائل الالكترونية تكون قابلة للحذف من طرف مرسلها بحيث لا يصل محتواها الى المستلم وبالتالي فان هذه الميزة لم تعد مجدية بالنسبة للعقود الالكترونية، كما وان وصول الرسالة الى الموجب لا يكون دائما مباشرة بان يملك خادم SERVER خاص به، اذا لم يكن لديه خادم فان الرسالة الالكترونية تصله عن طريق وسيط الكتروني يسمى بمورد خدمة الاتصال عبر الشبكة.

كما ان ارسال الرسالة الالكترونية المتضمنة بيانات القبول لا يعني استلامها فعليا من قبل الموجب[2]، و اثبات وصول الرسالة الالكترونية يصعب في كثير من الحالات ماعدا في القليل من التطبيقات التي تتيح معرفة وصول الرسالة من عدمه كتطبيقات التواصل الاجتماعي التي تتضمن رموزا معينة في غرف المحادثات تمكن المرسل من التأكد من مرور رسالته من عدمه، ما يعني ان إرسال الرسالة الالكترونية لا يضمن وصولها فعلا الى المستلم المحدد، اذا كان هناك مانع فني او تقني يحول دون ذلك، ولذا فان هذه النظرية أيضا غير مفيدة في مجال المعاملات الالكترونية.

(أ_02_03) نظرية استلام القبول: وفقا لهذه النظرية فالعقد الالكتروني ينعقد بمجرد وصول الرسالة الالكترونية الى نظام المعلومات الخاص بالموجب، وان لم يطلع عليها، هذه النظرية تعتبر بدورها غير مجدية في مجال العقود الالكترونية[3]، كون الرسائل المرسلة في غرف

[1] علي هادي عبيدي، **المرجع السابق**، ص 367.

[2] سمير عبد السميع الاودن، **المرجع السابق**، ص60 .

[3] جهاد محمود عبد المبدي، المرجع السابق، ص149

المحادثات وتطبيقات التواصل هي غالبا قابلة للحذف من قبل المرسل وان كانت قد وصلت فعلا الى المستلم .

هذه النظرية معمول بها في نطاق التجارة الدولية، حيث تبنتها اتفاقية فيننا للنقل الدولي للبضائع، في نص المادة 15، حيث نصت على انه يسري مفعول الإيجاب عند وصوله إلى المرسل إليه يجوز سحب الإيجاب، حتى لو كان غير قابل للإلغاء، إذا كان يصل السحب إلى المرسل إليه قبل العرض أو في نفس الوقت[1].

(أ_02_04) نظرية العلم بالقبول: تعني نظرية العلم بالقبول ان العقد لا يقوم الا بعلم الموجب بقبول من وجه له الإيجاب فبعلم القابل بإيجاب الموجب، كان من العدل ان يعلم الموجب بالقبول، ذلك ان الإرادة لا تنتج أثرها، الا بعلم من وجهت اليه[2]

غير ان السرعة الغير اعتيادية والتي تحرك الاتصالات الالكترونية تقلل بشكل ملحوظ من زمن وصول التعبير عن الإرادة الالكتروني مقارنة مع التعبير عن الإرادة في العقود التقليدية والذي يتم بين متعاقدين متباعدين في الأمكنة، ما يجرنا لاستبعاد الفرق الزمني الضئيل واعتبار اللحظة الزمنية بين الإيجاب والقبول وبين ووصول القبول كأنها متزامنة، ما يؤهل العمليات التجارية الالكترونية لاعتبارها عقودا فورية[3].

على الرغم مما سبق إلا أنه يحدث أن تمر فترة زمنية بين التعبير عن الإيجاب والتعبير عن القبول أو استلامه، يميل جزء من الفقه إلى اعتبار التفاوض في هذا النوع من العقود تفاوضا متقطعا أو متتاليا، فهو تعاقد بين غائبين.

(ب) مكان انعقاد العقد الالكتروني: إن إبرام العقد الالكتروني في مكان واحد لا يثير أي إشكالية في تحديد مكان العقد، غير أن التباين المكاني بين الأطراف يستلزم تحديد مكان

---

[1] *Article 15 du Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises,*

[2] لما عبد الله صادق سلهب، **مجلس العقد الالكتروني**، رسالة ماجستير، جامحة النجاح الوطنية، فلسطين،2008، ص 128.

[3] *Ruperto Pinochet Olave,OP CIT ; P 280*

العقد[1] لكون أغلب العقود الالكترونية تتسم بالطابع الدولي، فعلى الرغم من أن العقود الالكترونية تستفيد من أحكام العقود التقليدية إلا أنها تختلف عنها في بعض الجزئيات، ومنها مكان انعقادها، ويثور التساؤل حول هذه المسألة نظرا للنتائج المترتبة عن ذلك كتحديد القانون الواجب التطبيق، وكذا القضاء المختص بنظر المنازعة لا سيما في حال عدم تحديد ذلك في بنود العقد المبرم.

وقد اعتبر جانب من الفقه أن مكان العقاد ملازم لزمان انعقاده، بينما يرى جانب آخر أنه المسألتين متميزتين، وتفريعا عن ذلك ظهرت نظريات حاولت التفصيل في ذلك:

(ب_01) نظرية التلازم بين المكان والزمان:

(ب_01_01) عرض النظرية: تشير نظرية التلازم بين المكان والزمان إلى أن تبني أي نظرية بشأن زمان انعقاد العقد الالكتروني يستلزم تبني نفس النظرية بشأن مكان انعقاد العقد الالكتروني، فإذا تبنى تشريع دولة ما نظرية وصول القبول في تحديد زمان الانعقاد، فيجب تبنى نفس النظرية لتحديد مكان الانعقاد، كذلك تبني نظرية العلم بالقبول في تحديد الزمان، يؤدي لتبني نفس النظرية لتحديد المكان[2]، فإذا كان زمان انعقاد العقد الالكتروني هو زمان العلم بالقبول، فان مكان انعقاده هو مكان العلم بالقبول أيضا.

(ب_01_02)النقد الموجه للنظرية: تعرضت هذه النظرية للعديد من الانتقادات كون الأخذ بها يؤدي إلى صعوبات في تطبيق القوانين، نظرا لان المتعاقد الالكتروني قد يدخل إلى الفضاء الرقمي من أي مكان من العالم، وبالتالي فان حدوث تداخل بين القوانين وارد جدا في هذه الحالة، وقد ينتهي بهم إلى تطبيق قانون غير قانون الدولة التي ينتمون إليها، وان كان

[1] العوجي مصطفى، **القانون المدني: العقد**، ج 01، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 260.

[2] بولمعالي زكية، **المرجع السابق**، ص 473.

هذا الأمر لا يطرح إشكالا في العقود الدولية، إلا انه كذلك بالنسبة للعقود الوطنية، كأن لا يطلع احد المتعاقدين الجزائريين على قبول الطرف الآخر إلا بعد وصوله إلى بلد أجنبي[1].

(ب_02_01) النظريات الثنائية: ويقصد بها عدم التلازم الحتمي بين زمان ومكان الانعقاد، وقد تبنى هذه النظرية عديد الفقهاء، على رأسهم مالوري وشيفالي، مؤسسين نتائجهم على أحكام القضاء الفرنسي الذي يفصل بين زمان انعقاد العقد ومكان انعقاده، ويفرد لكل من المسالتين حلا أو موقفا مختلفا[2]، وفي هذا الصدد جاء كل من الفقيهين السالفي الذكر بنظرية تخص تحديد مكان انعقاد العقد الالكتروني، وليس حتما أن يلازم زمان انعقاد العقد مكان انعقاده، الالكتروني، تنعقد عند وصول القبول إلى علم من وجه إليه وهو الموجب[3]،

فبالنسبة **للفقيه مالوري** فقد توصل إلى أن أحكام القضاء الفرنسي استقرت على الأخذ بنظرية تصدير القبول، والتي تقضي بأن مكان انعقاد العقد هو مكان إصدار القبول، ويبرر استنتاجه هذا بأنه لا يجوز إجبار المتعاقد التي الذي لم يصدر منه إيجاب إلى التقاضي بعيدا عن مقر إقامته، بل إن من صدرت عنه المبادرة إلى التعاقد هو من يتوجب عليه التقاضي بعيدا عن محل إقامته

أما **شيفاليه** فيأخذ بنفس الفكرة التي أخذت بها النظرية السالفة، أي الفصل ما بين زمان انعقاد العقد الالكتروني ومكانه، غير أن لها فلسفة مغايرة ترى وجوب الأخذ بنظرية العلم بالقبول بالنسبة تحديد زمان انعقاد العقد، حيث يقول شيفاليه: إذا كان تطابق الإرادتين المنشئ للتراضي يتحقق في وقت معين، غير انه يتحقق في مكن معين، فالإيجاب والقبول لا يمكن أن يتواجدا في وقت ومكان معين"[4]، أما فيما يخص مكان انعقاد العقد، فيرى الأستاذ شيفاليه،

---

[1] بولمعالي زكية، **المرجع السابق**، ص474.

[2] امانج رحيم احمد، التراضي في العقود الالكترونية، **المرجع السابق**، ص 200.

[3] مسعودي هشام، "**الوسائل والآليات المستخدمة في إبرام العقد الالكتروني: دراسة تأصيلية**"، مجلة القانون المجتمع والسلطة، المجلد: 11، العدد: 01، ص 380.

[4] عبد الحي حجازي، **النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام**، ج 01، دار النهضة العربية، مصر، 1954، ص 675.

بأنه المكان الذي أرسل إليه الإيجاب (مكان تواجد القابل عند إرسال القبول)[1]، أما إذا كان المراد معرفته هي القواعد التي تنطبق على صحة التعاقد أو تفسير العقد، فعند سكوت الطرفين يجب الرجوع إلى مكان الإرسال الذي انطلقت منه المبادرة التعاقدية سواء أكانت إيجاباً أم دعوة إلى التعاقد.

(ج) موقف التشريعات من مكان وزمان انعقاد العقد الالكتروني:

نتطرق هنا إلى موقف الهيئات الدولية والتشريعات الوطنية المقارنة في تحديد زمان ومكان انعقاد العقود التي تبرم عن بعد وخاصة العقد الالكتروني

(ج_01) موقف التشريعات الدولية:

تنظم اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع فينا لسنة 1980 عقود البيع الدولية التي تبرم بين الدول أو بين أطراف من دول مختلفة، ولهذا فان موقفها يهمنا بالنسبة لتحديد زمان ومكان انعقاد العقد الالكتروني، وكذلك الأمر بالنسبة لموقف القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية الاونسيترال.

فأما بالنسبة **لاتفاقية فينا بشأن التجارة الدولية:** جاءت هذه الاتفاقية بأحكام تتعلق بعقود البيع الدولية، ولم تتضمن أحكامها أي نص بشأن التبادل الالكتروني للبضائع، إلا أنها أجازت إبرام هاته العقود بأي وسيلة كانت[2]، وبالتالي فان أحكامها تشمل العقود الدولية المبرمة بوسيلة الالكترونية.

وفي ذات السياق ورد في المادة 32 انه" ينعقد العقد في اللحظة التي يحدث فيها قبول الإيجاب أثره وفقا لأحكام هذه الاتفاقية"، وبالعودة لنص المادة 18 التي تسبقها فهي توضح انه يحدث قبول الإيجاب أثره من اللحظة التي يصل فيها للموجب، وقد أوضحت المادة 24

[1] محمد صديق عبد الله، **"النظريات غير التقليدية في تحديد زمان انعقاد العقد ومكانه"**، مقال متوفر عل الموقع: https://almerja.com/reading.php?idm=48837 ، تاريخ الزيارة: 12-09-2022، على الساعة 00:20.

[2] محمود عبد الرحيم الشريفات، **المرجع السابق**، ص 173.

من نفس الاتفاقية معنى وصول إعلان القبول بنصها على: " في حكم هذا الجزء من الاتفاقية يعتبر الإيجاب أو الإعلان عن القبول أو أي تعبير آخر عن العقد قد وصل إلى المخاطب عند إبلاغه شفهيا أو تسليمه إليه شخصيا بأي وسيلة أخرى، أو تسليمه لمكان عمله أو لعنوانه البريدي، أو لدى تسليمه لمكان سكنه المعتاد أن لم يكن له مكان عمل أو عنوان بريدي"، ومن نص المادة السابقة يظهر أن اتفاقية فيينا قد تبنت **نظرية التسليم القبول أو وصوله،** فينعقد العقد بمجرد وصول القبول إلى الموجب سواء علم بمضمون الرسالة أو لم يعلم .

أما بالنسبة **لقانون النموذجي بشان التجارة الالكترونية:** اقتصر قانون الاونسيترال على ذكر زمان ومكان إرسال رسائل البيانات فقط، ولم يشر في أحكامه إلى مسالة زمان ومكان انعقاد العقد الالكتروني، والسبب في ذلك أن رسائل البيانات هي التي تحمل إرادات المتعاقدين من إيجاب وقبول[1]، وتم ذلك بموجب نص المادة 15 التي جاءت بعنوان: "زمان ومكان إرسال واستلام رسائل البيانات"، وقد تركت أحكام المادة للأطراف حرية الاتفاق على زمان ومكان الإرسال والاستلام، مع إصباغ هذا الاتفاق بنوع من الإلزام تحقيقا للأمن التعاقدي، أما أحكام هذا القانون فجاءت فقط لتسد الفراغ[2] في حال عدم وجود اتفاق مسبق حول ذلك بين أطراف العقد الالكتروني.

وقد حددت المادة 15 لحظة إرسال رسالة البيانات، بأنها اللحظة التي تدخل فيها هذه الرسالة إلى نظام معلومات يخرج عن سيطرة المنشئ فلا يتمكن بعدها من استرجاعها أو التعديل عليها، أما وقت تسليم رسالة البيانات فقد حددته الفقرة الثانية من نفس المادة إذ نصت على انه ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك يتحد وقت إرسال رسالة البيانات على النحو التالي:

1) إذا كان المرسل إليه قد عين نظام معلومات لغرض استلام رسائل البيانات يقع الاستلام:

[1] جهاد محمود عبد المبدي، المرجع السابق، ص 170

[2] محمود عبد الرحيم الشريفات، **المرجع السابق،** ص 175.

- ❖ وقت دخول رسالة البيانات نظام معلومات معين.
- ❖ وقت استرجاع المرسل إليه لرسالة البيانات إذا أرسلت على نظام معلومات تابع للمرسل إليه غير الذي قام بتعيينه.

2) إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات يقع الاستلام عندما تدخل رسالة البيانات أي نظام معلومات تابع للمرسل إليه.

وبذلك فالقانون النموذجي يركز على فكرة دخول رسالة البيانات إلى نظام المعلومات الخاص بالمرسل إليه، وهو الوقت الذي تصبح فيه رسالة المعلومات متوفرة وجاهزة على ذات النظام، وهذا حسب الدليل الإرشادي لقانون الاونسيترال، وقد تجنب هذا الأخير الخوض في مسالة زمان انعقاد العقد الالكتروني وترك ذلك للتشريعات الداخلية للدول احتراما منه لمبدأ سيادة هذه الدول[1].

(ج_02) موقف التشريعات الداخلية

لقد حاولت التشريعات الداخلية تحديد إجابة عن هذه المسالة، فسار القانون المعاملات الإماراتي على خطى قانون الاونسيترال،[2] حيث تنطبق الفقرة الأولى من المادة 17 من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاماراتي على المادة 15 من قانون الاونيسترال السابقة الذكر

التشريع الجزائري تنص المادة 67 من ق م ج على انه يعتبر التعاقد بين غائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك، ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول، في المكان والزمان اللذين وصل فيهما إليه القبول.

---

[1] محمود عبد الرحيم الشريفات، **المرجع السابق**، ص 178.

[2] جهاد محمود عبد المبدي، المرجع السابق ص 175

فالنّص وضع قاعدة عامة، تفيد بان كل العقود بين غائبين بما فيها العقد الالكتروني، يكون زمان انعقاد العقد ومكانه، هو مكان وزمان علم الموجب بالقبول، ومنه نستنتج أن المشرع الجزائري قد اخذ بالنظرية الأولى التي تقضي بتلازم زمان انعقاد العقد الالكتروني ومكانه.

(ثانيا) خصوصية التراضي في العقد الالكتروني:

لا يختلف العقد الالكتروني عن غيره من العقود في طريقة الانعقاد، يستوجب توافر الأركان المعروفة للعقود من رضا ومحل وسبب، غير أنّ دراستنا سوف تقتصر على التراضي الالكتروني بسبب خصوصيته، والمتمثل أساسا في الإيجاب والقبول الالكترونيين.

(01) الخصوصية من حيث الأطراف:

طبقا للقواعد العامة، فانه كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية[1] من اجل انعقاد أي عقد عامة والعقد الالكتروني خاصة؛ إذ يتطلب القانون صدور إرادة التعاقد من شخص مؤهل قانونا، حيث أنّ كل شخص يعتبر مؤهلا قانونا للتعاقد ما لم تسلب منه أهليته أو يحد القانون منها[2].

يسهل تحديد أهلية الأطراف في العقود التقليدية نظرا لكونها تنعقد غالبا في مجلس حقيقي واحد، يواجه فيه الأطراف بعضهم بعضا، على العكس من ذلك فالعقود الالكترونية تشهد صعوبة كبيرة في تحديد أهلية الأطراف نظرا لأنهم عند إبرام العقد الالكتروني يجهلون غالبا الطرف الثاني المتعاقد معه بالتالي يصعب التحقق من توفر الشروط القانونية للتعاقد خاصة هوية المتعاقد وأهليته القانونية.

(أ)تحديد هوية المتعاقد معه: تعد إشكالية التأكد من هوية المتعاقد، من أكثر المشكلات شيوعا في هذا النوع من المعاملات عبر الشبكة العنكبوتية، ذلك أن تنفيذ العقد المبرم يتطلب

[1] المادة 40 من القانون المدني الجزائري، **سبق ذكره**.

[2] سمير عبد السميع الاودن، **المرجع السابق**، ص30.

أولا معرفة كل طرف منه للطرف الآخر، ما يستدعي تحديد هوية المتعاقد بصورة واضحة[1]، ولم تكن هذه المسالة مطروحة في العقود التقليدية، فكان من اليسير معرفة هوية المتعاقد سواء بمعرفة سابقة له، أو طلب استظهار بطاقة الهوية إذا كان شخصا طبيعيا، أو استظهار شهادة تسجيل الشركة إن كان شخصا اعتباريا[2].

غير أن الأمر بالنسبة للعقود الالكترونية يختلف اختلافا تاما، فنظرا لطبيعة هذا النوع من العقود، والذي يغيب فيه الطرفين عن مجلس عقد حضوري وحقيقي وجاهي، دون أن يتمكن احدهما من رؤية المتعاقد الآخر أو التحدث معه في أحيان كثيرة، وبالتالي فان تحديد هوية المتعاقد الآخر يصعب في الغالب، ما يطرح إشكالا قانونيا بالنسبة لصحة العقد، الذي لا يمكن أن يقوم صحيحا، إلا بتوافر الأهلية القانونية لكلا طرفيه، بالإضافة إلى أن أثار العقد تنصرف إليهما[3]، ما يستوجب تحديد هويتهما بصورة واضحة، لضمان تنفيذ كل عاقد لالتزاماته تجاه المتعاقد الآخر.

ومن الحلول التي جاءت بها الشركات التي تنشط عبر الانترنت، وضع تحذيرات للمتصفحين، تؤكد فيه على اشتراط سن قانوني لأجل إتمام التعاقد معها، وتلجا أخرى إلى اعتماد نماذج عقود معدة سلفا، تتضمن تصريحا بالهوية الكاملة لكل من يقدم على إبرام هذا العقد الالكتروني، ويستلزم توافر الأهلية اللازمة من اجل السماح له بإبرام العقد، أو الولوج إلى الموقع، ومن ذلك النموذج الفرنسي، المنظم للمعاملات التجارية الالكترونية بين التجار والمستهلكين في فرنسا، وكذلك النموذج المعد من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الاونسيترال[4].

---

[1] محمود عبد الرحيم الشريفات، **المرجع السابق**، ص65.

[2] محمود عبد الرحيم الشريفات، **المرجع السابق**، ص64.

[3] امينة كوسام، "**خصوصية الأهلية في التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة**"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد: 02، العدد: 02، 2015، ص 347.

[4] امينة كوسام، **المرجع السابق**، ص 348

(ب) **ضمان أهلية المتعاقد معه:** الأهلية أمر سهل الإثبات في العقود التقليدية حيث التعاقد بين حاضرين في مجلس واحد حقيقي، ففي حالة الشك يكفي أن يطلب المتعاقد الوثائق والشهادات التي تثبت أهلية المتعاقد معه[1].

أما عن الأهلية في العقود الالكترونية فان الأمر يختلف، حيث أن خصوصية التعاقد الالكتروني، تجعله يبرم عن بعد وبين غائبين، ما يولد صعوبة في تحديد أهلية المتعاقد معه، وسهولة كبيرة في التعاقد مع شخص قاصر، إذا ما ادعى كمال أهليته، بل أن كمال الأهلية يختلف من بلد إلى آخر، فيترتب عن الانفصال المكاني بين أطراف العقد الالكتروني، عدم معرفة أطراف العقد مدى أهليه الطرف الآخر ومركزه المالي، كما قد لا يعرف أن كان يتعامل مع الاصيل أو الوكيل[2].

تتعلق الأهلية في العقد الالكتروني بقدرة الأشخاص على القيام بالعمليات القانونية عبر الانترنت، ومن المهم معرفة أن الأهلية في العقد الالكتروني تعتمد على نفس القواعد القانونية المطبقة على العقد التقليدي، وتتطلب إثبات القدرة القانونية للأطراف المتعاقدة على إبرام العقد و تنفيذ التزاماته، وبموجب القواعد العامة المتعلقة بالعقود، يتم اعتبار الأشخاص القادرين على القيام بالعمليات القانونية في حالات مثل بلوغ سن الرشد، والإدراك الكامل والقدرة على التصرف، أكفاء لإبرام أي تصرف قانوني من أي نوع وإبرام إي نوع من العقود التقليدية أو الالكترونية.

بما أن التعاقد الالكتروني كغيره من العقود يشترط توافر الأهلية القانوني، فانه يتعين على أطرافه التدقيق في مسالة الأهلية بكل الوسائل المتاحة، كاللجوء إلى سلطات الإشهار، وهي طرف ثالث موثوق و محايد، تنظم العلاقات التعاقدية بين الأطراف في المعاملات الالكترونية، تقوم هذه الهيئات بتحديد هوية الأطراف والتثبت من أهليتهم القانونية، عن طريق

---

[1] حمادوش انيسة، "**حول إشكالية التحقق من أهلية المتعاقد في التعاقد الالكتروني**"، مجلة القانون المجتمع والسلطة، مجلد: 08، عدد: 02، 2019، ص 57.

[2] محمد شوقي محروس، **المرجع السابق**، ص 113.

إصدار شهادات تثبت حقائق متعلقة بالتعاقد الالكتروني، ومن الحلول المعروضة في هذا الصدد أيضا اعتماد نظام قانوني يجبر أطراف العقد على الإدلاء بكل البيانات التي تفيد بهويته، كشعار الشركة أو العلامة التجارية بالنسبة للمهني الالكتروني[1]، فقد نص التوجيه الأوروبي الصادر في 20 يوليو1997 انه بالنسبة لكل عرض بيع لمنتج أو خدمة عن بعد، على المورد أن يضمّن عرضه بيانات تتعلق بتحديد شخصه مثل اسم المنشاة وعنوانها، وهو نفس ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 11 من قانون التجارة الالكترونية[2] بنصها على انه يجب أن يقدّم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة، ويجب أن يتضمّن على الأقل، ولكن ليس على سبيل الحصر، المعلومات الآتية:

- ❖ رقم التعريف الجبائي، والعناوين المادية والالكترونية.
- ❖ ورقم هاتف المورد الالكتروني.
- ❖ رقم السجل التجاري أو رقم البطاقة المهنية للحرفي وإلزام المستهلك الالكتروني طرفي العقد الالكتروني المستهلك من جهة، والمهني أو المورد من جهة أخرى.

وما دمت المادة أشارت لطرفي العقد فكان لا بد من تعريفهما، **فالمستهلك** هو: "شخص طبيعي أو معنوي يقتني أو يستعمل أو يستأجر لأغراض غير مهنيّة، منتجات أو خدمات معروضة في السوق للاستهلاك"[3]، أما المورد أو المهني: فحسب الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون الاستهلاك المغربي 08.31السالف الذكر فهو "كل شخص طبيعي أو معنوي يتصرف في إطار نشاط مهني أو تجاري".

كما عرفهما القانون 18-05 بان **المستهلك الالكتروني** هو: "كل شخص سواء كان طبيعي أو معنوي يقتني سلعة أو خدمة معينة من المورد الالكتروني بغرض الاستخدام النهائي"،

---

[1] سمير عبد السميع الاودن، **المرجع السابق**، ص32 .

[2] القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية، **سبق ذكره**.

[3] المادة الأولى من قانون الاستهلاك المغربي 08.31 المؤرخ في 18فبراير 2011 ***المتعلق بتحديد تدابير حماية المستهلك***، الجريدة الرسمية، عدد: 5932، مؤرخة في: 7 أفريل 2011.

أما **المورد الالكتروني** هو: "كل شخص سواء كان طبيعي أو معنوي يعرض أو يسوق أو يقترح توفير سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الالكترونية"

(02) الخصوصية من حيث وسيلة التعبير عن الارادة:

في العقود الإلكترونية، يتم التعبير عن الإرادة باستخدام وسائل إلكترونية بدلاً من اللفظ أو الكتابة العادية. هذه الوسائل تشمل[1]:

- ❖ التوقيع الإلكتروني: يمكن للأفراد والمؤسسات استخدام التوقيع الإلكتروني للتعبير عن موافقتهم على العقد. التوقيع الإلكتروني يتضمن تقنيات مثل التوقيع الرقمي للتحقق من هوية الموقع والموافقة.
- ❖ البريد الإلكتروني: يمكن استخدام البريد الإلكتروني لتبادل العروض والموافقات على العقود. على سبيل المثال، يمكن للأطراف إرسال رسائل بريد إلكتروني تحتوي على تفاصيل العقد وموافقتهم عليه.
- ❖ الموافقة عبر النقر :(Clickwrap) في العديد من المواقع والخدمات عبر الإنترنت، يُطلب من المستخدمين الموافقة على شروط الخدمة أو العقود من خلال النقر على مربع الاختيار أو زر الموافقة.
- ❖ تقنيات التشفير: يمكن استخدام تقنيات التشفير لضمان سرية وأمان المعلومات المرسلة عبر الإنترنت أثناء إبرام العقود.

الفرع الثاني: مضمون العقد الالكتروني

يتعلق مضمون العقد أساسا بالمحل الذي قام عليه العقد، والسبب الذي قام لأجله، وهو الذي سنبسط فيه البحث:

(أولا): محل العقد الالكتروني

[1] عشير جيلالي، قاشي علال، المرجع السابق ص 712

المحل هو الموضوع القانوني الذي يدور حوله العقد ويجب أن تتوفر به مجموعة من الشروط، وبالعودة للقواعد العامة في القانون المدني الجزائري[1] فإن هذه الشروط تتمثل في:

(أ) أن يكون محل العقد معينا أو قابلا للتعيين:

وهو ما نصت عليه المادة 94 من القانون المدني بقولها إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه، ومقدرا وإلا كان العقد باطلا.

وقد حرصت مختلف التشريعات المتعلقة بالتجارة الالكترونية سواء الوطنية أو الدولية على النص على هذا الشرط، حيث جاء في العقد النموذجي للتجارة الالكترونية الفرنسي، على وجوب تحديد الصفات الجوهرية للسلع والخدمات المعروضة عبر المنصات الافتراضية، حيث أشارت الفقرة الأولى من البند الرابع للعقد على الصفات الرئيسية للأموال المعروضة على انه يجب تسمية الأموال المعروضة ومكوناتها كمياتها وألوانها ومميزاتها الخاصة[2].

وقد نص القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الالكترونية على هذا الشرط في الفقرة الأولى من المادة 11 على انه يجب ان يقدم المورد الالكتروني العرض التجاري الالكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة وان يتضمن على الأقل: طبيعة وخصائص وأسعار السلع، والخدمات المقترحة باحتساب كل الرسوم، وأضافت المادة 13 انه يجب أن يتضمن العقد الالكتروني على الخصوص المعلومات الآتية: الخصائص التفصيلية للسلع والخدمات، هذا ولم توضح المادة المقصود بالخصائص التفصيلية بالضبط، غير انه يمكن الاستنتاج أن المشرع يقصد بالخصائص التفصيلية للسلع والخدمات، وصفا تفصيليا للسلعة من حيث الشكل والمميزات المكونات والجودة.

---

[1] يراجع المواد92-95 من القانون المدني الجزائري، **سبق ذكره**.

[2] فريد عبد المعز فرج، "**التعاقد بالأنترنت**"، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، جامعة الأزهر، سنة 2003، ص 555.

(02) أن يكون ممكنا غير مستحيل: نصت المادة 92 من ق م ج على انه يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا، واستثنت من ذلك تركة الإنسان الذي ما يزال على قيد الحياة ولو تم ذلك برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون

غير أن قانون التجارة الالكترونية قد قيد التعامل بالسلع الغير متوفرة في المخزون بعدم دفع الثمن مسبقا، وان أي دفع لثمن الطلبية قبل توفر المنتج يوجب على المورد إرجاعه للمستهلك، دون المساس بحق هذا الأخير في التعويض، وهذا ما نصت عليه المادة 15 من قانون 18-05.

(03) أن يكون مشروعا: طبقا للقواعد العامة، فانه يتوجب أن يكون محل العقد مشروع غير مخالف للنظام العام فقد نصت المادة 93 من ق المدني على انه إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا، يتضح من المادة أن محل العقد يجب أن يكون مشروعا بان لا يخالف النظام العام ولا الآداب[1] وان لا يكون مما يحظر التعامل فيه، وهو الذي أيده قرار للمحكمة العليا جاء فيه: ""**متى أوجب القانون في الالتزام التعاقدي مشروعية المحل، اعتبر محظورا كل اتفاق مخالف لذلك، وكان من أثر البطلان المترتب إرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل ابرام العقد**"[2]

وبالنسبة للعقود الالكترونية فان القانون 05/18 قد نص في المادة 05 منه على حظر التعامل عن طريق التعاقد الالكتروني بالنسبة للعتاد والتجهيزات والمنتجات الحساسة المحددة عن طريق التنظيم المعمول به، وكذا كل المنتجات و/أو الخدمات الأخرى التي من شانها المساس بمصالح الدفاع الوطني والنظام العام والأمن العمومي، كما يجب أن يكون المحل

[1] مروان منصور نعيم زايد، الطبيعة القانونية للعقود التجارية الالكترونية، مقال منشور بتاريخ 23 مارس 2022 على الموقع https://www.awraqthaqafya.com تاريخ الاطلاع 12-10-2022

[2] المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم: 30072، قرار بتاريخ: 1983/02/16، المجلة القضائية، العدد: 02، 1989، ص 37.

قانونيًا ومتوافقًا مع القوانين واللوائح المعمول بها، فإذا كان غير قانوني أو مخالفا للنظام العام، يعتبر العقد لاغيا وباطلا.

واستنادا للقواعد العامة يمكن التوصل إلى أن المحل في العقد الإلكتروني يشير لموضوع العقد أو إلى ما أبرم الطرفان العقد من أجله، والذي يمكن أن تكون سلعة أو خدمة أو منفعة أو عملا، ويمكن وصف المحل بشكل أكثر دقة وتفصيلاً بسبب الإمكانيات التي توفرها تكنولوجيا المعلومات والاتصالات (ICT).

فالمحل في العقد الالكتروني هو الخدمة أو الشيء الذي يتعهد الطرفان بتبادله في سياق العقد الإلكتروني، ويمكن أن يتخذ المحل أشكالًا مختلفة حسب نوع العقد، على سبيل المثال: في عقد البيع عبر الإنترنت، قد يكون العنصر سلعة مادية أو خدمة رقمية ، بينما في **عقد الخدمة** عبر الإنترنت، سيكون المحل عبارة عن خدمة محددة مثل تصميم موقع ويب أو إنتاج ترجمة، ومن المهم أن يكون المحل محددًا بوضوح في العقد الإلكتروني من أجل تجنب أي غموض أو سوء فهم بين الطرفين[1]، كما يجب أن توصف شروط وأحكام العقد الشيء بطريقة دقيقة ومفصلة بما في ذلك الخصائص والكميات والأسعار، كما يجب أن يتفق الطرفان أيضًا على شروط تقديم الخدمة أو أداءها.

(ثانيا) سبب العقد الالكتروني:

السبب في العقد الالكتروني يشير إلى الدافع الذي يدفع الأطراف إلى إبرام العقد الالكتروني، وهو ركن من أركان العقد وشرط لصحته، تماما كما هو الحال في العقد التقليدي، تبعا لذلك فان السبب يجب أن يكون قانونيا ومشروعا،[2] وهذا يعني انه لا يجب على الأطراف المشاركة أو إبرام عقود غير قانونية أو مخالفة للقانون في سببها، ويجب أن تكون واضحة

[1] محمد شوقي محروس، **المرجع السابق**، ص 109

[2] مروان منصور نعيم زايد، **الطبيعة القانونية للعقود التجارية الالكترونية**، مرجع سابق تاريخ الاطلاع 12-11-22

ومحددة السبب، وهو الذي أيده قرار للمحكمة العليا جاء فيه: ""**التزام المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب العام يترتب عليه بطلان العقد**"[1].

وسحبا لهذه القواعد وتطبيقها على العقود الالكترونية فإن أطرافه يمكنهم القيام بذلك لأسباب مختلفة مثل شراء أو بيع منتجات أو خدمات أو استئجار عقار أو تقديم خدمات، ويشترط في سبب كل هاته الاتفاقات أن يكون مشروعا غير مخالف للنظام العام والآداب، وان يكون مشروعا، ويشترط في العقد الالكتروني أيضا أن يكون السبب واضحا ومحددا، حيث يمكن معرفة السبب الدافع للتعاقد لأجل إثبات صحته عند وجود أي نزاع.

المطلب الثاني: إثبات العقد الالكتروني

إن إثبات العقد يستدعي أن يكون العقد واضحا ومقنعا بوسائل منطقية تقوم على عناصر ملموسة يمكن الرجوع إليها والاعتماد عليها من اجل إثبات العقد[2]وفي سبيل ذلك فإن الفقه يعتمد على وسيلتين ترتبطان مباشرة برسائل المعلومات، لإثبات وجود التراضي عبر شبكة الانترنت، ورغم وجود وسائل إثبات أخرى غيرها إلا أن دراستنا سوف تنصب على المحررات الالكترونية **(الفرع الأول)**، والتوقيع الالكتروني **(الفرع الثاني)** كوسيلة لإثبات العقد الالكتروني، وذلك نظرا لتميز العقد الالكتروني عن العقود التقليدية في الإثبات بهذه الوسائل.

الفرع الأول: المحررات الالكترونية

سنتناول في هذا المقام مفهوم المحررات الالكترونية، ثم نعدد الشروط الواجب توافرها فيها، وهو ما يسمح لنا بمعرفة حجية هذه المحررات.

(أولا) مفهوم المحرر الالكتروني:

[1] المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم: 43098، قرار بتاريخ: 1987/04/12، المجلة القضائية، العدد: 04، 1990، ص 85.

[2] ثروت عبد الحميد، **التوقيع الالكتروني**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2007، ص08.

إن بيان مفهوم المحرر الالكتروني يقتضي منا تعريفه، وتحديد الخصائص التي يقوم عليها، وذلك على النحو التالي:

(أ) تعريف المحرر الالكتروني (الكتابة الالكترونية): لقد اختلف المشرعون في كثير من دول العالم بشأن تسميتها وأطلق عليها مصطلحات مختلفة مثل :المستند الالكتروني، الكتابة الالكترونية أو في الشكل الالكتروني، الوثيقة الالكترونية، جميع هاته الاصطلاحات تحمل معنى واحد رغم اختلافها[1].

فالكتابة الالكترونية هي: تلك المعلومات الرقمية تنشأ أو ترسل أو تنقل على دعامة إلكترونية، أيا كان مصدرها وهي نوعان، كتابة صوتية منطوقة، وكتابة تأتي على شكل علامات ورموز[2]، حيث بالضغط على أزرار لوحة المفاتيح أو المدخلات بصفة عامة يتم إنشاء المحرر، في شكل ومضات كهربائية تحول إلى اللغة التي يفهمها الجهاز، ويبقى هذا المستند مخزن في الجهاز بهذه الصورة، فإذا تم استرجاعه يصير مجددا بالصورة المفهومة للعقل البشري.

كما تم تعريف المحرر الالكتروني بأنه: "كل مكتوب على نوع معين من الدعامات الالكترونية، وهي رسالة بيانات تنشا أو تدمج أو تخزن في أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا بوسيلة الكترونية أو رقمية أو بأي وسيلة مشابهة[3]، وتم وصف البيانات الالكترونية بأنها معلومات ترسل وتستخدم بواسطة وسائل الكترونية، بغض النظر عن وسيلة استخراجها في

---

[1] الهام بن خليفة، **"المحررات الالكترونية كوسيلة لإثبات المعاملات الالكترونية"**، مداخلة في الملتقى الدولي حول: التجارة الإلكترونية وتكنولوجيات الاتصالات (الفرص– التحديات)، جامعة البشير الإبراهيمي برج بوعريريج، 05 مارس 2019 ص 02.

[2] موسي نعيمة، **اثبات العقد الالكتروني في التشريع الجزائري**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 51، العدد 02، ص 132

[3] حمادة أشرف محمد خليل، **"المحررات الالكترونية كوسيلة من وسائل إثبات العقد الإداري الالكتروني: دراسة تحليلية مقارنة"**، مجلة الإسراء للعلوم الإنسانية، العدد: 04، 2018، ص 93.

المكان المستلم فيه، حيث يمكن أن تكون الوسائل المستخدمة في تبادل البيانات شبكة الانترنت أو الأقراص الصلبة أو شاشات الحاسوب، أو أي وسيلة أخرى متاحة في المستقبل[1].

وانطلاقا من ذلك عرفت المادة الثانية من قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية رسالة البيانات بأنها: "المعلومات التي يتم إنشاؤها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الالكترونية أو البريد الالكتروني أو البرق أو النسخ البرقي[2].

أما المشرع الجزائري فلقد أدخل على نصوص الإثبات في تعديل القانون المدني لسنة 2005 اقرفيه بالكتابة في الشكل الالكتروني، ورغم إقرار الإثبات بالكتابة الالكترونية إلا انه لم يقدم لها أي تعريف يذكر[3]، ولم يولي اهتماما بتحديد دعامة الكتابة، حيث نصت المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري أن: "ينتج الاثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها.

(ب) خصائص المحرر الالكتروني: يقوم على مجموعة من الخصائص، وهي:

(01) الترابطية: فهذه المحررات تمكن المتعاقدين من التعبير وتنظيم أفكارهم بشكل منطقي ومترابط[4]، وأنها تدل على حقيقة ما تم الاتفاق عليه في المعاملات والعلاقات القانونية بين الأشخاص بطريقة الكترونية، وذلك لكون القد خطاب قانوني تواصلي بين طرفين هما المنتفعين من العقد.

---

[1] بان سيف الدين محمود، **المرجع السابق**، ص 13.

[2] المادة الثانية الفقرة "ج" من قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية لسنة 2001.

[3] موسي نعيمة، المرجع السابق ، ص 132

[4] سمير عبد السميع الاودن، **المرجع السابق**، ص 109.

(02) المقروئية وقابلية الإدراك: فالنصوص المكتوبة على محررات الكترونية يسهل قراءتها وفهمها، حيث تتيح المحررات الالكترونية خيارات عديدة لتنسيق النصوص وجعلها أكثر قابلية للإدراك، فالمحرر الالكتروني يجب أن يكون قابلا للفهم من الرجل العادي وإلا ما كان ليكون وسيلة للإثبات.

(03) الثبات وعدم القابلية للتعديل: فبمجرد كتابة النص على المحرر الالكتروني، واتمام حفظه وتخزينه بشكل ثابت ودائم، فإنه يمكن استخدامه والرجوع إليه في أي وقت، وبعكس النصوص المكتوبة على دعامة ورقية، يصعب تعديل المحرر الالكتروني[1]، فقوة المحرر الالكتروني تكمن في سلامته من أي تعديل أو إضافات أو حذف منذ لحظة إنشائه.

(ثانيا) حجية المحرر الإلكتروني:

إن المحرر الالكتروني من الأدلة الممكن الاستناد عليها لإثبات واقعة ما، وهو ما يستوجب بيان الشروط الواجب توافرها باعتبارها أساس تقدير حجية هذه المحررات.

(أ) الشروط اللازمة في المحرر الالكتروني:

وهي الشروط الواجب توافرها في الكتابة الالكترونية من اجل إمكانية الاحتجاج بالمحرر الالكتروني في مواجهة الغير وتحقيق وظيفته في الإثبات

(01) قابلية الكتابة الالكترونية للقراءة ووضوح المعنى:

ينبغي للكتابة الإلكترونية أن تكون مقروءة وذات معنى واضح[2] حتى يمكن استخدامها كدليل في المنازعات، ولكي تكون قابلة للقراءة، يجب على المحرر الكتابي استخدام حروف أو رموز مفهومة للشخص الذي سيتم استهدافه بالمحرر[3]، وفيما يتعلق بالمحررات الإلكترونية،

---

[1] علي رحال، المرجع السابق، ص 301

[2] مصطفى أحمد إبراهيم نصر ،**وسائل إثبات العقود الالكترونية– دراسة مقارنة**، دار النهضة العربّية، القاهرة2012 ، ص17

[3] حمادة أشرف محمد خليل، المرجع السابق ص 98

فإنها تكتب بلغة الآلة التي لا يمكن للإنسان قراءتها بشكل مباشر، ولكن بفضل برامج الترجمة، يمكن للحاسوب تحويل هذه اللغة إلى لغة مقروءة للإنسان، وبالتالي يمكن قراءة المحررات الإلكترونية بوضوح وفهمها باستخدام الحاسوب، مما يفي بمتطلبات القابلية للقراءة والفهم.

ويمكن القول أن وضوح العقد متطلب دستوري؛ إذ يمكن اشتقاقه من المادة 04/34 من التعديل الدستوري[1] لسنة 2020، والتي تنص: "تحقيقا **للأمن القانوني**، تسهر الدولة عند وضع التشريع المتعلق بالحقوق والحريات على ضمان الوصول إليه ووضوحه واستقراره"، والعقد ليس سوى شريعة وقانونا بين المتعاقدين مما يستوجب إخضاعه لنفس الأحكام الواردة في هذه المادة، وذلك تحقيقا للأمن التعاقدي[2].

كما توصل **مجلس الدولة الفرنسي** في تقريره عام 1998 إلى أن المحررات الإلكترونية يجب أن تكون واضحة ومفهومة للآخرين، خاصة في حالة استخدامها كدليل في المنازعات وأن القاضي يمكنه الحصول على المساعدة من الخبراء في حالة عدم وضوح المحررات الإلكترونية أو حمايتها بنظام تقني خاص، وعلة ذلك أن العقد الواضح يساعد القاضي في تفسيره من جهة كما يساعد في الفصل في المنازعات في أجل معقول مما يضمن أمن المراكز القانونية.

(02) القابلية للحفظ[3] والاسترجاع في أي وقت:

---

[1] المرسوم الرئاسي رقم 20_442 المؤرخ 30 ديسمبر 2020، ***المتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020 في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية***، ج ر عدد: 82 لسنة 2020.

[2] للتفصيل أكثر حول الأمن التعاقدي ينظر: بوهنتالة لينة، زراري نسرين، زواقري الطاهر، **الالتزام بالإعلام كالية لضمان الامن التعاقدي**، مجلة الدراسات القانونية، المجلد التاسع العدد الأول، جانفي 2023

[3] عشير جيلالي، قاشي علال، المرجع السابق ص719

يجب التدوين على دعامة تسمح بثبات الكتابة، واستمرارها، والاحتفاظ بشكلها الأصلي، لتمكين الأطراف من الإدلاء به، واثبات المعاملة في أي وقت[1]، وعندما يتعلق الأمر بالوسائط الإلكترونية، فإن الخصائص المادية للوسيط الإلكتروني يمكن أن تشكل عقبة في تحقيق هذا الشرط، فقد تكون أقل قدرة من الأوراق على الاحتفاظ بالمعلومات لفترات طويلة بسبب التلف السريع الذي يمكن أن يتعرض لها الأقراص الممغنطة عند تخزينها بشكل غير سليم، ومع ذلك، يمكن تجنبا لذلك استخدام أجهزة ووسائط أكثر قدرة لتحقيق هذا الشرط، ويمكن استخدام تقنية الضغط الإلكتروني أو حفظها عن طريق جهات التصديق الإلكتروني.

على الرغم من ذلك، يجب مراعاة العوامل التي يمكن أن تؤثر على الحفاظ على الوثيقة الإلكترونية، مثل قوة التيار الكهربائي ودرجة التخزين، للتأكد من صحة واستمرارية المعلومات المحفوظة لكونها تتضمن التزامات وحقوق متبادلة، فصونها هو صيانة للمؤسسة العقدية ككل.

(ب) حجية المحرر الالكتروني:

استقر الفقه والقضاء على أن يكون المحرر الالكتروني مكتوبا، غير انه يجب أن نوضح في هذا السياق انه لا ضير من قبول أدلة الكترونية بغض النظر عن كونها مكتوبة أم لا[2]، وعلى سبيل المثال: الصوت المسجل بمساعدة جهاز تسجيل أو كاميرات الفيديو، ومؤتمرات الفيديو عن بعد، فهذه الأخيرة قد أضافت بعدا جديدا لنظام الإثبات،

و بعض التشريعات أقرت بإمكانية اعتبار المحررات الإلكترونية كمحررات رسمية، مثل التشريع الفرنسي الذي يتيح للموظف العمومي بصفته موثقًا إنشاء محررات إلكترونية وتحميل توقيع إلكتروني، شريطة الالتزام بضوابط صادرة عن مرسوم مجلس الدولة، أما في الجزائر فقد نص المشرع الجزائري طبقا للمادة 323 مكرر من القانون المدني بأنه: "يعتبر الإثبات بالكتابة

[1] موسى نسيمة، "**اثبات العقد الالكتروني في التشريع الجزائري**"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد: 51، العدد: 02، ص 135.

[2] Cyber and E-Commerce laws, P. M. Bakshi and R. K. Suri Contract law, MBL-1, DED, NLSIU Indian Evidence Act Indian Contract Act, Pollock and Mulla https://www.legalserviceindia.com/article/l127-E-Contracts.html

في الشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، شرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها، فيلاحظ أن المشرع الجزائري ساوى بين الكتابة الالكترونية والكتابة على الورق، واضعا فقط شرط إمكانية التحقق من هوية الشخص الذي قام بإصدارها، وهذا هو الحال بالنسبة للعقود التي لا تتطلب شكلا رسميا للإثبات خاصة العقود التي لا تتجاوز قيمتها حدا معينا، حيث يمكن لكلا الطرفين إقامة الدليل علة قيام العقد بطريقة الكترونية بالاستناد على المحرر الالكتروني[1]

غير أن الإشكال يثور حول العقود التي تستلزم لإبرامها إفراغها في قالب رسمي من قبل ضابط عمومي ويكمن الفرق بين المحرر الرسمي والعرفي في أن الأول يصدر بواسطة موظف عام مختص[2]، فيما تصدر المحررات العرفية الإلكترونية من الأفراد دون تدخل موظف عام، ومن أجل تحديد إمكانية اعتبار المحررات الإلكترونية كمحررات رسمية، يجب التفريق بين مفهوم الرسمية في إبرام التصرفات القانونية والرسمية التي تعد ركنًا في إبرام التصرف، مثل العقود التي يتطلب القانون إشكالية معينة في إبرام التصرف وذلك بوجوب الكتابة، وعندما نرجع إلى التشريع الفرنسي، فإنه يقر بإمكانية قبول المحررات الإلكترونية في مجال الإثبات فقط، وليس في التصرفات التي تشترط الكتابة كركن للانعقاد مثل بيع العقار أو عقد الشركة، بالتالي، فإن الكتابة الإلكترونية لا تكفي بالنسبة للتصرفات التي تشترط الكتابة كركن للانعقاد، ومن المهم التفريق بين الرسمية في إثبات التصرفات القانونية والرسمية التي تعد ركنًا في إبرام التصرف[3].

---

[1] ثروت عبد الحميد، **التوقيع الالكتروني ماهيته مخاطره وكيفية مواجهتها**، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007 ص125

[2] محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص 242

[3] هدار عبد الكريم: **مبدأ الثبوتية في ظل ظهور المحررات الالكترونية**، رسالة ماجيستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، 2013- 2014ص 58.

الفرع الثاني: التوقيع الالكتروني كوسيلة لإثبات العقد

إن خصوصية العقد الالكتروني والرغبة في إصباغه بحجية مطلقة جعل الدول تتجه لإيجاد متطلبات تكفل ذلك، ومنها العقد والتصديق الإلكترونين.

(أولا) مفهوم التوقيع الالكتروني:

إن استخدام العقد الالكتروني كبديل عن العقد التقليدي أوجب إيجاد بديل عن التوقيع التقليدي، وبالتالي إيجاد صورا حديثة حلت محل الطرق التقليدية للتوقيع، تختلف باختلاف نوع العقد الذي تتعلق به هته التوقيعات.

ونتناول فيه تعريف التوقيع الالكتروني وصوره.

(أ) تعريف التوقيع الالكتروني:

تبعا لاختلاف النظرة إلى التوقيع الالكتروني والاستخدام أو الوظيفة التي تم لأجلها تختلف التعاريف المفردة له فيعرف بأنه: "عملية تحقق من هوية الشخص الذي يقوم بالتوقيع على وثيقة الكترونية، أو إجراء عملية الكترونية معينة، يعتبر التوقيع الالكتروني بمثابة توقيع الأشخاص على وثائق ورقية ولكن بطريقة الكترونية[1]"، ويمكن القول أن التوقيع الإلكتروني هو: "عبارة عن عملية تحويل التوقيع الورقي إلى شكل إلكتروني، وذلك باستخدام تقنيات الأمان والتشفير التي تضمن سلامة وحماية العقد من التزوير والتعديل".

أما على مستوى التشريع فقد عرفه المشرع الفرنسي في القانون 230/2000 في المادة 1/02 بأنه: "توقيع رقمي يرتبط بالمعلومات التي يرغب المرسل في إرسالها للطرف الأخر"، أما في القانون الجزائري فقد كان أول تنظيم للتوقيع الالكتروني بموجب التعديل على القانون

[1] عبد العزيز غرم الله جار الله ال جار الله، المرجع السابق، ص119

المدني لسنة 2005، حيث نصت المادة 2/327 المعدلة بموجب القانون 02/05 على أنه: "...يعتد بالتوقيع الالكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر أعلاه[1]."

وقد ميز المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي رقم 07-162[2] بين التوقيع الالكتروني والتوقيع الالكتروني المؤمن الذي سماه بالتوقيع الالكتروني الموصوف، وصدر القانون رقم 04/15 المتعلق بالقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين وعرف التوقيع الالكتروني في المادة الثانية بأنه: "بيانات في شكل الكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات الكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق[3]، ثم أضاف في المادة 07 أن التوقيع الالكتروني الموصوف هو: "توقيع الكتروني تتوفر فيه متطلبات معينة".

(ب) أنواع التوقيع الالكتروني: له عدة أنواع منها:

(ب*1) التوقيع الرقمي: ويعد أحد أهم صور التوقيع الالكتروني، والأكثر شيوعا واستخداما في العقود الالكترونية، يعمل على تحقيق الأمان للرسالة الالكترونية، ويتحقق من صحتها، لغرض نلقها صحيحة خالية من إي تغيير أثناء إرسالها إلى الطرف الآخر، ويقصد به: "كل البيانات والمعلومات المرتبطة بمنظومة بيانات مختلفة"، حيث يتم تحويل تلك البيانات إلى أرقام وبعدها يحفظ على جهاز الكمبيوتر[4]، حيث لا يمكن استعادة البيانات إلاّ من قبل الشخص الذي[5] يملك المعادلة أو الشفرة الخاصة بالاستعادة.

---

[11] نصت المادة 323 مكرر على أنه: يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

[2] المرسوم تنفيذي رقم07 – 162 المؤرخ في13جمادى الاولى عام1428الموافق ل 30 مايو سنة2007 يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 01-123 عام 1422االموافق 9 مايو سنة 2001 ***والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية***، ج ر، العدد: 37، الصادرة في 7 يونيو 2007.

[3] قانون رقم 15-04 ***يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين***، ج ر، العدد: 06، الصادرة في 01 فبراير 2015 ص 07.

[4] موسى نسيمة، **المرجع السابق**، ص 138.

[5] سمير عبد السميع الاودن، **المرجع السابق**، ص 184.

والتوقيع الرقمي هو فئة جزئية من التوقيع الالكتروني، يمكن إضافتها للملفات، وهو علامة أمان يتيح إمكانية التحقق من الناشر، ويستعمل كدليل على عدم تغيير الملف منذ توقيه رقميا[1]، وقد عرفه المشرع الاسباني في قانون التوقيع الالكتروني 59-2003 بأنه: "مجموعة من البيانات الالكترونية المشتركة مع بيانات أخرى للتعرف على هوية الموقع".

(ب*2) التوقيع بالقلم الالكتروني pen-op:

هو عملية توقيع الوثائق أو المستندات بواسطة أداة الكترونية تشبه القلم، تتيح للمستخدم كتابة توقيع خاص به بطريقة الكترونية، بدلا عن استخدام القلم التقليدي[2]، ويتم التأكد من صحة التوقيع بالقلم الالكتروني باستخدام التقنيات الحديثة للتشفير والتوثيق الالكتروني[3]، حيث تعتمد هذه الطريقة التوقيع بخط اليد ولكن باستعمال قلم الكتروني خاص يتم التوقيع به على المحرر الالكتروني بعد التأكد من صحته.

(ب*3) التوقيع البيوميتري:

هو عملية توقيع الكترونية يتم فيها استخدام البيانات الحيوية والسلوكية للمستخدم للتحقق من هويته وتوقيعه الالكتروني، حيث يفترض أن تختلف هاته البيانات من شخص إلى آخر ويشمل ذلك البصمة الشخصية، مسح العين البشرية، بصمة نبرة الصوت، والتعرف على الوجه

[1] فرحان نزال أحميد المساعيد وسامر خليل شطناوي، "**التوقيع الرقمي وحجيته في قانون المعاملات الإماراتي والاسباني**"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد: 67، ديسمبر 2018، ص 566.

[2] محمد فواز المطالقة، **الوجيز في عقود التجارة الالكترونية**، دار الثقافة للنشر، الأردن، الطبعة الثالثة، 2011، ص 179.

[3] هناك العديد من التقنيات الحديثة للتشفير والتوثق الالكتروني، من بينها تقنية PGP open، وهي تقنية للتشفير المفتوح تستخدم لتامين وتشفير الرسائل الالكترونية والملفات المختلفة، تعتمد على مفتاح عام ومفتاح خاص لتحقيق الامان، وتوجد أيضا تقنية RAS، وهي تقنية التشفير بالمفتاح العام، تعتمد على مفتاح عام يوزع للجميع ومفتاح خاص يحتفظ به المستخدم لفتح وفك تشفير الرسائل، بالإضافة إلى خدمات التشفير والتوثيق الالكتروني المقدمة من شركات مختصة لتوقيع وتأكيد المستندات بصورة آمنة.

البشري[1]، ويتميز التوقيع البيوميتري انه يوفر أعلى مستوى من الأمان والمصداقية مقارنة بالتوقيعات الالكترونية الأخرى، حيث يصعب تقليد بيانات الصفات والحركات الحيوية الفريدة للشخص

(ثانيا): فعالية التوقيع الالكتروني

إن تحقيق فعالية هذا التوقيع يستوجب توفير مجموعة من المتطلبات التي تكفل تحقيق حجيته.

(أ) متطلبات التوقيع الالكتروني:

لكي تعتبر التوقيعات الالكترونية ملزمة قانونا، يجب أن تفي بمتطلبات معينة، مثل الارتباط بالمستند الموقع، وكونها فريدة بالنسبة إلى الموقع أي خاصة به، قد تختلف هذه المتطلبات حسب القانون الذي يحكم العقد الالكتروني وكذلك نوع العقد الالكتروني، والغالب في التوقيع الالكتروني أن يستوفي المتطلبات التالية:

(01) نية التوقيع: أي أن تتجه إرادة الشخص للتوقيع الالكتروني، وهذا يتبع الرضا، فعند توافر ركن الرضا لدي المتعاقد الالكتروني.

(02) سلامة الوثيقة الالكترونية: يجب أن يقترن التوقيع الالكتروني بالمستند الموقع بطريقة تضمن الحفاظ على سلامة الوثيقة، وأيضا حماية المعطيات المتعلقة بالتوقيع الالكتروني والطرف الموقع[2].

وقد نصت المادة 07 من القانون 04/15 على المتطلبات الواجب توافرها في التوقيع الالكتروني الموصوف، وتتمثل في أن ينشا على أساس شهادة تصديق الكترونية موصوفة، أن يرتبط بالوقع دون سواه، أن يتمكن من تحديد هوية الموقع، أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الالكتروني، أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم

[1] فوغالي بسمة، **إثبات العقد الالكتروني وحجيته في ظل عالم الانترنت**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة سطيف 2، 2015/2014، ص 70.

[2] عبد العزيز غرم الله جار الله ال جار الله، المرجع السابق، ص121

الحصري للموقع، وأخيرا أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات، واعترفت المادة 09 من نفس القانون بفعالية التوقيع الالكتروني المكتوب وبحجيته امام القضاء[1]، رغم افتقاره لشهادة التصديق الالكتروني.

(03) توفير آليات التحقق من صحة التوقيع الالكتروني:

يجب أن تكون آلية التحقق من التوقيع الالكتروني الموصوف موثوقة، وهذا حسب نص المادة 12 من قانون 15-04 السالف لذلك، أما الآليات الموثوقة حسب نص المادة 13 من نفس القانون هي الآليات التي تتوفر على المتطلبات التالية:

- ✓ أن تتوافق البيانات المستعملة للتحقق من التوقيع الالكتروني مع البيانات المعروضة عند التحقق من التوقيع الالكتروني.
- ✓ أن يتم التحقق من التوقيع الالكتروني بصفة مؤكدة وان تكون النتيجة من هذا التحقق معروضة عرضا صحيحا.

ونتيجة لهذا المسار يسلم للموقع وللطرف الآخر **الشهادة الرقمية**، وهي وثيقة الكترونية تثبت صحة التوقيع الالكتروني وتحتوي على معلومات الشخص الموقع على الوثيقة الالكترونية.

(ب) القيمة القانونية للتوقيع الالكتروني في إثبات التعاقد الالكتروني:

إذا تم التوقيع أو التصديق الرقمي بالصورة الصحيحة فان أثره يكون ذات الأثر المترتب عن التوقيع العادي[2]، وهو ما تضمنته المادة 07 من القانون المعاملات الالكترونية الأردني، والتي نصت على أن يعتبر السجل الالكتروني، والعقد الالكتروني، والتوقيع الالكتروني والرسالة الالكترونية منتجا للآثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامها لأصحابها أو صلاحيتها في الإثبات،

[1] ناجية بادي بوقميجة، **اثبات العقد الالكتروني**، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد العاشر، العدد 02، ص366

[2] فاطمة عباس حسوني، حمدية عبود كاظم، "**التوقيع الالكتروني وحجيته في الإثبات في ظل قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم 78 لسنة2016** "، مجلة رسالة الحقوق، العدد:02، 2016، ص 417.

ولإثبات القيمة القانونية للتوقيع الإلكتروني، يجب تحديد الموقع بطريقة موثوق، ويجب ضمان سلامة المستند الموقع عليه، والتأكد من استيفائه لمعايير معينة ، حيث سماه المشرع الجزائري التوقيع الالكتروني الموصوف، نص عليه في المادة 07 من القانون 15- 04على انه التوقيع الالكتروني الذي تتوفر فيه المتطلبات القانونية.

عند استخدام التوقيع الإلكتروني، يتم استخدام أدوات التوقيع الإلكتروني، مثل الشهادات الرقمية، والمفاتيح الخاصة والعامة، والشهادات الأمنية، وغيرها من التقنيات، التي تضمن صحة وسلامة التوقيع الإلكتروني وتثبت هوية صاحب التوقيع[1]، وبالتالي يمكن للتوقيع الإلكتروني أن يثبت العقد وصحته، وقد حث التوجيه الأوروبي 99-93 المتعلق بالتوقيعات الالكترونية في المادة 05الفقرة 1 على أن التوقيعات الالكترونية المبنية على شهادات تصديق الكتروني موصوفة مقبولة أمام الجهات القضائية كدليل إثبات[2]، إذ تعمل على تتبع التاريخ والوقت الذي تم فيه التوقيع الإلكتروني، وتأكيد هوية صاحب التوقيع وتوثيق رغبته في الالتزام بالعقد وتحقق كل المتطلبات القانونية التي يحققها التوقيع اليدوي.

وتنص المادة 25 من لائحة (الاتحاد الأوروبي) رقم 2014/910 للبرلمان الأوروبي والمجلس الأوروبي بتاريخ 23 يوليو 2014 بشأن خدمات الهوية الإلكترونية والثقة للمعاملات الإلكترونية داخل السوق الداخلية[3] التي حددت معايير لقبول التوقيع الالكتروني تتمثل في كون للتوقيع الرقمي قيمة قانونية إذا استوفيت المعايير الأربعة التي حددتها اللائحة الأوروبية، وهي:

- ✓ يجب أن يتعلق المستند المرسل بالموقع فقط وحصريًّا،

[1] محمد شوقي محروس، المرجع السابق ص 213

[2] دحماني سمير، "**التوقيع الالكتروني الموصوف: دراسة مقارنة**"، مجلة العلوم الإنسانية المركز الجامعي تندوف، المجلد: 01، العدد: 01، جوان 2017، ص 188.

[3] *Regulation (EU) No 910/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing Directive 1999/93/EC.*

- ✓ يجب أن تحدد الموقع،
- ✓ من المهم أن يحتفظ الموقع بالسيطرة عند إنشاء توقيعه الرقمي،
- ✓ أخيرًا، يجب أن يكون من الممكن على الفور لجميع أصحاب المصلحة اكتشاف أي تعديل على العقد.

في **فرنسا**، يتم تحديد القيمة القانونية للتوقيع الإلكتروني بموجب المادة 1367 من القانون المدني، مما يمنحه نفس مستوى الفعالية مثل التوقيعات المكتوبة بخط اليد[1]، يوافق التوقيع الإلكتروني الصادر عن مع هذه الشروط وينتج آثارًا قانونية تجعله مقبولاً أمام محكمة قانونية، بنفس طريقة التوقيع بخط اليد.

اما بالنسبة **للمشرع الجزائري** فانه مع اعترافه بالمساواة بين المحررات الالكترونية والمحررات المكتوبة بطريقة التقليدية وذلك في نص المادة 323مكرر و 323مكرر1 بالإضافة الى نصه في المادة 327 فقرة 2 على انه يعتد بالتوقيع الالكتروني وفقا للشروط المذكورة في المادة 232 مكرر[2] مع اشتراط متطلبات معينة في المحررات الالكترونية والتي لم يوضح ماهيتها إلا بصدور القانون 15-04 المتعلق بالتوقيعات الالكترونية،

ويعتبر التوقيع الإلكتروني بمثابة العقد الرسمي، حيث يتم توثيق كافة التفاصيل اللازمة للعقد، والتي تشمل الموضوع والأطراف والتواريخ والشروط والمسؤوليات والالتزامات، ويتم الاعتراف به بشكل قانوني في العديد من الدول، حيث يحظى بالحجة القانونية التي تتمتع به التوقيعات الورقية التقليدية.بما أن التوقيع الإلكتروني يعتبر دليلاً رسمياً على وجود العقد

[1] *ARTL 1367 : La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie son auteur. Elle manifeste son consentement aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte.*

Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

[2] عشير جيلالي، قاشي علال، النظام القانوني للعقد الالكتروني في التشريع الجزائري، مرجع سابق ص 720

وصحته، فإنه يمكن استخدامه كدليل في حالة الخلافات والمنازعات المستقبلية، وبذلك يسهل على الطرفين الوصول إلى حلول سريعة وفعالة في حالة حدوث أي خلاف يتعلق بشروط العقد وبنوده .

فالتوقيع الالكتروني يدل على أن إرادة صاحبه انصرفت حقا لإحداث الأثر القانوني من جهة، ومن جهة أخرى يدل على هوية صاحبه، والتوقيع الالكتروني هو الذي يكسب المحرر الذي يرد فيه صفة النسخة الأصلية، وهو يدل على أن الشخص قام بمراجعة المحرر والموافقة على محتوياته[1]

وتأسيسا على ذلك فالتوقيع الالكتروني يعتبر بمثابة وسيلة إثبات للعقد الالكتروني، غير أن المشرع الجزائري يشترط في التوقيع الالكتروني توافر شروط محددة في نص المادة 323 مكرر 1 من اجل الاعتداد به كوسيلة إثبات، حيث جاءت المادة المذكورة في الفصل الأول من الباب السادس المعنون ب الإثبات بالكتابة[2].

[1] نجيبة بايدي بوقميجة، المرجع السابق ص 376

[2] موسى نسيمة، **المرجع السابق**، ص 13.

الفصل الثاني:

البناء الماهوي

للحرية التعاقدية

يشكل الإطار المفاهيمي للأشياء منطلق النفاذ لحقيقتها، ذلك أنه كلما اتضح البنيان الماهوي للشيء كلما اتضحت القواعد التي يستند لها، والضوابط التي يقف عندها ولا يتعداها، ولذلك كان لا بد من بسط النظر في موضوع دراستنا عن المفاهيم المتعلقة بحرية التعاقد باعتبارها أثرا مباشرا لمبدأ سلطان الإرادة في العقد، ولهذه الحرية امتدادات تشمل كل مسار العقد انطلاقا من مرحلة المفاوضات، الى غاية تكوين العقد ونفاذه، إضافة الى ما قد ينجم عن هذه الحرية من اثار وتبعات.

وانطلاقا من هذا التصور وجب علينا معالجة الموضوع وفق المنظور التالي:

- **المبحث الأول: أساس الحرية التعاقدية**
- **المبحث الثاني: تجسيد حرية التعاقد في العقد الالكتروني**

المبحث الأول: اساس الحرية التعاقدية

تستحضر فكرة الحرية التعاقدية مبدأ سلطان الإرادة باعتبارها أحد المبادئ التوجيهية لهذا الأخير، حيث لا يمكن الحديث عن حرية تعاقد بين الأشخاص، دون أن يكون لسلطان إرادتهم الدور في إنشاء ذلك العقد، فبناءً على الإرادة الحرة للفرد، فإن أي عقد يبرمه، بغض النظر عن محتواه وطريقته، سيكون محميًا بموجب القانون، وتفعيلا لهذه العلاقة التفاعلية بينهما كان لا بد من الوقوف عند جوهر مبدأ سلطان الإرادة **(المطلب الأول)** ثم بيان ماهية الحرية التعاقدية والجوانب المتعلقة بهذا المبدأ **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: مضمون مبدأ سلطان الإرادة

إن سلطان الإرادة يشكل المنطلق الأولي لبناء المؤسسة التعاقدية باعتباره الكافل لحرية الأفراد في تقرير العقود إنشاء وإنهاء ومحلا، وهو ما يستوجب جعله محل بحث في هذا المقام، من خلال بيان مفهومه **(الفرع الأول)** ثم تحديد نطاقه **(الفرع الثاني)**، وذلك ما سنبينه على النحو التالي.

الفرع الأول: مفهوم مبدأ سلطان الإرادة

يشكل مبدأ سلطان الإرادة رمزا يسود المنظومة العقدية، وهو من الركائز التي يقوم عليها قانون العقود فهو يحكم العلاقة التعاقدية عبر كل مراحلها[1] من انعقاد العقد إلى غاية نهايته مرورا بتنفيذه.

[1] بيلامي سارة، **نطاق حرية التعاقد في ظل تطور قانون العقود**، مجلة البحوث في العقود وقانون الاعمال، العدد الخامس، ديسمبر 2018، ص 68

(أولا): مفهوم مبدأ سلطان الإرادة

يتطلب تكوين العقد اتفاق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني وبالتالي فانه لا وجود لعقد لم تتفق الإرادتان على صياغته ولم توافقا على إنشائه[1].

(ا)-تعريف الإرادة: عرف الفقه الإرادة بأنها ظاهرة نفسية تمر بأربع مراحل: مرحلة التصور، خلال هذه المرحلة يستحضر الشخص تصرفا قانونيا يرغب في القيام به، بعد ظهور احتياجات تدفعه إلى ذلك، والمرحلة الثانية هي مرحلة التدبر délibération، وهنا يضع مختلف الاحتمالات والتوقعات الناجمة عن قيامه بالتصرف القانوني، ومدى إمكانية تحقيق هذا العمل من خلال النظر إلى الوسائل المتاحة، ثالثا مرحلة التصميم أو اتخاذ القرار la décision، هنا يحسم الشخص قراره ويبت فيما إذا كان سيقوم بالعمل أو التصرف، وأخيرا مرحلة التنفيذ exécution، وهي المرحلة التي تظهر فيها الإرادة إلى الخارج وتحدث أثرها القانوني[2] وان والمنطقي أن استخدام مصطلح سلطان الإرادة إنما يقصد به فقط الإرادة العاقلة .

(ب)-تعريفات فقهية لمبدأ سلطان الارادة: أورد الفقه تعريفات عديدة لمبدأ سلطان الإرادة، فيعرف مبدأ سلطان الإرادة ببساطة بأنّه القدرة على إنشاء العقود[3]

يفهم من مبدا سلطان الإرادة، على انه سلطة الفرد في تنظيم علاقاته القانونية بشكل مستقل، ودون تدخل من الدولة[4]

---

[1] *MIHAELA IRINA IONESCU, THE PRINCIPLES OF CONTRACTUAL FREEDOM AND GOOD FAITH IN JURIDICAL CONTRACTS, Challenges of the Knowledge Society, P 295*

[2] صديق شياط، **أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدا سلطان الارادة في مجال التعاقد**، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، سنة 2018/2017، ص26

[3] *Rodolfo Sacco, Liberté contractuelle, volonté contractuelle ; Revue internationale de droit comparé Année 2007 59-4 pp. 743-760*

[4] *Simon Dörrenbächer,; Privatautonomie und Vertragsfreiheit als Schutzgüter der Grundrechte ; Universität des Saarlandes VOL 1 | 2021 P 18*

وعرف بأنه قدرة المتعاقدين على إنشاء ما يتراضيان عليه من العقود، وعلى تحديد آثار العقود حسبما يريدان، ووضع وتغيير الشروط الموضوعة للعقد.[1]

يعنى هذا المبدأ ان الإرادة وحدها صاحبة السلطان الأكبر في انشاء العقود وتحديد اثارها، فلها الحق في انشاء ما تشاء من العقود غير مقيدة في ذلك بأنواع العقود التي نظمها المشرع في القانون المدني، وان لها الحرية في تحديد اثار العقد، فلا تتقيد بالآثار التي يرتبها المشرع على عقد من العقود[2].

من هذه التعريفات يتبين ان أساس العقد هو الإرادة الحرة للمتعاقدين، فهي تنشئ العقد في ذاتها وهي التي تحدد اثاره، اما القانون فيعمل على تحقيق الغاية المشتركة التي قصدتها إرادة المتعاقدين[3].

(ثانيا): تطور مبدأ سلطان الإرادة

لم يصل مبدأ سلطان الإرادة إلى حاله اليوم، إلا بعد المرور عبر عدة مراحل ومحطات تاريخية منذ نشأته وإلى غاية وصوله إلى شكله الحالي[4]، كان لكل حقبة زمنية أثرها الراسخ على هذا المبدأ، حيث كان للفلاسفة والكنيسة والمجتمع وعدة عوامل أخرى أثره في بلوغ نظرية سلطان الإرادة شكلها الحالي.

(ا): في الشرائع القديمة: لم تعرف الشرائح البدائية والقديمة مبدأ سلطان الإرادة، ولم يكن للأفراد حرية في إنشاء العقود بالطريقة التي يرونها، ففي **القانون الروماني:** والذي يعتبر أصل نشأة القوانين الغربية الحديثة، كان يتميز بالشكلية التي كانت تضفي عليه نوعا من الجمود خاصة لما

---

[1] عبد الرؤوف دبابيش، حملاوي دغيش، **مبدأ سلطان الإرادة في العقد بين الشريعة والقانون**، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 44، جوان 2016 ص 258

[2] مصطفى الجماك واخرون، **مصادر واحكام الالتزام دراسة مقارنة**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 2003ص 18

[33] محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 44

[4] نفس المرجع، ص 45

اتصفت به من تعقيد، حيث انعكس هذا الأمر على معاملاتهم التعاقدية، فلم يكن باستطاعة الأفراد إبرام أي نوع من العقود إلا بعد استيفاء الشكلية المطلوبة سواء كتابة أو إشارة أو إتباع أوضاع معينة لإتمام إبرام العقد[1] وقد سادت هذه الفكرة القانون الروماني عبر مختلف عصوره وتطوراته.

أما في العصور الوسطى فلم يتغير الوضع، واستمرت الشكلية في تكوين العقد كركن أساسي، ولم يبدأ استقلال الإرادة في تكوين العقد إلاّ بتأثير **القانون الكنسي:** حيث تعود الإرهاصات الأولى لمبدأ سلطان الإرادة إلى القوانين الدينية والكنسية التي حثت على الوفاء بالعقود في العصور الوسطى، وكان المتعاقد ملزما بأداء ما اتفق عليه، وإذا أقسم على احترام العقد فإن عدم الوفاء به كان يعتبر خطيئة يُعاقب عليها. حيث نادت الكنيسة باحترام العقود الرضائية ولو تجردت من الشكلية، وقررت أن كل اتفاق يكون ملزما ولو تجرد من الشكلية[2].

فيما بعد، تزايد النشاط التجاري والرغبة في حماية العقود ما دفع الدول للتدخل في الروابط القانونية بين الأفراد، كما ظهر المذهب الفردي الذي رأى في الحرية الهدف الرئيسي، وأن الفرد هو قلب المجتمع وهدف الجماعة هو حمايته، وأن الإرادة المستقلة للفرد هي الأساس في تسيير الحياة الاجتماعية والاقتصادية. ومع هذا المذهب ظهرت نظريات فلسفية واقتصادية تبناها أتباعه، ومن العوامل التي ساهمت في انتشار مبدأ سلطان الإرادة العوامل الاقتصادية والسياسية التي أدت إلى زيادة النشاط التجاري ورغبة الدولة في بسط نفوذها وحماية العقد

العصر الحديث: شهد مطلع القرن السابع عشر الانطلاق الفعلي والانتشار الأوسع لمبدأ سلطان الإرادة، وهذا على إثر سيادة المذاهب الفردية التي أطلقت الحريات الفردية واعتبرت تقديس الفرد وتلبية احتياجاته هو غاية اهتمامها[3]، حيث لعبت الثورة الفرنسية الدور الأبرز في توطين

---

[1] عبد الرؤوف دبابش، حملاوي دغيش، المرجع السابق، ص261

[2] عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول مصادر الالتزام**، نسخة الكترونية 2008، ص 121

[3] أمجد محمود منصور، **النظرية العامة للالتزامات**، مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، طبعة 2015 ص 46

دعائمه، واستمر كذلك الحال وبلغ سلطان الإرادة ذروته منتصف القرن التاسع عشر، حيث برزت خلال هذه الحقبة:

– **المذهب الفردي:** يعتبر الفقيه جروسيوس رائد مدرسة القانون الطبيعي والتي بدورها تعد منبعا لمبدأ سلطان الإرادة، حيث يرجع الفضل له في تجريد المبدأ من الطابع الديني الذي أضفته عليه الكنيسة، فهو يعتبر أن للإنسان حقوقا لصيقة بشخصه تنشأ وتثبت له بمجرد ولادته، وهته الحقوق تسمى حقوق الإنسان، وان ليس للدولة ولا القوانين الوضعية المساس

بها أو تجاهلها، وان التسليم بهذه الحقوق للأفراد يترتب عنه أن الالتزام رابطة لا يمكن أن تنشا إلا بإرادة الفرد ورضاه[1].

وقد عملت أفكار ونظريات هذه المدرسة على تخليص الفرد من كل الروابط الاجتماعية والأسرية، ونقلته من نظام المراكز القانونية إلى نظام التعاقد الحر، أو حرية التعاقد، وعلى ذلك فان تقييد الفرد لنفسه بالتزام معين، يرتب خضوعه لهذا الالتزام نتيجة تقييده لحريته الشخصية.

وتؤيد أفكار هذه المدرسة نظرية العقد الاجتماعي، حيث يرى جون جاك روسو أن أساس القانون وغايته هو الفرد، فهو حر، سيد لنفسه، لا يخضع إلا لإرادته ولا تقيد إلا برضاه[2]، فالفضل إذن يعود إلى المذاهب الفردية في إقامة العقد على مبدأ حرية الإرادة وسلطانه[3].

–**المذاهب الاشتراكية:** أدت المغالاة في المذهب الفردي إلى تمجيد الإرادة وتطرف في تقديسها، ونتج عن ذلك ظهور أفكار تدعو إلى التخفيف من هذا الغلو. بالإضافة إلى ذلك، تطورت الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية لتشمل ظهور فلسفة المذهب الاشتراكي، التي تؤكد على مصلحة الجماعة على حساب الفرد، وهذا أدى إلى ظهور عقود لا تعتمد على الإرادة الفردية مثل

---

[1] عليان عدة، **فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الاسلامي**، اطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، سنة 2016/2015، ص 95

[2] حلمي بهجت بدوي، اصول الالتزامات الكتاب الأول في نظرية العقد، مطبعة نوري بالقاهرة، ط 1943 ص 65

[3] نفس المرجع ص 67

عقود الشركات والعمل المشترك، وعلاوة على ذلك، تدخل المشرع في بعض العقود لحماية الطرف الأضعف مثل عقود الإذعان وعقود العمل الفردي[1].

كما أنّ ظهور المذاهب الاجتماعية التي ترجح مصلحة الجماعة على حساب مصلحة الفرد وتزايد تدخل الدولة في الأنشطة الاقتصادية و معاملات الأفراد تحت مسمى عيممة العقد حيث أصبحت الدولة بمثابة طرف ثالث في العقد تشارك الأفراد في تكوينه وتحديد مضمونه وآثاره وانه من واجب المشرع التدخل لحماية الطبقة الضعيفة وإقامة التوازن بين اطراف العقد[2]، الامر الذي افرز تراجعا في مبدأ حرية التعاقد بسبب القيود التي فرضت عليه جميع هذه العوامل أدت إلى تقلص مبدأ سيادة الإرادة الفردية وانحصاره[3]، ولم يعد كما كان في القرن التاسع عشر تحت تأثير المذهب الفردي .

وهكذا استمر مبدأ سلطان الإرادة في التطور عبر الزمن حتى أصبح أساساً للنظريات القانونية والمواثيق الدستورية. يؤكد هذا المبدأ على حرية الفرد واستقلال إرادته، حيث يتم الاتفاق بحرية بين المتعاقدين ويصبح العقد شرعياً بالنسبة لهما. ولا يمكن لأي منهما إنهاء العقد بشكل فردي دون موافقة الطرف الآخر. تنص المادة 106من القانون المدني الجزائري على أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون.

الفرع الثاني: نطاق مبدأ سلطان الإرادة

من الثابت أنّ مبدأ سلطان الإرادة يمكّن الأطراف من إنشاء الرابطة التعاقدية، وتحديد التزاماتهم بالكيفية والمدى الذي يتفقان عليه، ولما عرف المبدأ بانه سلطة الفرد في تنظيم تصرفاته

[1] احمد بورزق، خديجو بورزق، **مبدأ سلطان الإرادة في العقود دراسة مقارنة**، مجلة أبحاث، المجلد الرابع العدد الثاني، ديسمبر 2019، ص 136

[2] محمد حسن منصور، **النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، طبعة 2006، ص 52

[3] علي فيلالي، الالتزامات، **النظرية العامة للعقد**، موفم للنشر/ الجزائر، طبعة 2010، ص 51

القانونية بطريقة مستقلة، فانه يفهم ام اهم عنصر يحدد نطاق هذا المبدأ هو عدم التدخل، حيث ان سلطان الإرادة يمنح المتعاقد فضاءه الخاص الذي يمنع على غيره انتهاكه بقواعد او محظورات[1]

(أولا): صور مبدأ سلطان الإرادة

يتفق الفرقاء على أنّ مضمون نظرية سلطان الإرادة هي حرية تعاقد الفرد وفق الموضوع والشروط التي يقوم بتحديدها، فالإرادة هي مصدر الالتزامات[2]ويعتمد مبدأ سلطان الإرادة على الإيمان بحرية الإنسان الطبيعية، ويتمثل دوره بشكل عام في حرية الشخص المتعاقد في أن يتعاقد أو ألا يتعاقد[3].

ويعبر سلطان الإرادة عن حرية إرادة المتصرف في أصل التصرف القانوني ونتائجه وحدود تلك الحرية في نظر القانون، ويتعلق بهذا المبدأ أربع حريات في أربع نواح هي

1- الالتزامات الارادية هي الأصل في التصرف القانوني[4]، أي ان الإرادة وحدها كافية لانعقاد العقد، ويكفي حدوث التراضي او اتفاق الارادتين حتى ينعقد العقد، ولا يهم بعد ذلك كيفية انعقاد العقد[5]، ويسمى المبدأ هنا حرية التعاقد.

2 - حرية المتصرف في كيفية التعبير عن إرادة التصرف القانوني، ويسمى هذا المبدأ هنا مبدأ الرضائية في التصرفات القانونية، وبناء عليه لا يجوز اكراه أي شخص على التعاقد رغما عنه، فيكفي الرضا لإنشاء التصرف القانوني أياً كانت طريقة التعبير عن هذا الرضا،[6] أي من دون

---

[1] *Rodolfo Sacco : OP cit, P 19*

[2] مصطفى العوجي، **القانون المدني الجزء الأول، العقد**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط 2007، ص110

[3] ياسين محمد الجبوري، **الوجيز في شرح القانون المدني مصادر الالتزامات؟**، دار الثقافة للنشر، الاردن، ط 2011، ص 42

[4] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 46

[5] مصطفى الجماك واخرون، المرجع السابق، ص 19

[6] مصطفى الخطيب، المرجع السابق، ص 35

تقييد المتصرف بقيود شكلية ومراسم مخصوصة بحيث لا ينشأ التصرف القانوني إن لم تتحقق ويكون العقد صحيحا دون اخضاعه لأي شكل من الاشكال التي يفرضها القانون.

3 – حرية المتصرف في إنشاء ما يشاء من أنواع التصرفات القانونية في حدود حقوقه الذاتية من دون التقيد بأنواع التصرفات المسماة التي أقرها القانون ونظمها .

4 – حرية المتصرف في تحديد الالتزامات العقدية [1] آثار التصرف القانوني من طائفة التصرفات المسماة وتعديل نتائجه الأصلية باشتراط ما يريد من شروط بحسب إرادته، ويعبر عن هذه الحرية والحرية التي قبلها بمبدأ « العقد شريعة المتعاقدين » ، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو كما ينص القانون.

(ثانيا): دور مبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقود

ساد مبدا سلطان الإرادة الشرائع القانونية في القرن التاسع عشر، خاصة التي اعتمدت القانون الفرنسي الذي كان قائما على أسس من المذب الفردي، في ظله كان للمبدأ دور أساسي في إنشاء العقود، حيث يتوجب على أطراف العقد التمتع بالإرادة الحرة والنية الواضحة لربط بعضهم بالتزام تعاقدي، غير انه برزت مذاهب وتيارات اجتماعية تذهب الى ان للإرادة دورا متواضعا في تكوين العقد[2]، حيث يمكن ان يتم تقييد إرادة الأطراف وحريتهم في التعاقد بناء على اعتبارات اجتماعية وحماية الافراد من العقود غير العادلة. وهذا عكس فقهاء المذهب الفردي الذين يؤيدون اتساع دور المبدأ.

1-في مرحلة انعقاد العقد: يتمثل دور مبدا سلطان الإرادة عموما في المبدأ حرية الفرد في ان يتعاقد او لا يتعاقد، وله ان يحدد مضمون العقد طبقا لإرادته ورغبته، فمن له حرية انشاء العقود، تكون له بالتبعة حرية تحديد مضمونها وما يتبعها من اثار، فمبدأ سلطان الإرادة يضمن أنّ العقود ملزمة قانونا وتحمي حقوق والتزامات كل طرف،

[1] مصطفى الجماك واخرون، المرجع السابق، ص20

[2] ياسين محمود الجبوري، المرجع السابق، ص 41

بمعنى انه يجب أن تعطي الأطراف موافقتها بطريقة واضحة ومستنيرة لكي يكون العقد صالحا وقابلا للتنفيذ.

1-دور المبدأ بعد انعقاد العقد: يتضح ان للمبدأ دورا محوريا يلعبه عند انعقاد العقد، غير انه كذلك يلعب دورا بعد انعقاد العقد، والاصل انه لا مساس في العقد باعد ابرامه، الا باتفاق الطرفين[1]، بمعنى انه يجوز للمتعاقدين بناء على ارادتهما فقط الاتفاق على تعديل او انهاء العقد الذي تم ابرامه مسبقا.

مبدأ سلطان الإرادة هو مبدأ أساسي في العقود والقوانين المدنية، يضمن أن الأطراف المتعاقدة على علم بالعواقب القانونية لتلك العقود ويوافقون عليها بكامل إرادتهم.

المطلب الثاني: ماهية الحرية التعاقدية

الحرية التعاقدية من بين المبادئ التوجيهية المتعارف عليها في العقد، هو مبدأ مستمد من سلطان الإرادة واهم مظهر من مظاهره التي تتجلى على العقود بصفة عامة، نظرا لأهميتها في الفكر الليبرالي الحديث، وهو الذي حرصت التشريعات الأوربية على تضمينه فيها، "العقد بطبيعته يتنفس الحرية"[2]، كان لا بد من دراسة مفهوم الحرية التعاقدية **(الفرع الأول)**، ثم بيان الأبعاد التي تشملها **(الفرع الثاني)**، وهو ما يسمح بمعرفة مدى تبنيها من مختلف التشريعات **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول: مفهوم الحرية التعاقدية

حرية التعاقد هي مبدأ هام من مبادئ القانون الخاص، وفي علاقات القانون الخاص، يتم تحديد اكتساب الفرد للحقوق والالتزامات من خلال الإرادة الحرة للفرد، ولا يمكن أن تتدخل فيه الدولة أو أي قوى خارجية أخرى غير أطراف العقد.

[1] ياسين محمود الجبوري، المرجع السابق ص 42

[2] *Muhanned Ajjoub. La notion de liberté contractuelle en droit administratif français. Thèse de doctorat en droit public. Université Panthéon-Assas Paris II Ecole doctorale Georges Vedel. 2016, p 16*

(أولا): مفهوم حرية التعاقد في التشريعات:

على الرغم من أن مبدأ الحرية التعاقدية أساسي ويدعم الاستقلالية الخاصة كما انه من المبادئ الأساسية في القانون المدني والالتزامات والعقود إلا أن المشرع الجزائري لم يعرفه ولم يقم بالنص عليه ضمن نصوص القانون المدني، ، غير انه قام بضمان مبدأ سلطان الإرادة الذي تعد الحرية التعاقدية احد نتائجه، حيث كرست لمادة 59 ق م ج الرضائية كأصل عام في العقود دون حجة لشكل معين فنصت على ان يتم العقد بمجرد ان يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتان دون إخلال بالنصوص القانونية، بالإضافة للمادة 106 التي كرست مبدأ سمو العقد، فنصت على أنّ العقد شريعة المتعاقدين.

تم توثيق مفهوم حرية التعاقد في العديد من القوانين والتشريعات. على سبيل المثال، في القانون المدني الفرنسي يتم استنتاج هذا المبدأ من عدة مواد، بما في ذلك مواده 6 و1123 و1131. يتيح المبدأ الحرية لكل شخص في التعاقد أو عدم التعاقد، واختيار شريك التعاقد وتحديد محتوى وشكل العقد بمراعاة الحدود القانونية، وتعتمد العقود التي تقوم على مبدأ الحرية التعاقدية على الموافقة المتبادلة بين الطرفين.

حتى أن المجلس الدستوري الفرنسي اعتبره مبدئا ذا قيمة دستورية، ناشئ عن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن وهذا في القرار عدد 2000-437 والمؤرخ في 19 ديسمبر 2000، فقد نص عليه المشرع الفرنسي في التعديل الأخير لقانون الالتزامات والعقود الفرنسي لسنة 2016، وهذا في المادة 1102 لكل فرد حرية التعاقد أو عدم التعاقد واختيار الطرف المتعاقد معه وتحديد محتوى وشكل العقد ضمن الحدود التي يقرها القانون، وفي القوانين العربية نجد أن المشرع اللبناني نص على مبدأ حرية التعاقد في المادة 166 من قانون الموجبات والعقود والتي نصت على أن قانون العقود خاضع لمبدأ حرية التعاقد فللأفراد أن يرتبوا علاقاتهم القانونية كما يشاؤون بشرط أن يراعوا مقتضى النظام العام والآداب العامة والأحكام القانونية التي لها صفة إلزامية.

وقد أكدت المادة 01 من مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص unidroit على حرية الأفراد في التعاقد[1]

(ثانيا): التعريف الفقهي لحرية التعاقد:

يختلف تعريف حرية التعاقد، فمنهم من يعرفه بأنه مبدأ يضمن للأطراف الحرية في إبرام عقود مع بعضهم البعض بشروط يوافقون عليها، بحيث تكون هذه الشروط قانونية وغير مخالفة للنظام العام والآداب.

يعرّف أليساندري استقلالية الإرادة على أنها "الحرية التي يتمتع بها الأفراد في الموافقة على العقود التي يرغبون فيها، وتحديد محتواها وآثارها ومدتها"، ويشير إلى أن هذه الإرادة ذات سيادة، وأن العقد ينشأ من الاتفاقية بين إرادات الأفراد[2] .

ووفقا لهذا الفهم تعني حرية الفرد في أن يقرر بنفسه ما إذا كان يريد إبرام عقد ومع من وبأي محتوى[3]

ويراد بالحرية العقدية حرية المعاملات، من حيث حق الاقدام والامتناع عنها، إضافة الى حرية اختيار المتعاقد معه وطريقة تجسيد العملية العقلية وشكلها وحرية المتعاقدين في تحديج مضمون هاته العلاقة العقدية[4]

ويعرف المبدأ أن العلاقات بين الأفراد تقع تحت إرادتهم الحرة وان لهم صلاحية البت فيما إذا كان سيتم التعاقد أم لا[5]

---

[1] خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الإلكتروني 264

[2] *Alessandri, Arturo. "De los contratos". Editorial Jurídica de Chile : este libro carece de fecha y número de edición). P 10* ببدون تاريخ بدون طبعة .، ص *10 ."من العقود" ليساندري ، آرثر*

[3] Simon Dörrenbächer ; op cit , P 23

[4] علي فيلالي، **الحرية العقدية: مفهوم قديم وواقع متجدد**، مجلة البحوث في العقود وقانون الاعمال، العدد الخامس، ديسمبر 2018، ص 09

[5] *Carrolyn Edwards; **Freedom of contract and fondamental fairness for individual parties: the tug of war continues**; Marquettee University of law school. Fculty publications; p 655*

ويعرفها الفقه في الولايات المتحدة الأمريكية بأنها سلطة أو حق في التعاقد وتحديد أحكام العقود بحرية دون قيود قانونية تعسفية أو غير معقولة، خاصة على النحو المضمون بموجب بند العقد في المادة الأولى من القسم العاشر من دستور الولايات المتحدة الأمريكية[1]

ويفترض البعض من الفقه أن الحرية التعاقدية لا تعني غياب العوائق، إنما هي قوة أو قدرة ايجابية تمكن الفرد من فعل أو عدم فعل شيء ما، وليست مجرد تحرر من شيء ما، فالحرية تستلزم منح الأفراد القدرة على الاختيار والتصرف بمحض إرادتهم[2]

أما المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية ترى بان حرية التعاقد تعني عدم وجود قيود تعسفية وليس حصانة من اللوائح والقوانين المعقولة، والمحظورات المفروضة لصالح المجتمع[3]

مما سبق يمكن أن نعرف حرية التعاقد بأنها مبدأ يعترف باستقلالية الأفراد والشركات في إبرام وتنفيذ العقود والاتفاقات الخاصة بهم، طالما أنها تتم بحرية ولا تتعارض مع أي قيود قانونية، حيث توفر حرية التعاقد للأطراف إمكانية إنشاء اتفاقيات وعقود والتفاوض بشأنها، مع ضمان إن تكون هذه العقود والاتفاقات قانونية ومتسقة مع النظام العام.

الفرع الثاني: الحرية التعاقدية في الأنظمة التشريعية:

تطور مبدأ حرية التعاقد نتيجة لنمو المذهب التجاري والرأسمالية في القرنين السابع عشر والثامن عشر، خلال هذه الحقبة سعى الأفراد والشركات إلى تعظيم أرباحهم من خلال التفاوض

---

[1] *William Elmer Schenck.* ***Constitutionality of Recent Legislation Interfering with the Freedom of Contract.*** *Cornell Law School. Hstorical Theses and Dissertations Collection; 1895 p*

[2] *Eugenio Vaccari;* ***The normative and Jural meanings of the anti-deprivation principle vis-à-vis freedom of contract****; International Insolvency Review; Volume 31; Issue02; 05 march 2022 p 279*

[3] *Amdt14.S1.6.2.2 Liberty of Contract and Lochner v. New York ; اجتهاد قضائي للمحكمة العليا الاريكية متوفر على موقع*
https://constitution.congress.gov/browse/essay/amdt14-S1-6-2-2/ALDE_00013704/

بحرية وإبرام العقود مع بعضهم البعض وقد أدى ذلك إلى تطوير إطار قانوني يعترف ويحمي حق الأفراد في إبرام العقود على النحو الذي يرونه مناسبا، دون تدخل غير مبرر من الدولة.

بمرور الزمن أصبح هذا المبدأ مكرسا في القانون العام وتم تقنينه في أنظمة قانونية مختلفة حول العالم، مما رسخ الحرية التعاقدية كحجر زاوية في القانون المدني والتجاري الحديثين

(أولا): الاعتراف بالمبدأ

يقصد بالاعتراف بالمبدأ، كل نص على المبدأ ككل، أو محتوى المبدأ في القوانين والتنظيمات، وأيضا كل تكريس لأحد عناصر المبدأ كحرية اختيار أطراف العقد مثلا.

مبدأ الحرية التعاقدية هو مبدأ عالمي، تعترف به معظم الأنظمة التشريعية في العالم، غير أن تكريسه ضمن النصوص القانونية متأخر نوعا ما.

تأثر المبدأ بالفلسفة الليبرالية في عصر التنوير، والتي أكدت على الحرية الفردية وأهمية حقوق الملكية الخاصة، وانعكست هذه الفلسفة في نمو النزعة التجارية والرأسمالية، والتي شهدت انخراط الأفراد والشركات في معاملات تجارية متزايدة التعقيد والتفاوض على العقود مع بعضهم البعض.

كان المفهوم السائد في تلك الأيام هو أن جميع الناس يولدون بالحق غير القابل للتصرف في الدخول في عقود قابلة للتنفيذ قانونيًا، حيث كانت الفردية والليبرتارية هما الفلسفات السائدة في تلك الفترة. وتم استخدم تأثير هذه المفاهيم الفلسفية كأداة لنشر نظرية حرية العقد، وأكد مفهوم العدالة الكانطية على تعزيز تحقيق الحرية الفردية للعمل، وهذا يعني أن القانون يجب أن يتخلى عن حكمه في العلاقات الإنسانية ويركز على تخصيص الحريات للأفراد في المجتمع. وأكدت نظرية الشخصية لكانط على أن العقد يجب أن يكون آخر منتج لفكرة الشخصية المثالية وأن هذا

لم يكن ممكنًا إلا عندما يكون هناك حرية كافية في العقد والأفراد الذين يدخلون في العقد حريصون على الحرية الفعلية[1].

واستجابة للكم المتزايد من النشاط التجاري، تطور النظام القانوني للاعتراف بحرية التعاقد وحمايتها، فعلى سبيل المثال أنشأ نظام القانون الخاص مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، مما يعني انه يجب احترام العقود وان الأطراف ملزمة بشروط اتفاقهم.

(ثانيا): ظهور مبدأ حرية التعاقد في بعض التشريعات المقارنة

في التالي سوف نسرد بعض النصوص والتشريعات التي تبنت المبدأ ضمن نصوصها القانونية.

تم تدوين هذا المبدأ في قوانين مختلفة حول العالم، بما في ذلك القانون الفرنسي الذي جعل منه مبدأ دستوريا وقام بالنص عليه في قانون العقود المعدل الأخير سنة 2016، حيث ظهر مسمى مبدأ حرية التعاقد في المادة 1102 من القانون المدني الفرنسي المعدل بالمرسوم 131 لسنة 2016[2] واختار المشرع أن يعرفه من خلال جميع أبعاده: حرية التعاقد، وحرية عدم التعاقد، وحرية تحديد شكل ومضمون عقده فجاء نص المادة كالتالي "لكل فرد حرية التعاقد أو عدم التعاقد، واختيار ما يلي: المتعاقد وتحديد محتوى وشكل العقد[3]."

وقبل أن يتم تكريسه في إصلاح قانون العقود الفرنسي العام في عام 2016، كان مبدأ حرية التعاقد بالفعل مبدأ أساسيًا في قانون العقود .باعتراف الجميع، لم يتم ذكره صراحةً على هذا النحو في القانون المدني الفرنسي لعام 1804، لكنه لم يكن غائبًا عنه من أصله، ولم تتردد محكمة النقض في الاعتراف بـ "مبدأ حرية التعاقد" في عدة مناسبات (الغرفة المدنية الأولى

---

[1] *Jain, Sankalp, Freedom of Contract- Concept, Postulates and Restrictions (October 26, 2020). P 03 Available at SSRN : https://ssrn.com/abstract=3896185*

[2] *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*

[3] *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter ; de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contract dans les limites fixées par la loi.*

لمحكمة النقض، 7 أفريل 1987) علاوة على ذلك، كان المجلس الدستوري هو الذي اعترف لأول مرة بهذه الصفة، وبمعزل عن أي مبدأ آخر[1] .

يمكن فهم مبدأ حرية التعاقد، بصيغته الواردة في الفقرة 2 من المادة 1102، من خلال:

حرية التعاقد أو عدم التعاقد التي تشير إلى اتفاق الارادات، حيث تم إدخال مبدأ الحرية التعاقدية في القانون الفرنسي عام 1804 مع قانون المدني، وهو يندرج في تعبير اتجاهات الحرية التي كانت سائدة في تلك الحقبة ويؤدي إلى توسيع مجالات الحرية في مسائل العقود.

تاريخيًا وعمليًا .مصطلحات "الحياة" و "الحرية" و "الملكية" كما هي مستخدمة في مشاريع القوانين والدساتير الأمريكية مشتقة من ماغنا كارتا[2] ، واستخدمت في العديد من القوانين الإنجليزية والأمريكية، وأوراق الدولة، والكتابات السياسية، بمعنى مماثل، وصولاً إلى صياغة الدساتير الأمريكية .كان معنى "الحرية" على هذا النحو هو الحرية الشخصية، و في تعديل البند الرابع عشر من الدستور الأمريكي الذي تم فهم أهميته جيدًا من قبل القضاة والمحامين الناطقين باللغة الإنجليزية حيث عمل القضاة على التوسيع القضائي لمعنى "الحرية" الوارد في نص التعديل بحيث يشمل حرية العقد أو حرية التعاقد ،فقد بدأت المحاكم الأمريكية في الإصرار على أن الحرية التعاقدية محمية دستوريا بداية من القرن الثامن عشر، أقرت المحكمة أول مرة في قرار سنة 1895 في قضية فريسبي (frisbie)ضد الولايات المتحدة، أشار القرار بالإجماع إلى انه من بين الحقوق غير القابلة للتصرف للمواطن هو حرية التعاقد[3]، سنتين بعدها في قضية *Allgeyer*

[1] المجلس الدستوري الفرنسي، 13 يونيو 2013، العدد 2013-672 DC، 16 JO يونيو، قانون الأمن الوظيفي، 29 نيسان / أبريل 2002، القضية رقم 02/2346

[2] وثيقة ما غنا كارتا، وتعني الميثاق العظيم، باللغة اللاتينية صاغها النبلاء البريطانيون في القرن 13 تهدف لتقليص صلاحيات الملك ونفوذه وقدرته على الانفراد بالحكم

[3] *Ron Swanson; Aaron Gordon; An Empirical Appraisal of the Liberty of Contract; Honors Thesis Department of Political Science; Northwestern University; May 3, 2017 p 11*

v. Louisiana ألغت المحكمة العليا للمرة الأولى قانونا بولاية لويزيانا بحجة انه ينتهك حرية التعاقد المحمية بموجب التعديل الرابع عشر[1] من الدستور[2].

كما وضعت في حكمها هذا الأسس الأولية لحماية حرية التعاقد بموجب الدستور الأمريكي[3]، حيث أعطى القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية أقصى درجات الاحترام لحرية التعاقد وكان على استعداد لإلغاء تشريعات الرعاية الاجتماعية لدعم حرية التعاقد. في قرار تاريخي صادر عن Lochner v. New York21، أصدرت الولاية قانونًا ينص على ان الحد الأقصى لساعات العمل للعاملين في المخابز والحلويات. وألغت المحكمة التشريع لأنه تعدي على حرية التعاقد بطريقة تعسفية وغير معقولة.[4]

وتوالت بعدها القرارات التي أبطلت جملة من القوانين التي رأت المحكمة أنها تتعارض وحرية العقد على غرار القرار الصادر سنة 1923 ضد قانون ولاية نيويورك الذي يحد من ساعات العمل للخبازين، وقانونا آخر الذي يعين الحد الأدنى من الأجر للنساء.[5]

على مدار العقود الثلاثة اللاحقة حاولت المحكمة وضع معايير لتقييم الدعاوى المتعلقة بالحرية التعاقدية، حيث قررت ان القيود التي تفرض على حرية الأفراد في إبرام العقود لا يمكن ان تستمر إلا إذا كانت معقولة ومناسبة لتمارس عليها سلطة النظام العام الذي يشير إلى حماية

---

[1] ينص التعديل الرابع عشر على ان جميع الأشخاص المولودين او المتجنسين في الولايات المتحدة، ويخضعون لسلطتها القضائية، هم مواطنون للولايات المتحدة والولايات التي يقيمون فيها، ولا يجوز لأي ولاية أن تسن أو تطبق ي قانون ينتقص من امتيازات أو حصانات مواطني الولايات المتحدة؛ ولا يجوز لأية ولاية أن تحرم أي شخص من الحياة أو الحرية أو الممتلكات دون اتباع الإجراءات القانونية الواجبة؛ ولا تحرم أي شخص يخضع لولايتها القضائية من الحماية المتساوية للقوانين

[2] ترى المحكمة أن الحرية المذكورة في التعديل لا تعني فقط حق المواطن في أن يكون في مأمن من مجرد التقييد الجسدي لشخصه كالحبس، لكن التعديل يحتضن حق المواطن في أن يكون حرا في التمتع بجميع ملكاته وان يستخدمها بكل الطرق المشروعة

[3] *David E. Bernstein ; Freedom of contract ; Gorge Manso, School of Law p 03 متوفر على الرابط https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1239749 تاريخ الاطلاع 27-10-2022*

[4] *Jain, Sankalp, Freedom of Contract- Concept, Postulates and Restrictions (October 26, 2020). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3896185 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3896185*

[5] *David E. Bernstein 06*

المصلحة العامة والصحة والأخلاق العامة، حيث تضمن تطبيق المحكمة لهته المعايير قيودا للمبدأ تضمنت اعترافها ببعض التشريعات التي تعتبر استثناءات لحرية التعاقد بعد أن أقرّت أنّ الحرية التعاقدية هي حق مقيد وليس حقا مطلقا، وهي القوانين التي تتعامل مع الأنظمة الأساسية المتعلقة مباشرة بالمصلحة العامة والتي يجب أن تكون غايتها نفسها مشروعة كقوانين المناجم والقوانين المتعلقة بعمالة والنساء وحضر استخدام الأطفال دون سن 16 في مهن خطرة[1] ، ومع ذلك كانت المحكمة ملتزمة بان حرية التعاقد هي القاعدة العامة وان الجهود التشريعية لاختصارها لا يمكن تبريرها إلاّ بظروف استثنائية[2] .

وبالمثل يسود مبدأ حرية التعاقد في النظام القانوني الاسباني، حيث انه بموجب النص 1255 من القانون المدني الاسباني على انه يمكن للأطراف المتعاقدة وضع الاتفاقيات والبنود والشروط التي يرونها مناسبة، طالما انها لا تتعارض مع القوانين أو الأخلاق او النظام العام[3]، ويتمتع الأطراف بحرية تحديد مضمون العقد سواء كان ذلك شفهيا أو كتابيا أو بطريقة الكترونية بما يتماشى مع القوانين والأعراف المتبعة

اليوم تعتبر الحرية التعاقدية مبدا أساسيا من مبادئ القانون المدني والتجاري ومعترف بها على نطاق واسع باعتبارها جانبا رئيسيا من جوانب اقتصاد السوق.

–**في القانون الجزائري:** رغم عدم النص على حرية التعاقد صراحة ضمن نصوص القانون المدني الجزائري، الا انه لا يمكن ان نخلص باي حال من الأحوال الى ان المشرع الجزائري لا يحميها ولا يتبناها، والشاهد في ذلك انه ينص على كافة المبادئ المتعلقة بحرية التعاقد، على غرار

---

[1] *Ron Swanson; Aaron Gordon; OP; CIT; p 12*

[2] *Amdt14.S1.6.2.2 Liberty of Contract and Lochner v. New York; اجتهاد قضائي للمحكمة العليا الامريكية* https://constitution.congress.gov/browse/essay/amdt14-S1-6-2-2/ALDE_00013704/

[3] *Antonio David Berning Prieto, Derecho de la contratación electrónica.,* https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4382-derecho-de-la-contratacion-electronica/

الرضائية المكرسة في المواد 58-60-64، والقوة الملزمة للعقد[1] التي أساسها المادة 106 مدني جزائري.

الفرع الثاني: ابعاد الحرية التعاقدية

تعد حرمة العقد وحرية التعاقد واستقلالية الأطراف من المبادئ الأساسية في القانون المدني والتجاري في كافة التشريعات والأنظمة القانونية المختلفة وان كل تدخل من الدولة ضد هذه الحريات يجب ان يكون مبررا وفقا لعقيدة المذهب الفردي، وبقدر لا يتعارض مع الحقوق الاساسية تتكون الحرية التعاقدية من أربع عناصر أساسية مكملة لبعضها البعض،

كما ذكرنا، يتطلب تكوين العقد إظهار اتفاق الإرادة بين المشاركين على الأقل الذين، وفًقا للحرية التعاقدية، يجب أن يكونوا قادرين على اختيار بعضهم البعض، وبمجرد الانتهاء من العقد، تستمر الحريات التعاقدية في تحديد الشروط من العقد وتنفيذه. يتمثل جوهر الحرية التعاقدية فيما يتعلق بتحديد محتويات العقد وآثاره، والالتزام بالقيود المنصوص عليها في القانون المدني، والحفاظ على النظام العام، والآداب العامة، والقيود المفروضة على المحل والسبب.[2]

ارتباطا بهذا، فان حرية التعاقد ذات بعدين، الأول يمس الجوهر، يتخذ ثلاث مكنات التعاقد او عدم التعاقد، حرية اختيار المتعاقد معه، إضافة الى حرية تحديد مضمون العقد، اما البعد الثاني يربط تحققها بعد ارتباطها بشكلية محددة [3].

(أولا): الحرية التعاقدية من حيث الجوهر

من حيث المبدأ، لا يمكن إنشاء الحقوق والالتزامات الواردة في قانون الالتزامات أو تغييرها أو إنهاؤها إلا بموجب عقد، وتعني حرية التعاقد أن يتمتع كل فرد بفرصة أن يقرر بحرية ما إذا كان سيبرم عقدًا أم لا، تضمن حرية التعاقد مجال نشاط خالًيا من تأثير الآخرين، أي حرية لا

[1] علي فيلالي، المرجع السابق ص 09

[2] *MIHAELA IRINA IONESCU, op cit ; P 297*

[3] محمد الهادي المكنوزي، **من العقود التجارية الى عقود الاعمال أي تأثير على حرية التعاقد**، مجلة المحاكم المغربية، العدد 148، 2016، ص 37

يمكن بموجبها تحديد العلاقات القانونية للفرد تعاقديًا دون إرادته[1]. والحرية مع من يبرم عقدًا، وحرية تقرير محتوى العقد

فمبدأ حرية التعاقد هو حرية تولد حريات، حيث يقرر حرية المتعاقد في التعاقد، وحريته في اختيار المتعاقد معه، وحريته في تحديد مضمون أو محتوى العقد.

ويتبين مدى ومقدار حرية الأطراف هنا، في مدى إمكانية خروجهم عن كل ما ينظمه التشريع من قواعد مفسرة ومكملة دونا عن الآمرة، بعبارة أخرى، وبصفة عامة كل ما يتعلق بالنظام العام الذي سندرسه لاحقا كقيد على هاته الحرية[2].

ومع ذلك فانه يعد استثناء عن الأصل وإمكانية الأطراف إعمال مبدأ حرية التعاقد بكل ما يتضمنه على النحو التالي:

للأطراف الحرية في اختيار الشخص الذي سيتفقون معه وتحديد محتوى مكان تنفيذ العقد، وعملة الدفع ... إلخ. في عقيدة القانون، تم تجميع هذا المبدأ : "كمسألة مبدأ ، للأطراف حرية الدخول أو الامتناع عن الدخول في أعمال قانونية ، ويمكنهم اختيار الأطراف المقابلة لهم بحرية، ويمكن بالاتفاق المتبادل تحديد موضوع العقد وشروطه وآثاره، كما يجوز لهم تعديلها أو إنهاؤها ، وقد يتبنون أو يرفضون كليا أوً جزئيا الأحكام القانونية الغير أمرة، وقد ينشئون أعمالًا جديدة غير متوقعة بموجب القانون، و يمكنهم التعبير عن موافقتهم بالشكل الذي يختارونه بأنفسهم ، ويكون للإرادة القانونية نفس الفعالية سواء تم التعبير عنها صراحة أو ضمنا[3].

1- حرية إبرام أو عدم إبرام العقد: عندما يقرر شخص الدخول في علاقة تعاقدية، لا يخبره احد ولا يجبره على فعل ذلك، إنما يتولد عن إرادته الحرة وتسمى سلطة تكوين العقد[4]، فحرية إبرام

---

[1] Simon Dörrenbächer ; op ; cit, P 23

[2] ياسين محمود الجبوري، المرجع السابق ص 42

[3] *MIHAELA IRINA IONESCU ,op cit ;P 197*

[4] *Kevin Manship; Contract Formation Autority; article publier le 25/11/2021* https://harperjames.co.uk/article/contract-formation-authority/

العقد هي حرية تقديم العرض وحرية القبول وهي تعني أن كل من الطرفين لهما الحق في الاختيار أمام إبرام العقد أو عدم إبرامه، وان امتلاك الحق في رفض إبرام أي عقد هو احد الفرضيات الرئيسية الناشئة عن حرية التعاقد ، ولا يمكن إجبار شخص على إبرام عقد أو منعه من ذلك[1]، وهذه الحرية هي أساس الحريات الأخرى في مبدأ حرية العقد، وتعد المنطلق الأساسي لتحديد محتوى العقد،

والحرية التعاقدية يمكن أن تكون حرية ايجابية في اختيار التعاقد او سلبية باختيار عدم التعاقد، وهذا الخيار نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 1123[2] من القانون المدني بنصها على انه) يمكن لأي شخص ان يتعاقد إذا لم ينص القانون على خلاف ذلك) ، وهذا ما يتماشى مع تعريف العقد بأنه توافق إرادتين أو أكثر على إحداث إثر قانوني، فالدخول في اي علاقة تعاقدية قوامه هو إرادة الفرد الحرة، وهو في ذلك حر أيضا في عدم التعاقد[3]

غير أن هاته الحرية غير مطلقة فهي تخضع لقيود قانونية تجبر الشخص أحيانا على إبرام نوع ما من العقود، نتطرق لها لاحقا.

ويعتبر العقد نافذا وصحيحا فقط إذا كان ناتجا عن موافقة حرة لجميع أطراف العقد، وان لا يشوب إرادة أحد منهم عيب من عيوب الإرادة كالغلط والتدليس والإكراه والاستغلال،

فالموافقة الحرة، هي الموافقة التي تتم في غياب اي تأثير للعيوب السالفة[4]، وان كل عقد شاب إرادة أحد طرفيه أحد هاته العيوب، هو عقد قابل للإبطال، نتيجة تأثر إرادة المتعاقد بذلك العيب واختلال سلطته في التعاقد من عدمه، لا يمكن لأي إكراه أن يكون مشروعا في نهاية المطاف في هذا المجال[5] إلا في حدود ضيقة يقرها القانون

---

[1] بناسي شوقي، **المبادئ التوجيهية للعقد**، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد06 العدد 02، سنة 2020، ص 250

[2] *Artcl 1123 du Code civil prévoit que : « Toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi »*

[3] بناسي شوقي، المرجع السابق ص250

[4] خليل احمد حسن قدادة، المرجع السابق صàà

[5] Simon Dörrenbächer ; ,op ; cit ; P20

في الشريعة الإسلامية اختلف الفقه حول مسالة استحداث عقود لم تحرم، فمنهم من ذهب إلى القول بان الأصل في العقود الجواز والصحة، ولا يحرم منها ولا يبطل الا ما ذهب الشرع إلى تحريمه نصا أو قياسا وهو قول جمهور العلماء من المذاهب الأربعة[1] فلا يجوز تحريم العقود والشروط التي تجري بين الناس في معاملاتهم دون سند شرعي.

2-حرية تحديد محتوى العقد:

أحد المظاهر الأساسية لحرية التعاقد هو تحديد محتوى العقد بالاتفاق المتبادل وبالطريقة التي يرونها[2] فللأطراف حرية في تحديد محتوى العقد ويقال أيضا تحديد مضمون العقد وهي إحدى العناصر الأساسية والطبيعية للحرية التعاقدية، فالمبدأ أن الأطراف أحرار دائما في تحديد موضوع العقد والتزاماتهم العقدية ومكانها ومداها، على أن الأطراف في ذلك ملزمون بالقيود التي يفرضها القانون والنظام العام والأخلاق الحميدة[3]

من مظاهر سلطان الارادة وحرية التعاقد تحديد الشروط التعاقدية سواء في العقود التقليدية أو الرقمية، وللعاقدين ان يخالفا باتفاقهما كل ما يرتبه القانون من أثار للعقود المسماة سواء في شكلها التقليدي أو الالكتروني، مادام الاصل فيها انها غير امرة بل انها مكملة، كالاتفاق بين البائع والمشتري على إسقاط ضمان البائع لاستحقاق المبيع كذا ضمان العيوب الخفية صحيح من الناحية القانونية كما نصت المادة 445 ق م مصري و 377 مدني جزائري[4]، مادام البائع حسن النية ولا يشوب تصرفه غش نحو المشتري وذلك حسب الفقرة الثالثة من نفس المادة[5]

في الوقت الحالي تحرص الدول والمنظمات الدولية في الوقت الحالي على تعزيز الاستخدام الآمن والموثوق للتكنولوجيا الرقمية في مختلف المجالات، بما في ذلك العقود الالكترونية، وتعتبر

---

[1] احمد بورزق، خديجة بورزق، المرجع السابق ص 141

[2] *Simon Dörrenbächer ; op ; cit ; P24*

[3] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 46

[4] يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص ان يزيدا ضمان الاستحقاق أو ينقصا منه أو ان يسقطا هذا الضمان

[5] ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع تعمد اخفاء حق أجنبي، حيث يلاحظ ان اخفاء حق أجنبي هو تطبيق من تطبيقات الغش التاي لا يجوز الاعفاء أو التخفيف من مسؤوليتها

الحرية في تحديد محتوى العقد الالكتروني من الأمور الأساسية التي تعزز الثقة والشفافية في عمليات التجارة الالكترونية، وتحديد محتوى العقد الالكتروني يشكل أحد أهم عناصر الحرية التعاقدية في العالم الرقمي، حيث يتوجب على المتعاقدين في العقد الالكتروني تحديد جميع الشروط والأحكام التي يريدان إضافتها للعقد، ويتم ذلك بحرية تامة وفقا لم اتفقا عليه.

تساعد حرية تحديد محتوى العقد الالكتروني المتعاقدين على الاتفاق على جميع التفاصيل والشروط المتعلقة بالعقد، وتضمن للأطراف حرية الاختيار فيما يتعلق بأحكام وشروط العقد، كالأجل والثمن والتعويضات، ويمكن للمتعاقدين في العقد الالكتروني تحديد الأحكام المتعلقة بإنهاء العقد، وكذلك التفاصيل المتعلقة بالضمانات والإجراءات القانونية في حالة عدم الالتزام بالشروط والحكام المتفق عليها وكيفيات تسوية وحل الخلافات التي قد تنشا بينهم[1]

ومن جهة أخرى فانه لا يمكن للقانون ان يتوقع محتوى عدد لا حصر له من المعاملات التي قد يدخل الأطراف فيها، وبناء على ذلك يجب منحهم الحرية في تحديد وتغيير محتوى هذه المعاملات بشكل مستقل وحر طالما يتم مراعاة العناصر الأساسية في التعاقد كالإيجاب والقبول[2].

3-حرية اختيار المتعاقد معه:

تسمح الحرية التعاقدية للأفراد بتحديد من سيتعاقد معهم، قدرة كل طرف على الاختيار الحر للمتعاقد معه، فمن يكون حرا في التعاقد من عدمه يكون أيضا حرا في اختيار مع من يتعاقد[3]، دون الحاجة إلى تبرير أو إعطاء أسباب لاختيار متعاقد دونا عن الآخر، ولا حاجة له للإفصاح عن معايير أو شروط اختياره، إلا في الحدود التي قررها القانون[4] فيمنح مبدأ حرية التعاقد الأشخاص الحق في اختيار الجانب الآخر من العقد كقاعدة عامة يمكن للجميع إبرام عقود من يشاؤون مع استثناءات تجبر المتعاقد على التعاقد مع شخص واحد معين.

---

[1] ياسين محمود الجبوري، المرجع السابق ص46

[2] *Eugenio Vaccari ; OP ; cit ; p 278*

[3] بناسي شوقي، المرجع السابق ص250

[4] *Muhanned Ajjoub, op; cit; p 18*

4-حرية تحديد اثار العقد

عندما يدخل شخصان في عقد، يمتلكان حرية كاملة في تحديد تلك الآثار. ليس هناك إلزام على أي منهما سوى بالالتزام بما يتفقان عليه. بمعنى آخر، يمكن للأفراد أن يتفقوا على شروط العقد والتزاماتهم بحسب اختيارهم، وعندما تنظم القوانين العقود بشكل عام، فإنها عادة ما تكون مبنية على مبادئ توجيهية. هذا التنظيم يكون عادة مكملًا لإرادة الطرفين[1] .

ويمكن للأفراد أن يلتزموا به أو يقرروا تحديد تنظيم خاص بهم إذا كانوا غير موافقين على التنظيم العام، وفي بعض الحالات، يمكن أن تحتوي هذه القوانين على بعض القواعد الإلزامية، ولكن تكون هذه القواعد قليلة فلا يمكن ان تستثنى حتى في حالة توافق الأطراف على تنظيم مخالف لها.

5-إنهاء العقد وتعديله:

تمنح حرية التعاقد الأطراف أيضا الحق في إنهاء العقد المبرم أو إجراء تعديلات عليه إذا رغبوا في ذلك، وهذا يعد من مقتضيات مبدأ سلطان الإرادة،[2] فكما كان للأفراد سلطة إنشاء العقد، كان لهم سلطة إنهائه في أي وقت مادامت باتفاق الأطراف.

(ثانيا): الحرية التعاقدية من حيث الشكل:

حرية الشكل هي الحرية التي يتمتع بها الأطراف في تقرير شكل العقد دون الحاجة إلى نموذج محدد، وهي تعني حرية المتعاقد في تحديد شكل العقد الذي يريد إبرامه وكيفيات إبرامه وحرية المتعاقد في تحديد كيفيات تنظيم هذه العلاقة التعاقدية وتنفيذ العقد[3] ، لذلك يتمتع الأفراد بحرية التفاوض المسبق بشأن بنود العقد وكيفيات إبرامه تنفيذه والإجراءات الشكلية المتعلقة به، ضمانا لتحقيق أقصى مستوى من الاتفاق

1: حرية تحديد شكل العقد:

[1] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 47

[2] ياسين محمود الجبوري، المرجع السابق ص 46

[3] *https://law-text.com/civil-law/contract1/262/ تاريخ الاطلاع على الموقع 26-03-2022*

تتمتع الإرادة غالبا بالقدرة على إنشاء العقود والتصرفات القانونية بالشكل الذي تراه كما وضحنا سلفا، دون أن تخضع في ذلك لأي قيد أو شرط أو قالب معين[1]، وما هو ما يصطلح عليه بمبدأ الرضائية

ويعني شكل العقد تحديد ما إذا كان التعاقد كتابيا أو شفهيا، والوسيلة المستخدمة في التعاقد كان يكون تعاقدا الكترونيا بالوسائل الرقمية ويشمل ذلك صيغة العقد والمواعيد وكيفيات التوقيع، تبعا لذلك يجب أن يُفهم الشكل الإلكتروني للمعاملة القانونية على أنه مقبول مثل أي شكل صحيح آخر للتعبير عن الإرادة بموجب مبدأ حرية الشكل المنصوص عليه في مختلف أحكام القانون المدني واللوائح المتخصصة الناشئة التي تم تطويرها خصيصًا لتنظيم العقد الإلكتروني الذي يكرس مبدأ صحة وفعالية النموذج الإلكتروني[2].

وفقًا لمبدأ حرية التعاقد، يمكن للأطراف تحديد الشكل القانوني للعقد، سواء كان ذلك عن طريق إعداد عقد مكتوب بشكل رسمي أو عن طريق الاتفاق الشفهي أو حتى عبر وسائل الاتصال الإلكترونية، حرية التعاقد تترك للفرد حرية اختيار الشكل الذي يعبر به عن نواياه القانونية، بحيث يجب على النظام القانوني أن يوفر نظاما خاليا من العقبات قدر الإمكان من أجل تمكين المعاملات القانونية من أن. يتم ابرامها او تنفيذها بطريقة غير معقدة ودون عوائق[3]،

هذا العنصر من الحرية التعاقدية وثيق الصلة بالعقود الالكترونية، وهو الحق في حرية تقرير كيفية إنشاء أو إبرام العقد، فبشكل عام، عندنا نسمع كلمة عقد، نميل إلى تخيل عقد مكتوب، لكن هذا ليس إلا شكلا من أشكال العقد الذي قد يكون أيضا عقدا لفظيا، وفي العقود الالكترونية قد يعتمد إظهار النية في التعاقد فقط على النقر على زر الموافقة على شروط الاستخدام ما يشكل عقدا.

2 : آليات صياغة وتنفيذ العقود :

[1] ياسين محمود الجبوري، المرجع السابق ص 43

[2] *Ruperto Pinochet Olave, op ; cit ; P 300*

[3] *Simon Dörrenbächer ; op ; cit ; P 25*

اختيار الآليات المناسبة لتنفيذ العقد يعد أمرا هاما لتحقيق الأهداف والالتزامات المتفق عليها في العقد، ف يتمتع أطراف العقد بحرية اختيار انسب الآليات التي تناسب عقدهم وتحقق أهدافهم، والآليات هي الوسائل والطرق التي سيتم الاعتماد عليها واستخدامها في تنفيذ العقد ومن بين هذه الوسائل على سبيل المثال:

ا- **حرية اختيار لغة العقد:** لأطراف العقد حرية اختيار لغة التي يتم بها صياغة العقد والتي يجب أن تكون واضحة بطريقة يكون فهمها سهلا للجميع، حيث تعد الوسيلة التي يجري بمقتضاها نقل التفكير القانوني من الحيز الداخلي الى الحيز الخارجي، لذلك فان اختيار لغة وطريقة صياغة العقد تعود للأطراف، ولا يشترط المبدأ فيهم الالمام او ان يتم فرض عليهم لغة معينة.

-**الحرية في تحديد المواعيد الزمنية:** يمكن للأطراف الاتفاق على مواعيد زمنية محددة يتم تنفيذ العقد خلالها.

- **حرية الاتفاق المسبق على التعويضات والجزاءات:** يمكن تضمين آليات لتحديد نوع وقيمة التعويض المستحق في حالة عدم تنفيذ أحد الأطراف التزاماته أو خرقه لبنوده العقد[1] فيما يعرف بالشرط الجزائي.

[1] تغريبت رزيقة، **الشرط الجزائي بين سلطان الإرادة وسلطة القاضي**، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 15، العدد01،2022، ص 1301

المبحث الثاني: تجسيد الحرية التعاقدية في العقد الالكتروني

إن الحرية التعاقدية على النحو السالف دراسته ليست سوى إحاطة ببعدها التجريدي، والذي له تجسيدات فعلية على مستوى العقود الإلكترونية المختلفة، وهو الذي يمكن تلمسه سواء على مستوى المظاهر المختلفة الدالة على **ذلك (المطلب الأول)**، كما يمكن ملاحظته من مجموع الآثار التي تترتب عن إبرام العقد الالكتروني وجعله حقيقة واقعية **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: مظاهر الحرية التعاقدية في العقد الالكتروني

إن مظاهر الحرية التعاقدية على مستوى العقد الإلكتروني قائمة على مختلف مراحل إقامة هذا العقد من الفكرة الأولية التي تنطلق من مرحلة المفاوضات باعتبارها تسمح بتحديد مختلف الأسس التي يقوم عليها العقد **(الفرع الأول)**، وكذلك من خلال ضبط نطاق المسؤولية العقدية الناتجة عن الإخلال بأحد بنود هذا العقد **(الفرع الثاني)**، وكذلك حق العدول في حال استحالة بقاء العقد قائما **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول: حرية التفاوض الالكتروني

يرافق مبدأ الحرية التعاقدية عملية التفاوض بين أطراف العقد من بدايتها إلى غاية اتخاذ القرار بإبرام العقد من عدمه، ولا يرتب القانون أي مسؤولية على الأطراف المتفاوضة خلال هذه المرحلة، ذلك أن العقد النهائي لم يبرم بعد[1].

في هذه المرحلة، وتسمى مرحلة قبل التعاقد، تأخذ الحرية التعاقدية معنى بسيطا، يفيد بان الفرد حر في أن يتعاقد أو ألا يتعاقد، والأصل انه لا يمكن إجبار أي شخص على إبرام عقد لا يرغب هو في إبرامه، سواء سبق ذلك إجراء مفاوضات قبل تعاقدية أو لم يسبق، وان إجراء هذه المفاوضات لا يعني بالضرورة أن المتعاقد مستعد لإبرام العقد النهائي، ولا يعني انه يمكن اجباره

[1] بيلامي سارة، مرجع سابق، ص 70

على ذلك، فإن الحرية التعاقدية لا تشمل فقط طواعية موافقة كل طرف، بل تشمل ايضا، قوة مساومة متساوية لكل منهم[1]

وحيث أن المفاوضات مرحلة مهمة لكل من المتعاقدين تسبق مرحلة إبرام العقد، خاصة في العقود المركبة، والعقود ذات البعد الاقتصادي، يحاول فيها كل من الأطراف الإحاطة التامة بتفاصيل العقد، وكذا تحقيق أكبر قدر من الفائدة مع الحفاظ على مصالحه أمام المتعاقد الآخر، وهذه المرحلة هي تجسيد حقيقي لمبدأ الحرية التعاقدية، سنحال تبيين مفهوم هذه المرحلة، أهميتها والالتزامات التي تقع على المتفاوضين اثناء وبعد العملية، وتزداد أهمية مرحلة التفاوض أو المفاوضات في العقود الالكترونية والتجارة الالكترونية خصوصا،

(أولا): مفهوم التفاوض الالكتروني:

إن حرية المفاوضات نتيجة حتمية لمبدأ حرية التعاقد، تتيح للأفراد خوض ومناقشة بنود لعقد احتمالي، وتتيح في ذات الوقت حرية الانسحاب من المفاوضات دون إبرام العقد النهائي.

تحديد مفهوم للتفاوض الالكتروني يستوجب الوقوف عند تعريفه من جهة، ومحاولة إبراز خصائصه، ثم أهميته كمرحلة سابقة للتعاقد الالكتروني.

1. تعريف مرحلة التفاوض:

حيث قد يجري التفاوض في شكله التقليدي او بوسائل الكترونية

ا: التفاوض الكلاسيكي:

تعددت محاولات الفقهاء من اجل إرساء معنى محدد للتفاوض، البعض عرفه بأنه المرحلة التمهيدية التي تتم فيها دراسة ومناقشة شروط العقد[2]، وعرفها البعض انها عملية تتضمن سلسلة

[1] *FLORIAN RÖDL;* ***CONTRACTUAL FREEDOM, CONTRACTUAL JUSTICE, AND CONTRACT LAW*** *(THEORY); LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS; Vol. 76:57; p 62*

[2] لخضر حليس، **مرحلة المفاوضات التعاقدية**، مجلة المنار للدراسات والبحوث القانونية، العدد الأول، جوان 2017، ص 09

من المحادثات، وتبادلا لوجهات النظر وبذل المساعي بين الأطراف المتفاوضة من اجل التوصل إلى اتفاق بشأن صفقة معينة[1]

ومنهم من يرى أن التفاوض تحاور ومناقشة وتبادل للأفكار والآراء والمساومة بين الأطراف بغرض الوصول إلى اتفاق نهائي حول مصلحة أو مشكلة ما[2]

بصفة عامة فان التفاوض هو تبادل الاقتراحات والمساومة والتقارير والدراسات الفنية والتقنية وحتى الاستشارات القانونية بين أطراف التفاوض، حتى يتبين كل منهم أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصالحه، وكذا من اجل التعرف على ما قد ينتج عن العقد من حقوق والتزامات في ذمة كل منهم[3].

ب: التفاوض الالكتروني

ما يلاحظ على مصطلح التفاوض الالكتروني، انه يتكون من لفظين، الأول هو التفاوض وقد تم التطرق إلى بيان تعريفه سابقا، واللفظ الثاني هو الالكتروني، ومعنى لفظ الالكتروني: ورد في قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم 15 الصادر لسنة 2015[4] ، وعرف الوسائل الالكترونية في مادته الثانية بقوله " تقنية استخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو كهرومغناطيسية أو أي وسيلة مشابهة.

---

[1] بشار محمود دودين ومحمد يحيى المحاسنة – **الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة انترنيت**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010م، ص36

[2] خالد ممدوح ابراهم، ابرام العقد الالكتروني، ص 268

[3] ارجيلوس رحاب، مسعودي يوسف، **الإطار القانوني للتفاوض في العقد الالكتروني**، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، العدد الثالث، مارس 2018

[4] قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم 15 الصادر لسنة 2015 متوفر على الموقع https://trc.gov.jo/EchoBusV3.0/SystemAssets/%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%20%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B9%D8%A7%D9%85%D9%84%D8%A7%D8%AA%20%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%84%D9%83%D8%AA%D8%B1%D9%88%D9%86%D9%8A%D8%A9.pdf تاريخ الزيارة 01-12-2021

وعليه فان التفاوض الالكتروني هو " تبادل للحوار دون حضور مادي متعا صر لأطراف التفاوض وهذا باستخدام وسيلة سمعية بصرية للتواصل عن بعد للاقتراح والمساومة والتقارير والدراسات الفنية والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهما على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة كل طرف والتعرف على ما يسفر عليه الاتفاق من حقوق والتزامات[1]"

ويعرف بأنه عملية تفاوض تستخدم فيها التكنولوجيا الحديثة، مثل البريد الالكتروني والمحادثات الفورية، لتبادل العروض والطلبات بين الأطراف المتفاوضة، بشكل يحقق مصلحة جميع الأطراف،[2] ووردت تعريفات أخرى بأنه إجراء محادثات بهدف الوصول إلى اتفاق باستعمال وسائط الكترونية

والملاحظ هنا بالنسبة للتفاوض الالكتروني، انه لا يتميز عن التفاوض الكلاسيكي، إلا في الوسيلة المستعملة في التفاوض، وكذا في كون التفاوض الالكتروني يتم عن بعد، عكس التفاوض الكلاسيكي الذي يتم في مجلس عقد واحد غالبا، غير أن الملاحظ في التفاوض الالكتروني مواجهة الأطراف صعوبة التواصل والتفاهم وتبادل الثقة بينهم.

2 : موقف التشريعات من مرحلة التفاوض :

رغم أهمية هاته المرحلة ودورها الفعال في الإعداد للعقد سواء التقليدي أو الالكتروني، غير انه يغيب تنظيمها من طرف التقنينات المدنية الحديثة[3]، على غرار التقنين الجزائري والمصري والفرنسي وغيرها، حيث لم تنص التشريعات المدنية الوضعية صراحة على مرحلة التفاوض كمرحلة سابقة للتعاقد و تركت هذه المسالة للفقه والاجتهاد القضائي للقياس والاستنباط من القواعد

[1] معزوز دليلة، **التفاوض الالكتروني كمرحلة سابقة للتعاقد (دراسة مقارنة)** ، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد05 العدد 01، 2020، ص 284

[2] مها نصيف جاسم، رشا عامر صادق، **التفاوض الالكتروني**، مجلة مداد الآداب، العراق،2018 ، العدد 15، ص 562

[3] محمد حامد محمد، الزهراء عبد المنعم عبد الله، **النظام القانوني للتفاوض الإلكتروني**، مجلة جامعة تكريت للحقوق المجلد 3، العدد 4، 2019، ص 239

العامة غير أن منها من أشار إلى مرحلة التفاوض، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة 86 من القانون المدني العراقي على انه[1]:"يطابق القبول الإيجاب إذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا فيها، أما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى لو ثبت هذا الاتفاق بالكتابة وإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم ، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولإحكام القانون والعرف والعدالة".

إضافة الى مشروع قانون التجارة الالكتروني المصري لعام 2001 والذي نص صراحة في المادة 01 منه على مرحلة التفاوض من خلال تعريفه للعقد الالكتروني بأنه (كل عقد تصدر فيه إرادة أحد الطرفين أو كليهما أو يتم التفاوض بشأنه أو تبادل وثائقه كليا أو جزئيا عبر وسيط الكتروني)[2]، ويستفاد من نص الفصل الخامس والعشرين من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000 بوجود مرحلة التفاوض من خلال الالتزامات التي رتبها على البائع في المعاملة الالكترونية بنصه (يجب على البائع في المعاملات الالكترونية أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد المعلومات التالية:

-هوية وعنوان وهاتف البائع أو مسندي الخدمات،

- وصفا كاملا لمختلف مراحل انجاز المعاملة،

- طبيعة وخاصيات وسعر المنتج.

[1] المادة 86 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 متوفر على الموقع http://jafbase.fr/docAsie/Irak/code%20civil%20irakien%201951.pdf تاريخ الزيارة 06-12-2021

[2] ايناس مكي عبد النصار، **التفاوض الالكتروني دراسة مقارنة في ظل بعض التشريعات العربية المقارنة**، مجلة بابل للعلوم الانسانية، المجلد 21 العدد 03، 2013 ص 949

أما نصوص القانون المدني الجزائري فلم تتطرق إلى مرحلة التفاوض، وكذلك بالنسبة للقانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية الذي عرف في المادة 06 العقد الالكتروني دون التطرق إلى مرحلة التفاوض.

فكل هذه التعاريف تدل على صعوبة تحديد معنى دقيق وواضح للتفاوض الإلكتروني، وذلك راجع إلى أن مختلف التشريعات أهملت مرحلة التفاوض ولم تعرها الأهمية اللازمة كمرحلة قبل تعاقدية[1] ، ضف إلى ذلك أن التفاوض الإلكتروني يعتبر آلية حديثة انتشرت مع انتشار العقود الالكترونية، نظرا لما تتسم بيه الوسائل الالكترونية من مرونة وسهولة في إيصال المعلومة بين المتفاوضين والتعبير عن الإرادة وتبادل المقترحات ما يحتم تبنيها من قبل المشرع وإفراد نصوص قانونية قصد تأطيرها وتنظيمها قانونيا.

(ثانيا): عناصر التفاوض الالكتروني وأهميته:

1 :عناصر التفاوض الالكتروني: تشمل مراحل التعاقد الالكتروني[2] عناصر تتمثل في:

- ❖ توجيه دعوة للطرف المقابل من اجل التفاوض: والامر متروك لإرادة هذا الطرف في تلبية دعوة التفاوض من عدمها، فلا يقع عليه أي التزام جراء ذلك.
- ❖ تحديد الاحتياجات: هذا العنصر يشمل تحديد الأهداف التي يريد تحقيقها كل من الأطراف من خلال العقد الإلكتروني، وكذلك تحديد الخدمات او السلع التي سيقدمها الأطراف، بمعنى آخر، يجب على الأطراف تحديد ما يريدون تحقيقه بالتعاقد مع بعضهم البعض، وماهي المواضيع التي ستكون موضع الاتفاق.

[1] محمد حامد محمد، الزهراء عبد المنعم عبد الله المرجع السابق، ص 239

[2] انظر في ذلك مصطفى خضير نشمي، **النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد**، مذكرة ماجيستر في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، 2013-2014، ص 23 واحمد السيد البهي الشوبري، التفاوض **التعاقدي اطاره وأثره في الالتزام**، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، دمنهور مصر، العدد الراع الجزء الأول، 2019 ص 1175-1176

❖ وضع الشروط: يشمل هذا العنصر تحديد الشروط والأحكام التي ستحكم العلاقة بين الأطراف، والتي يجب على الجميع الالتزام بها. يمكن أن تشمل هذه الشروط مواضيع مثل مدة العقد، والمبالغ المادية المتعلقة بالخدمات أو السلع، والمواعيد النهائية، وشروط الدفع والتسليم، والضمانات، وحقوق الملكية الفكرية، والنزاعات والتسويات، وغيرها.

❖ تلقي العروض المقابلة: هذا العنصر يشمل عملية استلام العروض من الأطراف الأخرى، والتحقق منها ومراجعتها ومقارنتها، واتخاذ القرار المناسب. يمكن أن يشمل ذلك العروض المقدمة من الأطراف الأخرى، وكذلك المقترحات والأفكار التي تتم مناقشتها بين الأطراف.

2 : اثر مرحلة التفاوض الالكتروني[1]

لأجل إبرام العقد الالكتروني النهائي، يلجا المتعاقدان للتفاوض كمرحلة سابقة للإبرام، تسبق هاته المرحلة إبرام العقد خاصة إذا كان محتوى العقد ذا طبيعة تقنية أو اقتصادية تجارية.[2]

❖ التفاوض هو عنصر أساسي في إنشاء العقود الالكترونية، لأنه يسمح للأطراف المعنية بالتوصل إلى اتفاق مقبول للطرفين فيما يتعلق بشروط وأحكام العقد، ويوفر التفاوض الفرصة للأطراف بتوضيح توقعاتهم الخاصة وحل أي نزاعات وتقديم تنازلات عند الضرورة، والنتيجة النهائية هي عقد يلبي احتياجات ومصالح الطرفين[3] وتبرز أهمية التفاوض بشأن إبرام أي نوع من العقود سواء كانت عقودا تجارية عادية أو عقود أعمال أو عقودا دولية في النقاط التالية:

❖ المفاوضات السابقة بشأن الصياغة القانونية السليمة للعقد الالكتروني، تمكن من صياغة العقد الالكتروني صياغة قانونية سليمة، وهو ما لا يتحقق إلا بمفاوضات سابقة، كما يسمح التفاوض بمرونة أكبر في شروط وأحكام العقد ويذلل من الصعوبات التي تواجه المتعاقدين

[1] لتفصيل أكثر في أهمية التفاوض الالكتروني انظر حليس لخضر، مرحلة المفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص 166-168

[2] معزوز دليلة، **المرجع السابق**، ص 283

[3] مها نصيف جاسم، رشا عامر صادق، المرجع السابق، ص 565

خاصة المتعلقة بالجوانب القانونية[1]، مما يسمح بتكييف الاتفاقية وفق احتياجاتهم، وظروفهم الخاصة.

- ❖ من خلال التفاوض يمكن للطرفين الحصول على فهم أفضل لاحتياجات ومصالح وأولويات كل منهما، مما يساهم في بناء علاقات أقوى وأكثر ديمومة، فالتفاوض على شروط العقد الالكتروني يمكن أن يؤدي إلى نتائج أفضل لكلا الطرفين[2]، حيث أنهما قادران على التوصل إلى اتفاق يلبي احتياجاتهما ويلبي مصالحهما
- ❖ يساعد التفاوض بشأن شروط العقد الالكتروني على ضمان أن تكون الاتفاقية ملزمة قانونا وقابلة للتنفيذ، مما يوفر اليقين القانوني للأطراف المتعاقدة
- ❖ يساعد التفاوض في منع والتقليل من خطر حدوث أي نزاع مستقبلا في حلها إذا نشأت في سياق العلاقة التعاقدية[3]، مما يسهم في ضمان قدرة الأطراف على الوفاء بالتزاماتهم والحفاظ على علاقة إيجابية، فيمكن للتفاوض الفعال أن يساعد في تجنب النزاعات، حيث أن توصل الطرفين إلى اتفاق مقبول لكليهما يقلل من مخاطر وجود خلافات مستقبلية بشأن شروط العقد أو طريقة التنفيذ وبالتالي يقلل من اللجوء للتقاضي[4].
- ❖ التفاوض على العقود الالكترونية بطريقة عادلة ومحترمة يساعد في بناء الثقة وتحسين العلاقات بين الأطراف، وهو أمر ضروري للحفاظ على علاقة تعاقدية ايجابية ومثمرة، ويعزز فرص المهني في إبرام عقود أخرى مستقبلية مع نفس العميل.

---

[1] وعود كاتب الانباري، **المفاوضات العقدية عبر الانترنت**، مجلة رسالة الحقوق، المجلد الاول، العدد الثاني،2009 ص 201

[2] مها نصيف جاسم، رشا عامر صادق، المرجع السابق، ص 566

[3] عبد الرحمن بوفلجة، **دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2007 – 2008، ص 17

[4] ايناس مكي عبد نصار، المرجع السابق، ص 952

- ❖ يمكن للشركات التي تساهم في مفاوضات ايجابية وفعالة في تحسين سمعتها وجذب المزيد من الأعمال والعقود والشركاء المستقبليين حيث ينظر لها على أنها شريك موثوق وجدير بالثقة.
- ❖ يقلص التفاوض بشأن شروط العقد من التكاليف، من خلال الاتفاق على أحسن الطرق والوسائل لتلبية حاجاتهم والتقليل من النفقات غير الضرورية.
- ❖ من خلال التفاوض يمكن معرفة المقاصد الحقيقية للمتعاقدين في حال غموض أو عدم وضوح بنود العقد، فالقاضي بإمكانه الاستئناس بالأعمال المادية التي تمت في مرحلة التفاوض من اجل الوصول إلى التفسير الحقيقي لبنود وشروط العقد الالكتروني[1]
- ❖ تعتبر عملية التفاوض خطوة حاسمة في إنشاء العقود الالكترونية باعتبارها الاطار الذي يحدد ملامح العقد وصياغته ليعبر عن إرادة الاطراف[2]، ومن الضروري الدخول في مفاوضات فعالة ومهنية لضمان نجاح واستمرارية العقد.

(ثالثا): التزامات الأطراف أثناء مرحلة التفاوض الإلكتروني:

يعتمد الوصول الى نتيجة مرضية لجميع الأطراف من اجل ابرام عقد نهائي ان يلتزم المفاوضون بمجموعة من الشروط:

1.الالتزام بالتفاوض بحسن النية[3]:

يتعين على المفاوض في العقد الالكتروني أن يتصرف بصدق ونزاهة وامانة في التفاوض، وان يتعامل مع الطرف الأخر بحسن نية، وذلك من خلال تقديم المعلومات المطلوبة وتوضيح جميع النقاط التي تتعلق بالعقد أو الصفقة الالكترونية بصورة واضحة وصادقة، كما يجب عليه

[1] امازوز لطيفة، مرحلة التفاوض في العقود الالكترونية، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، العدد 04، المجلد 11، ديسمبر 2018، ص116

[2] سمير دنون، المرجع السابق، ص 134

[3] ارجليوس رحاب، **مسعودي يوسف، الإطار القانوني للتفاوض في العقد الالكتروني**، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، العدد الثالث، مارس 2018، ص 60

الامتناع عن أي تصرف يهدف إلى استغلال الطرف الآخر في التفاوض، وفي هذا الصدد اشارت مبادئ اليونيدروا الى مبدا حسن النية في مرحلة التفاوض بانه التزام لا يجوز استبعاده[1]

2.الالتزام بالإعلام:

ويعني ذلك توفير المعلومة الصحيحة والكاملة عن المنتج أو الخدمة المقدمة، وتوضيح جميع النقاط التي تتعلق بالتفاوض، وتزويد الطرف الآخر بالمعلومات الضرورية التي يحتاجها لاتخاذ قراره، مثل السعر والمواصفات والشروط القانونية وغيرها، كما يتعين عليه توفير جميع الوثائق اللازمة لإجراء التفاوض بشكل صحيح وفعال[2]، حتى يتصف التفاوض بالشفافية والنزاهة.

3.: الالتزام بالسرية:

السير بالمفاوضات يستلزم الكشف عن العديد من الاسرار من طرف للطرف الاخر عبر الوسيلة الالكترونية ،وهذا ينبغي أن يمتنع المتفاوض كلية عن إفشاء هذه الإسرار أو نقلها إلى الغير سواء أثناء التفاوض او حتى بعد فشل المفاوضات، يقضي هذا الالتزام بتامين المعلومات الشخصية التي يتم الإفصاح عنها، وجمعها من قبل العملاء ويتم تداولها خلال مرحلة التفاوض من اجل إتمام إبرام العقد، [3]ويتعين على المفاوض في العقد الإلكتروني الحفاظ على سرية المعلومات التي يتم تبادلها بين الطرفين وعدم الكشف عنها لأي طرف ثالث دون الحصول على موافقة الطرف الآخر. ويتضمن ذلك الحفاظ على سرية المعلومات الشخصية والتجارية والمالية وغيرها من المعلومات المتعلقة بالصفقة.

4.الالتزام بالمواعيد المحددة:

[1] تنص المادة 1-7 من مبادئ اليونيدروا على انه " يلتزم كل طرف بان يتصرف وفقا لما يقتضيه حسن النية وامانة التعامل في التجارة الدولية، ولا يجوز للأطراف استبعاد هذا الالتزام او تقييده"

[2] ارجيلوس رحاب، مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 62

[3] ايناس مكي عبد نصار، المرجع السابق، ص955

يجب على المفاوض في العقد الإلكتروني أن يلتزم بالمواعيد المحددة للتفاوض وأن يتحلى بالالتزام والدقة في تلك المواعيد لان مرحلة المفاوضات محددة ومؤقتة بطبيعتها، لذا يجب أن يتم التفاوض بشكل فعال وفي الوقت المحدد[1]، ويجب على المفاوض إعلام الطرف الآخر والاتفاق على مواعيد جديدة في حال كان ذلك ضروريا.

الفرع الثاني: حرية الأطراف في تعديل قواعد المسؤولية العقدية

كون الإرادة هي التي انشات العقد وحددت اثاره، والمسؤولية العقدية هل احدى هذه الاثار يجوز للمتعاقدين الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية[2]، بتشديدها أو الحد منها يتجه الفقه المعاصر إلى إن البنود المضمنة والتي تستهدف مخاطر العقد، مثل السرقة والحريق والمطر وغيرها مما شابه، لا تعني في الحقيقة تعديلا لقواعد المسؤولية العقدية، إنما هي تأكيد للقواعد العامة للنظام المستبعدة للمسؤولية في مثل هذه الحوادث[3]،غير أن هذا النوع من البنود يمكن أن يكون له أثره المعدل لقواعد المسؤولية العقدية في حال كان لسلوك المدين وإهماله أثره على عدم تنفيذ العقد إلى جانب تلك الحوادث الطارئة التي قد تقع

إذا كانت إرادة أطراف العقد تلعب الدور الأبرز في العقود، عند تحديد وإعداد شروط العقد وتنظيم آثاره القانونية، فان مجال المسؤولية العقدية هو أكثر المجالات التي يبرز فيها ويعلو مبدأ الحرية التعاقدية، حيث يجوز للأطراف الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية، وقد يشمل

---

[1] سمير دنون، المرجع السابق، ص 144

تاريخ الزيارة 2022/11/12

[2] رضا متولي وهدان، **المسؤولية المدنية (الضمان) دراسة مقارنة في ضوء الفقه الاسلامي**، ط 1، 2011، دار الفكر والقانون، مصر، 2011، ص 29

[3] *Indira Díaz Lindao* ***; Límites à las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el derecho moderno de los contratos*** *; 9 JULY 2012*
https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3306/3453
13/11/2022

الاتفاق تعديلها أو الإنقاص أو التخفيف منها، في حدود ما يقره القانون والنظام العام[1]،وذلك على النحو التالي:

(أولا)-تشديد أحكام المسؤولية العقدية.

يجوز أن يتفق المتعاقدان على أن يكون المدين مسئولا حتى عن السبب الأجنبي، فيكون بذلك بمثابة المؤمن لمصلحة الدائن. (م 1/259) مدني. مثل أن يفرض الدائن على المدين معايير رعاية اشد من التي يفرضها القانون، وكان يفرض التزاما بتحقيق نتيجة بدلا من الالتزام ببذل عناية

(ثانيا)-التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية العقدية:

القاعد العامة أن العقد شريعة المتعاقدين تخضع أحكامه إلى حرية الأطراف التعاقدية، **وعلى ذلك فانه** يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن عدم تنفيذ التزامه العقدي سواء كان ذلك راجعاً إلى خطئه أو خطأ الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفذ التزامه العقدي وللدائن أن يوافق على ذلك وفقا لإرادتهم الحرية في تحديد شروط العقد وتحديد آثاره، فالقانون المدني أباح للأطراف الموافقة على تقييد أو استبعاد مسؤوليتهم من أنواع معينة من الأضرار

ولكن لا يجوز له أن يشترط الإعفاء من المسؤولية عن غشه أو خطئه الجسيم، فإذا اشترط ذلك فالشرط باطل والعقد صحيح.

2-1-التعديلات التي ترد على المسؤولية العقدية[2]:

هناك أنواع مختلفة من التعديلات التي يمكن إجراؤها على العقد للحد أو الإعفاء من المسؤولية، من بينها التعديلات التالية:

[1] سالم الفليتي، **القانون والناس.. مبدا حرية التعاقد وأثره على اتفاقات تعديل المسؤولية في قانون المعاملات المدنية**، مقال الكتروني منشور في جريدة الوطن،2021 تاريخ الزيارة 2022/11/03 على الساعة 18:30 متوفر على الرابط https://alwatan.com/details/56596

[2] Indira Díaz Lindao ,idem ; op cit.

- ❖ تعديلات تحدد نوع الضرر الذي يمكن التعويض عنه، مثل الضرر المادي فقط، فإذا اتفق الطرفان على قيام المسؤولية العقدية عند حدوث ضرر مادي فقط، يتم استبعاد اي تعويض يقوم على اساس الضرر المعنوي لاحقا.
- ❖ –التعديلات التي تقلل من مستوى الحرص الذي يجب أن يتحمله المدين والذي يتعهد بتنفيذ الالتزام، كإعفائه من الالتزام بتحقيق نتيجة والاكتفاء بالالتزام ببذل عناية.
- ❖ اسباب توسع نطاق أسباب عدم المسؤولية، مثل الحوادث الطارئة أو القوة القاهرة وذلك من قبيل ما لا يمكن توقعه عند ابرام العقد وكذلك لا يمكن صده فالقاعدة انه في المستحيل لا احد ملزم حيث نصت المادة 1231–1 مدني فرنسي على انه يحكم على المدين عند الاقتضاء بدفع التعويضات بسبب عدم التنفيذ أو التأخير في تنفيذ الالتزام، مالم يبرر ذلك بقوة قاهرة منعته، فالقاعدة ان القوة القاهرة تعفي المدين تماما من المسؤولية العقدية غير ان مبدا حرية التعاقد يتيح للأطراف تحميل المدين مسؤولية تنفيذ العقد مهما كانت الاحوال، ونتحدث في هذه الحالة عن التزام الضمان حسب نص المادة 1351 مدني فرنسي[1]
- ❖ –تصرف من شخص أجنبي: وهو الامر الذي لا يذكره القانون، غير ان السوابق القضائية راسخة في هذا الصدد والتي تعتبر فعل الطرف الاجنبي عن العقد سببا للإعفاء من مسؤولية المدين إذا اتخذ هذا الفعل خصائص القوة القاهرة
- ❖ –فعل الدائن: ويشترط كذلك في فعل الدائن ان يتخذ خصائص القوة القاهرة لاعتباره سببا لإعفاء المدين من مسؤوليته العقدية، فيترتب عن فعل الدائن ابراء جزئي أو كلي في ذمة المدين، وهو ما يعبر عنه بتقاسم المسؤولية.

[1] والتي تنص على اعفاء المدين من تحمل التزامه إلى حد معين إذا كان ذلك نتيجة القوة القاهرة، مالم يتفق على ان يتولى الالتزام أو لم يتم انذاره بذلك مسبقا

❖ –التعديلات التي تحدد الإجراءات التي يمكن للمدين اللجوء إليها في حال عدم تنفيذ التزامه، مثل حل أو فسخ العقد.

بالإضافة إلى البنود التي تتعلق بتقليص المسؤولية العقدية للمدين أو الحد منها دون الإعفاء الكلي مثل تلك البنود والتعديلات التي تحدد مقدارا محددا للتعويض في حال إخلال المدين بتنفيذ جزء من التزامه أو كله، أو البنود التي تحدد طريقة أو وسيلة معينة لجبر الضرر.

والملاحظ انه هاته التعديلات لا يمكن أن تكون شاملة أو دقيقة، نظرا لتنوع الصيغ التعاقدية بين الأفراد، وأن للمتعاقدين حرية تضمين العقد بنودا وفقا لاحتياجاتهما والى ما يريانه أصلح لهما .

فالحرية التعاقدية تبرز في تحديد المسؤولية التعاقدية كتعبير عن استقلالية إرادة أطراف العقد والذي يتوقع أساسا في القدرة على اختيار الشكل التعاقدي الأنسب لهما.

الفرع الثالث: حق العدول عن العقد الالكتروني

الحق في العدول عن التعاقد هو مكون مهم ومظهر من مظاهر حرية التعاقد في البيئة الالكترونية، يسمح للمتعاقدين بإلغاء التعاقد بشكل طوعي، في ظروف معينة، ونظرا لهذا سنحاول تبيان احكام العامة حق العدول عن العقد الالكتروني، وضوابط العدول عن التعاقد الالكتروني.

(أولا): الأحكام العامة لحق العدول في العقد الالكتروني

ان تخويل حق العدول للمستهلك يعد من أبرز المظاهر التي تدعم حرية المتعاقد في ابرام العقد الالكتروني، خاصة لما يتعلق الامر بالمستهلك الالكتروني والمستهلك في بيوع المسافات على العموم[1]، وقد تم تضمين حق العدول في قوانين مختلفة من ضمنها القانون الجزائري، فللمستهلك الإلكتروني أحيانا أن يستفيد من رخصة خيار الرؤية ويحق له في المقابل العدول عن التعاقد بعد رؤية المنتج ورده إلي المهني، واسترداد ما دفعه من مقابل بذات الشروط والأحكام

[1] ريان عادل ناصر، حق الرجوع عن العقد، ط 01، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2016، ص 73

جميعها كون عرض المنتج أو السلعة عبر الانترنت لا يعطي المستهلك التصور الكافي عن المنتج الذي يريد اقتناءه فقد يفاجأ عند استلامه المنتج بغير ما كان يتصوره، وان ماراه في الإعلان ليس المنتج الذي تسلمه.

بالتالي سيتم التطرق إلى مفهوم حق الرجوع والنطاق القانوني له

ا: مفهوم حق العدول:

يعد العدول عن العقد حقا أتاحه المشرع للمستهلك من اجل إنهاء العقد عن طريق الرجوع تكريسا منه لحماية المستهلك في مرحلة تنفيذ العقد المبرم دون حاجة إلى تبرير، يتم خلال فترة زمنية محددة دون تحمله لأي تبعات جراء هذا الرجوع، والمدة التي يحددها القانون للمستهلك لممارسة حق الرجوع نص عليها القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية.

1-تعريف حق العدول

يسعى الحق في العدول بشكل أساسي إلى تعزيز موقف المستهلكين في مواجهة السلوكيات غير العقلانية والمعلومات غير المطابقة، وفي هذا المعنى، قيل إن المستهلكين يعانون من "الجنون المؤقت" عند شراء السلع أو الخدمات ووجود "الحق في العدول "يحميهم من اللاعقلانية[1]

يعرف حق العدول بأنه ميزة قانونية او سلطة أعطاها المشرع للمستهلك في الرجوع عن التعاقد، بعد تمام إبرام العقد صحيحا أو حتى قبل إبرامه، دون أن يترتب على ذلك مسؤولية المستهلك عن هذا الرجوع أو مسؤولية المتعاقد الآخر عما قد يصيبه من أضرار بسبب الرجوع[2]

[1] منى أبو بكر الصديق حسان، **الحق في الرجوع في العقد كاحد الاليات القانونية لحماية المستهلك في مجال التعاقد عن بعد دراسة تحليلية**، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 65 افريل 2018، ص 798

[2] عمار زعبي، **الحق في العدول عن التعاقد ودوره في حماية المستهلك**، مجلة المفكر، المجلد الثامن، العدد الأول، 2013 ص 123

الفقيه CORNU عرفه بانه تعبير عن ارادة مخالفة يعدل من خلالها صاحب التصرف عن ارادته ويسحبها كأنها لم تكن، وهذا بغرض تجريدها من كل أثر ترتب عتها في الماضي او سيترتب عنها في المستقبل، عرف الاستاذ PIERRE BREEZE حق الرجوع بانه الحق المعطى للمتعاقد بان يلغي من طرف واحد العقد الذي قبله والذي يجب ان يكون مبدئيا باتا ونهائيا[1].

ويعرف أيضا بمصطلح العدول بأنه: "التعبير عن إرادة مغايرة حيث يمكن لصاحب العمل أو لصاحب التعبير المنفرد عن هذه الإرادة العودة عنها وسحبها واعتبارها كما لو أنها لم تكن وذلك من اجل حرمانها من كل مفعول ماضي أو مستقبلي[2].

2-الاساس القانوني لحق العدول :

اتاحت العديد من القوانين والتشريعات، للمستهلك استعمال حق العدول عن التعاقد على غرار التوجيه الأوروبي رقم 97-07 الصادر في 20 مايو1997 الذي اجاز في المادة السادسة التي تناولت العدول للمستهلك الرجوع عن القبول في العقود المبرمة عن بعد، وذلك خلال سبعة (07) أيام دون أن يكون ملزما بإبداء أية أسباب دفعته لهذا العدول، وتكون المدة سبعة أيام من تاريخ إبرام العقد، ومن تاريخ استلام المبيع بالنسبة للسلع والبضائع، وتكون المدة ثلاث أشهر إذا لم يتم تزويد المستهلك بالبيانات والمعلومات المطلوبة[3].

أما المشرع الفرنسي فقد منح للمستهلك في المادة 222 الفقرة 07 من قانون للمستهلك في التجارة الالكترونية فترة **ثلاثة أشهر** كاملة في يده للعدول عن العقد الالكتروني بعد أن كانت المدة 14 يوما فقط، وعلل ذلك بأنها مدة غير كافية خاصة في حال تخلف البائع عن واجب إعلام المستهلك عن إجراءات العدول، وبصدور قانون ماكرون MACRON LOI المؤرخ في 6 أوت 2015 فإن مدة الرجوع عن العقد هي 15 يوما تحتسب من يوم طلب السلعة أو الخدمة

---

[1] Pierre breeze, guide juridique dr l internet et du commerce electronique, edition Vuibert, janvier2000 ; Paris, p215

[2] ريان عادل ناصر، مرجع سابق، ص 30.

[3] جهاد محمود المبدي، المرجع السابق، ص 118

عبر الانترنت، وان كان هذا في غير صالح المستهلك ولا يحقق له حماية فعالة، لأنه مضطر لانتظار التسليم حتى يستعمل حقه في الرجوع وربما مدة 15 يوم تكون قد انتهت ولن يتمكن من استعمال حقه في الرجوع[1].

بالنسبة للمشرع الجزائري لم يقر صراحة بحق الرجوع حسب نصوص القانون 09-03، غير انه أجاز للمستهلك ان يمارس حقه في استرجاع ثمن السلعة بعد ردها، حال وجود عيب في المنتج، وهذا دون تحميله أعباء إضافية، غير ان التعديل 18-09 اقر صراحه بهذا الحق[2] في نص المادة 19.

- **مفهوم العدول في العقود الالكترونية:**

إن التعاقد الالكتروني يدخل ضمن ما يسميه قانون حماية المستهلك اللبناني بعقود المسافات أو بيوع المسافات، وهي بيوع تتم دون الودود الفعلي للبائع، حيث تتم عملية التفاوض مع المشتري عبر وسيلة الكترونية في مجلس عقد بين غائبين حيث يتم تبادل إرادتي المتعاقدين عبر هاته الوسيلة الإلكترونية[3].

ب: اساس حق العدول والاتجاهات المختلفة:

قدم معارضو حق العدول حججًا قوية مفادها أن هذا الحق "يتعارض مع مفاهيم الأعمال الأساسية، فهي مصممة لتقويض أساس قانون العقود، وان الرجوع عن العقد المبرم بين الاطراف "مجرد وهم "، كما "يدعو هذا الحق إلى ممارسة سوء النية[4]. "حيث ان هذه من بين مختلف

---

[1] سي يوسف زاهية حورية، **حق العدول عن العقد كآلية لحماية المستهلك الالكتروني**، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، مكان النشر، العدد 02 سنة 2018، ص12.

[2] عبدلي حبيبة، عبدلي وفاء، **حق المستهلك الالكتروني في الرجوع عن التعاقد بين قصور النص القانوني وواقع الممارسة العملية في التشريع الجزائري**، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05 العدد 02، 2020ص 222

[3] ريان عادل ناصر، **حق الرجوع عن العقد**، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان1، 2016، ص 72

الحجج والانتقادات الموجهة لهذا الحق المثير للجدل، ذلك انه بمرور الوقت له تأثير مهم على المعاملة الالكترونية، حيث يكتسب المشترون معلومات حول مقدار تقديرهم للسلع، فبينما تنخفض قيمة تقديرهم لهته السلع تنخفض الى جانب ذلك قيمة البضائع ببطء، وعلى المستهلك ان يتقيد في ممارسته لحق الرجوع بمدى ملائمة المنتوج والغرض من شرائه، لا ان يمارس هذا الحق قصد الاضرار بالمتدخل[1]، هذا الاتجاه سايرته عديد التشريعات على غرار المشرع التونسي الذي قيد حق الرجوع المخول للمستهلك، ومنعه في حالات عديدة[2] واردة في الفصل 32 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية.

فالاعتراف بالحق في العدول مهم في "العقود المبرمة عن بعد التي تتضمن سلعا معقدة لا تنخفض قيمتها بسرعة، غير ان الامر ليس كذلك بالنسبة للسلع التي تفقد قيمتها بسرعة.

(ثانيا): ضوابط وأحكام الرجوع عن تنفيذ العقد الالكتروني

يلعب العدول دورا مهما في علاقة المستهلك الرقمي بالمهني كونه يمكن المستهلك من إنهاء العلاقة التعاقدية بإرادته المنفردة، ما يرتب آثارا قانونية تمس بمبدأ القوة الملزمة للعقد

ودراستنا لأحكام العدول عن التعاقد ستتمحور أساسا حول قوانين مقارنة كون المشرع الجزائري ترك تحديد كيفيات ممارسة هذا الحق والآجال القانونية له لتنظيم لم يصدر بعد.

ا: شروط إثبات العدول عن العقد

– الالتزام بالمهلة القانونية لممارسة حق العدول: القانون الفرنسي اشترط التسليم لبدا سريان فترة العدول وهذا ما نصت عليه المادة[3] L121-20-2 من قانون حماية المستهلك الفرنسي، وقد استبعدت محكمة النقض الفرنسية يوم التسليم من فترة العدول وأقرت اليوم الذي يليه لبدء حساب فترة العدول وهو ما سار عليه المشرع الفرنسي حين صياغته لقانون 1988 الصادر في

[1] عبدلي حبيبة، عبدلي وفاء، المرجع السابق ص 223

[2] زعبي عمار، المرجع السابق ص 125

[3] *Code de consommateur français dispose que : le délai motionné à l'alinéa précédent court à compter de la réception pour les biens ... »*

1988/01/06 والمتعلق بالبيع عن بعد، أما التوجيه الأوروبي 83-2011 والمطبق على العقود المبرمة بعد المؤرخ في 13 يوليو 2014 والمعدل بالتوجيه الأوروبي 2161-2019[1] المطيق على الدول الأعضاء بحلول 28-نوفمبر 2021 الساري المفعول بدءا من 28 ماي 2022 نص على انه يمكن للمستهلكين الانسحاب من العقود عن بعد وخارج أماكن العمل في غضون 14 يومًا من تسليم البضائع أو إبرام عقد الخدمة ، مع مراعاة استثناءات معينة ، دون أي تفسير أو تكلفة. يكفي نموذج سحب قياسي يقدمه البائع. اما إذا لم يتم إعلام المستهلكين بحقوقهم كالحق في خيار العدول ووضع استمارة خاصة بالعدول او السحب، فسيتم تمديد فترة الانسحاب بمقدار 12 شهرًا.

اما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم ينص على فترة العدول في قانون حماية المستهلك وقمع الغش، تاركا ذلك لتنظيم يصدر لاحقا، خلافا للقانون 18-05 الذي اوجب على المستهلك ارجاع السلعة في غلافها الأصلي خلال 04 أيام من تاريخ التسليم الفعلي، مع تسبيب ذلك، وهو ما يخالف تعريف العدول[2] الذي لا يشترط فيه سبب لممارسته كحق للمستهلك.

-**الإعلام عن العدول:** يتوجب على المستهلك اعلام المهني بعدوله عن العقد الالكتروني قبل ممارسة هذا الحق، خلال الآجال القانونية المقررة له، وهذا ما نصت عليه المادة L221-21 إضافة الى وجوب ارجاع السلعة المستلمة من قبل المحترف[3]، والفصل 25 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي الذي اوجب على المستهلك الاعلام بالعدول بكافة الوسائل المنصوص عليها في العقد[4].

---

[1] *Directive (UE) 2019/2161 du Parlement Européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et les directives 98/6/CE, 2005/29/CE et 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)*

[2] عبدلي حبيبة، عبدلي وفاء، المرجع السابق، ص 224

[3] معداوي نجيه، **حماية المستهلك الالكتروني بموجب الحق في الاعلام والحق في العدول عن التعاقد**، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد السادس، العدد الأول، 2022، ص 655

[4] جهاد محمود عبد المبدي، المرجع السابق، ص 120

ب: موانع العدول عن العقد[1]:

ان الحق في العدول عن العقد الالكتروني لا يحتاج إلى مبرر من قبل المستهلك ولا إلى سبب معين، غير انه فيما يتعلق بتوريد بعض السلع او الخدمات فلا يجوز للمشتري الرجوع أو العدول فيها عن التعاقد، إذا أعطى المستهلك موافقته الصريحة والمسبقة على تنفيذ الخدمة دون انتظار انتهاء المدة القانونية للعدول، حيث يقر بتخليه الصريح عن حق العدول بمجرد تنفيذ المهني للعقد كاملا[2] مثلا إذا كان يرغب في الوصول إلى قاعدة بيانات والاطلاع على المعلومة المطلوبة دون انتظار لانتهاء فترة العدول،

إذا طلب سلعا او خدمات توريد الطاقة التي يعتمد سعرها على التقلبات في السوق الطاقوية والخارجة عن سيطرة الشركة او المحترف الذي تعامل معه، ومن المحتمل ان تحدث هاته التقلبات خلال فترة العدول[3].

-إذا كانت السلعة او المنتج محل العقد قد صنع او صمم خصيصا للمستهلك وفق طلبه ومواصفاته، مثلا ملابس تحمل رمزا خاصا به، او مطبخ جاهز مصنوع وفقا لقياسات مطبخه[4]

-السلع القابلة للتلف وانتهاء فترة الصلاحية بسرعة.

-السلع المختومة لأسباب تتعلق بالنظافة والصحة.

إبرام عقد مع شركة من اجل الحضور والقيام بإصلاحات معينة..

شراء الصحف والمجلات الدورية، غير انه يستثنى من ذلك بقاء قيام حق الرجوع عن عقود الاشتراك في هاته المنشورات:

---

[1] https://infoshopping.be/fr/faq-customer/quest-ce-que-le-droit-de-retractation تاريخ الاطلاع 11-11-2022

[2] وهو ما نصت عليه المادة 38 من التوجيه الأوروبي 2161-2019

[3] المادة 43 من نفس التوجيه

[4] المادة 42 من نفس التوجيه

-شراء تذاكر اليانصيب بالأنترنت،

-إبرام عقد في مزاد علني،

- حجوزات تذاكر الطائرات والفنادق أو تأجير السيارات المرتبطة بتواريخ محددة،

في هذه الحالات يجب على المهني او الشركة إبلاغ المستهلك قبل إبرام العقد بأنه ليس لديه الحق في العدول، او إبلاغه بالظروف والأحوال التي يفقد فيها حقه في العدول، وفي حالة ممارسة حق العدول من قبل المستهلك فانه لا يتحمل تكلفة أداء الخدمات، وتوريد السلعة او توفير المحتوى الرقمي الذي يتلقاه قبل انتهاء فترة العدول، باستثناء حالة تقديمة تناولا صريحا عن هذا الحق عن طريق تقديم موافقة صريحة على البدء في تنفيذ العقد قبل انتهاء صلاحية حقه.

التمتع بحق العدول اذن ليس مطلقا، فمثلا في حالة تنزيل برنامج وتحميله على الحاسوب، ثم قيامه بنسخه، يفقد العميل الحق في العدول حتى ضمن الآجال القانونية، مالم يكن هناك اتفاق مسبق يقضي بخلاف ذلك[1]

يمكن ان نستنتج من المادة 42من التوجيه الأوروبي 2161-2019 انه يشتمل على معلومات حول حق العدول في العقود الإلكترونية والاستثناءات المرتبطة بهذا الحق في بعض الحالات ويتمثل ذلك في:

- ❖ حق العدول كحق مطلق للمستهلك في العقود الإلكترونية، ولكنه يشير أيضًا إلى استثناءات تحد من هذا الحق في حالات معينة. يثير هذا التباين قضية التفضيل وعدم المساواة بين المستهلك والمهني فيما يتعلق بحقوقهم والتزاماتهم.
- ❖ ضرورة إبلاغ المستهلك بالظروف التي يفقد فيها حق العدول، وذلك قبل إبرام العقد، ومع ذلك، لا يوفر النص تفصيلًا كافيًا حول طرق الإبلاغ المناسبة وكيفية التعامل مع حقوق المستهلك في حالة عدم الامتثال لهذا الإبلاغ المسبق.

[1] جهاد محمود عبد المبدي، المرجع السابق، ص 120

- ❖ الحالات المحددة التي يكون فيها العدول غير مسموح به، مثل السلع القابلة للتلف أو السلع المصممة وفقًا لمواصفات المستهلك، ومع ذلك، لا يتم توضيح المزيد من التفاصيل حول الاستثناءات الأخرى أو الحالات التي يمكن فيها للمستهلك ممارسة حق العدول.
- ❖ المستهلك لا يتحمل تكاليف أداء الخدمات أو توريد السلعة في حالة العدول، ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك. ومع ذلك، لا يوضح النص ما إذا كان المستهلك ملزمًا بتعويض المهني عن أي أضرار قد تلحقه.

(ثالثا): اثار حق العدول:

يترتب على العدول عن العقد الالكتروني اثار سواء بالنسبة للمستهلك الذي مارس حقه في العدول، او المهني.

ا: بالنسبة للمستهلك: ممارسة حق العدول من قبل المستهلك يترتب عنه نقض العقد، وتبعا لهذا يتوجب على المستهلك رد السلعة التي استلمها، او التنازل عن الخدمة التي قدمت له[1]

ب: بالنسبة للمهني او المحترف فتتمثل في أساسا في التزامه برد الثمن الذي قام المستهلك بدفعه مقابل الحصول على الخدمة او السلعه[2]، حيث نصت المادة 6 فقرة 2 من التوجيه الأوروبي 97-07 [3]الخاص بحماية المستهلكين في التعاقد عن بعد على ان للمستهلك عند ممارسته لحق العدول، يكون المحترف ملتزما برد المبالغ التي دفعها المستهلك مقابل حصوله على المبيع خلال مدة أقصاها ثلاثون يوما من تاريخ استعمال المستهلك لهذا الحق.

[1] بوعكاز خليل، **أثر حق العدول في عقود التجارة الالكترونية على مبدا الحرية التعاقدية**، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد السابع، العدد الأول، 2022 ص 98

[2] معداوي نجيه، المرجع السابق ص 656

[3] *Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance*

المطلب الثاني: آثار حرية التعاقد الالكتروني

إن تجسيد الحرية التعاقدية في ميدان المعاملات الإلكترونية من شأنه أن يرتب مجموعة من الآثار التي يمكن تصنيفها وفقا للمصالح المحققة إلى آثار تتعلق بإلزامية العقد **(الفرع الأول)** وآثار اقتصادية تنعكس على السوق التجاري وتعزيز مبدا المنافسة **(الفرع الثاني)**.

الفرع الاول:_الزامية العقد الالكتروني:

تعتبر القوة الملزمة للعقد نتيجة لمبدأ حرية التعاقد، حيث يفترض ان عملية التعاقد تستند الى إرادة حرة وواعية متبادلة من الأطراف المتعاقدة، وتترتب في ذمة كل متعاقد التزامات متبادلة تجاه الطرف المقابل، نتيجة لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي جاء تكريسا لمبدأ حرية التعاقد

(أولا): الزامية العقد كمبدأ:

تعتبر التشريعات المدنية ان العقد هو التزام المتعاقدين وتعهدهما به عن طريق ارتباط الإيجاب بالقبول، هذا ويشكل العقد مصدرا من مصادر الالتزام، وان ايفاء العقود واجب وثابت بموجب القانون[1].

ولا يجوز لأحد المتعاقدين أن يُنهي أو يُعدِّل العقد بمفرده دون موافقة الطرف الآخر؛ نظرًا لأن ما تمَّ التوصل إليه بالإرادة المشتركة الحرة لا يمكن تفكيكه بإرادة واحدة[2].

ومع ذلك، يمكن للقانون أن يفرض استثناءات على هذا الأصل، حيث يُسمَح لأحد العاقدين بإلغاء العقد في حالات معينة، كما هو الحال في عقد العارية.

بالإضافة إلى ذلك، يمكن نقض العقد أو تعديله باتفاق الطرفين عندما يتم التفاوض في بداية التعاقد على منح هذا الحق لأحدهما، كما يمكن ذلك في حالة وجود سبب مقبول ومعترف به من قبل القانون، على سبيل المثال، هناك عقود يُحدِّد فيها القانون أنه يجوز لأحد المتعاقدين أن يُلغيها، كما هو الحال في عقود الوكالة والوديعة. ويمكن أن ينص القانون على جواز تعديل

[1] ريان عادل ناصر، المرجع السابق ص17

[2] دغمان محمد، الزامية العقد (دراسة مقارنة)، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت 2010، ص 14

بعض العقود، كالشرط الجزائي ومنح المدين نظرة الميسرة وأجرة الوكيل ورد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في ظروف طارئة[1].

(ثانيا): حرية التعاقد كمصدر لإلزامية العقد الالكتروني

حرية التعاقد هي قوام مبدا القوة الملزمة للعقد، حيث ان هذا الأخير هو مبدا مكمل ونتيجة حتمية لها.

(ا)- مفهوم القوة الملزمة للعقد: تحقق حرية التعاقد الإرادة الحرة للأشخاص القانونيين من خلال الاعتراف بأهليتهم لتحديد العواقب القانونية لتصرفاتهم بأنفسهم[2] وتزويدهم بأداة يمكن أن تتطور هذه الإرادة في إطارها بطريقة ملزمة، ويتولى العقد بين المتعاقدين، دور القانون الذي ينظم العلاقات العقدية ويطبقه القاضي على نحو مماثل لتطبيق القانون النظامي[3]، ونتيجة لذلك، يُعَتَبَر العقد غير قابل للنقض أو التعديل إلا بموافقة الطرفين المتعاقدين.

فالإرادة المشتركة التي دفعتهما لتكوين العقد، هي المسؤولة الوحيدة عن إنهاء أو تعديل الالتزامات الناتجة عنه. لأن القدرة على إعطاء الوعد للشخص الآخر والوفاء به من أجل مصداقية الوعد قد تكون حرية طبيعية، لكن اعتبار ما تم الاتفاق عليه ملزما قانونا هو وحده الذي يضمن للفرد الثقة اللازمة في الاتفاقية التعاقدية[4] التي يعتمد عليها كأساس لمزيد من التصرف في سلعه وخدماته التي يعرضها.

نظم القانون المدني الجزائري مبدا القوة الملزمة للعقد في القانون المدني ضمن الفصل الثاني من الكتاب الثاني بعنوان "الالتزامات والعقود" في نص المادة 106 التي جعت منع اثرا

[1] خليل احمد حسن قدادة، مرجع سابق، ص 106

[2] *Simon Dörrenbächer OP ; cit ; P 20*

[3] منى أبو بكر الصديق محمد حسان، مرجع سابق ص 773

[4] *Simon Dörrenbächer ; op ; cit ; P 20*

من اثار العقد بنصها على ان " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه او تعديله الا باتفاق الطرفين او للأسباب التي يقرها القانون"[1]

تفيد المادة بان المشرع الجزائري تبنى صراحة مبدا القوة الملزمة للعقد، وجعل من العقد القانون السائد بين المتعاقدين، يظهر ان الإرادة الحرة هي أساس العقد وهي التي تكسبه قوته الملزمة[2]

(ب)-أهمية القوة الملزمة للعقد الالكتروني:

تتمتع القوة الملزمة للعقد الإلكتروني بأهمية كبيرة في مجال التجارة الإلكترونية، حيث تسمح للأطراف بإجراء المعاملات التجارية إلكترونيًا دون الحاجة إلى الحضور شخصيًا. كما تساهم القوة الملزمة للعقد الإلكتروني في تسهيل التجارة الإلكترونية وجعلها أكثر كفاءة وفعالية.

يترتب عن حرية التعاقد أن قوة الالتزام تنبع عن إرادة الفرد الذي التزم به، لأنه كان حرا في التزامه، وأيضا يترتب عنها القوة الإلزامية للعقود الفردية التي تنشا نتيجة التزام إرادة واحدة دون أن تقابلها في ذلك إرادة ثانية[3]، في هذا الصدد جاءت المادة 1103 من ق م الفرنسي التي تنص على ان (العقود التي تم ابرامها بطريقة قانونية تحل محل القانون بالنسبة لأطراف العقد المعني) والمادة 1193 التي تنص على انه (لا يمكن تعديل العقود أو الغاؤها الا بموافقة متبادلة من الأطراف أو لأسباب يصرح بها القانون).

بما أن العقد حصيلة التقاء إرادتين حرتين التزمتا بكامل إرادتيهما، فهو ملزم للطرفين كما انه ملزم للقاضي الذي لا يمكنه تعديل شيء من مضمونه كقاعدة عامة، وعليه تفسير العقد إلا

[1] المادة 106من الامر 75-58 صادر في 26سبتمبر 1975 المتعلق بالقانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 78 مؤرخة في 30سبتمبر 1975

[2] تواتي باسمة، عثماني بلال، **القوة الملزمة للعقد ضمان الامن القانوني للعقد**، المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد السادي، العدد الثاني، سبتمبر 2022 ص 2020

[3] مصطفى العوجي، المرجع السابق ص111

بناء على ما ذهبت إليه إرادة المتعاقدين[1] ، فالمتعاقد ملزم بتنفيذ التزاماته الناتجة عن العقد؛ حيث يعتبر العقد القاعدة التي ينبني عليها التعامل بين الأطراف، ويُعَدُّ شريعة المتعاقدين، بمعنى آخر، يكتسب العقد قوة ملزمة من إرادة الأطراف ورغبتهما في تنظيم آثاره وتبعاته[2]، ويجب على أطراف العقد تنفيذه مع مراعاة شرط حسن النية المنصوص عليه في م 107 من القانون المدني الجزائري و1104 مدني فرنسي.

غير ان ازام العقد لا ينسحب لغير المتعاقدين حسب نص المادة 1199 من ق م الفرنسي: ورغم ذلك يلتزمن الغير باحترام الوضع القانوني الناتج عن العقد، كما يتوجب على القاضي احترام ارادة الأطراف عندما يتعين عليه تفسير العقد عن وجود شرط أو بند غامض أو غير كامل، كما أشرنا اعلاه.

وعليه، فإن الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد مُلزمَة بالتنفيذ، ولا يمكن إلغاءها أو تعديلها إلا باتفاق الطرفين أو وفقًا للأسباب المنصوص عليها في القانون، ولا يمكن كذلك انهاؤه من جانب واحد من أطراف العقد دون موافقة الجانب المقابل[3].

من الجوانب الأساسية لقوة الملزمة للعقد:

- ❖ تعتبر العقود التي تم تشكيلها بشكل صحيح مُلتزمَة ومُلزِمَة للأطراف.
- ❖ التزام الأطراف بتنفيذ محتوى العقد بحسن نية ومن دون أدنى نية للتراجع أو التخلُّص من التزاماتهما.
- ❖ الالتزام بأحكام العقد وتنفيذها بامانة ودقة.

[1] وهو ما جاءت به المادة 111 ق م ج التي نصت على انه"... إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ..."

[2] تواتي بسمة، عثماني بلال، الاستثناءات الواردة على مبدا القوة الملزمة للعقد، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 07، العدد 02، 2022، ص 146

[3] خليل احمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص106

بهذه الطريقة، يُظهِر العقد قوته الملزمة، ويتمثل ذلك في حماية حقوق الطرفين وضمان التزام كل طرف بالتزاماته تجاه الآخر فهو يشبه القانون من حيث قوته الإلزامية تجاه المتعاقدين[1]. يعتبر هذا المبدأ أساسًا لاستقرار وثقة الأطراف في التعاملات التجارية والعقود.

(ثالثا) مدى إلزامية العقود الالكترونية:

انطلاقا من ان العقد التزام بين طرفيه، فهذا الالتزام اما ان يكون نابعا من إرادة طرفيه، او من القواعد القانونية المضمنة في القانون الوضعي[2]، ولكي يعتبر العقد الالكتروني ملزما قانونا يجب ان يحتوي على العناصر الأساسية أو الأركان المعترف بها عالميا بموجب قوانين العقود وذلك يشمل العناصر التي تناولنا بحثها بالتفصيل في الفصل الأول والمتمثلة في الإيجاب والقبول أو ما يصطلح عليه بالتراضي ومحل العقد الالكتروني الذي يستوجب ان يكون قانونيا، الغرض القانوني أو السبب، إضافة إلى القدرة على التعاقد والمتمثلة في الأهلية لقانونية لإبرام العقود.

و لا يختلف الامر في العقود الالكترونية بالنسبة للقوة الملزمة، فهي مبدأ قانوني ينص على أن العقد الإلكتروني له نفس قوة الإلزام القانونية للعقد التقليدي، ويعني هذا أن الأطراف المتعاقدة في عقد إلكتروني ملزمون بتنفيذ الالتزامات التي تعهدوا بها في العقد، مثل دفع الثمن أو تسليم السلعة، او أداء العمل.

غير انه كما راينا سابقا فالعقد الإلكتروني عقد مقترن بحق العدول right to repent ، إذ أنه من المقرر، وفقاً للقواعد العامة وبموجب القوة الملزمة للعقد ، أن أيا من طرفي التعاقد لا يستطيع أن يرجع عنه ، فمتي تم التقاء الإيجاب بالقبول أبرم العقد ، ولكن نظراً لأن المستهلك في العقد الإلكتروني ليس لديه الإمكانية الفعلية لمعاينة السلعة والإلمام بخصائص الخدمة قبل إبرام العقد ، لأن التعاقد يتم عن بعد ، فإنه يتمتع بحق العدول[3] .

---

[1] تواتي بسمة، عثماني بلال، القوة الملزمة للعقد ضمان الامن القانوني للعقد، المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 06 العدد 02، 2022، ص 922

[2] ريان عادل ناصر، المرجع السابق، ص 19

[3] د. خالد ممدوح إبراهيم ، **ابرام العقد الالكتروني** ، دار الفكر الجامعي ، 2005 ، مصر، ص 84

غير ذلك فان القوة الملزمة للعقد الإلكتروني تستند إلى مبدأ سلطان الإرادة، الذي يمنح الأطراف الحرية في التعاقد على أي شيء لا يخالف القانون أو النظام العام والآداب. كما تستند إلى مبدأ الثقة، الذي يتطلب من الأطراف المتعاقدة أن تتصرف بحسن النية وأن تلتزم بتعهداتها تجاه بعضها البعض.

الفرع الثاني: الآثار الاقتصادية للحرية التعاقدية

حرية التعاقد لها تأثير مباشر على الاقتصاد، فمن خلال القدرة على التفاوض بحرية والاتفاق على شروط العقود، يمكن للشركات والأفراد أن يعكسوا على النحو الأمثل مصالحهم واحتياجاتهم، هذا يزيد من كفاءة المشاركين في السوق التقليدية او الالكترونية وينعكس على حرية المنافسة بين المتدخلين في السوق.

(أولا): أثر حرية التعاقد على السوق الالكتروني

1-حرية اقتصاد السوق :

يرتكز اقتصاد السوق على المبادلات التي تنتج عن تبادل الثروات في السوق، حيث يعتبر العقد وسيلة لتحقيق ذلك، بالتالي فلا يسير السوق دون عقد او حرية عقدية[1]

من المبادئ المتعلقة بالسوق المبدأ الاقتصادي "دعه يعمل دعه يمر" و هو مبدا وليد للحرية الاقتصادية التي تعد نتيجة لاعتناق المذهب الفردي[2]، يحث هذا المبدأ على ان يكون التدخل من الدولة لا يكون الا لأدنى حد ممكن، وقد افترض بشكل محدد أن القوانين لا ينبغي أن تحكم العلاقات الإنسانية، لذلك، فهو مبدأ يدعم فكرة المشاريع وحرية العقد وحرية المنافسة[3]، وكان مؤيدو مبدا "دعه يعمل دعه يمر" مثل ميل وسميث مدافعين شرسين عن حرية العقد،

[1] فاضل خديجة، **الحرية العقدية واقتصاد السوق**، مجلة البحوث في العقود وقانون الاعمال، العدد الخامس، ديسمبر 2018، ص 31

[2] حداد زينة، الحرية في اقتصاد السوق والتشريع الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 46، ديسمبر 2016، ص 330

[3] *T.S. Venkatesa Iyer, **The Law of Contracts and Tenders**, 8 (6th end., Hyderabad: Gorgia and Company, 1994). P 159*

فبحسب ميل، يجب السماح بحرية الإنتاج والتجارة دون عرقلة من أجل السماح للأفراد بالتطور بحرية، ومن ناحية أخرى، دافع سميث عن الكفاءة الاقتصادية والحرية الفردية في عمليات التفاوض، حيث كان للفلسفة الليبرالية تأثير كبير على قانون العقد، والسبب البسيط وراء ذلك هو أن جميع الأنشطة الاقتصادية تقريبًا لها بالضرورة علاقات تعاقدية وليس للدولة دور تلعبه فيها. حيث اقتصرت وظيفة القانون على النظر في النزاع الذي أثير في المحكمة على أساس شروط تعاقدية[1]

إن حرية التعاقد وحرية السوق مبدآن مترابطان حيث يلعب كل منهما دورا مهما في تحقيق الكفاءة الاقتصادية، حرية التعاقد هي ركيزة للاقتصاد الحر وحجر الأساس للحرية الفردية والحرية الاقتصادية.

2-ضرورة الحرية العقدية بالنسبة لاقتصاد السوق :

رغم أن العالم يشهد تطوراً اقتصادياً وانفتاحاً أكبر، إلا أن الحرية التعاقدية لا تزال تعاني من العديد من القيود، تعتمد هذه القيود في الغالب على عدم توازن الأطراف المتعاقدة وعلى الاختلالات المتعلقة بالمعلومات الخاصة بالمواد التي يتم التعاقد عليها[2].

تتساءل المذاهب الاقتصادية الجديدة والتفسيرات الحديثة المتعلقة بالعقود عن حدود حرية السوق والحرية التعاقدية، وتركز الحجج على المشاكل التي تطرحها العقيدة التعاقدية التقليدية في مواجهة مشكلة الاحتكارات والحالات التي يفشل فيها السوق كآلية لتخصيص الموارد الخارجية، بالإضافة إلى حالات الجهل لدى الأطراف المتعاقدة خاصة لما يتعلق الامر بالعقود الاستهلاكية، حيث تختلف الاحتكارات التي ظهرت في القرن العشرين عن الاحتكارات التي كانت تعتبر بريئة

[1] *Jain, Sankalp, **Freedom of Contract- Concept, Postulates and Restrictions** (October 26, 2020). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3896185 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3896185*

[2] *Silva Barroilhet, Paula.Autonomy of the will, **electronic contracting and consumer protection**. Chilean Magazine of Computer Law. No.3 December 2003. p 119*

نسبيا في القرن السابق بسبب حجمها وقوتها، مما يسمح لها بالقضاء على المنافسة وتشويه السوق، وهو ما يتعارض مع حرية التعاقد.

فالجهل التدريجي الذي ينشأ من التعقيد المتزايد للحياة الحديثة وصعوبة مسايرة المستهلك للتعاقد بشكل مناسب يجعل مبادئ العقيدة التعاقدية التقليدية غير مقبولة وغير متناسبة مع العقود الالكترونية، فأساس حرية العقد هو الادراك التام لتفاصيل عملية التعاقد، وبالمثل، لا يمكن أن نتحدث عن التعاقد الحر عندما تكون هناك عوامل خارجية تحد او تعرقل المتعاقد عن التعبير عن ارادته بشكل حر، مع استبعاد بعض القيود التنظيمية التي تساهم في السير الحسن للسوق[1].

من منظور اقتصادي، تسهل حرية التعاقد خاصة في البيئة الالكترونية بل وتسمح في بعض الأحيان بالعديد من أشكال تبادل المنفعة بين أطراف دون معرفة سابقة بينهم، ونظرًا لأن ثروة المجتمع تتكون من إجمالي ثروة أعضائه، يمكن حتى لنوع بسيط من التبادل تحسين الثروة الاجتماعية.[2]

الفكرة الأساسية هي أنه عندما يتفق الطرفان بشكل مستقل على عقد يتضمن تبادل السلع أو الخدمات مقابل المال، سيكون كل طرف في وضع أفضل مما كان عليه من قبل، وهذا نتيجة للصفقة او المعاملة الالكترونية التي يجرونها إضافة الى المنفعة التي تحصلوا عليها من سلع أو خدمات أو أموال.

يعتمد نظام اقتصاد السوق على مبدأين أساسيين هما الحرية والمنافسة، تساهم الحرية والمنافسة في تحقيق العديد من الفوائد الاقتصادية والاجتماعية، فا**لحرية هي جوهر نظام اقتصاد السوق.** وهي تعني أن الأفراد أحرار في التصرف وفقًا لمصالحهم الخاصة، دون تدخل الحكومة. وهذا

[1] فاضل خديجة، المرجع السابق، ص 39

[2] *Melese Wondmagegnehu Belete*, ***The "Principle of Autonomy" in Contract under the Civil Code of Ethiopian****: Is It an Absolute Principle, Beijing Law Review > Vol.10 No.4, September 2019 P 02*

يشمل حرية التعاقد، وحرية المهنة والتجارة، وحرية التعبير[1]، ومثلما لا يوجد اقتصاد سوق بدون حرية منافسة، فانه لا يمكن تصوره دون حرية عقدية، فالحرية العقدية وسيلة تخدم الحريات الأخرى الأساسية بالأخص المتعلقة بالجانب الاقتصادي والاجتماعي، وان كانت مقتضيات قانون السوق تقيد في أحيان كثيرة حرية التعاقد الا ان الحرية العقدية تكمل الحرية الاقتصادية[2]

(ثانيا): الحرية والمنافسة كأساسين لنظام اقتصاد السوق

حيث تعتبر المنافسة قوة دافعة في نظام اقتصاد السوق. تؤدي المنافسة بين الشركات إلى تحسين الكفاءة الاقتصادية وابتكار المنتجات والخدمات الجديدة. كما تؤدي إلى انخفاض الأسعار وزيادة الاختيار للعملاء.

1-أهمية الحرية التعاقدية في مجال المنافسة :

تساهم حرية التعاقد في مجال المنافسة في تحقيق العديد من الفوائد الاقتصادية والاجتماعية، منها:

- اشباع الاحتياجات والضروريات الخاصة من خلال التبادلات التجارية، وسعي الجميع لتحقيق منفعته الخاصة[3]

-تعزيز النمو الاقتصادي: وفي تخصيص الموارد بشكل أكثر كفاءة، مما يؤدي إلى زيادة الإنتاجية والنمو الاقتصادي.

-تحسين رفاهية الأفراد: تؤدي الحرية والمنافسة إلى توفير المزيد من الخيارات للعملاء وانخفاض الأسعار، مما يحسن رفاهية الأفراد. .

---

[1] https://www.kas.de/de/einzeltitel/-/content/die-rolle-des-staates-in-der-sozialen-marktwirtschaft مقال بعنوان دور الدولة في اقتصاد السوق الجماعي، الكاتب : د. اوتوباد، فبراير 2002 تاريخ الاطلاع 11مارس2023

[2] فاضل خديجة، المرجع السابق، ص 33

[3] *Rodolfo Sacco,* ***Liberté contractuelle, volonté contractuelle*** *; OP ; cit ; P 744*

-حرية التعاقد تدفع الشركات للسعي نحو تحسين الكفاءة والجودة. بالتنافس على العملاء والسوق، تتحسن جودة المنتجات والخدمات. هذا يعني أن المستهلكين سيحصلون على منتجات أفضل بأسعار تنافسية.

-تعزيز الابتكار: تؤدي المنافسة إلى تحفيز الشركات على الابتكار لتحسين منتجاتها وخدماتها، مما يخلق فرص عمل جديدة وتحسينات في الجودة.

2- آثار حرية التعاقد على حرية المنافسة

هذا الموضوع يتعامل مع توازن معقد بين مبدأ حرية التعاقد والمنافسة الحرة وبين مبادئ أخرى كحماية الأفراد ومنع التمييز، والمحافظة على توازن بين هذه المفاهيم من خلال التشريع والتنظيم للسماح بالحرية التعاقدية والمنافسة وفي الوقت نفسه ضمان حماية الحقوق الأساسية للأفراد، ولما كان العقد هو الأداة القانونية التقليدية للتجارة، فإن تنظيم المنافسة مشبع إلى حد كبير بقانون الالتزامات، ومع ذلك، فإن مجالي تطبيق قانون المنافسة وحرية التعاقد مختلفان. غير ان الاتفاقية هي نقطة التقاطع المميزة بين قانون العقود وقانون المنافسة. فالتقاربات والصراعات أمر لا مفر منه[1]

ا: مفهوم المنافسة الحرة:

-مبدأ المنافسة الحرة: هو مبدأ آخر يهدف إلى ضمان وجود منافسة عادلة وصحيحة في السوق، مما يحفز الشركات على تقديم منتجات وخدمات أفضل وأسعار أكثر تنافسية، وتعني العمل في سوق يتعدد فيه الممارسون الاقتصاديون لنفس النشاط، وان يستمروا في هذه المنافسة دون قيود[2].

[1] *Odile Mathilde Boudou ; La Liberté contractuelle au regard du droit de la concurrence : droit communautaire et droit français ; Thèse de doctorat en Droit privé UNIVERSITY DE PARIS2 ; 2001, P 64*

[2] عارف صالح مخلف، مبدأ حرية المنافسة في التعاقد بالمناقصة، مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد الخامس،2012، ص 258

والحرية هي جوهر المنافسة، فلا وجود لمنافسة دون حرية اقتصادية، ويتجلى هذا في القانون الجزائري من خلال نص المادة الأولى من قانون المنافسة لسنة 2003 التي تنص على أن هذا القانون يهدف هذا الأمر لتحديد شروط ممارسة المنافسة وتفادي كل ممارسات مقيدة للمنافسة..) وبصورة أوضح في القانون المصري من خلال نصه في قانون المنافسة على أن تكون حرية ممارسة النشاط الاقتصادي على النحو الذي لا يمنع حرية منافستها أو تقييدها أو الإضرار بها[1].

3-العلاقة بين حرية المنافسة وحرية التعاقد:

بالنسبة للموضوع المطروح، حرية التعاقد والمنافسة تعتبران مفاهيم أساسية في البيئة الاقتصادية، حرية التعاقد تمنح الأفراد والشركات الحرية في اتخاذ قراراتهم المالية والتعاقدية بحسب احتياجاتهم ورغباتهم، من جهة أخرى، المنافسة الحرة تحث على وجود منافسة صحية بين الشركات والأفراد، مما يؤدي إلى تحسين جودة المنتجات والخدمات وتوفير أسعار منافسة للمستهلكين

تظهر كذلك العلاقة بين المبدأين في كون حرية العقد تخلق المزيد من المنافسة، حيث يتعين على الشركات والمهنيين التنافس على العملاء وتقديم عروض جذابة لهم من أجل الاحتفاظ بهم كعملاء دائمين، بالتالي فان كثرة الاعوان الاقتصاديين وحرية التنافس[2] بينهم يسمح بتحسين جودة المنتج وانخفاض مستوى الأسعار، مما يفيد المستهلكين بدوره.

تلعب حرية التعاقد أيضًا دورًا مهمًا على المستوى الدولي، من خلال القدرة على إبرام اتفاقيات تجارية دولية، يمكن للشركات توسيع أسواق مبيعاتها وبالتالي زيادة أرباحها، هذا يؤدي إلى زيادة الرخاء وتقوية الاقتصاد ككل.

---

[1] المادة الأولى من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري رقم 03 لسنة 2005.

[2] ربيعة صباحي، **حدود تدخل الدولة في المجال الاقتصادي في ظل اقتصاد السوق**، revue critique de droit et sciences politiques، المجلد الرابع، العدد الثاني، ديسمبر 2009، ص 232

ومع ذلك، قد تكون هناك تحديات في تحقيق التوازن بين هاتين المفاهيم، حيث يمكن لبعض الشركات الكبيرة أن تسيطر على السوق وتقلل من المنافسة، مما يؤثر سلبًا على الاقتصاد لذا، يمكن أن تكون هناك حاجة لتنظيم لبعض القطاعات للحفاظ على التنافس الصحي وحماية حقوق المستهلكين والأطراف الضعيفة. ضمن هذه العلاقة، وضمان تمتعه بالحرية في ظل اقتصاد السوق واختيار ما يناسبه من خدمات ومنتجات، وهذا لا يتأتى الا بتفعيل التزامات على المتعامل الاقتصادي [1]واهمها الالتزام بالإعلام وهو ما أكدته المادة 17 من قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك.

تتم التبادلات التجارية داخل السوق من خلال العقود والاتفاقيات، وهي تقنية ملائمة لتعزيز الحرية الاقتصادية بمفهوميها: الحرية التعاقدية وحرية المنافسة. بالتالي، يشكل قانون العقود الأساس القانوني لضمان الحماية القانونية للمعاملات التجارية، ويسهم في استقرارها ويعزز حرية التفاوض والتعاقد، مستنداً إلى مبدأ تنازع المصالح. هذه الديناميكيات تظهر واضحة في العديد من نشاطات القطاع العام، خاصة في المجالات التي تعتمد على التقنية[2].

تلك القطاعات غالبًا ما تتطلب تجميع أو احتكار مواردها كما في حالة البنية التحتية الشبكية. حيث يتم تنظيم هذه القطاعات حول شبكة مشتركة للنقل، وبالتالي لا يُسمح للأطراف الاقتصادية بإنشاء شبكات خاصة بها بمفردها. بدلاً من ذلك، يجب على هؤلاء الأطراف الانضمام إلى الشبكة المشتركة والتعاقد من خلال عقود الربط البيني.

المنافسة الحرة التي تنشأ نتيجة حرية التعاقد تشجع الشركات على تحسين جودة منتجاتها وخدماتها. هذا يعني تلبية أفضل لاحتياجات وتوقعات المستهلكين.

عند الحديث عن حرية التعاقد، نجد أن لها تأثيرًا مهمًا على كيفية تشكيل المنافسة في ساحة السوق. لا يمكننا إغفال أهمية الحرية التي يتمتع بها الشركات في اختيار شركاءها التجاريين.

---

[1] حداد زينة، المرجع السابق ص 335

[2] نموشي حبيبة، مبدأ حرية التعاقد ضمن قانون المنافسة، مجلة البحوث في العقود وقانون الاعمال، العدد الخامس المجلد، ديسمبر 2018، ص 343

عندما يتمكن الأشخاص والشركات من اختيار من يتعاقدون معه، تنشأ بيئة من التنافس الديناميكي، حيث تعمل الشركات جاهدة لتقديم منتجات وخدمات متفوقة لجذب العملاء والشركاء. فالحرية في التعاقد تعزز من تحفيز الشركات للتفوق فيما يقدمونه، وعندما يعلمون أنهم ملتزمون بمعايير الجودة والأداء، يكون لديهم دافع أقوى لابتكار منتجات جديدة وتحسين الخدمات الحالية. يمكن أن نرى هذا بشكل واضح في السوق، حيث تنتج الشركات الرائدة تقنيات ومنتجات مبتكرة باستمرار للحفاظ على تنافسيتهم.

إضافة إلى ذلك، الحرية في التعاقد تمكّن الشركات من توجيه عمليات التفاوض وتحديد شروط العقود بطريقة تناسبها، يعني هذا أنها تمتلك المرونة لضبط تفاصيل الصفقة لتحقيق أقصى استفادة منها. تلك المرونة تمكن الشركات من الوصول إلى اتفاقيات مربحة للطرفين، مما يزيد من رضا العملاء ويعزز من ثقتهم في الشركة.

بالنسبة للسوق، حرية التعاقد تعني زيادة في عدد اللاعبين والشركات المشاركة. إذا كان لديك شركات صغيرة جديدة تحمل رؤى جديدة وابتكارات، فإنها تستطيع الآن أن تتنافس بشكل أكبر مع الشركات الكبيرة الموجودة. هذا يحمل الفرصة لزيادة التنوع والخيارات في السوق، ويفتح الأبواب أمام منافسة أكثر حيوية وابتكار.

الفصل الثالث:

قيود حرية التعاقد الالكتروني

يستند قانون العقود على حرية التعاقد التي تعتبر نتيجة حتمية لمبدأ سلطان الإرادة، والاصل في العقود سواء كانت تقليدية أو الكترونية هو حرية الأطراف في التعاقد من عدمه، وحريتهم في التعبير عن إرادتهم بأي شكل كان، وهو ما جاءت به المادة 59 من القانون المدني، حيث يشمل مبدأ حرية التعاقد مرحلة تكوين العقد، ويمتد إلى تنفيذه، فهو يعترف لأطرف العقد بحرية تعديل وإنهاء العقد، يلعب هذا المبدأ دورا أساسيا في قانون العقود، من خلال منح حرية الأفراد مساحة كافية للتعبير عن إرادتهم والتحكم في كافة الجوانب المتعلقة بالعقد، و لما كانت العقود الالكترونية كغيرها من العقود المبرمة بوسائل اخرى والتي تخضع لقيود النظام العام والتشريع ، إذ يخول لأطرافها إبرام مختلف العقود الرضائية المسماة منها وغير المسماة بالوسائل الإلكترونية، طالما أنها ليست خارجة عن التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون.

ولأجل بيان القيود المفروضة على حرية التعاقد في العقود الالكترونية قمنا بتفريع الخطة الى المباحث التالية:

- **المبحث الأول: القيود العامة المفروضة على حرية التعاقد الالكتروني**
- **المبحث الثاني: القيود الخاصة المتعلقة بحماية المستهلك الالكتروني**

المبحث الأول: القيود العامة المفروضة على حرية التعاقد الالكتروني

رغم كل الصلاحيات التي يتمتع بها الأطراف نتيجة لمبدأ حرية التعاقد يمكن أن يتعرض هذا المبدأ للتقييد عندما ينتهك مبادئ أساسية أخرى مثل حماية الأطراف الضعيفة أو المصلحة العامة.

يتم تحديد القيود المفروضة على حرية التعاقد من خلال قوانين وأنظمة الدول، حيث تتضمن هذه القيود كلا من القيود المتعلقة بالقواعد التنظيمية (المطلب الأول)، وأيضا القيود المتعلقة بالنظام العام الاقتصادي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: صنف القواعد التنظيمية:

نظرا لاتساع دائرة القيود العامة المفروضة على العقود، سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول خلالها القيود المتعلقة بالنظام العام (الفرع الأول) والنظام العام الاقتصادي (الفرع الثاني)

الفرع الأول: النظام العام

تشير دراسات تاريخ القانون إلى أنّ عنصر النّظام العام كان موجودا بوجود مصادر القانون، فهو ليس حديث المنشأ، ويتجلى بوضوح تأثيره على تنظيم العقود والتجارة في المجتمعات القديمة على غرار المجتمع الروماني واليوناني، ويكشف ذلك عن تأثير سيطرة الدول القديمة على الأعمال التجارية وتقييدها بحدود الدولة، بالإضافة إلى تنظيم العلاقات التعاقدية بطريقة تخدم مصلحة الدولة[1]

يغطي مفهوم النظام العام عدة جوانب بحيث يصعب تحديد مكوناتها وخطوطها العريضة، والواقع أنّ النظام العام يستمد مصدره من النصوص القانونية التي تتعامل به صراحةً

[1] *William Elmer Schenck.* ***Constitutionality of Recent Legislation Interfering with the Freedom of Contract****. Cornell Law School. Historical Theses and Dissertations Collection; 1895 p08*

أو ضمناً؛ بالإضافة إلى أنّ المحكمة هي التي تقرر طبيعة النظام العام لأي حكم تصدره متضمّنا النظام العام.

(أولا): مفهوم النظام العام:

على الرغم من المجهودات المبذولة من قبل الأنظمة التشريعية في إصلاح القوانين وإرساء مبادئ مستقرة للقانون، ورغم ان مصطلح النظام العام ليس بحديث إلا أن مفهومه لازال غامضا ومبهما، إذ يصعب تحديد مقوماته بصفة دقيقة إلا أننا سنحاول إعطاء تعريف للنظام العام.

(ا): تعريف النظام العام:

ان مصطلح النظام العام ليس بجديد في النظام القانوني الجزائري تم النص عليه في بدايات القانون المدني الجزائري من قبل مشرع قصد حماية مصالح المجتمع. من خلال تدخله في مختلف المجالات التي ينظمها القانون، كغيره من التشريعات تجنت المشرع الجزائري تعريف النظام العام[1]، وترك مهمة ذلك للفقه.

استخلص بعض الفقهاء مفهوما للنظام العام بالاعتماد على أبحاث السابقين لهم، فالنظام العام لا يخرج عن أفكار أساسية ثلاثة هي فكره الله او الحلال والحرام والقيمة الاجتماعية وأخيرا فكره المصلحة العامة[2]، وانه مصطلح يشير إلى سلطة الدولة في تمرير قوانين تحمي الاخلاق أو الصحة أو المصلحة والسلامة العامة[3].

---

[1] رحمة بريق، عيسى حداد، **الشرط المعفى من المسؤولية والقيود الواردة عليه**، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد السادس، العدد الثاني، سنة 2020 ص 2030

[2] نجيب عبد الله نجيب الجبشة، **مفهوم فكرة النظام العام وتطبيقاتها في التشريع الفلسطيني**، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين، 2017 ص سطين، 2017 ص 44

[3] *Ron Swanson; Aaron Gordon; An Empirical Appraisal of the Liberty of Contract; Honors Thesis Department of Political Science; Northwestern University; May 3, 2017 p12*

فعرفه تعديلها"، وعرفه الفقيه dugoutبانه" مصلحة اجتماعية مهما كان مفهومها"، اما تعريف كابيتان capitain "النظام العام عبارة عن مجموعة النظم والقواعد اللازمة لسير الدولة"

تعريف الفقيه هيمار Hemart "القواعد التي وضعها المشرع لصالح الجماعة"

لأجل تحديد ماهية النظام العام، غالبًا ما يتدخل المشرع مباشرة في النصوص التشريعية بالإشارة إليه بدقة، سواء بذكر عبارة "النظام العام"، وذلك عندما يتعارض بند العقد مع النظام العام، يتبع بحكم البطلان المطلق، ومع ذلك، غالبًا ما يحدث أن المصطلحات التي يستخدمها المشرع لا تجعل من الممكن استنتاج أن الحكم بالنظام العام ضروري، لأنه لا يوجد مؤشر في الحكم يحدد ما إذا كان يتعلق بالنظام العام أو مجرد مكمل للإرادة. في مثل هذه الحالة، الأمر متروك للمحكمة لتقرير ما إذا كان هذا القانون أو الحكم يتعلق بالنظام العام. فنكون امام وجود نظام عام مفترض ولا يتم النص عليه حتما في القانون.

في قرار صدر في عام 1954، لخصت المحكمة العليا في كيبيك مبادئ القانون التي تحكم النظام العام، ووفقًا لذلك، فإن النظام العام هو "أي حكم صارم للقانون ينبثق طابعه الحتمي من النص القانوني نفسه، لدرجة أنه ليس من الضروري تفسيره"، من ناحية أخرى، وفي حالة عدم وجود مثل هذه القاعدة، فانه من الضروري اللجوء إلى التفسير من [1] الفقيه Bartinهو" تلك المقتضيات التي لا يمكن للأطراف الاتفاق علة مخالفتها او

أجل تحديد ما إذا كان شرطًا للنظام العام أم لا[2].

من هذه التعريفات نستنتج أن مفهوم النظام العام واسع جدًا، يصعب حصره او الاتفاق على تعريف موحد وشامل له، ذلك ان هاته الاختلافات تنبثق من تعدد الاتجاهات الفقهية تارة واختلاف وجهات النظر حول فكرة ارتباط النظام العام بالمؤسسات السياسية والاقتصادية

[1] انظر في هذه التعريفات علاق عبد القادر، **اشكالية تحديد مفهوم للنظام العام**، مجلة المعيار، المجلد العاشر، ديسمبر 2019، ص 4

[2] *VINCENT KARIM, p408*

والاجتماعية ومدى الأخذ بالمفهوم الضيق أو الموسع لها. ففيما تعتبر بعض المجتمعات كل مساس بالأخلاق الحميدة للمجتمع والقيم الدينية مساسا بالنظام العام، وكذلك اعتبر الأفعال التي تحرض على فعل غير أخلاقي أو مستهجن، ترى أخرى أن القيم الدينية والأخلاق لا علاقة لها بفكرة النظام العام ولا يشكل انتهاكها انتهاكا للنظام العام، والرأي السائد انه كل ما يتعلق بما هو لأجل الصالح العام، فهو كان القوة المبادرة التي قيدت الحق في الحرية المطلقة للتعاقد[1].

كما أن القيم الاجتماعية لبداية القرن 20 لا تتوافق مع القيم الاجتماعية لنهاية نفس القرن، وبدا تأثير الدين يتلاشى بشدة في الكثير من المجتمعات، حيث تم إخلاء العديد من المجموعات التشريعية للدول خاصة الغربية. بالكامل من فكرة الآداب، غير أن المشرع الجزائري لازال يربط فكرة النظام العام الآداب العامة في نص المادة 97 [2] من ق م ج بإبطاله كل عقد كان سبب الالتزام فيه مخالفا للنظام العام والآداب، بما في ذلك العقود المبرمة بوسائل الكترونية.

(ب): عناصر واهداف النظام العام[3]:

1- الامن العام: يتعلق بحماية الدولة ومواطنيها من التهديدات الخارجية والداخلية. يتضمن ذلك الحفاظ على الأمن القومي والمكافحة ضد الجريمة والإرهاب وضمان تطبيق القوانين، كما أنه يبطل عقود التي تهدف إلى فساد الموظفين العموميين والمساس بأمن الدولة، والتمويل غير المشروع للحملات الانتخابية وأي نشاط يسعى من خلاله المرء. الاحتيال على نظام الدولة

[1] *William Elmer Schenck ,P2*

[2] تنص المادة 97 من ق م ج على " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع او لسبب مخالف للنظام العام والآداب كان العقد باطلا

[3] انظر في عناصر النظام العام سويلم محمد، سلطة الإدارة في حماية النظام العام الاقتصادي، أطروحة دكتوراه تخصص قانون عام اقتصادي، جامعة غرداية 2017-2018 ، ص 131- 42

2- السكينة العامة: تشير إلى الاستقرار والهدوء العام في المجتمع، حيث يمكن للمواطنين العيش بسلام واستقرار دون تعرضهم للتهديدات أو الاضطرابات.

3- الصحة العامة: تتعلق بالجهود والسياسات التي تهدف إلى حفظ وتعزيز صحة المجتمع بأكمله. يشمل ذلك الوقاية من الأمراض وتوفير الرعاية الصحية وتعزيز الوعي الصحي بين المواطنين، وقد جسدت [1]هذا العنصر المادة 54 من دستور 1996 " الرعاية الصحية حق للمواطنين تتكفل الدولة بالوقاية من الامراض الوبائية والمعدية ومكافحتها

4- الآداب: وتشير الى مجموعة السلوكيات والقواعد الأخلاقية التي يجب ان يتحلى بها الافراد، لأجل الحفاظ على النظام، وفي هذا الصدد يعرفها الفقيه ب "عدم وجود الفضائح واي اعتداء في حدود او مساس او اذى عام بالقدر الأدنى من الأفكار الخلقية، التي رضى بها واحترمها الافراد على مدى فترة زمنية معينة"[2]

(ج): اهداف النظام العام:

يهدف النظام العام الى حماية مصالح المجتمع والدولة والأسرة ورغم ذلك فانه في بعض الحالات، يهدف النظام العام على وجه التحديد إلى حماية مصالح الفرد على الرغم من أنها قد تتعارض ومصالح المجتمع وهذا بشكل مؤقت أو في بعض الحالات الخاصة. هذا يعود إلى التوازن الذي يحاول النظام العام تحقيقه بين حماية حقوق وحريات الأفراد وتلبية احتياجات المجتمع ككل.

يجب تحديد الهدف أو الغاية التي يستهدفها الحكم، وفي حالة وجود صعوبة في اكتشافه، يمكن للمحكمة الرجوع إلى السياق التاريخي الذي دفع المشرع إلى اعتماده. كما يجب تحديد

[1] سليماني السعيد، **النظام العام كهدف وقيد على نشاط الضبط الإداري**، المجلة الجزائري للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، المجلد 49 العدد 03، سبتمبر 2012، ص 98

[2] سليماني السعيد، المرجع السابق ص102

ما إذا كانت هناك أسباب جدية تبرر التشكيك في مبدأ حرية العقد والتفاوض الحر، وايضا فانه الضروري تحقيق التوازن بين المصالح المعنية، وللقيام بذلك، يجب أن الاخذ في الاعتبار ليس فقط المصالح الخاصة للأطراف المعنية، ولكن أيضًا مصالح المجتمع.

من خلال النظام العام، يسعى المشرع إلى إخضاع أنشطة المواطنين لقواعد عليا معينة تهدف إلى حسن سير المجتمع. والمؤسسات المستهدفة الرئيسية هي الدولة والأسرة والمجتمع.

(ثانيا): أثر فكرة النظام العام على حرية الافراد في التعاقد

لم تعد حرية التعاقد مبدا مطلقا فلقد ورد عليها قيد خطير خاص بالنظام العام، فالعقد لا يجب ان يتعدى مقتضيات النظام العام والآداب، فان كان مبدا سلطان الإرادة يقضي بحرية الفرد في ابرام ما يشاء من عقود ام يحجم عن ذلك، فقد يأتي القانون ليجبره على ابرام تعاقد او يحرمه من تعاقد يريده، ويفرض جزاء على العقود المنافية للنظام العام[1]

(ا)- انحسار الحرية التعاقدية امام قواعد النظام العام

لم تعد الإرادة مستقلة بشكل تام عند ابرام العقود وترتيب احكامها، وهذا بفضل تدخل السلطة التنفيذية والتشريعية والرقابة التي تفرضها على احكام العقد، كنتيجة للمذاهب الاجتماعية والاشتراكية التي توسع نطاق النظام العام في ظلها، وبذلك تضاعفت أسباب بطلان العقود[2]، وبهذا اصبحت فكرة النظام العام قيدا على حرية الأفراد في إبرام العقود، تغليبا للمصلحة العامة على مصلحة الأفراد، فكلما تناقضت هذه الأخيرة مع المصلحة العامة كلما كانت مهددة لمصلحة الجماعة، وكلما تدخل النظام العام بقواعد آمرة لتقييد هذه الحرية او بإلغائها واحلال القانون محلها[3].

[1] مصطفى الجماك واخرون، المرجع السابق، ص 21

[2] ياسين محمود الجبوري، المرجع السابق، ص 43

[3] منال بوروح، **النظام العام والعقد**، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة الجزائر، 2019 ص 84

وفكرة النظام العام كما يرى الفقه تتشكل من مجموعة القواعد القانونية الموجهة للأفراد ولتي تنضغط تحتها إراداتهم وتفقد من سلطانها بقدر ما تستوجبه مصالح المجتمع، فنقصان الإرادة ليس طواعية إنما تحت ضغط فكرة النظام العام[1]، وقد جاءت فكرة النظام العام بمجموعة من القواعد التي تحد حرية الافراد وتضعفها، حيث ان هذه القواعد سارية المفعول ونافذة ضد جميع الافراد والشركات [2].

وتتعلق اساسا قواعد النظام العام بالحريات العامة كحرية الراي والحرية الشخصية وقواعد القانون الجزائي تعتبر من النظام العام ايضا قواعد الاختصاص القضائي باستثناء الاختصاص المحلي، وأيضا مبدأ التقاضي على درجتين ويعتبر كل اتفاق يخالف هاته القواعد كان لم يكن، ذلك ان هاته الاتفاقات تهدف الى إهدار المصلحة العامة التي يستهدفها المشرع والنظام العام، فالنظام العام يعد قيدا على حرية التعاقد خاصة في الجوانب المتعلقة بالمبادئ والاسس العليا للمجتمع بغض النظر عن الشق الاقتصادي للعقد[3] الذي تكفل به النظام العام الاقتصادي كما سنرى لاحقا.

والواقع ان الإرادة وحريتها هي جوهر العقد، غير ان وظيفتها تقتصر على اعمال احكام القانون، فهذا الأخير يرتب الأثر القانوني على انعقاد العقد، ولا يكونه صحيحا الا في حدود النظام العام والآداب، أي في حدود المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع[4]، سواء كانت مبادئ اجتماعية او اقتصادية او سياسية او دينية، وبذلك فان قواعد النظام العام تبعث على

---

[1] احمد عبد الحميد امين، **دور فكرة النظام العام في حماية مشروعية العقد والطرف الضعيف**، مجلة كلية الحقوق بجامعة المينا، المجلد الثاني، العدد الاول، يونيو 2019

[2] *William Elmer Schenck. Opacity; P08*

[3] بعروة منصف، **الحرية العقدية في ظل النظام العام الاقتصادي**، مجلة البحوث في العقود وقانون الاعمال، العدد الخامس، ديسمبر 2018

[4] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 52

التشكيك في حرية الافراد في التعاقد، باعتبار العقد المبرم بناء على هذه الحرية قد يتعارض مع القاعدة الأخلاقية، والمجتمع والأيديولوجية التي تعبر عنها السلطة السياسية[1].

غير ان النظام العام لا ينبغي ان يعمل إذا كان العقد أو البند الذي ابرم الكترونيا قد تم التفاوض والتراضي عليه بحرية تامة بين الطرفين، شريطة ان يتم هذا الاتفاق لغرض لا يحضره القانون، وينبغي اثبات ذلك في المحاكم بعد تفسير موضوعي لنوايا الاطراف[2]

(ب)الجزاءالعقود التي يكون مضمونها مخالفا للنظام العام:

فكرة النظام العام فكرة مرنة، تتسع وتضيق تبعا للأفكار والمذاهب التي تسود المجتمعات، فتنحصر في ظل المذاهب الفردية وتسود في ظل المذاهب الاشتراكية، وكما في العقود التقليدية يمارس النظام العام قيودا على العقود الالكترونية التي قد تحمل مضمونًا يتعارض مع القيم والمبادئ الأساسية التي تحكم المجتمع والنظام القانوني السائد وتكون غير صالحة أو باطلة.

وعلى الرغم من أن مبدأ حرية التعاقد يظل هو الأساس النهائي لقانون العقود، إلا أن هناك بعض الحالات التي تتجاوز فيها المصلحة العامة هذا المبدأ الأساسي. فبعض القيود على الحرية التعاقدية لها ما يبررها على أساس السياسة العامة، قد يتم اعتبار العقود التي تتضمن محتوى غير مقبول اجتماعيًا، أو مسيئة غير صالحة ولن يتم إنفاذها من قبل المحاكم، ويتضمن هذا تقليديًا العقود المخالفة للأخلاق الحميدة، أو التي تضر بالحياة الأسرية، والتي تهدف إلى ارتكاب جريمة أو خطأ مدني، أو تضر بإقامة العدل، أو العلاقات العامة، أو تلك المقيدة للتجارة، والقاعدة عامة وعالمية تنص على أن أي عمل قانوني (بما في ذلك العقد)

[1] *Rodolfo Sacco, Liberté contractuelle, volonté contractuelle ; OP cit ; P 745*
[2] *Eugenio Vaccari; **The normative and Jural meanings of the anti-deprivation principle vis-à-vis freedom of contract**; International Insolvency Review; Volume 31; Issue02; 05 march 2022 p 278*

يتعارض مع القانون أو الأخلاق الحميدة بمحتوياته أو بالغرض منه هو باطل، ذلك ان قواعد النظام العام امرة لا يسمح لإرادة الافراد ان تجري على خلافها[1].

اما عن حالات ابطال العقد بسبب النظام العام فتحدد بحسب مضمون العقد الى:

– **المضمون أو المحتوى غير قانوني:** إذا كان مضمون العقد ينتهك القوانين النافذة، مثل التعاقد لأداء نشاط غير قانوني أو ترويج سلع محظورة قانونًا، فقد يؤدي ذلك إلى بطلان العقد، فبالنسبة لتحديد مضمون العقد، قد يتدخل المشرع صراحة وبصورة مباشرة من اجل تحديد مضمون العقد في صورة قواعد امرة، فيمس التنظيم اما كامل العقد، واما جزئية من جزئياته[2]

2. **المضمون غير أخلاقي:** إذا كان مضمون العقد يتعارض مع القيم الأخلاقية السائدة في المجتمع، مثل العقود التي تشجع على الغش أو الاحتيال، فقد يكون العقد باطلاً.

3. **المضمون يخالف النظام العام الاجتماعي:** ان تنظيم السلوك الانساني داخل المجتمع هو غاية القانون، من خلال حكم الروابط القانونية داخل هذا المجتمع بما يحقق صالح الجماعة [3]، فإذا كان مضمون العقد يتنافى مع المبادئ الأساسية التي تحكم النظام الاجتماعي والثقافي للمجتمع، مثل العقود التي تتعارض مع حقوق الإنسان أو المساواة بين الأفراد.

4. **المضمون يخالف النظام العام الاقتصادي:** إذا كان مضمون العقد يتعارض مع المبادئ الاقتصادية الأساسية للدولة، مثل العقود التي تنتهك قواعد قانون المنافسة، أو تعرض النظام المالي للخطر، فقد يتم اعتبارها باطلة.

---

[1] احمد عبد الحميد، **دور فكرة النظام العام في حماية مشروعية العقد**، مجلة كلية الحقوق جامعة المينا، مصر، المجلد الثاني، العدد الأول، جوان 2019، ص 72

[2] معداوي نجية، مضمون **العقد بين حرية الارادة وقيود المشرع**، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد الرابع، المجلد الثاني، مارس 2017، ص 57

[3] نجيب عبد الله نجيب الحبشة، المرجع السابق ص 116

من خلال تقييد حرية التعاقد الالكتروني بهذه الطرق، يساعد النظام العام على ضمان ان العقود عادلة ومنصفة ولا تمييز ضد أطراف معينة بناء على خصائصها المحمية بقوانين حقوق الانسان، وهذا يعزز الثقة في قانون العقود ويساعد على خلق مجتمع أكثر عدلا وانصافا.

(ثالثا): انواع القيود التي يفرضها النظام العام على حرية التعاقد

يفرض النظام العام عدة قيود على حرية لأشخاص التعاقدية، ومن بين القيود الشائعة. تنص الفقرة 2 المادة 6 من القانون المدني الفرنسي أنه "لا يجوز لأحد أن ينتقص، باتفاقات خاصة، من القوانين التي تتعلق بالنظام العام والأخلاق الحميدة."

(ا)-قيود على حرية الأشخاص في التعاقد من عدمه: من بين القيود المنصوص عليها في القانون الجزائري حق الشفعة القانوني، كمثال إذا اراد أحد الشركاء في الملكية المشتركة بيع نصيبه جاز للشركاء استعمال حق الاولوية، حتى وان لم يقدم لهم الشريك عرضا بالبيع، ما يقيد من حرية الشريك البائع في اختيار المتعاقد معه،

ومن الأمثلة التي نجدها في القانون أيضا، عدم جواز الامتناع عن بيع منتج أو تقديم خدمة، كالامتناع عن بيع منتج معروض على واجهة المحل أو الرف أو في البيئة الالكترونية أو في أي مكان مرئي بوضوح مالم يكن هناك نص واضح على انها ليست للبيع، ولا يمكن تجنب أو الامتناع عن تقديم الخدمات دون مبرر[1]، هذا ما نصت عليه المادة 15 من القانون رقم 04-02:[2]" تعتبر كل سلعة معروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع، يمنع رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرر شرعي، إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو كانت

[1] محمد فوندو، الحرية التعاقدية الموجهة، Revue de droit civil econimique et comparé، المجلد 01، العدد01، 2020 ، ص 73

[2] قانون رقم 04-02 مؤرخ في 5 جمادي الأولي عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر رقم 41 المؤرخة في 27 جوان 2004

الخدمة متوفرة. كذلك بالنسبة للوعد بالبيع[1]، فاذا وعد شخص اخر ببيع عقار له بعقد رسمي فانه لا يجوز له الامتناع عن إبرام العقد النهائي بحجة ممارسة حقه في عدم إبرام العقود.

(ب) قيود على اختيار المتعاقد معه: قد يواجه المتعاقد الإلكتروني في اختيار المتعاقد معه بعض القيود المفروضة. وتتضمن هاته القيود:

أن المتعاقد يجب أن يلتزم بالقوانين واللوائح المعمول بها في المجال الذي يبرم في اطاره العقد سواء تم بطريقة تقليدية او الكترونية، هته اللوائح قد تضع قيودا قانونية على اختيار المتعاقد معه، مثلا في مجال الصفقات العمومية تلتزم الإدارة بمعايير تؤطر عملية اختيار المتعامل المتعاقد معها مثل الكفاءة اللازمة ومدى استيفائه للشروط المطلوبة، وقد نصت المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247[2] على انه "... يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الاجراءات ..."، وبناء على نص المادة السابقة فان الادارة مقيدة في اختيارها للمتعاقد بمعايير وشروط، ولا مجال للتعاقد مع مرشح ما بناء على حرية الادارة في التعاقد.

لا يمكن ممارسة حرية التعاقد إلا ضمن الحدود التي يحددها القانون، يبدو هذا الحد واضحًا إلى حد ما؛ إذا كان لكل فرد الحرية في اختيار الطرف المتعاقد معه، فلا يزال من الضروري، على سبيل المثال، أن يكون للأخير القدرة على التعاقد فحسب احكام الاهلية المنصوص عليها في القانون المدني فانه لا يصح ابرام عقد مع عديم الاهلية [3]، لأن هذا هو أحد الشروط التي ينص عليها القانون لتكوين العقد. وبالتالي، لا يمكن إبرام عقد صحيح مع

[1] محمودي فاطمة، **رفض العون الاقتصادي البيع او أداء خدمة للمستهلك**، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، المجلد 3، العدد 29 (31 ديسمبر/كانون الأول 2018)، ص 45.

[2] مرسوم رئاسي 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015 ج ر 50 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

[3] في هذا الصدد تنص المادة 43 من ق م ج على انه لا يكون اهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز..."

قاصر على الرغم من رغبته. وكذلك يمنع على طائفة من الأشخاص بمناسبة ممارسة مهنة[1] ان يشتروا لأنفسهم حقا متنازعا فيه إذا كان النظر فيه يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم بدائرتها، وتبطل هذه المعاملة حتى ولوكان الطرف الاخر قد اختار بكامل حريته ان يتعاقد مع أحد هؤلاء المذكورين في النص

(ج) قيود على تحديد مضمون العقد:

يتضح تدخل المشرع في تحديد مضمون العقد من خلال صورتين هما: اصدار نصوص امرة بصورة مباشرة، يحتم مراعاتها على المتعاقدين، والصورة الثانية أن يخول القاضي سلطة أو صلاحية تعديل العقد، سواء عن طريق الغاء بعض الشروط أو اعادة التوازن الاقتصادي للعقد[2]، فيجب ألا يغيب عن البال أن حرية التعاقد لا يمكن ممارستها إلا ضمن الحدود التي يضعها القانون.

في فرنسا أدى المرسوم[3] المعدل لقانون الالتزامات إلى ثورة، في الواقع، يتم الاعتراف بالفصل بين العقود المتفاوض عليها والعقود التي يلتزم بها الفرد، حيث تضع الفئة الثانية قيودًا على الحرية التعاقدية للأطراف الذين لم يعودوا يختارون محتوى عقدهم بحرية، المادة 1110 الفقرة 2 تنص على هذا النوع من العقود بقولها "عقد الانضمام هو الذي يتضمن مجموعة من البنود غير القابلة للتفاوض، يحددها مسبقًا أحد الطرفين" وبالتالي ، فإن حرية العقد المعترف بها رسميًا في المادة 1102 صالحة على الأقل في أحد أبعادها ، فقط للعقود بالاتفاق المتبادل، والواقع أن الفقرة الثانية من المادة 1102 تنص بوضوح شديد على أن "حرية التعاقد لا تسمح بالانتقاص من القواعد المتعلقة بالنظام العام ."فهذا النص يوضح بطريقة جلية أنه لا يمكن

[1] الأشخاص الممنوعين من التعاقد جاءوا على سبيل الحصر وحددتهم المادة 402من ق م ج وهم (القضاة والمدافعون القضائيون والمحامون والموثقون وكتاب الضبط)

[2] معداوي نجية، المرجع السابق، ص 57

[3] المرسوم التشريعي الفرنسي رقم 131-2016 الصادر في 10 شباط/فبراير 2016

استخدام حرية التعاقد لإلغاء قواعد القانون المتعلقة بمفهوم النظام العام، حتى لو كان مبدأ حرية التعاقد ذا أهمية خاصة.

الفرع الثاني: اللوائح الإلزامية

على الرغم من أن أصل الأمر هو حرية التعاقد، إلا أنه في الواقع، تم توسيع نطاق النصوص الامرة والتي لا يمكن الاتفاق على مخالفتها، تلك النصوص تحد من هذه الحرية وتحصرها في حدود ضيقة، حيث تحمي النظام العام والآداب العامة، وبالتالي، إذا تجاوز المتعاقدان هذه الحدود التي حددها النظام العام والأخلاق، فإنهما يعرضان عقدهما للبطلان .

لذلك، هناك عوامل مختلفة تؤدي إلى فرض قيود على الإرادة التعاقدية، وقد تمنع تلك القيود الأفراد من الدخول في عمليات تعاقدية، على سبيل المثال عندما تحظر الدول استيراد سلع محددة، مما يحرم أي تصرف قانوني فيها. كما تتدخل الدولة في بعض الأحيان لتحديد مضمون العقد قبل إبرامه، مثل تحديد الأسعار الرسمية لبعض السلع، ما يحد من حرية التسعير في عقود البيع، وتتدخل الدولة أيضًا في حالات الاستيلاء، عندما تستولي على كمية من القمح أو الأرز بسعر محدد مسبقًا، وبالتالي، ستؤثر سياسة الدولة في توجيه الاقتصاد الوطني على العقود.

بالإضافة إلى ذلك، يتدخل المشرع في حالة الضرورة لتحقيق العدالة وتحقيق المساواة القانونية، ومن الأمثلة التي توضح القيود التي يفرضها المشرع على المتعاقدين أثناء إبرام العقود، هو حكم الشفعة، الذي يلزم المالك الحالي للعقار بالتعاقد مع شخص آخر أو جهة معينة من السلطة العامة لبيع العقار. بالإضافة إلى ذلك، قد يرى القضاء في بعض الأحيان أن هناك التزامًا بالتعاقد على الفرد، خاصة إذا كانت السلع التي ينتجها أو يبيعها ضرورية للفرد، مثل الخبز على سبيل المثال،

ايضا، يمكن أن تتجاوز هذه القيود حدود منع التعاقد أو تحديد مضمونه، وقد يتدخل القانون في إنشاء علاقات قانونية لم تكن ستتشكل إلا بموافقة إرادة الأطراف المتعاقدة. وبالتالي،

فإن حرية الفرد في عدم التعاقد ليست مطلقة، بل تخضع للقيود المفروضة عليها .وفي بعض الأحيان، يعتبر البيع بناءً على حجز الدائن من ضمن التطبيقات التي توضح الالتزام القانوني، حيث يتم نقل ملكية الأموال المحجوزة إلى الشخص الذي يفوز في المزاد العلني بعد دفع الثمن، ففيما يتمتع المدين المحجوز عليه بصفة البائع لأنه يمتلك الأموال المحجوزة، غير انه يعتبر هذا النوع من البيع نقلًا قسريًا للملكية، حيث يحل التدخل القضائي محل موافقة المدين

.باختصار، هناك قيود مفروضة من قبل المشرع على حرية التعاقد، وتتجاوز هذه القيود أحيانًا حدود منع التعاقد أو تحديد مضمونه، وقد يتدخل القانون لإنشاء علاقات قانونية جديدة

اللوائح الإجبارية والقواعد الامرة هي أحكام لا تسمح بتغيير محتوى العقد حتى لو كان أطراف العقد يعتزمون القيام بذلك لأغراض معينة، على سبيل المثال، تم تحديد قواعد "قانون عقد المستهلك" بغرض حماية المستهلكين، ولا يُسمح بالعقد الذي يخالف ذلك، معايير قانون العمل" فهو قانون تم وضعه بغرض حماية العمال، وعند توظيف العمال، من الضروري الامتثال لذلك عند إبرام العقد .بالإضافة إلى قانون مكافحة الاحتكار لذي يهدف إلى تطوير المنافسة الحرة، ولا يمكن إبرام عقود تتجاهل هذه القوانين.

– القواعد الامرة تتجلى خاصة في بعض القوانين التي لا يسمح القانون بالاتفاق على مخالفة مضمونها والتي تتدخل مباشرة في العلاقة التعاقدية بين الاطراف، ولعل أبرز هذه القوانين هو قانون العمل، وكذلك النصوص القانونية التي يتضمنها القانون المدني وقانون الاسرة وبعض القوانين الخاصة التي تحدد أهلية الأشخاص او تضع شكلا معينا للعقد لا يجوز ان يخرج عنه وتعتبر من النظام العام القواعد المتعلقة بالحالة المدنية، ويعد باطلا كل اتفاق على تغيير الاسم او الجنسية فيما عدا الحالات التي يجيزها القانون، وكذلك فيما يخص القواعد القانونية التي تحكم الأسرة تعتبر من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها[1] او التنازل عن

[1] الشكلية في عقود الانترنت والتجارة الالكترونية، مقال الكتروني منشور بتاريخ 24 ماي 2023، متوفر على الرابط https://www.mohamah.net/law/%D8%A8%D8%AD%D8%AB-

بعضها كتنازل الزوج عن حقه في العصمة، ذلك ان هاته الحقوق الأسرية تتعلق بأسس العائلة التي ينبني عليها المجتمع.

الفرع الثالث: القيود الواردة على الإرادة في تكوين العقد الالكتروني

انه ورغم الحرية التعاقدية، الا انه لا يمكن ان يقوم العقد صحيحا الا في حدود ومبادئ أساسية، هذه القيود تتعلق بإرادة أطراف العقد، وتتمثل في اهليتهم والعيوب التي قد تطرأ على ارادتهم اثناء ابرام العقد، وأحيانا تفرض شكلية معينة على العقد المبرم، وكلها تحدد بقواعد امرة[1]

(أولا)- الأهلية القانونية

تجدر الإشارة ابتداء لان المشرع الجزائري لم يفرد نصوصا تختص الأهلية في التعاقد الالكتروني، ما يستوجب الرجوع إلى القواعد العامة المتعلقة بالأهلية [2].

تعد إمكانية إبرام العقد عنصرًا من عناصر الأهلية القانونية المدنية للشخص، وللأهلية المدنية طابع التجريد، الذي يكمن جوهره في أن الأهلية القانونية ليست مجموعة من الحقوق المحددة، بل تتيح فقط فرصة للمواطن لاكتساب أي حقوق مدنية، وهكذا يقرر الفرد بشكل مستقل ما إذا كان سيبرم عقًدا معه أم لا[3]، وهذا لا يكون الا في وجود اهليه قانونية مكتملة.

1- تحديد أهلية المتعاقد

%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%D9%8A-%D8%AD%D9%88%D9%84-%D8%A7%D9%84%D8%B4%D9%83%D9%84%D9%8A%D8%A9-%D9%81%D9%8A-%D8%B9%D9%82%D9%88%D8%AF-/%D8%A7%D9%84%D8%A5%D9%86%D8%AA%D8%B1%D9%86 تاريخ الاطلاع 21-06-2023

[1] عبد الرحمان بوفلجة، المرجع السابق ص 56

[2] محمد فادي فرج الفهداوي، **الأهلية القانونية للتعاقد في البيئة الالكترونية**، رسالة ماجيستر في القانون الخاص، جامعة الشرق الاوسط، الاردن، جوان 2020، ص 73

[3] *Andrey V and others, **CONTRACT FREEDOM PRINCIPLE: A RESTRICTIVE CONTEXT**; The Turkish Online Journal of Design, Art and Communication TOJDAC April 2017 Special Edition; p 344*

تقضي القاعدة العامة في مجال العقود والالتزامات ان كل شخص اهل للتعاقد مالم يطرا على اهليته أي عارض يجعله ناقص الاهلية، فالأصل انه لا يجوز للأفراد الذين يفتقرون إلى الأهلية التعاقدية، إبرام عقد سواء تقليدي أو الكتروني، ومباشرة التصرفات القانونية التي من شانها أن ترتب حقوقا والتزامات ويستوي في ذلك شان العقد التقليدي مع العقد الالكتروني، لا ينعقد صحيحا إلا إذا صدر عن متعاقدين ذوي أهلية[1]، غير أن الإشكالية تثور بشأن تحديد أهلية الأشخاص المتعاقدين عبر وسائل الاتصال الالكترونية.

تتوقف حرية التعاقد الإلكتروني على الأهلية القانونية لأطراف العقد وعلى القوانين واللوائح المعمول بها في الدولة المعنية، هناك عدة عوامل يجب أن تتحقق لتكون الأهلية قيدًا على حرية التعاقد الإلكتروني، يمكن أن نستنتج هاته القيود من المادة 40 من ق م ج التي نصت على أن" كل شخص بلغ سن الرشد، متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية .وسن الرشد 19 سنة كاملة:."

2 –سن الرشد القانوني : وهذا قيد على الأشخاص القاصرين (أقل من سن الرشد) بما يتعلق بتكوين التعاقدات القانونية، في الجزائر، يُعتبر الشخص البالغ 19 سنة كاملة[2] هو الوحيد الذي يمكنه تكوين عقد قانوني دون الحاجة إلى موافقة الوالدين أو الوصي القانوني، وكل عقد يبرمه عديم الأهلية هو باطل بطلانا مطلقا، ويكون قابلا للإبطال العقود التي يبرمها ناقص الأهلية [3].

3–عوارض الأهلية :

مصلحة عديم وناقص الأهلية من أجدر المصالح بالرعاية القانونية، ولذا قد عنت مختلف التشريعات بتنظيم أحكامها في قوانينها المدنية، حيث تمثلت هذه الحماية في الحماية

[1] سمير عبد السميع الاودن، المرجع السابق ص 30

[2] انظر المادة 40 من ق م ج

[3] محمد صبري السعدي، المرجع السابق ص.152

المدنية المتصلة بأموال ناقصي الأهلية وكيفية إدارتها والمحافظة عليها [1]، ولما اتصل التعاقد الالكتروني بالذمة المالية للمتعاقد، وجب على هذا الأخير أن يكون قادرًا على فهم طبيعة التعاقد الإلكتروني وتأثيراته القانونية. ففي حالة وجود قصور في القدرات العقلية، قد يكون هناك تحديات في إثبات الأهلية، ما قد يعرض العقد للإبطال. خاصة لو اخذنا بالأصول القانونية البحتة لوجب القول ببطلان هذه العقود متى أقيم الدليل على قيام حالة الجنون أو العته أو السفه وسواء كانت ظاهرة أو خفية أو كان الطرف الآخر عالما بها أم يجهلها وذلك لانعدام إرادة أحد أطراف التعاقد مما يفقد التصرف القانوني ركنا من أركانه [2]

4-الموافقة الحرة والإرادة :

يجب أن يتم التعاقد بناءً على موافقة حرة وإرادة متبادلة من طرفي العقد. ولا يجب أن يكون هناك أي ضغوط أو تهديدات أو تدليس يؤدي إلى توقيع المتعاقد على العقد، كما يجب أن يتم الامتثال للقوانين واللوائح المحلية فيما يتعلق بالتعاقد الإلكتروني. يجب على الأطراف أن يلتزموا بمتطلبات التوقيع الرقمي، والتوثيق القانوني، وحماية المعلومات الشخصية، وغيرها من القواعد القانونية ذات الصلة. توجد تفاصيل أخرى واحتياطات يجب أن تنظر فيها حسب القوانين المحلية للدول

(ثانيا) – عيوب الارادة .

نظرية عيوب الرضا تتعلق بالاستغلال والتدليس أو الإكراه في العقود. كما يتوجب على المتعاقدين تنفيذ العقد بحسن نية ودون إلحاق الضرر بالمتعاقد الآخر. يجب عدم إيقاع الطرف الآخر في الغلط أو استغلاله أو التلاعب به أو ممارسة سلطة الإكراه عليه[3].

[1] الحلالمة نصار محمد، **التجارة الالكترونية في القانون**، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان، ط 2005 ص 212

[2] محمد هادي فرج الفهداوي، المرجع السابق ص 82

[3] محمد صبري السعدي/ المرجع السابق ص. 152

وبالتالي، فإن نظرية عيوب الرضا ترتبط بشكل وثيق مع نظرية سلطان الإرادة ومبدأ حسن النية الذي تنص عليه معظم التشريعات، فيجب أن تكون إرادة الأطراف صحيحة وخالية من العيوب، وإلا فإن العقد قابل للإبطال، وتلعب نظرية عيوب الرضا دورًا كبيرًا في إبطال العقود التي تكون فيها إرادة أحد الأطراف معيبة،[1] وتحمي المتعاقد عمومًا والمستهلك خاصة، ومع ذلك، فإنها تواجه صعوبة في توفير مناخ ملائم لتأكيد صحة إرادة المستهلك بسبب صعوبة إثبات التدليس في العقود الإلكترونية وطبيعة البيانات غير المادية التي يتم نقلها عبر تقنيات الاتصال الحديثة.

علاوة على ذلك، فإن تطبيق نظرية الإكراه يتطلب وجود شروط محددة في قوانين العقود، ولكن المستهلك قد يكون ضحية للإكراه الاقتصادي[2]، وبالتالي فإن نظرية الإكراه التقليدية لا توفر الحماية المطلوبة في التعاقد الالكتروني، مما يستوجب إعادة تكييفها مع واقع العقود الالكترونية الحديثة، لإضفاء حماية أكبر للمستهلك.

فعوارض الأهلية اذن، تعتبر قيدا على حرية التعاقد، ويجوز إبطال أي عقد ينطوي على عيب من هذه العيوب من قبل الطرف الذي شابت إرادته هاته العيوب، ويعتبر العقد كان لم يكن سواء كان عقدا تقليديا، او انعقد بوسيلة الكترونية

(ثالثا): الشكلية

رغم أن الأصل هو حرية الأطراف في تحديد شكل العقد الذي يقبلون على إبرامه، إلا أن المشرع يتدخل في أحيان كثيرة، لكنها تبقى استثنائية، فيستلزم مثلا أن تصب الإرادة في

---

[1] خليل احمد حسن قدادة، المرجع السابق ص 83

[2] الاكراه الاقتصادي هو مصطلح استحدثه القضاء الفرنسي، هو عيب يمس ركن الرضا يشير إلى الضغوط والقيود التي يتعرض لها الافراد والشركات في سياق النظام الاقتصادي، قد يشمل القيود الحكومية كالقوانين والضرائب، التحكم في الاسعار والاحتكار والسيطرة على السوق وقد يشمل كذلك الضغوط الاقتصادية الخارجية كالعقوبات الاقتصادية.
انظر في دلك، وفاء شناتلية، بوقندورة عبد الحفيظ، **الاكراه الاقتصادي في البيئة الرقمية خطر جديد يواجه المستهلك الالكتروني**، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد السابع، العدد الثاني، جوان 2022.

قالب معين، فيصاغ العقد بشكل محدد، من دونه لا ينعقد العقد، ومن هنا يمكن القول إن مبدأ الرضائية يرد عليه العديد من القيود من بينها لزوم صب الإرادة في قالب معين[1].

وتندرج تحت هذا القيد كل العقود التوثيقية، أي العقود التي اشترط فيها المشرع الجزائري لأجل قيامها صحيحة أن تبرم في شكل رسمي امام ضابط عمومي، وتتمثل هذه العقود في كل العقود الواردة في نص المادة 124 مكرر 1 ق م ج وهي العقود المتضمنة نقل العقارات وكل الحقوق العينية، وعقد الشركة والعقد الوارد على المحل التجاري والصناعي[2] ، والشكلية التي تشترطها اغلب القوانين المعاصرة هي افراغ هاته العقود في ورقة رسمية يقوم بتحريرها شخص مؤهل قانونا ومكلف من الدولة وهو الموثق، وهذا القيد ينطبق على العقود التي يحددها المشرع مهما كانت.

وبالرجوع الى العقود المبرمة بطريقة الكترونية تحديدا فنجد ان الجهاز الإلكتروني مرتبط بشكل واضح بالشكل وبالتالي بالشكلية: "فهو ليس وسيلة مثل أي وسيلة أخرى للتعبير عن الموافقة"، ويجب أن يكون المستند الإلكتروني "موضوع موافقة خاصة في شكل خاص[3] . والمتمثل في اغلب العقود الالكترونية في النقر المزدوج على الايقونة، هذا ما يعتبر "شكلية جديدة، شكلية للحماية، والتي جاءت كإجراء لتامين إرادة المتعاقد اثناء إبرام العقود عبر الإنترنت". وبالتالي فإن الفعل القانوني المبرم إلكترونياً يشبه الفعل الرسمي. لإنه يحرر نفسه من المفهوم التقليدي والتوافقي لإظهار الإرادة، الذي يكون شكله حرًا [4]، فالقبول عن طريق "النقر المزدوج" ليس مجرد انتقال إلى العالم الرقمي.

---

[1] ياسين محمود الجبوري، المرجع السابق ص43

[2] محمود حياة، التركي باهي، **الشكلية في عقد البيع الالكتروني للإثبات ام للانعقاد**، مجلة دفاتر السياسة والقانون، المجلد 14 العدد الأول،2022 ص 30

[3] *X. Linant de Bellefonds, **La LCEN et le consensualisme**, Rev. Des contrats avril 2005 p. 592, spéc. p. 595.*

[4] *Herve. Causse, **Le contrat électronique**, technique du commerce électronique, in J. C. Hallouin, H. Causse, Le contrat électronique au cœur du commerce électronique, LGDJ 2005, p. 32*

المشتري الذي يذهب إلى متجر السوبر ماركت بعربة تسوق مليئة بالمنتجات التي يخطط لشرائها، لا يملك القدرة على التحقق من تفاصيل مشترياته وسعرها الإجمالي. قبل الدفع، وبالتالي، فإن عملية القبول بالوسائل الإلكترونية تشكل آلية محددة، تنطلق من اختيار متعمد وليس من تعديل تقني بسيط يفرضه الكمبيوتر، لأنه كان من الممكن جدًا أن يتم الاختيار ب "نقرة واحدة". لذلك فإن التغيير في شكل المعنى ليس فقط نتيجة أمر تقني متأصل في استخدام الكمبيوتر، ولكن أيضًا نتيجة اختيار قانوني مستوحى من الاهتمام بحماية المتعاقد الالكتروني، فتكريس عملية القبول من خلال نقرة واحدة لن يكون فيه تأكيد لأي مظهر من مظاهر الإرادة، بالمعنى المقصود في القانون" وفقًا للمادة 1369-5 [1] من القانون المدني الفرنسي «لإبرام العقد بشكل صحيح"، وبالتالي يوجب عقوبة البطلان.

غير ان الكتابة لا تعد في كل الأحوال ركنا لقيام العقد وإنما في حالات أخرى اشتراطها لمجرد إثبات قيام العقد، ومثال ذلك إذا تجاوزت قيمة التصرف 100.000 دج يجب إثباته بالكتابة وهذا بنص المادة 333 مدني جزائري،

في العديد من التصرفات القانونية العقدية، تُلزم الشكلية الكتابية للانعقاد، سواء كانت على نحو رسمي كالهبة والرهن الرسمي وبيع السفينة والوقف، أو على نحو عرفي كالجمعيات والمؤسسات وعقد المرتب مدى الحياة، وتكمن هذه الشكلية في استثناء مُقَرَّر يحرص المشرع على حمايته، وتكون في الغالب لمصلحة المتصرف نفسه، وانه من غير المتصور حاليا انشاء هذه التصرفات نظرا لخطورتها وصعوبة تحقق ذلك عن بعد، وهو ما يذهب اليه اغلب الفقه الفرنسي[2]، وذلك رغم وجود فريق اخر يعتبر ان الكتابة الالكترونية لم تعد قاصرة على الاثبات،

[1] لإبرام العقد بشكل صحيح، يجب أن تكون قد أتيحت لمتلقي العرض الفرصة للتحقق من تفاصيل طلبه والسعر الإجمالي، وتصحيح أي أخطاء، قبل تأكيدها للتعبير عن قبوله

[2] رامي علوان، **التعبير عن الإرادة عن طريق الانترنت واثبات التعاقد الالكتروني**، مجلة الحقوق، العدد 4 ديسمبر 2002، ص 268

وانما تعدت ذلك لتكون شرط صحة نظرا لعمومية نص المادة 1316 –[1] 1 من ق م ف وهي المادة التي الغيت بموجب التعديل الأخير لسنة 2016

أما **الشهر**، فيُفرض من قبل القانون في التصرفات المنشئة والمقررة للحقوق العينية العقارية وبعض الحقوق الشخصية. وعلى الرغم من أنه ليس شكلية بحد ذاته، إلا أنه يُعتبر قيدًا على الإرادة قرره المشرع لحماية الغير من النوايا غير الحسنة.

بالإضافة إلى ما سبق، تعد الكتابة الواجبة في الإثبات ضرورية وليست شكلية لانعقاد التصرف، وذلك للحفاظ على الحقوق وتجنب فقدانها[2] في حال عدم التمكن من الإثبات بالإقرار أو اليمين.

المطلب الثاني: النظام العام الاقتصادي

عرفت الدول الحديثة تحولا من دورها الحمائي المتمثل في الدولة الحارسة إلى دولة متدخلة في المجال الاقتصادي، فتم توظيف فكرة النظام العام كوسيلة مفضلة للدولة تمكنها من التدخل لتحقيق المصلحة العامة المرجوة، وكذا تحقيق اهدافها الاقتصادية والاجتماعية في المجال العقدي يسن المشرع قواعد تحكم العلاقات التمثيل القانوني للأطراف المتعاقدة التي تكون قوتها الاقتصادية غير متكافئة. هنا يبرز دور النظام العام الاقتصادي

الفرع الاول: فكرة النظام العام الاقتصادي

[1] وقد جاء في نص المادة انه " وتقبل الكتابة في شكل إلكتروني كدليل بنفس الطريقة التي تقبل بها الكتابة على الورق، بشرط أن يكون من الممكن التعرف على هوية الشخص الصادر منها حسب الأصول، وأن يتم تثبيتها وتخزينها في ظروف من شأنها أن تضمن سلامتها."

[2] محمود حياة، المرجع السابق، ص 25

النظام العام الاقتصادي هو عنصر في مجال الضبط الذي تمارسه الدولة قصد ضمان السير الحسن للسوق وحمايته من الاخطار المحيطة، يتعلق النظام العام الاقتصادي بتنظيم وإدارة اقتصاد في دولة معينه، سنواحل تحديد مفهومة، ودوره في تقييد حرية التعاقد الالكتروني

(أولا): مفهوم النظام العام الاقتصادي

يأخذ النظام العام الاقتصادي تعريفات في القانون ويتكون من عناصر وله اهداف محددة تسعى الدولة الى تحقيقها من خلال توظيفه كقيد على حرية التعاقد بين الافراد والشركات التجارية.

(ا)- تعريف النظام العام الاقتصادي:

يشير مفهوم النظام العام الاقتصادي إلى مجموعة المبادئ والقواعد والأعراف التي تهدف إلى حماية المصالح الاقتصادية للمجتمع والحفاظ على توازن السوق[1]، حيث يشمل القواعد المتعلقة بالمنافسة وحماية المستهلك والمصالح المالية، ويعرف كذلك النظام العام الاقتصادي بانه مجموعة القواعد والاحكام الواجب اتباعها في المجال الاقتصادي للحفاظ على استقرار المجتمع وامنه [2]

يشير ايضا مصطلح النظام العام الاقتصادي إلى مجموعة القواعد الملزمة في العلاقات التعاقدية تلك المتعلقة بالتنظيم الاقتصادي الداخلي لعقود الشركات[3]

من التعريفات السابقة يتبين ان النظام العام الاقتصادي يحدد القواعد والإطار القانوني الذي ينظم النشاط الاقتصادي والتجاري في المجتمع. وظيفته الرئيسية هي ضمان تنظيم

[1] بن امينة مصطفى، **النظام العام الاقتصادي وتطبيقاته في قانون حماية المستهلك الجزائري – مقاربة تشريعية لضبط سلوك العون الاقتصادي**–، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05 العدد01 ، ص 1181

[2] لحرش اسعد المحاسن، **النظام العام الاقتصادي في الشريعة الإسلامية**، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 07، العدد04، 2014، ص 87

[3] بن امينة مصطفى، **المرجع السابق** ص 1182

وتوجيه النشاط الاقتصادي بما يحقق المصلحة العامة وحماية المستهلكين وتوفير بيئة عادلة للأعمال التجارية والمنافسة.

(ب)- عناصره: يتضمن النظام العام الاقتصادي العديد من العناصر والمبادئ مثل:

- **حماية الملكية الفردية وحقوق الملكية الفكرية:** يسعى النظام العام لحماية حقوق الملكية الفردية والملكية الفكرية للأفراد والشركات، وذلك عبر تنظيم منح البراءات وحقوق الملكية الفكرية وتطبيق القوانين ذات الصلة.
- **التنظيم المالي والبنكي:** يشمل ذلك تنظيم الأنظمة المالية والبنكية، بما في ذلك السياسة النقدية والتشريعات المالية التي تؤثر على النظام المالي والبنكي.
- **حماية المنافسة:** يهدف النظام العام إلى ضمان وجود بيئة تجارية عادلة ومنصات للمنافسة الحرة بين الشركات ومنع الممارسات المنافية للمنافسة غير العادلة مثل الاحتكار والاتفاقيات غير المشروعة، حيث يهدف إلى خلق اوازن بين مبدأ المنافسة ومبادئ اخرى[1]
- **حماية المستهلك:** يتضمن النظام العام توفير حماية للمستهلكين من خلال تنظيم ورقابة السلع والخدمات وضمان جودتها وسلامتها وتوفرها بأسعار معقولة.

(ثانيا): اهداف النظام العام الاقتصادي:

يهدف النظام العام الاقتصادي في الاساس للحفاظ على المصلحة العامة في الجوانب الاقتصادية من خلال ضمان اجراء الانشطة الاقتصادية بطريقة عادلة ومتوازنة، فيما يجوز له الاعتراض على بعض العقود أو بنود في العقود تعتبر مخالفة له.

[1] بن مسعود احمد، **تجليات فكرة النظام العام الاقتصادي**، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، المجلد 15العدد 01، أفريل 2022، ص 1208

النظام العام، سواء كان اقتصاديًا أم لا، له دائمًا نفس الوظيفة، تقييد رغبات معينة، والحد من الحرية يجب التغلب على التعارض بين النظام والحرية، رغم انهما متساويان من حيث الجوهر[1]، ففي كثير من الأحيان، يتم الاستناد الى النظام العام الاقتصادي لتبرير القيود المفروضة على حرية التعاقد وحرية المشاريع، والحريات الاقتصادية[2].

هذا المبدأ له حدوده الخاصة. وبالتالي، فإن الأحكام التي تشكل "النظام الاقتصادي العام «تؤثر على حرية التعاقد بطريقة مختلفة وذلك من خلال منع أي عقود تتعلق بشيء محدد بموجب الاحكام المتعلقة بالنظام العام الاقتصادي؛ كمنع استخدام المصطلحات التي تعتبر مسيئة؛ فرض التزامات على أحد الطرفين لإتمام إجراءات معينة قبل التعامل مع شركائه؛ إلزاما بالموافقة على العقود مع أي وكيل متى يظهر إرادة تجاه ذلك؛ من خلال تعديل محتوى العقد إما عن طريق تحديد المدة بطريقة سلطوية أو وضع حدود لا يمكن تجاوزها ... إلخ. وهذا هو الحال مع عقود الاذعان التي تتضمن محتوى محدد مثل عقود التأمين، وعلاقات النقل، وخدمات الاتصالات، والخدمات المصرفية، وما إلى ذلك. محتوى هذه العقود هو عمل حصري لأحد الطرفين، الطرف الأقوى، الذي يفرض شروطه بشكل فعال[3]

(ثالثا): صور النظام العام الاقتصادي

قد يكون النظام العام الاقتصادي في شكله التوجيهي واما ان يكون حمائيا

1-النظام العام التوجيهي : ظهور هذا النوع من النظام العام الاقتصادي يعود أساسا لفكرة تدخل الدولة عبر مختلف مراحل الفكر الاقتصادي[4]، يهدف الى حماية المصلحة العامة بشكل عام، ويحاول اشباع تصرفات الافراد بتوجه سياسي او اجتماعي او اقتصادي محدد ، ولذا

---

[1] سويلم محمد، **سلطة الإدارة في حماية النظام العام الاقتصادي**، أطروحة دكتوراه في القانون تخصص قانون عام اقتصادي، جامعة غرداية، 2017-2018، ص 28

[2] بوعريوة منصف، **الحرية العقدية في ظل النظام العام الاقتصادي**، مجلة البحوث في العقود وقانون الاعمال، العدد الخامس، ديسمبر 2018، ص 50

[3] *MIHAELA IRINA IONESC; op cit; P 298*

[4] سويلم محمد، **المرجع السابق**، ص 180

فهو يضمن انشاء سياسة الاقتصاد الموجه[1]، ويهدف أيضا الى تمكين الدولة من فرض سلطتها ورقابتها على القواعد والاحكام الحياة السياسية والاجتماعية والاقتصادية بما يضمن توفر العناصر المعروفة للنظام العام، ويتحقق هذا من خلال فرض نصوص قاطعة على حساب حريات الافراد المالية والاقتصادية[2].

2-النظام العام الحمائي : ويقصد به توفير الحماية القانونية اللازمة للمتعاقد الاضعف في العقد كقاعدة عامة، سواء كان العقد من عقود الاذعان او لك يكن كذلك، فهذا المبدأ يطبق بصفة عامة على كل عقد فيه اختلال بين مركزي طرفيه[3]، يبرز في النصوص التشريعية التي تهدف الى توفير الحماية للمصالح الخاصة الأكثر حرمانا في العلاقة التعاقدية[4]

برز هذا النوع من النظام العام حديثا، بعد تزايد تدخل الدولة في الانشطة الاقتصادية، عكس ما كان عليه الحال سابقا، عند سيطرة النظام الليبرالي على سياسات الدول، حيث تم تكريس دور الدولة الحارسة[5] وجاء هذا النظام بعد مطالبات الفئات الضعيفة قصد كفالة الحماية اللازمة لمصالحهم سواء كانوا عمال، او فلاحين، مستأجرين او مستهلكين، وبقي النظام العام الاقتصادي الحمائي يحمل نفس الخصائص وتوسع ليشمل حماية المستهلك الالكتروني بحكم تطور المعاملات الاقتصادية[6].

الفرع الثاني: القيود المتعلقة بالنظام العام الاقتصادي:

---

[1] بن مسعود احمد، **تجليات فكرة النظام العام الاقتصادي**، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 15 العدد01 سنة 2022، ص 1200

[2] لحرش اسعد المحاسن، **المرجع السابق**، ص 88

[3] حليس لخضر، **جميعة وعيممة العقد**، مجلة البحوث والدراسات العلمية، المجلد 12، العدد الاول، جوان 2016، ص 12

[4] بن مسعود احمد، المرجع السابق، ص 1200

[5] بوعريوة منصف، المرجع السابق، ص 55

[6] سويلم محمد، **المرجع السابق**، ص 179

النظام العام الاقتصادي يمكن ان يفرض العديد من القيود على حرية التعاقد، وذلك بغرض تنظيم الاقتصاد وحماية المصلحة العامة، وهذه القيود منها ما هو متعلق بقواعد المنافسة، ومنها ما يرتبط بالمعاملات البنكية والمصرفية

(أولا): القواعد المتعلقة بالمنافسة

تقوم المعاملات الاقتصادية على مبدأ المنافسة الحرة [1]المكرس دستوريا بموجب نص المادة 43 من دستور الجزائر والتي تنص على " حرية الاستثمار والتجارة معترف بها وتمارس في إطار القانون..." وحيث يشمل النظام العام الاقتصادي قواعد المنافسة[2]، ولما كانت المعاملات الاقتصادية تقوم على العقود سواء تمت بطريقة تقليدية أو الكترونية، فانه يحضر الممارسات المناهضة للمنافسة غير المشروعة ولا يتردد القضاء في الغاء العقود والاشتراطات التي يكون مضمونها منافيا لقواعد المنافسة النزيهة[3]، ويحضر تحديد الأسعار بشكل غير قانوني، يحضر الاتفاقات غير القانونية بين المتنافسين، وإساءة استخدام مركز المهيمن على السوق.

ان تقييد الحرية التعاقدية لعدم الإضرار بالمنافس الاقتصادي هو مفهوم حديث ظهر كوسيلة لتحقيق التوازن بين مصالح الفاعلين الاقتصاديين وتعزيز سوق عادل وتنافسي، وتعرف السوق الالكترونية بانها عبارة عن محل من التعاملات والمعاملات والعلاقات بغرض تبادل السلع والخدمات المعلومات وكذا الاموال، ولما كانت هيئة السوق إلكترونية فإن مركز التجارة ليس بناية أو ما شابه بل هو محل شبكي يحوي تعاملات تجارية[4]

---

[1] بن امينة مصطفى، المرجع السابق، ص 1185

[2] تعرف وزارة التجارة وترقية الصادرات المنافسة بأنها الوضعية التي يكون فيها بائعو المنتوج أو الخدمات وذلك من أجل زيادة مداخيلهم، بحيث يقترحون على الزبون أسعار جد مغرية مقارنة بمنافسيهم، أو منتجات وخدمات ذات أكثر جودة.

[3] فاضل خديجة، المرجع السابق، ص 33

[4] غالية قوسم، **أثر التجارة الالكترونية على المنافسة في الجزائر**، مجلة العلوم القانونية والسياسية المجلد 13، العدد 2، سبتمبر 2022 ص 450

1-مبررات تقييد الحرية التعاقدية لحماية المنافسة:

-حماية المصالح المالية: أحد مبررات تقييد حرية التعاقد ينبع من اعتماد بعض المتعاملين الاقتصادين على شروط تؤدي إلى ان يعمل السوق بشكل غير متكامل، حيث يمكن أن يؤدي العقد الحر غير المقيد إلى عدم الكفاءة في عمل السوق، وبالتالي فإن الاتفاق بين متعاقدين[1] من خلال فرض بنود وشروط مناهضة للمنافسة كثيرا ما يضر ويفرض تكلفة على الآخرين من المتعاملين الاقتصاديين ويقلل من فرص كسبهم.

-تحسين الوصول إلى السوق: لتجنب إساءة استخدام مركز مهيمن، يجب أن يتمكن الجميع من الوصول الى البيانات لأن الآثار تُترك عن غير قصد ويتم تسجيلها تلقائيًا: يجب أن يستخدمها المشغل ولكن أيضًا من قبله المنافسين. وبالتالي ستكون هناك حرية للجميع للوصول إلى السوق، لأن تطوير السوق على الإنترنت هو الهدف الرئيسي[2].

-منع سلطة السوق[3]: عندما تمتلك الشركات الكبرى سلطة على السوق الالكترونية، يمكنها الضغط على الموردين والمشترين والمنافسين والمستهلكين، مما يمنحها مزيدا من القوة والسيطرة على السوق، عن طريق تحديد سياسات التسعير والشروط التجارية، الامر الذي يضعف الشركات الصغيرة والمنافسين الجدد ويمنعهم من الدخول إلى السوق والنمو، فتستخدم التقييدات التعاقدية لمنع الشركات الكبرى من استغلال سلطة السوق واجبار الشركات الصغيرة والجديدة على الخروج من السوق.

ومن الحالات التي أدت إلى تقييد الحرية التعاقدية لحماية المنافسة في المجال الالكتروني، المكونات الأخرى للنظام الاقتصادي العام التي تضيف إلى المنافسة الاعتبارات

---

[1] *Adam J. Hirsch .Freedom of Testation / **Freedom of Contract** .University of Minnesota Law School Scholarship Repository .Minnesota Law Review .2011 P 2190*

[2] ***Le droit face au commerce électronique** (Journées franco-italiennes, Montpellier, 8-9 novembre 2001) Revue internationale de droit comparé P 121*

[3] للتفصيل اكثير انظر شرفي بن يوسف، مرجع سابق ص794

التي يجب أن تأخذها الهيئات التنظيمية القطاعية في الاعتبار، فضلا عن حماية البيئة أو التنمية المستدامة، وحماية المستخدم أو المستهلك، والصحة والسلامة والأمن والدفاع[1].

قضايا شركة مايكروسوفت التي يرى الكثير انها نموذج للاحتكار بأسوء اشكاله في العالم الرقمي، فجل المستهلكين في العالم يستخدمون نظام ويندوز الذي تنتجه الشركة، ما يمكن الشركة من ارباح خيالية بسبب السيطرة على سوق انظمة التشغيل وغياب أي منافس، وفي حالة احتكار شركة مايكروسوفت، قامت الحكومة الامريكية سنة 1994 بمقاضاة الشركة لاحتكارها سوق انظمة التشغيل، واستندت الحكومة إلى تحديد سياسات التسعير الخاصة بالشركة لتمييز المنتجات المنافسة، ومنع ادخالها إلى السوق، وقد ادى هذا الاحتكار إلى اجبار المستخدمين على استخدام انظمة التشغيل الخاصة بشركة مايكروسوفت، وعدم توافر المزيد من الخيارات للمستهلكين، وعادت الحكومة إلى مقاضاتها سنة 1998 تتهمها بخرق اتفاق سنة 1994 بشان احتكار سوق البرمجيات وانظمة التشغيل واستندت الحكومة على تشريعات حماية المنافسة لمنع هذا الاحتكار، كما ان شركة صن ميكروسيستمز تقدمت بشكوى إلى المفوضية الأوروبية ضد مايكروسوفت التي رفضت طلبها بمعرفة الأكواد التي تسمح لخوادم صن ميكروسيستمز بالعمل بشكل فعال على أنظمة تشغيل ويندوز، الأمر الذي أبعدها عن سوق أنظمة الخوادم، واعتبرت مايكروسوفت أن الإفصاح عن مثل هذه الأكواد سوف يسمح للشركات المنافسة بتقليد منتجاتها، والاستفادة من أبحاثها وابتكاراتها وانتهاك حقوق الملكية الخاصة بها، بينما يرد معارضون لمايكروسوفت بأن الرفض يقيد حرية المنافسة.

انتهت القضية عام 2007 بدفع مايكروسوفت غرامة قدرها نصف مليار يورو، وتعتبر هذه القضية أكبر وأكثر قضايا الاحتكار تعقيدًا وتكلفة في تاريخ الاتحاد الأوروبي، إذ كلفت مايكروسوفت حوالي 780 مليون يورو (مليار دولار) على شكل غرامات[2]، غير أنّ هذه الأحكام لم تردع الشركة التي لا تزال تقوم بممارسات احتكارية، بما فيها الضغط على

[1] *Thomas Pez ,L'ordre public économique. OP cit P 49*

[2] https://www.arageek.com/tech/is-microsoft-still-a-monopolistic-company 12/01/2023 القرار متوفر على الرابط . تاريخ الزيارة

المستخدمين لأنظمة التشغيل خاصتها من خلال التضييق على منافسيها والمستخدمين برسائل متكررة بضرورة تنشيط نظام ويندوز الأخير وإلا سيتم حرمانهم من معظم الميزات وهو ما لم يحدث في النسخ السابقة من ويندوز، والملاحظ أن اغلب الشركات الكبرى أصبحت تتبنى نفس الأفعال إزاء مستخدميها، فشركة غوغل مثلا تشدد على عملائها تنزيل أحدث النسخ من متصفح غوغل كروم أو حرمانهم من بعض مزاياه.

2- الهدف من قانون المنافسة:

الهدف الرئيسي لقانون المنافسة هو تعزيز والحفاظ على سوق تنافسية. وحضر كل تعسف ناتج عن وضع هيمنة السوق[1]، وهو امر ضروري لاقتصاد مزدهر، قانون المنافسة، المعروف أيضًا بقانون المنافسة الاقتصادية أو قانون الاحتكار، هو نظام قانوني يهدف إلى تنظيم وتنظيم السوق وحماية المنافسة الصحيحة بين الشركات والمؤسسات التجارية، وقد نص الامر 03-03 على انه "يهدف هذا الامر الى تحديد شروط المنافسة في السوق وتفادي كل الممارسات المقيدة للمنافسة ومراقبة التجميعات الاقتصادية للحصول على امتيازات على حساب المستهلك"[2].

يسعى قانون المنافسة إلى تحقيق عدة أهداف، بما في ذلك خلق بيئة تجارية تشجع على المنافسة النزيهة والعادلة بين الشركات والمؤسسات، حيث يعتبر وجود منافسة قوية وصحية أمرًا هامًا لتعزيز الابتكار وتحسين الجودة وتوفير منتجات وخدمات أفضل للمستهلكين، كما يهدف الى منع الاحتكار والسلوك المنافس غير العادل، فيعمل على تقييد الاستغلال غير المشروع للسلطة الاقتصادية من قِبل الشركات الكبيرة، ومنع التعاون والاتفاقيات الغير مشروعة بين الشركات لإعاقة المنافسة، كاتفاقيات خفض الأسعار التعسفية قصد الاضرار بالشركات

[1] فاضل خديجة، المرجع السابق، ص 34

[2] المادة الأولى من الامر 03-03 المؤرخ في 19يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم بالقانون 10- 05 المؤرخ في 15 غشت 2010، ج ر عدد 46 صادرة في 18 غشت 2010

المنافسة[1]، فهو يحقق التوازن ويصون حرية المنافسة والمصلحة الاقتصادية العامة و حقوق المستهلكين[2] عن طريق ضمان وجود منافسة صحية في السوق[3]، فيتيح القانون للمستهلكين الوصول إلى منتجات وخدمات بأسعار معقولة وجودة عالية، ويحميهم من الممارسات التجارية الضارة مثل التلاعب في الأسعار أو الإعلانات المضللة.

من الأمثلة على الحالة التي يتم فيها تقييد حرية التعاقد لحماية المنافسة هو حالة اتفاقيات التعامل الحصرية، في مثل هذه الاتفاقيات يوافق المورد على بيع منتجاته لموزع واحد فقط حصرا، فيمكن ان تكون هذه الاتفاقات غير تنافسية إذا كانت تمنع المنافسة في السوق، كذلك حالات حضر الاستغلال التعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية التي نصت عليها المادة 11 من الامر 03-03، حيث يشكل رفض البيع بين المؤسسات ممارسة مقيدة للمنافسة طبقا للمادة 14 من نفس الامر[4].

يحضر القانون03/03 المتعلق بالمنافسة كل الممارسات المتعلقة بعرقلة حرية المنافسة [5]في المادة 6 التي تنص على انه تحضر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة او الحد منها أو الاخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه، لاسيما عندما ترمي إلى:

-الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها

-تقليص أو مراقبة الانتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني

---

[1] شرفي بن يوسف، المرجع السابق، ص 797

[2] سبتي عبد القادر، **ضمانات حرية المنافسة في القانون الجزائري**، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 06 العدد الازل، 2020 ص 175

[3] وفاء شناتلية، بوقندورة عبد الحفيظ، **الاكراه الاقتصادي في البيئة الرقمية: خطر يواجه المستهلك الالكتروني**، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد السابع، العدد الثاني، جوان 2022 ص 365

[4] فاضل خديجة، المرجع السابق، ص35

[5] منال بوروح، المرجع السابق ص 466

-اقتسام الاسواق أو مصادر التموين

- عرقلة تحديد الاسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الاسعار أو لانخفاضها

-اخضاع ابرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات اضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الاعراف التجارية

ونصت المادة التي تليها[1] على حضر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار أو على جزء منها عن قصد، كما ان وجود الاتفاقيات التي تهدف الى منع متعامل من دخول السوق الالكتروني حيث توجد منافسة مثله مثل السوق العادي بين عدة متعاملين ما ينتج عنه في عدة احيان منافسة غير مشروعة تهدف الى ابعاد متعاملين اخرين واخراجهم من السوق، عن طريق عقد اتفاقيات وعقود تتضمن مقاطعة هؤلاء المتعاملين المستهدفين او اقصاءهم[2] ومن بين هذه الاتفاقيات المحضورة، اتفاقيات تحديد السعر التي تهدف الى تعطيل قانون العرض والطلب وفرض اسعار تحددها الاطراف المتعاقدة وهي اتفاقات بين المؤسسات التي تهدف إلى الحصول على مستوى سعر أعلى من الذي ينتج عن وضعية تنافسية[3] ، فرغم تكريس المشرع لحرية الأسعار في المادة 04 من القانون 10-05 والخاضعة عادة لقانون العرض والطلب، الا انه تم تقييد هذه الأسعار عند تعلقها بالمواد الضرورية وذات الاستهلاك الواسع ، وحيث تم فرض الأسعار من قبل الدولة وتلزم بها كافة المتعاملين الاقتصاديين[4]، اتفاقيات الربط وتسمى ايضا البيع المتلازم حيث يتم فرض منتوج اخر مقابل بيع المنتوج المطلوب او خدمة معينة وايضا اتفاقيات الحصر وفيها يفرض على المستهلك

[1] المادة 07 من القانون03 -03 السالف الذكر

[2] بوسعيد ماجدة، **الاتفاقيات المحضورة المقيدة لمبدأ حرية المنافسة**، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، العدد 3 سبتمبر 2018، ص 95

[3] طالع المادة 6 من الأمر المعدل والمتمم رقم 03-03 الموافق ل 19 جويلية 2003

[4] فاضل خديجة، المرجع السابق، ص 36

او المتعامل الاقتصادي تفرض عليه منع التعامل بسلع منافسة، فيقتصر شراءه على سلعة معنية على سبيل الحصر مدة العقد[1].

في القانون التجاري فانه يجب على الأطراف الامتثال لقواعد المنافسة العادلة لتجنب الاضرار بمنافسيهم الاقتصاديين من خلال الممارسات الغير العادلة المختلفة، بما في ذلك ابرام عقود تؤدي إلى ذلك باي شكل من الأشكال[2]، فإذا تمسكنا فقط بمبدأ حرية التعاقد، فان الذي يتمتع بقدرة تفاوضية عالية، وقدرة تنافسية عالية، وتفوق اقتصادي سيكون له دائمًا اليد العليا، وسيضعف موقف الآخرين، على سبيل المثال، في حالة وجود عقد بين شركة كبيرة وفرد، أو عقد بين فرد وبنك، وما إلى ذلك، إذا تم الالتزام بمبدأ حرية العقد، فغالبًا ما ينتهي العقد بأن يكون غير مواتٍ لـ الفرد، ومنعا لذلك وحفاضا على صالح المجتمع، يقيد مبدأ الحرية التعاقدية، بقواعد من خلالها تؤثر الدولة على الاقتصاد، حيث يتعامل النظام الاقتصادي العام مع "التنظيم المباشر لتبادل الثروة والخدمات"، على عكس النظام العام السياسي، الذي يهدف بدلاً من ذلك، كما رأينا سابقًا، إلى حظر العقود، بينما يميل النظام الاقتصادي العام أكثر إلى تحديد محتوى العقود.

(ثانيا): القواعد المتعلقة بالمعاملات البنكية:

حساسية النشاط البنكي باعتباره من اهم الأنشطة الاقتصادية، تطرح عدة تساؤلات بشأن حرية التعاقد الكترونيا نظرا لارتباطه بالنظام العام الاقتصادي[3].

[1] بوسعيد ماجدة، المرجع السابق ص 97

[2] بن مسعود احمد، المرجع السابق، ص 1204

[3] جبالي منير، **حماية المستهلك في العمليات البنكية الالكترونية**، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، ديسمبر 2021، ص 586

إتمام التعاقد بطريقة الكترونية يشكل إشكالية بالنسبة للمستهلك الالكتروني، عندما يتعلق الامر بالدفع بوسائل الكترونية. فهو يصطدم بعوائق تشريعية تحد من إمكانية حصوله على هذه الوسائل ومحدودية استعمالها في حال توافرها.

1-واقع وسائل الدفع الالكتروني في الجزائر:

تحقق وسائل الدفع الإلكتروني بالنسبة لحاملها مزايا عديدة، أهمها إمكانية الدفع عن بعد، وبعملات مختلفة، ما يمكنه من إتمام صفقاته بسهولة ويسر [1]

ولأجل ذلك يتوجب توافر نظام مصرفي معد سلفا لتمكين الافراد من إتمام هذه المعاملات، من خلال توفير أجهزة لإدارة عمليات الدفع الالكتروني.[2]

فيما تتنامى نسب الخدمات المالية في الدول الأخرى، تعيش الجزائر تخلفا في هذا القطاع، رغم ان الدفع الالكتروني لم يعد يعتبر وسيلة حديثة بالنسبة للتطور الذي يعيشه العالم، حيث ان اغلب مقدمي خدمات الدفع الالكتروني بواسطة بطاقات بنكية ينشطون في اطار غير رسمي[3]، بسبب القوانين التي تضيق عليهم بما في ذلك الامر 96"-22[4]، فرغم ان الفقرة الثانية من المادة 27 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية تنص على انه "عندما يكون الدفع الكترونيا، فانه يتم من خلال منصات دفع مخصصة لهذا الغرض، منشاة ومستغلة حصريا من طرف البنوك المعتمدة من قبل الجزائر وبريد الجزائر وموصولة باي نوع من أنواع محطات الدفع الالكتروني عبر شبكة المتعامل العمومي للمواصلات السلكية واللاسلكية"، الا ان النظام البنكي في الجزائر لم يطور أنظمة دفع ترتقي الى المستوى المطلوب

---

[1] قرومي حميد، ضحاك نجية، **واقع وسائل الدفع الالكتروني في الجزائر**، مجلة دراسات اقتصادية، المجلد 12 العدد 02،2014 ، ص 142

[2] لوصيف عمار، **استراتيجية نظام المدفوعات للقرن الحادي والعشرين مع الإشارة الى التجربة الجزائرية**، مذكرة ماجيستير جامعة قسنطينة، 2009، ص 29

[3] محمد مولود غزيل، **أنظمة الدفع الالكتروني والمصرفية الالكترونية في الجزائر**، مجلة الإصلاحات والاندماج في الاقتصاد العالمي، المجلد السادس، العدد 11، ص 28

[4] الامر 96-22 السالف الذكر

للتجارة الالكترونية سواء داخلية او خارجية، باستثناء بريد الجزائر الذي يقدم بعض خدمات الدفع عن بعد باستعمال البطاقة الذهبية وهذا في حالات محدودة كتجديد اشتراك الانترنت عن بعد.

2-القيود المصرفية على حرية التعاقد الالكتروني

ان أساس انتشار التجارة الالكترونية وتطورها، يعتمد على مدى التحكم في استخدام وسائل الدفع الالكتروني وفعالية النظام المصرفي لاي دولة[1] غير ان سعي الجزائر نحو وضع حد للظواهر المتعلقة بالفساد المالي بما في ذلك مراقبة حركة رؤوس الأموال وتداولها خارج المنظومة البنكية المعتمدة، وتحويلها بصفة غير مشروعة للخارج أدى الى تقييد قدرة الافراد على الحصول على بطاقات ائتمان و دفع الكتروني تتماشى والتطورات الحديثة في المجال، ومع ضعف الخدمات التي توفرها البنوك الداخلية[2] وعدم قدرتها على توفير وسائل الدفع الالكتروني مناسبة أدى الى الحد من إمكانية اتمام معاملات هؤلاء الافراد الالكترونية .

وبهدف التحكم في تدفق الأموال وحماية الاقتصاد الوطني، حيث تنص المادة 2 من الامر 96-22 المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم المتعلقين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من والى الخارج المعدل والمتمم على "منع كل عملية شراء او استيراد كل وسيلة دفع نقدية محررة بعملة اجنبية دون المرور عبر القنوات الرسمية[3]"، حرم المستهلك الالكتروني من ابرام أي عقد شراء من مواقع اجنبية، باعتبار البنوك المحلية لا توفر المزايا اللازمة للدفع الالكتروني، فرغم تطور وسائل وأنظمة الدفع الالكتروني في العالم، الا ان الجزائر لازالت في منأى عن هذه المستجدات[4] بسبب قوانين الصيرفة من جهة والصعوبات التقنية من جهة

---

[1] قرومي حميد، ضحاك نجية، المرجع السابق ص146

[2] خنفوسي عبد العزيز، **قانون الدفع الالكتروني**، مركز الكتاب الاكاديمي للنشر، عمان، ط 1،2018 ، ص 157

[3] المادة 02 من الامر 96-22

[4] ايت زيان كمال، حورية ايت زيان، **الصيرفة الالكترونية في الجزائر**، المكتبة الشاملة الذهبية، الجزائر، بدون طبعة، بدون سنة، ص 04

اخرى،[1] الامر الذي فرض حصارا على التجارة الالكترونية فيها وقيد من حرية الافراد في ابرام معاملات وعقود الكترونية دولية.

المبحث الثاني: القيود الخاصة المتعلقة بحماية المستهلك الالكتروني

مع تزايد الاعتماد على الانترنت ومنصات التجارة الالكترونية في ابرام العقود الاستهلاكية، ينشا تحد كبير في كيفية تحقيق توازن بين حرية التعاقد الالكتروني وحماية المستهلك الالكتروني، وفي هذا السياق يتم الاعتماد على وسائل قانونية تضفي نوعا من الرقابة على العلاقة التعاقدية بين المستهلك الالكتروني والمهني من خلال فرض التزامات وقيود خاصة على كل متعاقد تتمثل في مبادئ تضبط العلاقة التعاقدية وتتمثل في حسن النية والالتزام بالإعلام التعاقدي (مطلب اول) من جهة وحماية المستهلك من الشروط التعسفية وانتهاك خصوصيته من جهة أخرى (المطلب الثاني)

المطلب الاول: مبادئ حماية المستهلك الالكتروني

[1] خنفوسي عبد العزيز، المرجع السابق، ص164

يتأثر مبدأ حرية التعاقد بفهم النزعة الفردية التي تولد حرية كل فرد في الحصول على ما يرغب فيه وما لا يرغب فيه في مجال القانون الخاص. واستنادا إلى مبدأ حرية التعاقد، يحق لأي شخص إبرام الاتفاقيات بحرية دون أي قيود، لكن من الناحية العملية، فإن مبدأ حرية التعاقد المطلقة وغير المحدودة يتبين أنه يخلق ظلماً في المجتمع، خاصة إذا تم الاتفاق من قبل أطراف تكون مواقفهم غير متوازنة، فغالبًا ما يتعرض الطرف الأضعف للظلم، لذلك يرغب الناس في حصول الطرف الأضعف على الحماية. ومع تطور التفاهمات الأخلاقية والاشتراكية، تغير مبدأ حرية التعاقد، بحيث لم يعد مطلقا ولا حدود له[1]، وتقررت في القوانين مبادئ تضمن حماية المستهلك في عملية التعاقد.

وبالنسبة لكون حماية المستهلك الالكتروني قيدا على حرية التعاقد فهي تتوزع على مجموعة من النقاط تصب كلها في صالح المستهلك ابتداء بمبدأ حسن النية في التعاقد (الفرع الأول) وإلزامية إعلام المستهلك الالكتروني (الفرع الثاني).

الفرع الاول: مبدأ حسن النية:

بداية، يجب أن نفهم أن مبدأ حسن النية هو مفهوم يتعامل مع النزاهة والأمانة في تعاملاتنا اليومية. من الناحية القانونية، يعتبر حسن النية عاملًا مهمًا في تطبيق العديد من القوانين واللوائح. يُعَدُّ تجسيدًا للنزاهة والأخلاق في العقود والصفقات التجارية ويساعد في بناء الثقة بين الأطراف، سنتناول في هذا المقال مفهوم حسن النية وكيف يمكن يشكل المبدأ قيدا على حرية التعاقد في السياق الالكتروني.

(أولا): مفهوم مبدا حسن النية

[1] *Mohammad Zamroni, **the urgency of limiting the principle of freedom of contract in a historical perspective**; Journal DOI; 30 Nov 2019-Vol. 19, Iss: 2, pp 288*

يعتمد تعريف مبدا حسن النية في المجال التعاقدي على المفهوم الموضوعي المتمثل في ان يكون حسن النية فكرة أخلاقية خالصة تشكل قاعدة للسلوك[1]

(ا) تعريف مبدا حسن النية: يرى الفقه انه يمكن تعريف مبدا حسن النية من خلال معيارين، الأول شخصي ويقصد به حسن نية ذات الشخص المراد الحكم على تصرفاته، والعيار الثاني موضوعي وهو المعمول به في مجال العقود[2] ،**حيث** يعرف مبدا حسن النية بناء على المعيار الموضوعي في المجال التعاقدي بانه التعامل بصدق واستقامة وشرف مع الغير بصورة تبقي ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة والعادلة التي أنشئ من اجلها، والتزم بها كل من طرفي العقد، على ان لا تؤدي هذه الممارسة لإضرار بالغير دون مبرر او مسوغ مشروع[3]، ومبدا حسن النية هو مبدا يحكم كل العقود بما فيها العقود التي تبرم بطريقة الكترونية سواء كانت وطنية او دولية [4]

(ب) مبدا حسن النية في النصوص القانونية:

إن حسن النية هو أولاً وقبل كل شيء مبدأ أساسي من مبادئ القانون المدني نصت عليه المادة 107من القانون المدني الجزائري، وهو مظهر من مظاهر القانون الموجودة مسبقا كمبدأ أساسي، حيث يسبق حسن النية التقنينات المدنية والتجارية المعاصرة ويمتد في الزمن حتى يومنا هذا[5] قضى به نص الفقرة الثالثة من المادة 1134 ق م ف، حيث يكرس هذا المبدأ

---

[1] زيتوني فاطمة الزهراء، **بحث مضمون مبدا حسن النية في إطار نظرية العقد**، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد الثاني، العدد الثاني، جوان 2016 ص 440

[2] زوقاغ نادية، مبدا حسن النية في التفاوض الالكتروني في مجال عقود التجارة الالكترونية، مجلة دراسات حقوق الانسان، المجلد الرابع، العدد الأول، 2020، ص 20

[3] احمد شوقي عبد الرحمان، **الدراسات البحثية في نظرية العقد**، منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط2006، ص 324

[4] محمد حميداني، **مبدا حسن النية في مرحلة التفاوض وفقا لاحكام الامر 2016-131 المعدل للقانون المدني الفرنسي**، حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية وللانسانية، العدد 26 جوان 2019، ص303

[5] *MIHAELA IRINA IONESCU; OP Cit. P 298*

التعامل بصدق واستقامة وشرف مع الغير، بصورة تبقي ممارسة الحق ضمن الغاية العادلة التي أنشئ والتزام لأجلها طرفا العقد[1]

عندما يلتزم طرفان بناء على إرادتهما المستقلة بالتزامات معينة، فإنما يسعيان إلى تحقيق غاية وفائدة لكل منهما، وبناء على ذلك فهما يرتضيان لأجل هذه الغاية الوسائل المؤدية لتحقيقها ويلتزمان بها، وان التزامهما يكون مصدر القوة التنفيذية لهذا العقد، والملاحظ على نص المادة 107[2] من ق م ج على انها قصرت تطبيق مبدأ حسن النية على مرحلة تنفيذ العقد دونا عن باقي المراحل الاخرى شانها في ذلك شان غالبية التشريعات المقارنة، وبالتالي فان أي محاولة لتمديد تطبيق حكم المبدأ على باقي المراحل لن تجد سندا قانونيا يدعمها، غير ان ذلك لم يمنع الفقه والقضاء الفرنسي من تفسير حكم المادة 1134 ليشمل كل مراحل العقد، مبررا ذلك بفكرة وحدة العقد[3]، حيث اصدرت محكمة النقض الفرنسية قرارا في 2005/09/14 اعتبرت فيه حسن النية مطلوبا لصياغة العقود – ما يشمل المفاوضات– وتنفيذه.

يشكل حسن النية مبدا اساسيا من اجل تفسير عقود التجارة الدولية وتنفيذها في شكليها التقليدي والالكتروني، وهو أحد اسس النظام القانوني المطبق على التبادل التجاري للسلع والخدمات، حيث انه في هذا الصدد غير ذي صلة بما تم تنفيذه من قبل الوسائل المكتوبة أو اللفظية أو الالكترونية، تم تضمينه في قواعد القانون المدني الجزائري على غرار سائر القوانين المقارنة[4]، والعقد نفسه يفرض على المتعاقدين واجب حسن النية والتعامل العادل في اداء العقد وتنفيذه[5].

---

[1] مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 123

[2] تنص الفقرة الاولى من المادة 107ق م ج على أن يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية

[3] المعزوز البكاي، **بعض مظاهر اضطراب النظرية العامة للعقد**، مجلة القانون المدني، العدد الثالث، سنة 2016 ص 16

[4] جاء في الفقرة الأولى من المادة 107ق م ج انه" يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية "

[5] *Emily M.S. Houh; **The Doctrine of Good Faith in Contract Law:** A (Nearly) Empty Vessel; FACULTY ARTICLES AND OTHER PUBLICATIONS ;2005; p* 75

غير ان هناك عدة عوامل أثرت على دور مبدأ حسن النية في جميع أنظمة القانون عبر العصور المختلفة، ومن بين هذه العوامل يمكن ذكر تأثير الإرادة، حيث أن دور مبدأ حسن النية يرتبط بشكل وثيق بدور الإرادة في العقود. وعندما كان دور الإرادة في العقود متقدماً، فإن دور مبدأ حسن النية كان متقدماً أيضاً، ولكن إذا كان دور الإرادة في العقود ضعيفاً أو منعدماً، فإن دور مبدأ حسن النية فيها كان ضعيفاً أو منعدماً أيضاً. ولذلك، لم يحصل هذا المبدأ على مكانته الحالية في التصرفات القانونية بشكل عام في جميع أنظمة القانون دفعة واحدة، وإنما تطور تدريجياً مع تطور دور الإرادة وتغير النزعات القانونية المسيطرة في الأنظمة القانونية القديمة

(ثانيا): نطاق مبدأ حسن النية:

نطاق مبدأ حسن النية لا يقتصر على تفسير العقود ولكنه يوفر معيارًا سلوكيًا للأطراف من بداية العلاقة التعاقدية إلى نهايتها، هذا يعني أن كل طرف ملزم بإظهار سلوك تجاه الطرف الآخر لا يمكن أن يضر الأخير ويأخذ في الاعتبار التوقعات المعقولة لكل منهم، كما يجب على أطراف العقد إظهار درجة طبيعية من الصدق والإخلاص والتي تكون معقولة لحماية مصالح الطرف الآخر، لاسيما في محاولة عدم التصرف بطريقة قد تؤدي إلى مفاجأة غير مبررة أو إلحاق أضرار بالطرف الآخر، كما يقتضي ان يمتنه الاطراف عن كل ما من شانه اعاقة المفاوضات أو فشلها أو اتباع اسلوب الحيلة أو المراوغة بغية الاضرار بالطرف الاخر[1].

يتجلى مبدا حسن النية واضحا خلال مرحلة التفاوض في العقود الالكترونية، حيث يقتضي هذا المبدأ خلال هذه المرحلة التفاوض بنية حسنة، اذ ان الأمانة تقتضي عدم الدخول في التفاوض دون نية جادة في الانتهاء بإبرام عقد وكذا عدم إشاعة امال كاذبة في إنجاح

[1] ميكائيل رشيد علي، المرجع السابق ص 266

المفاوضات دون نية صادقة في ذلك[1]، بالإضافة الى ان مبدا حسن النية يقتضي عدم قطع المفاوضات دون سبب جدي[2].

ان لمبدأ حسن النية أهمية محورية ليس فقط لقانون العقود ولكن للعلاقات القانونية ككل، بحيث لا يجوز للأطراف استبعاد أو تقييد تطبيقه تعاقديًا، فمبدأ حسن النية لا يخضع لمبدأ حرية التعاقد، ويكون مثل هذا الاتفاق في حد ذاته باطلاً لأنه مخالف للقانون والعرف.

(ثالثا): وظيفة مبدأ حسن النية في العقد الالكتروني:

نظرًا لأن العقود التي تتم عن بعد غالبًا ما تتضمن توزيعًا غير متساوٍ للأداءات بين الأطراف المتعاقدة، قد يحتاج الطرف الأضعف إلى بعض الحماية ضد السلطة المخصصة للطرف "الأقوى" وهنا يوفر مبدا حسن النية هذه الحماية، وبالتالي، فإن تطبيقها في مجموعة معينة من الظروف يعتمد على شرعية ممارسة تلك السلطة التقديرية[3].

يصطدم المستهلك عبر الوسائل الالكترونية بكم كبير من الإعلانات والدعايات المسموعة والمرئية، والملاحظ هو تمكن هاته الإعلانات من التأثير عليه، ومما يثير الانتقاد أنّ هاته الإعلانات أصبحت تستخدم كوسيلة للتضليل والخداع للتأثير على قرار التعاقد لدى المستهلك[4]، فالإعلان يعتبر وسيلة للإقناع بالسلع والخدمات، وعليه يجب أن يكون صادقا ولا يعبر عنه بصفات مبالغ فيها وافعال مضللة، وانما يجب أن يكون واقعيا يمثل الحقيقة ولا يتجاوزها، كما يجب أن يلتزم بالعادات والتقاليد وحرمة الحياة الخاصة[5] وقد قضي في هذا

---

[1] محمد حمياني، المرجع السابق، ص309

[2] انظر في ذلك محمد حميداني، المرجع السابق ص 311

*3 Emily Houh, **Univ The Doctrine of Good Faith in Contract Law**: A (Nearly) Empty Vessel? of Cincinnati College of Law, p 10*

[4] بوهنتالة لينة، زواقري الطاهر، غيلاني طاهر، **وسائل الحماية المدنية للمستهلك في العقد الالكتروني**، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد الخامس، العدد الأول، جوان 2022، ص 18

[5] سمير عبد السميع الاودن، المرجع السابق ص 122

الشّأن لسيدة بالتعويض جراء استعمال صورتها للترويج لمنتجات تجميل دون علمها، ذلك أن الإعلام قد حط من قدرها كما يدفع للاعتقاد انه تم مقابل اجر بينما الامر خلاف ذلك[1]

من الامثلة التي يقدمها الفقه في هذا الصدد هو عدم قيام المبرمج للجهاز أو للبرنامج الالكتروني محل العقد، باتخاذ ما من شانه تعطيل اجهزة الامان ضد الاختراق والتدمير، وحماية هاته البرامج والنظم الالكترونية ضد مخاطر الفيروسات[2].

كما ان مبدأ حسن النية يتجلى واضحا في مرحلة التفاوض الالكتروني، حيث يقوم كل طرف بالتحلي بالرغبة الصادقة والاستعداد الحسن للتفاوض، قصد ابرام العقد النهائي، ولم يعد مبدأ حسن النية في نظر المشرع الفرنسي يقتصر على مرحلة تنفيذ العقد، وانما تعداها ليشمل مرحلة المفاوضات،[3] وبالتالي يتوجب احترام هذا المبدأ عبر كل مراحل ابرام العقد الالكتروني.

وحقيقة اننا قدما مبدأ حسن النية كقيد على حرية الافراد في التعاقد على الالتزام بالإعلام، جاءت لان هذا الأخير ما هو الا نتيجة لفكرة التعاون التي جاء بها مبدأ حسن النية والذي يفرض على المتعاقد المحترف واجب تنبيه المتعاقد معه وحفظه من الوقوع في الاخطاء، التي قد يقع فيها بصفته غير محترف، كمن يبيع لشخص نواد قابلة للانفجار ان يتبه الى الطرق السليمة للوقاية من انفجارها[4]

عندما يقتصر مبدأ حسن النية في القانون المدني الجزائري على مرحلة تنفيذ العقد ولا يمتد إلى المراحل الأخرى من العقد، قد يعتبر ذلك قاصرًا وغير ملائم للواقع الاجتماعي والتجاري الحديث، والواقع انه يمكن أن يتأثر العقد وصحته وتنفيذه بمجموعة من العوامل

---

[1] ا عبد الفضيل محمد احمد، **الاعلان عن المنتجات والخدمات من الوجهة القانونية**، مكتبة الجلاء الجديدة ط 998ص 139

[2] سمير عبد السميع الاودن، المرجع السابق ص 117

[3] مختارية شيباني، **تفعيل مبدأ سلطان الإرادة في العقود الالكترونية**، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد السادس، العقد 02، ص 386

[4] حلمي بهجت بدوي، المرجع السابق ص 397

والأحداث خلال مراحله المختلفة، قد يتعرض العقد للتأثير عبر مراحل التفاوض وتشكيل العقد، وقد يتعرض لمشاكل في تنفيذه وأداء الالتزامات المتفق عليها.

الفرع الثاني: الالتزام بالإعلام الالكتروني:

تنشط عمليات التعاقد والتجارة الالكترونية بشكل لم يسبق له مثيل، وفي هذا السياق يعتبر الالتزام بالإعلام الالكتروني من أكثر المسائل أهمية وتأثيرا على إرادة الأطراف، تأخذ أهمية هذا الالتزام ابعادا عديدة ولذلك سنحاول بيان مفهوم هذا الالتزام في السياق الالكتروني وتسليط الضوء على أهميته وأثره على سلوك المستهلك الرقمي.

(أولا): مفهوم الالتزام بالإعلام الالكتروني:

يشير الالتزام بالإعلام في عقد الالكتروني إلى التزام مقدم الخدمة أو السلعة بتقديم المعلومات الواضحة والكاملة عن لمنتجات والخدمات التي يعرضها وكذلك عن الشروط التي يتم تقديمها بموجبها ليتم ابرام عقد خالٍ من أي عيب وكامل بكافة مفرداته نتيجة لظروف واعتبارات معينة ترجع لطبيعة الشخص المتعاقد معه او لطبيعة العقد نفسه [1]، ويقصد هنا بطبيعة الشخص نفسه المستهلك الالكتروني، والعقد الالكتروني على التوالي.

نصت المادة 17 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش[2] على هذا الالتزام: يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة .تحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام هذه المادة عن طريق التنظيم[3].

[1] ايناس مكي عبد نصار، المرجع السابق، ص 953

[2] قانون رقم 03- 09 مؤرّخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25فبراير سنة p2009 يتعلق العقد بحماية المستهلك وقمع الغش. الجريدة الرسمية العدد 15 الصادرة في 08/ مارس 2009

[3] تم تكريس المبدأ في القانون الاوروبي من خلال التوجيه 7 -97-EC المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد والتي كانت الخطوة الأولى في تحديد حق أوروبي معين للمستهلك في مسائل العقود والمشتريات على الإنترنت، والتي

أورده المشرع الجزائري في المادة 352 ف 1 من ق م ج بنصها على انه " يجب ان يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع واوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه" والقانون المدني الفرنسي في المادة 1112-1ق م ف

(ثانيا): اهمية الالتزام بالإعلام في العقد الالكتروني:

العقد الإلكتروني هو عقد مثل أي عقد آخر، غير انه يستلزم خصوصية من وجهة نظر التزام تقديم المعلومات الخاصة التي يكون موضوعها، والتي تعوض عن إضفاء الطابع المادي على التعاقد. يثقل التزام المعلومات المعزز على البائع أو مقدم الخدمة المنخرط في التجارة الإلكترونية لسبب واضح وهو أن السلعة المرغوبة في وقت الشراء لم تكن في نظر المشتري ، الذي ليس لديه سوى تمثيل افتراضي[1]، ومن ثم فإن إبرام عقد قانوني بالوسائل الإلكترونية يمثل مخاطر محددة للمستهلك الإلكتروني الذي لا يرى المنتج بشكل ملموس انما على شاشة ولا يمكنه الدخول إليه لفحصه أو اختباره، ما يجعل هذا الالتزام مهما بشكل عام من اجل ضمان حماية المستهلكين والتأكد من حصولهم على جميع المعلومات اللازمة، لاتخاذ قرار مستنير بشان شراء المنتجات أو الخدمات عبر الانترنت.[2]

وتتركز أهمية هذا الالتزام في النقاط التالية:

- تضمن شفافية العقود الالكترونية مما يعني ابلاغ المستهلكين بمعلومات كافية حول المنتجات والخدمات المعروضة وكذلك الشروط التي يوافقون عليها عند الشراء عبر الانترنت[3]،

تم إلغاؤها بموجب التوجيه EU135 / 2011/83ومن ناحية أخرى، التوجيه EC136 31/2000 / بشأن التجارة الالكترونية.

[1] *X. Linant de Bellefonds, **Le droit du commerce électronique**, Que sais-je ? puf 2005 p. 51*

[2] *Bérénice de Bertier-Lestrade ; **Acte électronique et métamorphoses en droit des contrats** ; press de l eniversité de toulouse capitole ;2018 ; p.62*

[3] سمير عبد السميع الاودن، المرجع السابق، ص121

حيث يتيح ذلك للمستهلكين فهم شروط الشراء ومقارنتها بالعروض التي يقدمها مقدمو الخدمات والمهنيون الآخرون[1].

– تحمي المستهلكين من الممارسات التجارية المضللة أو المسيئة، بحيث يمتلك المستهلكون الإلكترونيون معلومات كافية لاتخاذ قرار نهائي حول الشراء الالكتروني من عدمه. كون العقد الذي سيبرم بين المستهلك والمحترف عقدا الكترونيا ينتج عنه مخاطر أكثر مما هو عليه في العقد التقليدي، تؤدي إلى التأثير على رضا المستهلك، بالتالي حرص المشرع على اتخاذ إجراءات حديثة مناسبة لمواجهة هذا الخطر[2]،حيث يعد إعلام المستهلك الالكتروني من أهم الإجراءات التي اتخذت للوقاية وحماية المستهلك الالكتروني.

– يضمن الالتزام بالإعلام الإنصاف في العقود الالكترونية، مما يعني ان المستهلكين ومقدمي الخدمات على قدم المساواة فيما يتعلق بالمعلومات حول المنتجات والخدمات المقدمة.

– يبني الالتزام بالإعلام ثقة المستهلك في العقود الالكترونية، من خلال ضمان وفاء مزودي الخدمات بالتزاماتهم القانونية بشأن المعلومات المقدمة.

– يساعد الالتزام بالإعلام في تجنب النزاعات بين المستهلكين ومقدمي الخدمات، من خلال ضمان حصول المستهلكين على جميع المعلومات التي يحتاجونها حول المنتج أو السلعة المعروضة الكترونيا.

(ثالثا): عناصر الالتزام بالإعلام الالكتروني:

---

[1] في هذا السياق نصت المادة 19 من التوجيه الأوروبي لصادر عن البرلمان الأوروبي والمجلس الصادر في 23 أفريل 2008 بشأن عقود الائتمان الاستهلاكي وإلغاء توجيه المجلس 102/87 «ومن المناسب، لكي يتمكن المستهلك من اتخاذ قراره مع المعرفة الكاملة للحقائق، أن يحصل، قبل إبرام عقد الائتمان، على المعلومات الكافية التي يمكنه الحصول عليها وفحصها، حول الشروط والتكلفة. من عقد الائتمان، وكذلك التزاماته. ومن أجل ضمان أكبر قدر ممكن من الشفافية وتمكين مقارنة العروض،"

[2] سلام عبد الزعرة الفتلاوي، محمد على هاشم الاسدي، **وسائل حماية المستهلك في التجارة الالكترونية في الفقه الاسلامي والقانون، الالتزام بالإعلام الالكتروني نموذجا**، مجلة دراسات الكوفة، العدد 44 سنة 2018، ص 29

في قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية حددت المادة العناصر التي يلتزم البائع بإعلامها للمستهلك الالكتروني، ويمكن اجمالها في النقاط التالية:

- تحديد واضح لمقدم الخدمة: وهذا يعني انه يجب على المستهلك معرفة اسم وتفاصيل الاتصال بمزود الخدمة الذي يتعامل معه، قد يشمل ذلك اسم الشركة وعنوانها البريدي ورقم الهاتف وعنوان البريد الالكتروني[1]، ويتيح ذلك للمستهلك معرفة من يتعامل معه والقدرة على الاتصال به إذا لزم الأمر.

- اظهار خصائص المنتج أو الخدمة: فمن المهم ان يتم اعلام المستهلك بخصائص المنتج أو الخدمة التي يشتريها، يتضمن ذلك معلومات مفصلة عن الابعاد والالوان والميزات والضمانات وما إلى ذلك، ويتيح ذلك للمستهلك اتخاذ قرار الشراء من عدمه.

-اظهار السعر المعروض بوضوح: يجب عرض سعر المنتج أو الخدمة بوضوح على موقع الويب الخاص بموفر الخدمة، بما في ذلك الضرائب وتكاليف الشحن، وكل المصاريف التي تقع على عاتق المستهلك.

- شروط دفع واضحة: يجب ان يعرف المستهلك كيف يمكنه الدفع مقابل المنتج أو الخدمة، وكل الطرق المقبولة للدفع، وشروط الدفع وضمانات الدفع، وهذا يتيح له اختيار طريقة الدفع التي تناسبه، ويعرف ما يلتزم به من حيث الوقت والامان.

-شروط التسليم الواضحة: يجب ابلاغ المستهلك بشروط التسليم، بما في ذلك اوقات التسليم وتكاليف الشحن وخيارات التسليم وضمانات التسليم، حيث يتيح ذلك للمستهلك معرفة وقت وصول المنتج والتكاليف المرتبطة بالتسليم، واتخاذ قرار مستنير بشأن الشراء.

- شروط واحكام عامة للبيع: يجب ان تكون الشروط والأحكام العامة للبيع واضحة وسهلة الفهم بالنسبة للمستهلك، يتضمن ذلك شروط الإرجاع والضمانات وسياسات الاسترداد، يتيح

[1] وضع الاتحاد الأوروبي التزاما مشددا على عاتق المورد بإعلام المستهلك قبل إبرام العقد بالبيانات المتعلقة بشخص المورد وعنوانه والموقع الجغرافي للمؤسسة خاصة إذا كان العقد يقضي بالدفع مقدما.

ذلك للمستهلك معرفة ما يلتزم به خلال شراء الخدمة أو المنتج وما يمكن ان يتوقعه من حيث السداد

– توفير وسائل الاتصال: يجب ان يكون لدى المستهلك حق الوصول إلى وسائل الاتصال بمزود الخدمة، مثل رقم الهاتف أو البريد الالكتروني، حيث يتمكن من طرح الأسئلة أو الإبلاغ عن مشكلة.

ويتعين ان تكتب البيانات السابقة بلغة المستهلك[1] وان تعذر ذلك ان تكتب بلغة معروفة لديه[2] .

نص قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي الفرنسي[3] على "التزام عام بالمعلومات" يقع على عاتق أي شخص يمارس نشاط التجارة الإلكترونية. بموجب هذا النص، يلتزم أي مورد للسلع أو الخدمات بضمان الوصول الى مجموعة من المعلومات المتعلقة به واهمها تلك المعلومات المتعلقة باسمه وعنوانه، رقم السجل التجاري ان وجد، وكافة المعلومات الواردة في نص المادة 19 من ذات القانون، كما يتم التحقيق في مخالفات أحكام هذه المادة وضبطها من قبل الأعوان المذكورين في المادتين L.511-3 و L.511-21 من مجلة المستهلك وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة L.511-7 من نفس المجلة.

(رابعا) الأحكام القضائية في الالتزام بالإعلام التعاقدي الالكتروني:

توجد أحكام قضائية عديدة حول الالتزام بالإعلام التعاقدي في العقد الالكتروني، تستند هذه الاحكام إلى القوانين الوطنية والتوجيهات الأوروبية المتعلقة بحماية المستهلك.

---

[1] خالد عبد الفتاح محمد خليل، **حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص**، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، –، جامعة حلوان، 2002، ص 42

[2] تنص المادة 32 من قانون المستهلك الاسباني على أن المعلومات التجارية الأساسية للخدمات والمنتجات ذات الصنع الوطني أو المنشأ الأجنبي، كما وكذلك تحديدها، وتعليمات الاستخدام والضمانات، ونشرها، يجب أن يتم تنفيذها باللغة الإسبانية، بعبارات مفهومة ومقروءة، ووفقًا للنظام العام للأوزان والمقاييس المعمول بها في البلاد.

[3] *Loi no 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie n (...)*

على سبيل المثال في اوروبا، يحدد التوجيه الاوروبي [1](Directive 2011/83 E) المتعلق بعقود المستهلك التزامات تقديم المعلومات لمقدمي الخدمات في العقود الالكترونية، وتستند السوابق القضائية أو الاجتهادات بشأن العقود الالكترونية إلى أدوات قانونية اخرى مثل توجيه حقوق المستهلك [2](Directive 2019/771) واللوائح المتعلقة بحماية البيانات الشخصية.

ومن الامثلة حول القضايا التي نظرت فيها المحاكم الأوروبية بشان الالتزام بالإعلام الالكتروني، قضية نظرت فيها محكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي، l'affaire "Höfner and Elser v. Macrotron GmbH" (C-41/90) [3] حيث قضت محكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي بأنه عندما يصدر المستهلك طلبية الكترونيا، فان مزود الخدمة الالكتروني يجب ان يعلمه بطريقة واضحة ومفصلة عن خصائص المنتج والسعر وشروط الدفع والتسليم ووقته وفي قضية اخرى بمحكمة النقض بباريس في قضية " Bricorama v. Parfums Christian Dior" ، قضت ذات المحكمة بان المعلومات المتعلقة بالبائع وخصائص المنتج والسعر يجب ان تبين بشكل واضح وكاف من قبل مزود الخدمة الالكتروني .

المطلب الثاني: حماية المتعاقد الالكتروني من اخطار التعاقد الالكتروني

يتعرض المتعاقد الالكتروني اثناء قيامه بمختلف العمليات على الانترنت، الى اخطار مختلفة وتهديدات من قبيل فرض شروط تعسفية والتعدي على خصوصيته ومعلوماته

[1] Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council Text with EEA relevance

[2] Directive (UE) 2019/771 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens, modifiant le règlement (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE et abrogeant la directive 1999/44/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.)

[3] Arrêt de la Cour (sixième chambre) du 23 avril 1991.Klaus Höfner et Fritz Elser contre Macrotron GmbH. Demande de décision préjudicielle : Oberlandesgericht München - Allemagne.Libre prestation des services - Exercice de l'autorité publique - Concurrence - Conseil en recrutement de cadres et dirigeants d'entreprises. Affaire C-41/90. https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-41/90

الشخصية، ولأجل ذلك نناقش في هذا المطلب، القيود على الشروط التعسفية والبنود المعفية من المسؤولية (الفرع الأول) وقيود الخصوصية والأمان في العقود الإلكترونية (الفرع الثاني)

الفرع الأول: حماية المتعاقد من الشروط التعسفية والبنود المعفية من المسؤولية

برزت حاجة ملحة لحماية الطرف الضعيف في المعادلة الاقتصادية، خاصة المستهلك الالكتروني لجهله او قلة معرفته امام المهني[1] خاصة لما يتعلق الامر بالتجارة الالكترونية

(أولا): القيود على البنود التعسفية

ان مبدا حماية المستهلك يؤخذ بعين الاعتبار طالما يوجد في العلاقة التعاقدية طرفا أحدهما مهني متخصص والثاني مجرد مستهلك عادي، وعلى هذا فالتشريعات المتعلقة بحماية المستهلك لاسيما المتعلقة بالشروط التعسفية، تطبق في العلاقة التعاقدية بين المستهلك ومقدم الخدمات الالكترونية كالتصديق الالكتروني[2]

تعتبر عقود الإذعان المجال الخصب الذي تظهر فيه هاته الشروط، نظرا لكون المهني هو من يضع الشروط بطريقة مسبقة[3]

(ا)-تعريف البنود التعسفية:

1 : تعريف تشريعي

-عرفه **التوجيه الأوروبي**[4] رقم 13 لسنة 1993 في نص المادة الثالثة وهو " الشرط الذي يرد في العقد وينطوي على تفاوت جلي خلافا لما يقضي به حسن النية وهو ضد مصلحة المستهلك،

---

[1] لعوامري وليد، **الشروط التعسفية واليات التصدي لها في القانون الجزائري**، مجلة الشريعة والاقتصاد، المجلد 1، العدد الخامس، جوان 2014، ص 256

[2] محمد شوقي محروس، مرجع سابق ص273

[3] بوعكاز خليل، الحاج علي بدر الدين، **مكافحة الشروط التعسفية في العقد الية للمحافظة على الرابطة التعاقدية**، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 07، العدد الأول، جوان 2022، ص 1635

[4] *Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*

حيث بين حقوق اطرافه والتزاماتهم"، ويشار الى ان احكام هذا التوجيه تنطبق على العقود التي لا تقبل المساومة والتفاوض فقط[1]

- **في القانون الجزائري:** عرفه المشرع الجزائري في القانون 04-02[2] في الفقرة الخامسة من المادة 03 بانه " كل بند او شرط بمفرده او مشتركا مع بند واحد او عدة بنود او شروط أخرى من شانه الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات الأطراف"

2-حسب التعريف الفقهي :

هناك من عرفه حسب طرق فرضه بانه الشرط الذي يستأثر أحد طرفي العقد بفرضه بطريقة مسبقة ومجحفة بالنسبة للطرف الاخر[3]، واما من حيث أطراف العلاقة فهو ذلك الشرط الذي ينتج عنه عدم توازن في العقد بين حقوق والتزامات اطرافه[4] ،بسبب عدم المساواة بينهما، فينتج عنه اختلال ظاهر في التوازن العقدي بين حقوق والتزامات الاطراف الناشئة عن العقد هذه الشروط تعمل على الغاء او انهاء الالتزامات التعاقدية عند حدوثها، فيكون العقد ساريا مثلا الى غاية تحقق الشرط التعسفي فيتم توقيف الالتزام

ومن الضروري التمييز بين الشروط التعسفية، وبين الشروط الغير قانونية، فالشروط غير العادلة هي قانونية في حد ذاتها، يمكن السماح بها في أنواع أخرى من العقود، التي قد تتم في بيئة تعاقدية مختلفة ان لم تؤدي الى خلل معين[5]، فما يعتبر شرطا تعسفيا في العقود

---

[1] لعوامري وليد، المرجع السابق ص 258

[2] القانون 04-02 المؤرخ في 23-06-2004 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم

[3] لعوامري وليد، المرجع السابق ص 264

[4] الصادق عبد القادر، **حماية المستهلك من الشروط التعسفية دراسة مقارنة**، مجلة افاق علمية، المجلد 11، العدد الأول، 2019، ص 40

[5] *Laurine CARACCHIOLI ,William URVOY, CLAUSES ABUSIVES : MODE D'EMPLOI. Article publier le 20-08-2019.* https://www.inc-conso.fr/content/clauses-abusives-mode-demploi

الالكترونية قد لا يكون كذلك في العقود التقليدية اما الشروط غير القانونية فهي شروط تتعارض واحكام القانون.

(ب): **صور الشروط التعسفية** يصعب تحديد نطاق الشروط التعسفية وحصرها نظرا لان مبدا سلطان الإرادة يمتح الأطراف حرية واسعة في ادراج شروط وبنود لا حصر لها في عقودهم، غير ان القانون 02-04 أورد في نص المادة 29 ويمكن تقسيمها الى شروط تعسفية تزيد من التزامات الطرف الضعيف الذي يكون المستهلك، وأخرى تنقص من التزامات المتدخل وأوردت المادة 29 هذه الشروط التعسفية كالتالي: تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

- أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك،

- . فرض إلتزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروطه يحققها متى أراد،

- . إمتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك،

- . التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في إتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية،

- . إلزام المستهلك بتنفيذ إلتزاماته دون أن يلزم نفسه بها.

- . رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالإلتزام أو عدة إلتزامات في ذمته،

- . التفرد بتغيير آجال تسليم المنتوج أو آجال تنفيذ خدمة،

- . تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية بعد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة

3 : معايير تحديد الشروط التعسفية

رغم ان المشرع أورد في نص المادة السالفة الذكر هذه الشروط على سبيل المثال وليس الحصر، الا فانه يستوجب تعيين معايير لتحديد الشروط التعسفية:

ا: معيار التفوق الاقتصادي

ضابط التعسف في استخدام القوة الاقتصادية في الشروط التعاقدية. هو ضابط يُقيِّم إخلال الشروط بالتوازن العقدي بين الأطراف، وعندما يستغل المورد الاقتصادي نفوذه على الطرف الآخر[1]، يعتبر هذا المعيار "شخصي" لأنه يتوجب استنتاجه من القوة الاقتصادية للمورد وسلطته في السوق. الفقه الفرنسي اختلف في هذا الموضوع، حيث يرى البعض أنه تلاعب، بينما يعتبره آخرون استغلالاً للسلطة والحقوق. يشار لان هذا المعيار غامض ، بينما يرى آخرون أن التحكم التقني والفني في الوسائل الالكترونية والخبرة ومعرفة خبايا التجارة الالكتروني يعكسان أكثر القوة الاقتصادية وقدرته في التعسف في وضع الشروط. وقد ألغى التشريع الفرنسي معيار التعسف المبني على التفوق الاقتصادي من خلال القانون الصادر في عام 1993، وحافظ على عنصر عدم التوازن بين حقوق والتزامات الأطراف فقط[2]، وهو نفس ما ذهب اليه المشرع الجزائري في تقدير الشرط التعسفي[3]

ب معيار الميزة الفاحشة:

[1] الصادق عبد القادر، المرجع السابق، ص 43

[2] الزوبير المعروفي، **حماية المقترض من الشروط التعسفية**، مجلة القضاء المدني، سلسلة دراسات وابحاث، العدد الرابع، ط 1 مطبعة المعارف الجديدة، المغرب، ص 90

[3] احمد بعجي، **فعالية حماية المستهلك الالكتروني من الشروط التعسفية**، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 04، العدد الأول، جوان 2019، ص 158

معيار اعتمده المشرع الفرنسي يستند إلى المادة 35 من القانون الفرنسي رقم 78-35 المتعلق، بحماية واعلام المستهلكين، ووفقًا لهذا المعيار، يعتبر الشرط المدرج في عقد الاستهلاك تعسفيًا إذا كان ينتج عن استخدام النفوذ الاقتصادي بطريقة تجعل المستهلك في وضع ضعف مقابل المهني وتخل بالتوازن العقدي[1]، من خلال استئثار المورد او المهني بميزة فاحشة فيفرض على المستهلك شروطا تعسفية مخلة بتوازن العقد.

هذا المعيار يهدف إلى منع وجود تعسف في العقود، حيث يتطلب أن تكون الشروط التي يفرضها المهني على المستهلك معقولة وغير مفرطة، وألا يستغل المهني نفوذه الاقتصادي بشكل غير عادل للحصول على ميزة فاحشة على حساب المستهلك.

3-الرقابة على الشروط التعسفية:

كون غالبية عقود التجارة عبر الانترنت تتم بين موردين ومستهلكين، حرصت اغلب القوانين بتحديد تدابير لحماية المستهلك، لإعادة بناء شروط حرية التعاقد خاصة عند المساس بالتوازن العقدي وفرض شروط تعسفية بين الأطراف[2]، التوجيهات الأوروبية على حماية المستهلكين فالتوجيه الخاص بالشروط التعسفية في عقود الاستهلاك EC 93/13[3] جاء بمقدمته ان الدول الأعضاء بالاتحاد عليها ان تتأكد من عدم تضمين العقود لبنود غير عادلة، ، كما انه امام اختيار المنتج لقانون معين ليحكم العلاقة التعاقدية، يكون للمستهلك الدفع بعدم شرعية شروط المنتج استنادا للفقرة الأولى من ملحق التوجيه الأوربي لعام 1993

يسمح القانون 02-04 بفرض رقابة على الشروط التعسفية من خلال نص المادة 30 التي تنص على " بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود، ببعض الشروط التي

[1] الصادق عبد القادر، المرجع السابق ص 44

[2] محمد الهادي المكنوزي، المرجع السابق، ص 41

[3] *Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*

تعتبر تعسفية"، ويشمل نص المادة جميع أنواع العقود مهما كان نوعها او الوسيلة المستعملة في ابرامها، وإذا كان التشريع الخاص بالشروط التعسفية لا يسمح بالطعن فيه في عقد قد يكون غير متوازن اقتصاديا، فيمكن دائما الاعتماد على القانون المدني الدي ينص على انه "إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي ان يعدل هذه الشروط او ان يعفي الطرف المذعن منها، وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك[1]".

(ثانيا): قيود على البنود المعفية من المسؤولية العقدية

تشكل الحرية التعاقدية كتعبير عن سلطان الارادة أحد ركائز القانون المدني، والذي يتوقع أساسا في القدرة على اختيار أشكال التعاقد المناسبة والأصلح للأطراف المعنية بالتعاقد، هذه القدرة تمكن الأطراف ايضا من تعديل احكام المسؤولية التي تترتب على الاخلال بالعقد[2] سواء بالإعفاء او التخفيف منها.

ويعرف الشرط المعفى من المسؤولية العقدية بانه الاتفاق الذي من شانه رفع المسؤولية من على المدين[3]

يعتبر شرط الاعفاء المسؤولية العقدية من الشروط التي أقرها الفقه والقانون، فقد أقرت التشريعات بصحة شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية كمبدأ عام، ويتجه القضاء الفرنسي وغالبية الفقه إلى أن احكام المسؤولية التقصيرية من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على تعديل نطاقها، وذلك بخلاف الحال مع المسؤولية العقدية، فلا مانع من الاتفاق على شروط خاصة

[1] انظر نص المادة 110 من ق م ج

[2] رحيمة بريق، الشرط المعفى من المسؤولية والقيود الواردة عليه، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 06 العدد 02 ،2020، ص 222

[3] رحيمة بريق، المرجع السابق، 222

تكون قابلة للتطبيق عند مخالفة شروط التعاقد[1]، غير انه بالنسبة لهذه الاخيرة، تكون باطلة كل شروط الاعفاء منها أو تقييدها حال الغش، أو ارتكاب خطا جسيم.

1- **قيد الغش والخطأ الجسيم :** سبق أن تطرقنا إلى أنّ قواعد القانون المدني تجيز للأطراف المتعاقدة، أن تقيّد قواعد المسؤولية العقدية سواء بتشديدها أو بالإعفاء منها، غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة وان القانون قد حد من هذه الاتفاقات حول تقييد المسؤولية بقيود قانونية تتعلق بحالتي الغش والخطأ الجسيم[2]، حيث أورد التشريع المدني عدة نصوص حول حالات عدم جواز الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية.

تطبيقات الغش والخطأ الجسيم في الاتفاق المعفى من المسؤولية: تشير المادة 178 ق. م. ج في فقرتها الثانية إلى أنه "وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلاّ ما ينشأ عن غشّه أو خطئه الجسيم. غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه".

وقد تناولت المادة السابقة حالة الاتفاق على تعديل المسؤولية العقدية عن طريق الاعفاء أو تعديلها بالتخفيف منها، مالم يصدر عن المدين غش أو خطا جسيم ، فقد يتم مثلا الاتفاق بين البائع والمشتري على إسقاط ضمان البائع لاستحقاق المبيع كذا ضمان العيوب الخفية صحيح من الناحية القانونية وهو ما نصت عليه المادة 377 من ق م الجزائري ، "مادام البائع حسن النية ولا يشوب تصرفه غش نحو المشتري" وذلك حسب الفقرة الثالثة من نفس المادة غير انه وحسب الفقرة الثالثة من نفس المادة من القانون المدني المصري و تقابلها المادة 445 ق م مصري" يقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع تعمد

[1] عبد القادر العرعاري ، مصادر الالتزامات، الكتاب الثامن، المسؤولية المدنية، الطبعة الثالثة، دار الامان للتوزيع، الرباط، 7199،م ، ص.17

[2] خليل احمد حسن قدادة، مرجع سابق، ص 151

إخفاء حق الغير"، حيث يلاحظ أن إخفاء حق الغير هو تطبيق من تطبيقات الغش التي لا يجوز الإعفاء أو التخفيف من مسؤوليتها

ويبرز الغش في العقود الالكترونية في صورة تزوير للمستندات الرقمية أو تزييف لتوقيعات الالكترونية قصد تحقيق مكاسب غير مشروعة، ويكون الغش في تعبئة البيانات المدخلة لتحقيق مكاسب على حساب الطرف الثاني في العقد، اما الاخطاء الجسيمة فقد تتجلى في شكل اخطاء برمجية تؤدي الى نتائج غير المرجوة، كأخطاء في تصميم أنظمة الحاسوب وتسليمها للعميل دون تصحيحها،

وكذلك بالنسبة للعقود المتعلقة بنقل الاشخاص حيث تنص المادة 17 ق. ت. ج أنه:» يكون باطلا كل شرط بإعفاء الناقل كليا أو جزئيا من مسؤوليته المتسببة عن الاضرار البدنية الحاصلة للمسافرين «حيث يمنع نص المادة الناقل من وضع أي شرط يعفيه من المسؤولية في حال اصابة أي راكب التزم بنقله.

المشرع الجزائري وان كان قد اعترف بالإعفاء والتخفيف من المسؤولية التعاقدية الا انه استبعد أيضا كل شرط يقضي بالإعفاء من الاضرار الجسمانية المخالفة للنظام العام والآداب[1]

2-القيد على الشروط المعفية من المسؤولية تجاه المستهلك :

بالنسبة للعقود المبرمة بين المستهلك والحرفي، يمكن للقضاء التدخل لإلغاء الشروط التي تحد من المسؤولية أو تعفي منها[2].

وفي سياق تنفيذ المرسوم الفرنسي الصادر في 24 مارس 1978 الذي يهدف إلى حماية حقوق المستهلكين من الشروط التعسفية، أصدرت المحكمة النقض الفرنسية قرارًا يلغي

[1] رضا متولي وهدان، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 29

[2] محمد السيد عمران، **حماية المستهلك أثناء تكوين العقد**، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون سنة نشر، ص30

الشروط التعسفية المتعلقة بتحديد المسؤولية أو إعفائها في عقود البيع وغيرها[1]. تنص المادة الثانية من هذا القانون على أن أي شرط يُعتبر تعسفيًا إذا كان له تأثير على إلغاء حق المستهلك أو المتخصص في التعويض في حالة انتهاك المتخصص لأي من التزاماته، وعندما يتم اعتبار الشرط تعسفيًا بهذا النحو، يتم إلغاؤه ويعتبر العقد ساري المفعول دون مراعاة إرادة الطرفين، ويذهب البعض الى حد اعتبار مسؤولية المهني مسؤولية تقصيرية عند تعلق المسالة بحماية المستهلك[2] .

الفرع الثاني: قيود الخصوصية والأمان في العقود الإلكترونية.

يسمح الحجم المتنامي للأعمال التجارية الالكترونية وعقود البيع عبر الويب للمتسوقين بشراء بضائع وخدمات من خلال المبادلات التي تتم بطرق افتراضية، لذلك فانه أكثر ما يواجههم هو تحديات حماية بياناتهم وخصوصيتهم من الانتهاك، مادعى التشريعات لفرض قيود الخصوصية والأمان في العقود الإلكترونية والتي تهدف إلى حماية البيانات الشخصية وضمان سلامتها وسرية المعلومات في عمليات التعاقد الإلكتروني. وفيما يلي نوضح بعض القيود المتعلقة بالخصوصية والأمان في العقود الإلكترونية:

(أولا): قوانين الامن السيبيراني

تنظم هذه القوانين حماية المعلومات الحساسة، مثل المعطيات الشخصية والمعلومات المالية في المعاملات الالكترونية، وقد سنت مجموعة من التشريعات قصد محاربة نشاط بعض الشركات والتجار الالكترونيين المتمثل في جمع بيانات العملاء بحيث ان جمع البيانات الشخصية للعملاء يمكن أن يؤثر على حريتهم التعاقدية من حيث الاختيار فقد يتعين على العملاء تقديم معلومات شخصية محددة كجزء من عملية التعاقد، وقد تكون هذه المعلومات

[1] احمد محمد الرفاعي، **الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 230

[2] محمد شكري السرور، **مسؤولية المنتج عن الاضرار التي تسببها منتجاته الخطرة**، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983، ص 85

ضرورية للشركة لتقديم الخدمة أو المنتج المطلوب، ومع ذلك، يمكن أن تكون هناك قيود على حرية العميل في اختيار أي معلومات يكشفها وهو ما يخالف اللائحة العامة لحماية العامة لحماية البيانات العامة GDPR التي اوجبت على المتعاملين الالكترونيين عند معالجتهم للبيانات "....تقليل البيانات إلى الحد الأدنى – جمع ومعالجة أكبر قدر ممكن من البيانات لكن فقط حسب الضرورة القصوى للأغراض المحددة[1]." بحيث تكون كافية وذات صلة ومحدودة لما هو ضروري فيما يتعلق بالأغراض التي تتم معالجتها من أجلها، مما قد يقيد خياراتهم التعاقدية، بالإضافة إلى تأثير ذلك على قوة التفاوض للعميل إذا كانت الشركة تجمع كميات كبيرة من بيانات العملاء، فقد تكون لديها مزيد من السلطة في عملية التفاوض، مثل استخدام الشركة هذه البيانات لتحليل سلوك العملاء وتحديد الاحتياجات الفردية، وبالتالي تقديم عروض تعاقدية مخصصة. وهذا يمكن أن يؤثر على حرية العميل في التفاوض واتخاذ القرارات المستقلة والسليمة، وايضا فيما يتعلق باستخدام ومشاركة المعطيات الشخصية، حيث تفرض بعض الشركات قيودًا على كيفية استخدام بيانات العملاء ومشاركتها مع أطراف ثالثة. قد تؤثر هذه القيود على حرية العميل في تحكم بمعلوماتهم الشخصية والتحكم في مدى مشاركتها مع الأطراف الأخرى.

عند الحديث عن قيود الخصوصية والأمان في العقود الإلكترونية، يمكن الاستشهاد ببعض القوانين والتشريعات التي تنظم هذه المسائل. من بين الأمثلة على النصوص القانونية المتعلقة بقيود الخصوصية والأمان:

(ا) في الاتحاد الأوروبي – اللائحة العامة لحماية البيانات العامة (GDPR)[2]:

[1] Art. 5 GDPR Principles relating to processing of personal data, https://gdpr.eu/article-5-how-to-process-personal-data/

[2] وهي اختصار لعبارة General *Data Protection Régulation* يمكن الاطلاع عليها عبر الرابط التالي https://gdpr.eu/what-is-gdpr/

تنص اللائحة المذكورة على انه "يجب أن يتم معالجة البيانات الشخصية بطريقة قانونية ونزيهة وشفافة تجاه الشخص المعني بالبيانات. يجب أن تُجمع البيانات لأغراض محددة ومشروعة ولا يجوز معالجتها بطرق غير متوافقة مع هذه الأغراض."

فالحق في الخصوصية جزء من **الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان**[1] لعام 1950، والتي تنص على أن "لكل فرد الحق في احترام حياته الخاصة والعائلية ومنزله ومراسلاته [2]."من هذا الأساس، سعى الاتحاد الأوروبي إلى ضمان حماية هذا الحق من خلال التشريعات التي يصدرها،

كما يشمل هذا التزام الأطراف المتفاوضة بعدم افشاء المعلومات السرية التي تم الحصول عليها اثناء عملية التفاوض دون اذن[3].

(ب) الولايات المتحدة – قانون الخصوصية الإلكترونية للمستهلك (CCPA)[4]:

يعد قانون خصوصية المستهلك لولاية كاليفورنيا CCPA أحد أكثر قوانين خصوصية البيانات شمولا في الولايات المتحدة.[5] يركز CCPA بشكل أساسي على حقوق المستهلك فيما يتعلق بجمع واستخدام البيانات الشخصية أو الخاصة، حيث "يوجب على الكيانات التجارية أن توفر إشعارًا للمستهلكين بشأن جمع البيانات الشخصية واستخدامها وكشفها. يتعين أن يكون

---

[1] بالإنجليزية: *Européen Convention on Human Rights*، واختصاراً: ECHR، وهي معاهدة دولية تهدف لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية في قارة أوروبا، حيث وضع مسوَّدتها مجلس أوروبا سنة 1950، وبدأ تطبيقها في 3 سبتمبر سنة 1953.

[2] المادة 8 من اتفاقية حماية حقوق الإنسان في نطاق مجلس أوروبا روما المؤرخة في 4 نوفمبر 1950، متوفر على موقع جامعة مينيسوتا، مكتبة حقوق الانسان، ايمكن الاطلاع عليها على لرابط http://hrlibrary.umn.edu/arab/euhrcom.html تاريخ الزيارة، 27-01-2022

[3] 1112-1 ق مدني فرنسي الالتزام بالإعلام

[4] *The California Consumer Privacy Act of 2018 (“CCPA” or “the Act”) became effective on January 1, 2020, and is codified at §§1798.100-199 of the Civil Code*

[5] في عام 2018، أقر المشرعون في كاليفورنيا قانون خصوصية المستهلك في الولاية (CCPA)، وهو نظام للخصوصية الرقمية يمنح المستهلكين مزيدًا من التحكم في معلوماتهم الشخصية عبر الإنترنت.

للمستهلكين الحق في رفض بيع بياناتهم الشخصية لأطراف ثالثة والحق في الوصول إلى بياناتهم الشخصية وكذلك الحق في حذفها"[1]

(ج). كندا – اللائحة العامة لحماية البيانات العامة (PIPEDA)[2]:

وهو قانون كندي يتعلق بخصوصية البيانات، ويهدف الى تسهيل استخدام المستندات الالكترونية، أصدر احكاما الزامية لحماية البيانات الشخصية، حيث انه يجب أن يتم جمع البيانات الشخصية بالموافقة الصريحة من الأفراد، ويتعين أن تستخدم وتكشف البيانات الشخصية بطرق محدودة ومتوافقة مع الأغراض المحددة. يجب تطبيق تدابير أمنية تناسب الطبيعة الحساسة للبيانات الشخصية.

(د)–**في الجزائر:** في العام 2018، تم إقرار قانون يحمي الأشخاص من معالجة البيانات الشخصية وحماية الخصوصية[3] في قطاع الاتصالات الإلكترونية وتكنولوجيا المعلومات. ويشمل هذا القانون حماية البيانات الشخصية في هذه القطاعات الخاصة. حيث أكد ذات القانون في المادة 7 انه لا "يمكن القيام بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي إلا بالموافقة الصريحة للشخص المعني، وإذا كان المعني عديم أو ناقص الأهلية تخضع الموافقة لقواعد القانون العام، ويمكن للشخص التراجع عن موافقته في أي وقت..."

ونص الفصل الأول من الباب الرابع والذي جاء بعنوان الحق في الاعلام على وجوب اعلام المعني بصفة مسبقة وصريحة من قبل المعالج أو من ينوبه، كل اتصال به قصد تجميع معطيات ذات طابع شخصي[4]

---

[1] المواد 100–105 من CCPA

[2] *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques ; À jour au 19 septembre 2023 ; Dernière modification le 21 juin 2019.*

[3] القانون 18–07 مؤرخ في 25 رمضان عام 1439، الموافق ل 10 يونيو 2018 يتعلق بحماية الاشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي

[4] المادة 32من القانون 18–07 السالف الذكر

(ثانيا): الشروط المفروضة على المهنيين والشركات عند معالجة بيانات المستهلك الالكتروني

ان تصفح المواقع وتحميل البرامج يعرض المستخدم الى خطر الهجمات الفيروسية والقرصنة، وما ينجم من ذلك من اعتداء عليه وعلى خصوصيته، وقد اثير موضوع حماية البيانات الشخصية بقوة في معرض الحديث عن العلاقات التجارية الالكترونية، خطورة ملاحقة معلومات المستهلك الرقمي لما في ذلك من اعتداء على حياته الشخصية[1]، لذلك تقر مختلف التشريعات بضرورة توفير حماية خاصة للمستهلك الالكتروني من خلال فرض واجبات على المهنيين والموردين الالكترونيين، وتتمثل هذه الحماية في:

1-**حماية البيانات الشخصية :** تتطلب قيود الخصوصية والأمان توفير آليات لحماية البيانات الشخصية التي يتم تبادلها في إطار العقود الإلكترونية، ويجب أن يتم جمع ومعالجة هذه البيانات بطرق تضمن سرية وحماية المعلومات الشخصية للأطراف المتعاقدة، من الناحية القانونية، يعني استخدام الشركات لبيانات العملاء ومشاركتها مع أطراف ثالثة قد يتعارض مع حقوق الخصوصية والأمان الشخصي للأفراد، وانه على المستغل للبيانات الشخصية الالتزام بضمان سرية المعلومات التي تلقاها، ويندرج تحت هذا جميع البيانات المتعلقة بشخص صاحبها[2].

عادةً ما يجب على المهنيين الامتثال للقوانين واللوائح التي تحمي بيانات العملاء وتحد من استخدامها غير المصرح به، كما يجب عليها اخذ كافة الاحتياطات اللازمة لمنع تلفها او ضياعها[3]، حيث يجب على الشركات الحصول على موافقة صريحة من العملاء قبل مشاركة بياناتهم مع أطراف ثالثة، ويجب أن تكون هذه الاستخدامات مشروعة ومتفق عليها، وفقا للمادة

---

[1] عبد العزيز غرم الله جار الله ال جار الله، مرجع سابق ص 339

[2] ويقصد بصاحبها كل من اوجد تلك البيانات وتتعلق به او من ادخلها الى الانترنت بصورة مشروعة.

[3] سليم عبد الله الجبوري، **الحماية القانونية لمعلومات شبكة الانترنت**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط 2011 ص 145

08 من التوجيه الأوروبي المتعلق بالتوقيع الالكتروني، فالدول الأعضاء في الاتحاد يجب ان تتعهد بان يلتزم كل مقدمي خدمات التصديق الالكتروني وكذا المنظمات المسؤولة عن تفويض عملية التصديق بالمحافظة على كل معلومة توصف بانها ذات طابع شخصي للمشتركين والمستهلكين الالكترونيين[1].

-إذا قامت الشركات بمشاركة بيانات العملاء بطرق غير مشروعة أو دون موافقة صريحة، تكون معرضة للمساءلة القانونية والعقوبات. لذا، يجب على الشركات مراعاة التشريعات المحلية والدولية المتعلقة بحماية البيانات واحترام خصوصية العملاء عند جمع واستخدام بياناتهم، فالمشرع المغربي اقر بعقوبة لكل مهني يكشف عن هته البيانات التي تعتبر سرا مهنيا في المادة 30 من القانون 53-05 [2]التي تنص على انه "عاقب مقدم الخدمات الذي يفشي المعلومات في إطار ممارسته لوظيفته أو يحرض على نشرها ويساهم على نشرها حيت يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 2000000 درهم إلى 5000000 درهم"

-**الاستخدام المشروع للبيانات:** يجب أن تتم معالجة البيانات الشخصية وفقًا للأغراض المحددة التي تم الاتفاق عليها في العقد الإلكتروني، ينبغي أن تكون البيانات محمية من الوصول غير المصرح به والاستخدام غير القانوني أو غير المشروع.

- **تقنيات الأمان:** يجب تبني تقنيات الأمان المناسبة لضمان سلامة العمليات الإلكترونية وحماية البيانات الحساسة، يمكن استخدام التشفير والتوقيع الرقمي والوصول المحدود وغيرها من الوسائل لضمان سرية وسلامة المعلومات، فعلى سبيل المثال اتى المشرع المغربي على ذكر التشفير كأداة حماية للمعطيات الشخصية في المادة 12 من القانون 53.05 على انه"

[1] محمد شوقي محروس، العقد الالكتروني في ضوء الإرادة والحماية، مرجع سابق، ص 274

[2] لقانون رقم 53.05المتعلق بالتبادل لإلكتروني للمعطيات القانونية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1 01 129 ,الصادر في 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007) والمنشور في الجريدة الرسمية، عدد 5584, بتاريخ 25 ذو القعدة 1428 (6 ديسمبر 2007)

تهدف وسائل التشفير على الخصوص إلى ضمان سلامة تبادل المعطيات القانونية بطريقة إليكترونية أو تخزينها أو هما معا بكيفية تمكن من ضمان سريتها وصدقيتها ومراقبة تماميها".

- **الإشعار والموافقة:** يجب على الأطراف المتعاقدة أن يتم إبلاغها بشكل صريح بسياسات الخصوصية والأمان المتعلقة بالعقد الإلكتروني. ينبغي الحصول على موافقة صريحة من الأطراف قبل جمع واستخدام البيانات الشخصية.

الفصل الرابع:

الإطار التشريعي والقضائي المطبق على منازعات العقد الالكتروني

تحديد القانون المعمول به والولاية القضائية المختصة فيما يتعلق بالعقود الإلكترونية الدولية يُعتبر تحديًا هامًا في بناء إطار قانوني مناسب للتجارة الإلكترونية، تُعقد هذه المعاملات عبر الحدود وتحدث على الشبكة العالمية، مما يجعل من التطبيق العملي لقواعد القانون الدولي الخاص التي صُممت للتعامل مع العقود التقليدية أمرًا صعبًا.

في سياق العقود الإلكترونية، يعتبر إنشاء أدوات قانونية مناسبة ضرورة لبناء علاقة ثقة بين التجار والمستهلكين عبر الإنترنت وتعزيز التطور المستدام للتجارة الإلكترونية. تتطلب هذه الأدوات القانونية تنسيقًا دوليًا وجهودًا مشتركة لضمان حماية حقوق المستهلكين وتوفير بيئة تجارية عادلة وآمنة للتجارة الإلكترونية.

يُعتبر تحديد القانون المعمول به والولاية القضائية المختصة للعقود الإلكترونية الدولية أحد التحديات التي تتطلب تكييف وتحديث القوانين واللوائح الحكومية والدولية، ويهدف ذلك إلى تطوير إطار قانوني يضمن الحماية القانونية للأطراف المتعاقدة وتعزيز الثقة في التعاملات التجارية عبر الإنترنت، الا انه بسبب الطابع التجاري والخصوصية التي تتميز بها عقود التجارة الدولية، نواجه تحديًا في تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، خاصةً عند وجود عناصر أجنبية في هذه العقود، وكذلك في تحديد القضاء المختص في الفصل في المنازعات.

لأجل هذا سنحاول تفرع الفصل الرابع الى المبحثين التاليين:

- المبحث الأول: الاختصاص القانوني في منازعات العقود الالكترونية
- المبحث الثاني: الاختصاص القضائي في منازعات العقود الالكترونية

المبحث الأول: الاختصاص القانوني في منازعات العقد الالكتروني

تشكل العقود الالكترونية قوام التجارة الالكترونية، وخاصة البيع عبر الإنترنت، إذا كانت المعاملة تتم بين بائع ومشتري ليسا مقيمين في نفس البلد، فان ذلك يدعو للتساؤل حول القانون الذي سيحكم علاقتهما وفي حالة وجود نزاعات، ولأنه لا يمكن تصور علاقة الثقة بين التاجر والمستهلك، والتي تعتبر ضرورية للغاية، إلا في الحالة التي يمكن فيها للجميع الاعتماد على تشريع دولي موثوق.

مع تطور مفاهيم جديدة لتناسب ظروف وملابسات التجارة الدولية، وأدت إلى عدم توافق القوانين المختلفة للتشريعات التي تنظم العقود الداخلية، فتم اقتراح منهجيات مختلفة لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود، حيث يعتمد بعضها على اختيار الأطراف لهذا القانون، وذلك بناء على مبدأ سلطان الإرادة وحرية الأطراف في تحديد مضمون العقد واثاره. بالإضافة إلى إمكانية تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بناءً على ضوابط الاسناد في القانون الدولي الخاص.

لدراسة كيفية تحديد هذا القانون، سنتناول قضية اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقود الالكترونية (المطلب الأول)، و في حالة عدم وجود اتفاق بين أطراف المعاملة الإلكترونية على تطبيق قانون معين، فإن القانون الواجب تطبيقه يكون قانون الدولة التي لها أكثر ارتباطًا بموضوع النزاع وفقا لضوابط اسناد قانونية. وهو ما سيتم مناقشته في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حرية الأطراف في اختيار قانون الاختصاص في منازعات العقد الالكتروني

في العقود التجارية الدولية لا يوجد قانون محدد سلفا له الصلاحية المطلقة او الأولوية لحكم العلاقة التعاقدية، ففي حالة اتفاق الأطراف على تعيين قانون محدد ليحكم العلاقة وهذا استنادا لمبدا سلطان الإرادة المكرس قانونا، وبناء عليه ينبغي تبيان مضمون استقلالية الأطراف في اختيار القانون المختص في الفصل في النزاع من جهة ومن جهة

أخرى طرق التعبير عن الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعاتهم العقدية الالكترونية (فرع ثاني)

الفرع الاول: مضمون استقلالية الأطراف في تحديد قانون الاختصاص

بينا سابقا ان الإرادة الحرة للأطراف المتعاقدين هي أساس القوة الملزمة للعقد، بل هي المصدر. فإذا تم الاتفاق بين الطرفين على شيء معين، فإن هذا الاتفاق يحل محل القانون بالنسبة إليهما[1]، فللأطراف المتعاقدة في العقود التجارية الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، ولا يقتصر هذا الحق على اختيار القانون الوطني، بل يمتد إلى اختيار القانون الدولي، وقد نشأ هذا الحق من مبدأ سلطان الإرادة الذي يعد من المبادئ الأساسية في القانون الدولي الخاص[2]، ويُستند مبدأ سلطان الإرادة إلى فكرة أن الأطراف المتعاقدين هم الأكثر دراية بمصالحهم، وأنهم هم الأقدر على اختيار القانون الذي يحقق هذه المصالح، كما يُستند هذا المبدأ إلى فكرة أن الأطراف المتعاقدين يتمتعان بالحرية الكاملة في إبرام العقود، وأن هذا الحق يشمل حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد[3].

وقد نص المشرع الجزائري صراحةً على مبدأ سلطان الإرادة في العقود التجارية في المادة18 من القانون المدني الجزائري. وبناء على المادة فانه يجوز للأطراف في العقود التجارية أن يختاروا قانوناً يحكم العقد، ولو كان هذا القانون مختلفاً عن قانون محل إبرام العقد أو قانون جنسية الأطراف.

ان إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية تعتبر من القضايا المهمة التي يثيرها تنفيذ العقد الإلكتروني. ذلك يرجع إلى وجود طرفين في العقد يكون

[1] محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة للنشر، عمان، ط2 ، 2008، ص 128

[2] عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، المرجع السابق ص 1541

[3] بلهوان حسين، **تنازع القوانين في منازعات التحكيم في عقود التجارة الالكترونية**، اطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون اعمال، جامعة باتنة، 2021/2020 ص 21

أحدهما غالبا أجنبيًا، مما يؤدي إلى نقل التنازع من المستوى الداخلي إلى المستوى الدولي، وبالتالي تطبيق القوانين الدولية الخاصة لحل النزاعات والمشكلات المتعلقة بهذه العقود.

ينطبق مبدأ سلطان الارادة على العقود المبرمة عبر الإنترنت، هذا المبدأ معترف به في القانون الدولي الخاص وهو أساس معظم النصوص القانونية المطبقة على هذا النوع من العقود على وجه الخصوص، يعتمد المبدأ في اختيار قانون الاختصاص على وجود بند في العقد يتعلق بالقانون المعين من قبل الأطراف لتنظيم التزاماتهم التعاقدية[1].

اليوم وكما هو معترف به في الغالب من قبل الفقه والقانون الدولي، فان هذا المبدأ يسمح صراحة للأطراف بتنحية القوانين الاخرى ذات الصلة بالعقد صراحة أو ضمنا[2]، فوفقًا لاتفاقية روما المؤرخة 19 يونيو 1980 بشأن القانون الساري للالتزامات التعاقدية "يحكم العقد بالقانون الذي اختارته الأطراف"[3] (المادة 1)، ويعد هذا تكريسا لمبدا قانون سلطان الارادة أو استقلالية الارادة[4] حيث ينبع هذا المبدأ من حقيقة أنه لا يوجد أحد أفضل من الأطراف أنفسهم لمعرفة أهمية وتفاصيل التزامهما، وبالتالي، فمن طبيعي أن تفضل الأطراف التي تبرم اتفاقًا بشأن اختيار قانون تستفيد منها العقود الالكترونية بحماية في بلد تتمتع فيه بحماية قانونية بدلاً من بلد أقل اهتمامًا بتلك المسائل. تصل حرية الاختيار إلى النقطة التي يمكن أن يكون فيها الاختيار لقانون واحد فقط من أجل جزء من العقد.

---

[1] *Rosario DUASO CALÉS,* ***La détermination du cadre juridictionnel et législatif applicable aux contrats de cyberconsommation*** *Lex Electronica 2002 ; P04*

[2] *Valerio De Oliveir Mazzuoli ;Gabriella Boger PradoDans* ***L'autonomie de la volonté dans les contrats commerciaux internationaux au Brésil*** *; Revue critique de droit international privé 2019/2 (N° 2), p 43*

[3] *Convention 80/934/CE de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, version codifiée publiée au J.O.C 27, le 26 janvier 1998, p. 34*

[4] *Rosario DUASO CALÉS ; op ; cit; p 05*

(أولا): مضمون قاعدة قانون الإرادة

فكرة قانون الإرادة تقوم على الاعتراف لأطراف العقد بحقهم في اختيار وتحديد القانون واجب التطبيق على العقود المبرمة بينهم[1]، بالذات في العقود الدولية التي يون احد عناصرها اجنبيا.

ويراد بمبدأ قانون الإرادة في القانون الدولي الخاص، حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على التزاماتهم التعاقدية، إذا كان هذا الالتزام أو العقد مما يمكن اخضاعه لقوانين من بلاد مختلفة[2]، وتتنازع كيفية تطبيق قانون الإرادة على العقد الالكتروني نظريتان، نظرية شخصية واخرى موضوعية.

(ا) النظرية الشخصية:

تعتبر النظرية الشخصية أن اتفاق إرادة الأطراف المتعاقدة كافٍ بذاته مجرد بوصفه مصدر الالتزام، وأن العقد لا يخضع لأي قانون آخر غير القانون الذي اختارته الأطراف، وان إرادة المتعاقدين تعتبر قوية، حيث يمكنهم اختيار القانون الذي ينظم علاقتهم التعاقدية بحرية مطلقة[3].

بناءً على هذا المفهوم، يتم اندماج القانون المختار بالعقد بوصفه بندًا من بنوده، وبالتالي، يمكن القول أن التزام الأطراف بأي قانون لا يكون إلا في الحدود التي رسمتها هاته الإرادة اي إرادة المتعاقدين التي تعتبر سلطانًا في نطاق الروابط التعاقدية[4]، مما يمنحهم

---

[1] محمد فواز المطالقة، **الوجيز في العقود التجارة الالكترونية دراسة مقارنة**، دار الثقافة للنشر، عمان، 2008، ص128

[2] زياد محمد الفالح بشابشة، احمد الحراكي، عماد قطان، **دور إرادة أطراف التعاقد في اختيار القانون واجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية الدولية وفقا للقانون الاردني**، مجلة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، العدد 30، ج1، جوان 2013ص 358

[3] الايوبي محمد، **دور مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية**، مجلة المنارة للدراسات القانونية والادارية، عدد 12، 2016ص 44

[4] محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص 142

حرية كاملة في تحديد شروط ونصوص العقد بصورة مستقلة عن القانون الذي قد يكون غير مرتبط بهذه العلاقة التعاقدية.

تمثل النظرية الشخصية وجهة نظر يؤمن بها أنصار هذا النهج، ويعتبرونها ضمانًا للحرية المطلقة للمتعاقدين في اختيار قانون العقد الذي ينطبق عليهم، ويذهب أنصار هاته النظرية إلى أن القانون المختار بالإرادة الحرة للأطراف يطبق على الاتفاق التعاقدي كما كان عند إبرام الاتفاق، وان أي تعديل يمس هذا القانون لا يسري في مواجهة الأطراف[1]. وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في القضية 3985/6/33 [2]فأقرت حق الخصوم في استبعاد القواعد المعدلة وان كانت متعلقة بالنظام العام.

النظرية الموضوعية:

تعتمد النظرية المذكورة على عدة معايير لتحديد القانون الواجب التطبيق في العقود الدولية، ومن بين هذه المعايير الأساسية، يُعتبر الاختيار الصريح للقانون المطبق من قبل الأطراف هو المعيار الأول الذي يُنظر إليه، على أن يكون هذا الاختيار ذا صلة بالعقد الدولي.

يتمثل مفهوم هذه النظرية في إعطاء الأطراف المتعاقدة سلطة الاختيار المادي للأحكام التي تنظم العلاقة العقدية والتي نقلت على هذا النحو من سلطة القانون المعمول به. وبموجب هذه النظرية، إذا انتقلت هذه الصلاحية إلى القانون المطبق من قبل الأطراف، فإن العقد سيخضع لأحكام هذا القانون[3]، بما في ذلك القواعد الآمرة التي لا يمكن للمتعاقدين مخالفتها.

وتُعتبر الإرادة الصريحة والضمنية المعيار الأساسي في هذه النظرية، حيث يمكن للأطراف التعبير صراحة في نص العقد أو حتى ضمنيا عن اختيار القانون المطبق على

[1] *Mayer-Iemythedel'orderJuridiquedepuse: ou (grundiegung) in melanges cold man, paris, 1983, P 206.*
[2] محمد الايوبي، المرجع السابق ص 44
[3] محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص 143

العقد. في حال تضمن العقد صراحة أو ضمنيا الاختيار التنازلي لقانون معين لتنظيم العلاقة العقدية الدولية، يكون القاضي ملزمًا باحترام هذا الاختيار طالما أن العقد يتميز بالصفة الدولية وتتوافق هذه الصلاحية مع قوانين النزاع في الدولة التي ينظر فيها النزاع[1].

ويعد قانون الإرادة الأعلى منزلة بين القوانين المطبقة على العقد التجاري الدولي، حيث لا يسبق إرادة المتعاقدين أي قانون اخر في حال قاما باختيار قانون معين[2].

وقانون الإرادة هو القانون الذي يتم اختياره من قبل الطرفين ليحكم علاقتهما العقدية ويصبح مصدرًا للقواعد التي تحكم تلك العلاقة. في حال عدم اختيار الطرفين لقانون محدد، يُطبَّق القانون الذي يكون ملائمًا وفقًا للنظام القانوني الساري المفعول. وبناءً على ذلك، يحق للطرفين الاتفاق على تطبيق قانون آخر لتنظيم علاقتهما العقدية، سواء اختاروا قانونًا من بلد إبرام العقد، أو قانونًا من بلد تنفيذه، أو قانونًا من بلد إقامتهما المشترك، أو أي قانون آخر يتم الاتفاق عليه وفقًا لمبدأ الإسناد في القانون الدولي الخاص[3].

أحد الفقهاء البارزين في هذا المجال هو "ديمولان" الذي كان أول من قام بتطبيق مفهوم إرادة الأطراف في قانون العقود، ويعتبر هذا التطبيق تجسيدًا لمبدأ سلطان الإرادة وتعبيرًا عن فلسفة الحرية الفردية التي تم تأسيسها خلال الثورة الفرنسية، وكان لذلك تأثير كبير في استقرار قاعدة الإرادة في قوانين العديد من الدول في القرن التاسع عشر وقد دافع الكثيرون من الفقهاء مثل "سافيني" و"مانشيني" عن فكرة إخضاع موضوع العقد لقانون الإرادة، وقد تم تبني هذه الفكرة من قبل القضاء وتم تنظيمها في معظم التشريعات الوطنية. ويمكننا أن نرى تطبيق هذه الفكرة في البلدان مثل فرنسا ومصر والكويت، حيث تعتبر قاعدة

[1] محمد الايوبي، المرجع السابق ص 45

[2] عقيلة بلقاسم، **القانون المطبق على منازعات العقود الالكترونية في ظل قواعد الاسناد التقليدية قانون الإرادة انموذجا**، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد السابع، العدد 01، 2021 ص 1807

[3] غول سليمة، ميهوب علي، **القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الالكترونية**، مجلة الباحث القانوني، المجلد 01، العدد01 سنة 2020ص 52

خضوع العقود الدولية والالتزامات المترتبة عليها لقانون الإرادة من بين أهم وأقدم قواعد القانون الدولي الخاص[1].

ويبرز دور مبدأ سلطان الإرادة هنا حيث ان للأطراف كامل الحرية في تحديد القانون الذي يناسبهم وتطبيقه على منازعات العقد الالكتروني الذي قاموا بإبرامه، فقانون الإرادة هو القانون الذي قام طرفا العقد بالاتفاق على الرجوع الى أحكامه من اجل الفصل في أي نزاع قد ينشب جراء ابرام العقد الالكتروني، ولا يخضع الاطراف في هذا الا لقيود النظام العام[2]

وبناءً على ذلك، يُعد تطبيق قاعدة الإرادة في قوانين العقود مظهرًا هامًا في التطور القانوني الدولي، حيث يتم التركيز على إرادة الأطراف في تنظيم وتنفيذ العقود الدولية[3].

(ثانيا): تقرير مبدأ حرية الأطراف في اختيار قانون الاختصاص

اكدت القوانين والتشريعات الحديثة [4]على امكانية تعيين القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الافراد بطريقة اتفاقية حيث تسري قاعدة قانون الإرادة على العقود الدولية المبرمة عبر الوسائل الالكترونية مهما كان نوعها[5] ، ومن ذلك العقود المبرمة بين مستخدمي الانترنت، والعقود المبرمة بين التجار والمستهلكين بطريقة الكترونية ومن التشريعات التي نصت على قانون الإرادة القانون الدولي الخاص المادة 116-1 ،وكذا التقنين المدني لإقليم كيبيك في كندا لسنة 1994 ،القانون الامريكي الموحد التجاري السويسري لسنة 1994، ، المادة 19-1 وقانون المعاملات المدنية الاماراتي لسنة 1975 والقانون المدني الاردني

[1] غول سليمة، ميهوب علي، المرجع السابق 52
[2] المرجع السابق ص53
[3] بلهوان حسين، المرجع السابق، ص 22
[4] امين دواس، **اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني**، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، مجلد 25، العدد 10 سنة 2011
[5] زيغم محاسن ابتسام، بلقاسم تروزين، **القانون الواجب التطبيق على العقود الالكترونية**، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 12العدد 02، 2020 ص 348

لسنة 1976 ، والقانون المدني المصري لسنة 1948،ومجلة القانون الدولي الخاص التونسية لسنة 1998، وكذلك القانون المدني الجزائري في المادة 18 من القانون المدني.

فيما يتعلق بالعقود الالكترونية خاصة فقد نصت على قانون الإرادة المادة 109 من القانون الأمريكي الموحد للمعلومات المتعلقة بصفقات الحاسوب لسنة 1999 (Uniform Computer Information Transactions Act)حيث نصت على انه "يجوز للطرفين، في اتفاقهم، تحديد القانون الواجب التطبيق..."[1] وهو ما جاءت به اتفاقية لاهاي[2] التي اقرت بحرية الاطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد التجاري الدولي، حيث بينت المادة 2 منها أن العقد يخضع لأحكام القانون الذي اقرته إرادة المتعاقدين، سواء بإخضاع العقد كله أو جزء منه فقط للقانون المختار أو إخضاع اجزائه لقوانين مختلفة، وأضافت الاتفاقية أن للأطراف كامل الحرية في تعديل القانون المتفق عليه في أي وقت شرط أن لا يمس هذا الاختيار أو التعديل بصحة العقد.

كما ان مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري لسنة 2004 أكد على ما جاء في المادة 19-1 من القانون المدني المصري بخصوص قانون الارادة، حيث نصت المادة الثانية منه على ما يلي: "يسرى على الالتزامات التعاقدية في مفهوم هذا القانون، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإن اختلفا يسرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك، و تبنى قانون المعاملات الالكترونية الاردني رقم 15 لسنة 2015 نظاما ثنائيا، حيث يعتمد على الاتفاق الصريح أو الضمني وفي حال غياب الاتفاق يلجا إلى قواعد الإسناد[3].

---

[1] http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/ucita/ucita200.htm

[2] 1 *The Hague principles on choice of Law in international commercial contracts, approved on 19 March 201*5

https://static.pmg.org.za/170912Hague_Principles.pdf تم الاطلاع عليه بتاريخ 28-06-2023

[3] عبد الرحمان شدوه، القانون الواجب التطبيق على المعاملات الالكترونية، مقال منشور بتاريخ 07 ماي 2020، متوفر على الموقع https://jordan-lawyer.com/2020/05/07/%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%A7%D9%84%D9%88%D8%A7%D8%AC%D8%A8-

وفي نفس السياق جاءت المادة 18 من ق م ج ونصت على انه" يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة. وفي حالة إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد. غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعة"، نستنتج من نص المادة انه في حالة اتفاق أطراف المعاملة الإلكترونية على تطبيق قانون دولة معينة أو تطبيق قواعد اتفاقية دولية معينة، يتم تطبيق القواعد الموضوعية لذلك القانون، استنادا إلى حرية الأطراف في اختيار قانون الاختصاص.

وعلى المستوى القضائي اقر القضاء في بلجيكا وفرنسا وانجلترا على مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون المنطبق على العقد، حيث اقرت المحاكم الانجليزية بحرية الافراد في اخضاع عقدهم لقانون الارادة[1]

و أساس حرية اختيار القانون واجب التطبيق على العقد الالكتروني مصدره مبدا سلطان الإرادة الذي يعد قاعدة أساسية في مجال العقود، ويتم اعمال المبدا من خلال اتاحة المجال للأطراف بان يختاروا القانون الذي يحكم الشروط الشكلية والموضوعية للعقد الالكتروني[2].

(ثالثا): معايير تطبيق قانون الإرادة على منازعات العقد الالكتروني

يُطبق قانون الارادة عادةً في عقود التجارة الدولية، حيث يكون الطرفان من دول مختلفة وقوانين مختلفة، وفي هذه الحالة، يجوز للأطراف الاتفاق على تطبيق قانون دولة معينة على

%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%B7%D8%A8%D9%8A%D9%82-%D8%B9%D9%84%D9%89-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%AD%D9%83%D9%85%D9%8A%D8%A9/ تاريخ الزيارة 30-07-23

[1] محمد الايوبي، المرجع السابق ص 47

[2] محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص 150

العقد، غير ان الفقرة الأولى من المادة الأولى لمبادئ مؤتمر لاهاي لسنة 2015 [1]حددت معيارين لتطبيق مبدا حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق

– **دولية العقد:** ان قيام التنازع بين القوانين في العقود الالكترونية يستوجب ان يكون احد اطراف العقد او عنصر من عناصره اجنبيا[2] ، وحسب اتفاقية لاهاي يقصد بدولية العقد ان يتحقق شرطان في هذا العقد[3] بنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من الاتفاقية لأغراض تطبيق هذه المبادئ، فقد جاء في المادة انه " يعتبر العقد دوليا ما لم تكن مؤسسات الأطراف كلِّها قائمة في دولة واحدة وكانت العلاقات القائمة بين الأطراف وجميع العناصر ذات الصلة متعلقة بتلك الدولة وحدها دون سواها، بصرف النظر عن القانون المختار". وفي العقود الإلكترونية، ولأنه يتدخل فيها أشخاص ينتمون إلى دول مختلفة، فانه تتوفر فيها عادة الصفة الدولية . فالعقد الذي يتم إبرامه عبر شبكة الإنترنت يشارك فيه مستخدم الشبكة المقيم في دولة ما، والمزود أو مقدم خدمات الاشتراك من دولة أخرى، فيتم اعتبار العقود الالكترونية دولية لمجرد أنها تمت عبر الانترنت، ما لم يكن واضحا أن التاجر يحصر معاملاته بالزبائن من دولته فقط [4].

–**ان يكون العقد تجاريا:** لتطبيق مبدا حرية اختيار القانون الواجب التطبيق يلزم ان يتوفر معيار ثان الى جانب الدولية، وهو ان يكون العقد مرتبطا بالتجارة ومن ذلك عقود التوريد وعقود نقل البضائع او ممارسة مهنة معينة كعقود الاستشارات القانونية او الطبية او الهندسية.[5]

---

[1] مبادئ اختيار القانون المطبق على العقود التجارية الدولية ، منشورات لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الدورة الثامنة والأربعون ، فيينا، ٢٩حزيران/يونيه – ١٦ تموز/يوليه ٢٠١٥

[2] سهام خلف السلمي، هشام موفق عوض، **ضوابط الاختصاص القضائي الدولي في نظر منازعات العقود الالكترونية في النظام السعودي**، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، العدد 42، جويلية 2023، ص2327

[3] بهلولي فاتح، **النظام القانوني للتجارة الالكترونية في ظل التشريع الجزائري** ،أطروحة دكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تيزي وزو، الجزائر،2017 ص 92

[4] امين دواس، **اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني**، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، مجلد 25 العدد10، 2011 ص 2541

[5] زياد خليف العنزي، المرجع السابق ص 375

الفرع الثاني: كيفية الاتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق

الاتفاق على قانون الاختصاص يعني التوصل لاتفاق مسبق بين أطراف العقد يقضي باللجوء لقانون معين يحكم النزاع بين أطراف العقد الالكتروني، حيث يتم تطبيق احكام هذا القانون في حال حدوث أي نزاع مستقبلا، ويتم الاتفاق بين الأطراف عادة بطريقة صريحة على تحديد قانون معين يحكم العلاقة العاقدية، ويحدث ان يكون الاتفاق ضمنيا يستدل فيه القاضي للوصول اليه على مجموعة من القرائن التي تدل على نيتهم في اللجوء الى قانون ما.

(أولا): الاتفاق الصريح على تعيين قانون مختص:

(ا) معنى الاتفاق الصريح:

يقصد بالاتفاق الصريح ان تتجه الإرادة الصريحة لأطراف العقد، لإخضاع العقد إلى نظام قانوني متفق عليه، حيث يستمد هذا الاتفاق قوته من قواعد الاسناد الوطنية التي تعطي الأطراف الحق في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي[1]

والاتفاق على قانون الاختصاص يعد القاعدة العامة المعمول بها كأصل، واللجوء إلى طرق أخرى يعد الاستثناء

في العقود المبرمة بطريقة الكترونية، بشكل عام، لا يتم تأكيد الاتفاقات المتعلقة بالقانون المعمول به كتابة كما يمكن أن يحدث في العقد التقليدي، علاوة على ذلك عندما ندرس تحديد الاختصاص القضائي بناًء على اتفاقية بروكسل المؤرخة 27سبتمبر 1968 بشأن الاختصاص القضائي وإنفاذ الأحكام في المسائل المدنية والتجارية، يمكننا أن نرى بوضوح أن مسألة إثبات هذه الاتفاقات ذات أهمية قصوى، حيث يتعين على الطرف المدعي إثبات أن الطرف الآخر قد قبل بند العقد الذي سيحدد كيفية تسوية أي نزاعات قانونية[2].

---

[1] هبة ثامر محمود عبد الله، **عقود التجارة الالكترونية دراسة مقارنة**، مكتبة السنهوري، منشورات زين الحقوقية، بغداد، طبعة 2011، ص232

[2] *Rosario DUASO CALÉS P04*

(ب) كيفية الاتفاق الصريح:

تتفق التشريعات والفقه على حق المتعاقدين في اختيار القانون الذي ينبغي تطبيقه على عقدهم، وإعلانهم بوضوح عن القانون المعمول به لحل أي نزاعات مستقبلية بينهم. بهذا، نكون امام عملية اختيار صريح لقانون العقد ونتعامل فعليًا مع قانون الإرادة. يمكن أيضًا أن يتم اختيار القانون من خلال الإنترنت، حيث يتم تبادل الرسائل الإلكترونية عبر البريد الإلكتروني، أو عبر غرف الدردشة والمشاهدة التي تتيح للأطراف مناقشة جميع شروط العقد. من الممكن أيضًا اختيار القانون الذي ينبغي تطبيقه على العقد عبر صفحة الويب، من خلال تبادل رسائل إلكترونية في نفس الوقت[1].

تسمح المادة 2.3 من اتفاقية روما بالاختيار المتزامن مع إبرام العقد، ولكن أيضاً بالاختيار المتأخر – وحتى تعديله من قبل الأطراف – للقانون المنطبق على العقد، مع حدود معينة. قد تجعلنا هذه الاحتمالية نفكر في إحدى خصائص العقود الإلكترونية الدولية، أي طبيعة "العملية"، حيث تسمح بتحديث بنود العقد أو الاتفاقية، بما في ذلك تلك المتعلقة بالقانون المعمول به بموافقة الطرفين[2].

وقد حرص المشرع الجزائري على تعزيز مبدأ حرية المتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود التعاقدية. ففي المادة 18 من القانون المدني الجزائري، جاء النص على أن الالتزامات التعاقدية يسري عليها القانون المختار من قبل المتعاقدين إذا كان ذلك ذا صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد نفسه، وبموجب هذا النص، يحق للأطراف اختيار القانون الذي يرغبون في تطبيقه على العقد، سواء كان هذا الاختيار يتم عند إبرام العقد الأصلي أو في

[1] زيغم محاسن ابتسام، بلقاسم تروزين، المرجع السابق، ص 349

[2] *Vincent GAUTRAIS, Guy LEFEBVRE et Karim BENYEKHLEF, « **Droit du commerce électronique et normes** applicables : l'émergence de la Lex Electronica », (1997) 5 RDAI/IBLJ 563*

وقت لاحق. ولا يقتصر حق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق فقط، بل يمكنهم أيضًا تعديل اختيارهم السابق للقانون في أي وقت بعد إبرام العقد[1].

ويتحقق اختيار القانون المختص عن طريق الإرادة الصريحة من خلال الاساليب التالية[2]:

-تسمية قانون دولة معينة أو نظام قانوني معين

- يجوز أن تتسع نصوص مواد قانونية لبلد نعين كشروط أو بنود في العقد.

-يجوز للأطراف وضع بنود وشروط من نتاجهم الذهني دون الرجوع لاي نظام قانوني معين، تنفيذا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

- أن تكون العقود نموذجية أو قياسية، وان لا تخرج عن كونها مجرد ملء للمعلومات في استمارات معدة مسبقا صادرة عن هيئات دولية متخصصة تشرف على عنه التفاصيل

يتجلى في هذا النهج القوة العملية لمفهوم سيادة الإرادة، وهو الحل الأمثل لتحديد القانون المناسب للعقود الإلكترونية. فباختيار الأطراف الصريح للقانون المطبق على العقد الإلكتروني، يتم تأكيد سيادتهم في اتخاذ القرار وتحقيق حماية الأطراف الثالثة وصحة العقد[3]، إن الإرادة هي العنصر الرئيسي القادر على التعامل مع الجوانب الافتراضية للعقود الإلكترونية وتوفير التوافق القانوني اللازم لها.

اخيرا فان تحديد القانون الواجب التطبيق في العقود الإلكترونية يستند إلى قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص. وفقًا لهذه القواعد، تكون العقود الدولية خاضعة لقانون الإرادة، ويتمكن الأطراف في العقد من اختيار القانون الذي سيحكم النزاع من خلال المراسلات

[1] زيغم محاسن ابتسام، المرجع السابق ص 350

[2] ممدوح عبد الكريم حافظ، **القانون الدولي الخاص المقارن**، ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998 ص166

[3] عقيلة بلقاسم، المرجع السابق ص 1810

الإلكترونية أو عبر صفحات الويب. ويُشار إلى هذا بمصطلح "شرط الاختصاص التشريعي"، أو عن طريق إدراج هذا الشرط ضمن الشروط النموذجية المرفقة بالعقد[1]

(ثانيا): الاتفاق الضمني على القانون المختص:

الاتفاق الضمني هو اختيار للقانون الواجب التطبيق تكشف عنه "ظروف" القضية وموضوعها اي المؤشرات التي يمكن أن تساعد إذا لزم الأمر في تحديد القانون الذي اختاره أطراف العقد الإلكتروني[2].

ان عدم الاتفاق الصريح على القانون الواجب التطبيق على منازعات العقد الالكتروني من قبل أطراف العقد لا يعني بالضرورة استبعاد إرادة الأطراف وإنهاء دورها، فيمكن ان يكون التعبير عن الارادة بشكل ضمني، ويبرز هذا الدور بين ثنايا العقد في تحديد القانون الواجب التطبيق وان لم يكن بصفة صريحة وهو ما جاء في المادة 3 من اتفاقية روما السالفة الذكر، حيث يمكن القول إن الاتفاقية تسمح باختيار ضمني للقانون الواجب التطبيق، من خلال "ظروف" القضية واستكشاف موضوعها، فالمؤشرات التي يمكن أن تساعد، إذا لزم الأمر، في تحديد القانون الذي اختاره أطراف العقد الإلكتروني، اي انه إذا امكن من خلال ظروف الحال وبنود العقد وملابساته استنتاج أو الكشف عن الإرادة الضمنية لطرفي العقد[3] فانه يتم الاحتكام إلى القانون الذي اتجهت إليه ارادتهما بصفة ضمنية، والامثلة عن ذلك كثيره فيمكن الكشف عن ذلك من خلال اللغة التي حرر بها العقد، وفي هذا السياق جاء قرار للمحكمة العليا الإنجليزية، حيث واجهت المحكمة في قضية إيغون أولدندورف ضد شركة Libera Corporation طلبًا للحصول على إذن للعمل خارج نطاق الولاية القضائية، وكانت الحجة

[1] صلاح المزناوي: **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة إلكترونية**، دار الجامعة الجديدة للنشر لإسكندرية، الطبعة لأولى، ص273

[2] محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص 140

[3] هبة ثامر محمود عبد الله، المرجع السابق ص233

هي أنه بما أن العقد المبرم بين الطرفين يتضمن شرط تحكيم باللغة الإنجليزية، فيمكن القول بأن الطرفين اختارا القانون الإنجليزي باعتباره القانون المنطبق بقدر معقول من اليقين[1].

كما يمكن اعتماد العملة المتفق على التعامل بها مثلا[2]، وعلى القاضي عند انعدام الإرادة الصريحة التي تحدد القانون الواجب التطبيق، أن يبحث عن الإرادة الضمنية من خلال مجموعة من الضوابط والقرائن التي تدل أو تشير إلى نية الأطراف المؤكدة بتطبيق قانون دولة ما، فيفترض القضاء البريطاني مثلا أنه في حالة عدم وجود ظروف استثنائية، ينبغي للمحكمة أن تفترض أنه، إذا تضمن العقد شرطًا قضائيًا باللغة الإنجليزية أو اتفاقية تحكيم، فان الطرفان يعتزمان أن يحكم القانون الإنجليزي عقدهما [3]مثل الاشارة إلى مكان تنفيذ العقد أو عرض النزاع امام قضاء دولة معينة فإسناد الاختصاص القضائي إلى ولاية قضائية محددة مع إغفال تحديد القانون المعمول به، في هذه الحالة، يبدو من الطبيعي أن يطبق القاضي قانونه الخاص[4].

غير ان بعض التشريعات اسقطت الإرادة الضمنية لصعوبة تصورها في مجال العقود الالكترونية، فلا يمكن مثلا الاعتماد على اللغة التي حرر بها العقد، فالانجليزية أصبحت لغة تخاطب عالمية في المجال الالكتروني، وكذلك لا يعتمد على العملة كون الدفع الالكتروني غالبا يعتمد على عملتي اليورو والدولار الاوسع انتشارا[5]

[1] *Jonathan Hill;* ***Choice of Law in Contract under the Rome Convention****: The Approach of the UK Courts;* *The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 53, No. 2 (Apr., 2004), pp. 329*

[2] زيغم محاسن ابتسام، المرجع السابق ص350

[3] *Jonathan Hill; OP ; cit ;P329*

[4] Rosario DUASO CALÉS; OP; cit, P05

[5] رمزي بورزام، المرجع السابق، ص 601

المطلب الثاني: حدود استقلالية الأطراف في اختيار قانون الاختصاص في منازعات العقد الالكتروني

نوضح في هذا المطلب القيود المفروضة على حرية الأطراف في اختيار القانون المطبق على عقدهم الالكتروني، ومن ثم القانون المفترض تطبيقه بناء على القواعد الموضوعية للإسناد

الفرع الأول: القيود الواردة على حرية الأطراف في تحديد القانون الاختصاص على منازعات العقد الالكتروني

ذكرنا فيما سبق ان العقود التي تخضع لمبدا حرية الأطراف في اختيار قانون العقد، هي العقود الالكترونية ذات الطابع الدولي التجاري، وعليه فان العقود التي تخرج من هذا الاطار مستبعدة من تطبيق قانون الارادة[1]و قد نجد القيود الواردة على حرية الإرادة في هذا الشأن في الاتفاقيات الدولية، كما قد تتواجد في القوانين الداخلية.

(أولا): القيود الواردة في الاتفاقيات الدولية:

تخضع إرادة الأطراف لعديد من القيود التي تحد من سلطانهم في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم.

1- في اتفاقية روما: تخضع العقود الدولية التي ترتبط بالتجارة أو ممارسة مهنة معينة لمبدأ حرية الأطراف في اختيار قانون العقد، وتشمل هذه العقود عقود المستهلكين وعقود العمل، إلا أن هذا المبدأ لا ينطبق على العقود غير التجارية أو غير المتعلقة بمزاولة مهنة معينة، والتي يُستبعد تطبيقه بناءً على نصوص صريحة، فمثلا في عقود الاستهلاك تعد حماية الطرف الضعيف امرا مهما، ذلك ان القواعد المتعلقة بحماية المستهلك في عديد البلدان هي قواعد امرة، ولذلك تقرر أن تخضع هذه العقود للقواعد القانونية الوطنية لضمان تأمين الحماية اللازمة

[1] زياد خليف العنزي، المرجع السابق ص 376

للمستهلكين[1]، بالتالي، لا تتعرض هذه العقود لتطبيق قوانين أجنبية، ويتم فرض القوانين الوطنية لحماية المصالح المحلية.

على سبيل المثال، يُعتبر عقد العمل الفردي أو الجماعي الذي يبرمه التاجر دوليًا، وعقود الاستهلاك التي يبرمها التاجر للاستخدام الشخصي أو العائلي، مستثناة من مبدأ حرية اختيار قانون العقد، ويُعتبر أن تلك العقود تخضع للقانون الوطني، حتى إن كان البائع غير مدركٍ لأن العقد الذي أبرمه يهدف إلى تلبية حاجات استهلاكية للتاجر الأجنبي الذي ابرم معه العقد.

ايضا بسبب طابع النظام العام لأحكام المستهلك، هناك مبدأ معمم الغرض منه حماية الطرف الأكثر ضعفا– المستهلك، لهذا السبب، عندما يقوم التاجر بصياغة بند محدد ينص على أن القانون المعمول به سيكون هو القانون الخاص ببلده، فإن هذا البند سيكون غير صالح في عقد المستهلك المبرم عبر الإنترنت إذا كانت الشروط المشار إليها في المادتين 5 من اتفاقية روما و3117 من CCQ قد تنطبق

في اتفاقية روما، تنص المادة 5 على النظام المطبق على عقود المستهلكين الدولية، تقدم الفقرة 2 من المادة 5 عدم التقيد بمبدأ استقلالية الإرادة، فلا يمكن أن تكون حرية الاختيار سببا في حرمان المستهلك من الحماية المكفولة له بموجب الأحكام الإلزامية لقانون الدولة التي يقيم فيها بشكل اعتيادي عند استيفاء أحد الفرضيات التالية :

–إذا سبق إبرام العقد في هذا البلد من خلال عرض خاص أو إعلان، وإذا كان المستهلك قد نفذ في هذا البلد الإجراءات اللازمة لإبرام العقد.

– إذا تلقى الشريك المتعاقد مع المستهلك أو من ينوب عنه طلب المستهلك في هذا البلد.

[1] زياد خليف العنزي، المرجع السابق، ص 377

– إذا كان العقد لبيع البضائع وكان المستهلك قد سافر من ذلك البلد إلى بلد أجنبي وقدم الطلب هناك، بشرط أن يكون البائع قد نظم الرحلة بغرض حث المستهلك على إتمام البيع.

2–في اتفاقية بروكسل[1]: يمكن القول أنّ اتفاقية روما تعد أكثر مرونة فيما يتعلق بوسائل الإثبات من اتفاقية بروكسل، فعكس اتفاقية روما التي لا تتطلب أن يكون القانون المختار من قبل الأطراف مرتبطا بهم أو بالعقد، وبالتالي فإن اختيار "قانون محايد" ليس مستبعدا، ومع ذلك، سيكون القاضي قادرا على تحديد بطلان بند يحدد القانون المعمول به إذا كان هذا الاختيار ينطوي على تطبيق قوانين توفر مستويات حماية أقل من تلك المنصوص عليها في قوانين أماكن إقامة الأطراف، كما انها تحصر القانون الواجب التطبيق على المعاملات المتعلقة بعقود البيع والوكالة والتوزيع بالقانون البلد الذي يجري فيه التسليم او كان واجبا او يتم فيه التسليم او أداء الخدمة[2]

(ثانيا) في القوانين الداخلية[3]:

في فرنسا وطيلة القرن 19 طبقت محكمة النقض قانون مكان إبرام العقد على جميع الشروط الموضوعية والشكلية للعقد، وكان تعيين مكان إبرام العقد يستند إلى الارادة الضمنية للأطراف المتعاقدة، فإبرام الطرفين لعقد في دولة معينة يفترض فيه معرفة الطرفين للقانون ذلك البلد الساري على العقد المعني، وكان من الضروري الانتظار إلى غاية سنة 1910 مع صدور حكم تعترف فيه محكمة النقض الفرنسية بوضوح باستقلالية الأطراف في تبني القانون

[1] *Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*

[2] عبد العزيز عزم الله جار الله ال جار الله، المرجع السابق ص 307

[3] من بين القوانين التي تؤيد حرية الأطراف في اختيار قانون البرازيل، غير انه قصر ذلك على تحديد محتوى العقد واثاره، ولا ينطبق ذلك على تنفيذه، وانه يجب تطبيق قانون محل التنفيذ بالنسبة لتنفيذ العقد، فحرية الأطراف هنا غير مطلقة وحدودها بالإضافة لاحترام النظام العام، ومنع اي أثار قانونية قد تتعارض مع تعليمات القانون البرازيلي، انظر في ذلك *Valerio De Oliveira Mazzuoli, Gabriella Boger Prado*

المطبق على العقود[1]، ومن القوانين التي تضع شروطا وقيودا على حرية الاطراف في حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد نجد قانون كيبيك في كندا ، حيث تعترف المادة 1.3111 من CCQ بمبدأ استقلالية إرادة الأطراف فيما يتعلق باختيار القانون المنطبق على العقود، حتى لو لم تتضمن أي عنصر أجنبي. وهذا خلافا لما تنص عليه اتفاقية روما، التي تتطلب في مادتها 1.1 أن يكون العقد دولياً لتطبيق الاتفاقية، لأن نطاق هذه الاتفاقية يتعلق فقط بحالات تنازع القوانين[2]

اما بالنسبة للقانون الجزائري فقد ترك لأطراف العقد نوعا من الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم سواء كان القانون الجزائري أو قانونا اجنبيا، الا انه وضع نوعين من القيود على تلك الحرية، الاول يتمثل في نوع وشكل العقد الذي يتم الاتفاق بشأنه على القانون المختص، والقيد الثاني حول مدى تماشي القانون الاجنبي مع النظام العام والآداب في الجزائر[3]، حيث يعتبر الاخيران وسيلة استثنائية واحتياطية تمكن القاضي من استبعاد القانون الاجنبي الذي ذهبت اليه ارادة المتعاقدين أو حتى قواعد الاسناد الوطنية وهذا بموجب المادة 24 من ق م ج التي لا تجيز تطبيق القانون الاجنبي على العقد إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون،

– **حالة مخالفة النظام العام والآداب:** يأتي النظام العام كأداة في يد القاضي لاستبعاد القانون الأجنبي المختص، ووسيلة لتقييد إرادة المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية، اذا كان من شان تطبيق هذا القانون التعارض مع المصالح الوطنية

---

[1] *Valerio De Oliveira Mazzuoli, Gabriella Boger Prado ;**L'autonomie de la volonté dans les contrats commerciaux internationaux au Brésil** ;Dans Revue critique de droit international privé 2019/2 (N° 2), pages 429*

[2] *Rosario DUASO CALÉS, OP.Cit, P05*

[3] خالد شويرب، **القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي**، أطروحة دكتوراه في القانون تخصص ملكية فكرية، كلية الحقوق بن يوسف بن خدة، جمعة الجزائر، 2008–2009، ص 64

ومصالح المجتمع[1]، وتتفق كافة القوانين على الاخذ بهذا المبدأ، مع اختلافها في طريقة تحديده، بالنص عليها بنص تشريعي كالمادة 30 من القانون المدني الألماني[2]

– **حالة الغش نحو القانون:** اضاف نص المادة 24 قيدا اخر ممثلا في الغش نحو القانون، وذلك حرصا منه على مصداقية التعاقد وحماية أطراف العقد والمصلحة العامة، والغش نحو القانون هو "اتخاذ اعمال ارادية حقيقة، عن عمد او غير عمد، لإيجاد مركز يتفق وحرفية القانون، لكنه يخالف غرضه"[3] فحد من حرية الأطراف في اعمال مبدا سلطان الارادة مقدما عليه المصالح الملحة[4] سواء كانت اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية، فجعل الدفع بالغش نحو القانون وسيلة في يد القاضي لاستبعاد العمل بالقانون الاجنبي على حساب القانون الوطني، غايته في ذلك حماية ما سلف ذكره[5] .

هذه القواعد بالنسبة للعقود بصفة عامة سواء كانت تقليدية او الكترونية غير تجارية، غير ان الملاحظ بالنسبة للمشرع الجزائري، وبعد صدور القانون 18–05 انه وضع قيودا أخرى على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعاتهم المتعلقة بالتجارة الالكترونية[6]، حيث اسندت المادة 02 منه حصرا الى القانون الجزائري النظر في المنازعات التي يكون فيها احد اطراف العقد الالكتروني متمتعا بالجنسية الجزائرية، او مقيما بها بصفة شرعية، او شخصا معنويا خاضعا للقانون الجزائري، او كان محل ابرام العقد او

---

[1] خالد شويرب ، المرجع السابق ص73

[2] سالم ارجيعة، الوجيز في القانون الدولي الخاص الليبي، مطبعة نور الإسلام الإسكندرية، ط4 2007، ص171

[3] خالد شويرب، المرجع السابق، ص 82

[4] عقيلة بلقاسم، احمد رباحي، المرجع السابق، ص 1810

[5] عبد الرحيم حامي الدين، **خصوصيات القانونية للمعاملات الالكترونية**، دراسة مقارنة، طنجة، مذكرة ماجيستير2015، ص 209

[6] رمزي بورزام، **ازمة اعمال قواعد الاسناد في عقود التجارة الالكترونية**، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص، جانفي 2021، ص 597

تنفيذه الجزائر[1]حيث اعتمدت المادة ضوابط موضوعية جامدة مع استبعاد إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق[2]

الفرع الثاني: تحديد قانون الاختصاص وفقا لقواعد الإسناد الاحتياطية

لا يوجد قانون محدد سلفا له الاولوية أو الصلاحية للفصل لحكم العقود التجارية الدولية، والحكم يتوقف على ضابط الاسناد المعتمد من قبل قانون القاضي[3]، **حيث يتم تعيين القانون واجب التطبيق قضائيا من خلال توطين العقد والبحث في القوانين الوطنية عن القانون الأنسب لفض النزاع[4]، وقد** اشار المشرع الجزائري كما جل التشريعات المقارنة الى حد كبير، اشار في نص المادة 18ف2 من القانون المدني الى ضوابط اسناد احتياطية يلجا اليها القاضي لتحديد قانون الاختصاص في حال غياب الاتفاق المسبق على تحديده بالنص على انه "في حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة. وفي حالة إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد. غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعة"

فإذن تتمثل هذه الضوابط في:

- تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين

- تطبيق قانون مكان ابرام العقد:

(أولا): قانون الموطن المشترك للعاقدين

يفيد هذا المعيار بانه إذا كان المتعاقدان في العقد الإلكتروني ينتميان إلى موطن واحد، فيجب أن يتم تطبيق قانون هذا الموطن على العقد، حتى لو احتوى عنصر أجنبي

[1] انظر المادة 02 من القانون 18-05 سبق دكره

[2] رمزي بورزام، المرجع السابق ص597

[3] خالد شويرب ، المرجع السابق، ص 68

[4] محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص 141

مثل اختلاف الجنسية بينهما، فالمشرع قد أقام وزنًا للموطن في هذه الحالة دون الاعتداد بالجنسية، وذلك لأن الأشخاص الذين ينتمون إلى موطن واحد يخضعون لكل مكوناته بما في ذلك البيئة التشريعية التي تسود فيه[1]، وهم على دراية بتلك المكونات وعناصرها. ولذلك، يكون من المنطقي أن يُطبَّق قانون موطنهما المشترك على العقد الذي أبرموه، طالما لم يكن هناك اتجاه منهما لتطبيق قانون آخر. ويتوقف استخدام ضابط الموطن المشترك على عدم وجود ضابط آخر للإرادة.

وفي حالة الغش نحو القانون، قد يتم استبعاد تطبيق قانون الموطن المشترك واختيار تطبيق قانون آخر. وقد تكون هذه الحالة نظريًا ممكنة، لكنها في الواقع غير معقولة. فعلى سبيل المثال، إذا حاول أحد المتعاقدين تغيير موطنه لتطبيق قانون آخر، فقد يكون ذلك غير واقعي ولا يؤدي إلى تحقيق غاية محددة.

(ثانيا): قانون محل ابرام العقد

تجمع النظم القانونية المعاصرة على تطبيق قاعدة قانون المحل او قانون ابرام العقد[2]، ولم يشذ القانون الجزائري عن هذا الاجماع، فقد قررت المادة 19 من ق م ج خضوع شكل التصرف لقانون بلد ابرامه.

للاخذ بقانون محل ابرام العقد مزايا ومعايير بالنسبة للعقد الالكتروني تختلف عن العقود التقليدية

ا: مزايا الاخذ بقانون محل الابرام:

هذا المعيار ذو أهمية بالغة، خاصة عندما يتم تنفيذ العقد في نفس المكان الذي تم ابرامه فيه، حيث يتم تطبيق قانون مكان انعقاد العقد على تكوينه وصحته.

[1] محمد احمد علي محاسنة، تنازع القوانين في العقود الالكترونية، دار الحامد للنشر، عمان، الأردن، ط 1، 2013، ص103

[2] سالم ارجيعة، المرجع السابق، ص263

يعتقد أصحاب هذا الاتجاه في تحديد القانون المعمول به وفقًا لمكان توقيع العقد أنه يشكل أقوى رابطة قانونية بين الأطراف في العقد، فالمكان الذي تم فيه التوقيع يُعتبر مكانًا لتجسيد الإرادات وظهورها لأول مرة، وهو القانون الأنسب والأسهل للتعرف عليه والرجوع إليه. بالإضافة إلى ذلك، يتحقق هذا الاتجاه من وحدة القانون المطبق على العقد ويضمن للمتعاقدين الفرصة للتعرف مسبقًا على القانون الذي سيحكم عقدهم في حال عدم تحديد القانون في العقد. وبالتالي، يكون هذا الإسناد القانوني ما يمنحهم الأمان القانوني الذي يسعون إليه، ويُحقق الاستقرار المطلوب في التجارة الدولية[1].

ب: معيار قانون محل الابرام في العقد الالكتروني:

فيما يتعلق بالعقود الإلكترونية المبرمة عبر الإنترنت، يبدو تطبيق هذا المعيار صعبًا، حيث لا يناسب طبيعة التعاقد عن بُعد بشكل عام والعقود الإلكترونية بشكل خاص. يُعَتَبَرُ تحديد محل إبرام العقد من أهم الصعوبات التي يمكن مواجهتها في هذه الحالة. فمثلاً، قد يتم توقيع العقد أثناء تواجد أحد الأطراف في رحلة عابرة لأكثر من دولة أو على متن وسيلة نقل دولية، مما يجعل من الصعب تحديد القانون المعمول به.

ومن الممكن أن يكون قانون محل إبرام العقد غير مناسب مع العقد ومحتواه، حيث أن مصالح الأطراف قد لا تتركز على مكان توقيع العقد بل على الأداء المستحق، أو المنتجات التي يجب تسليمها، أو الخدمات التي يجب تنفيذها.

وبناءً على ذلك، يُرَى أن الإسناد إلى قانون محل إبرام العقد، بالرغم من فعاليته في العقود التقليدية، لم يعد مناسبًا لجميع العقود نظرًا لاختلاف طبيعتها وظروفها، وبخاصة تلك التي تتميز بخصوصية في إجراءات توقيعها كالعقود الإلكترونية المبرمة عبر الإنترنت. وهذا يشكل تحديًا لفقه القانون الدولي في التعامل مع هذه العقود الحديثة.

[1] بيان اسحاق القواسمي، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية**، مذكرة ماجيستير، جامعة برزيت فلسطين، 2007، ص62

(ثالثا): قانون محل التنفيذ

تشرع بعض القوانين في الإسناد المسبق للعقد إلى قانون محل تنفيذه في حال عدم تحديد الأطراف للقانون الواجب التطبيق عليه. يرى أنصار هذا الاتجاه أن قانون محل تنفيذ العقد هو الأكثر ارتباطًا بالرابطة العقدية وتطلعات المتعاقدين، وأنه يحقق الانسجام والتناسق ويكفل وحدة العقد،[1]

ومع ذلك، يظهر النقص في هذا الإسناد في حالة وجود تنفيذ العقد في أكثر من دولة. في مثل هذه الحالة، قد يكون من الصعب تحديد القانون الذي يجب تطبيقه. بعض الآراء تشدد على ضرورة اختيار قانون الدولة الأكثر ارتباطًا بالعقد والمحل تنفيذه، ولكن هذا لا يكون منطقيًا إذا كانت المصالح المبتغاة متساوية في سلسلة الدول. بالإضافة إلى ذلك، تجزئة العقد وإخضاع أجزاء منه لقوانين دول مختلفة قد لا يكون حلاً عمليًا.

بشأن العقود الإلكترونية المبرمة عبر الإنترنت، فقد حكمت محكمة استئناف باريس بأن مكان تنفيذ عقد خدمات المعلومات عبر الإنترنت بين المستخدم ومزود الخدمة هو موطن المستخدم. هذا الحكم يعتبر تركيز الأداء في موطن المستخدم أمرًا فعالًا لأن المشترك يكون على دراية بالقوانين التي تسود في موطنه. ومع ذلك، يجب أن يتم التنبيه إلى أن تحديد قانون العقد هو أمر سابق على مكان تنفيذه وليس عكس ذلك.

باختصار، يجب أن يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بناءً على اختيار صريح أو ضمني من قبل المتعاقدين، وفي حالة عدم التوصل لتحديد، يجب تطبيق قانون محل تنفيذ العقد.

المبحث الثاني: الاختصاص القضائي في الفصل في منازعات العقد الالكتروني

الاختصاص القضائي في منازعات العقد الإلكتروني يعتمد على التشريعات واللوائح المعمول بها في الدولة المعنية، يمكن للأطراف في العقد الإلكتروني تحديد الاختصاص القضائي المعني في العقد نفسه، ولكن إذا لم يتم تحديده بشكل صريح، فإنه يمكن أن يكون اختصاصاً عامًا أو يمكن تحديده وفقًا للقوانين المحلية.

على العموم، يمكن للمحكمة المختصة في منازعات العقود الإلكترونية أن تكون محكمة عادية عن طريق اللجوء الى القضاء العادي (مطلب اول) أو ان يلجا المتنازعون الى وسائل بديلة لحسم النزاع القائم بينهم (مطلب ثاني)

المطلب الاول: اختصاص القضاء العادي في الفصل في منازعات العقد الالكتروني

مشكلة منازعات العقود الالكترونية في كونها ذات طابع دولي، فغالبا ما يكون احد اطراف العلاقة او عنصر من عناصرها اجنبيا، ما يطرح إشكالية القضاء المختص في النظر في هذا النوع من المنازعات، والطريق الذي يلجا اليه الأطراف في العادة هو القضاء العادي للنظر في هذا النوع من المنازعات (المطلب الأول) ، ولكن مع تطور أساليب أخرى لفض النزاعات، اخذ المتنازعون في البحث عن طرق اكثر مرونة وسرعة لتسوية نزاعاتهم (المطلب الثاني)

الفرع الاول: مفهوم الاختصاص القضائي

يقصد بالاختصاص القضائي توزيع الدعاوى على مجموع المحاكم ومختلف الجهات القضائية نظرا لنظام القضائي المعتمد داخل الدولة وحسب المعايير والتصنيفات التي يحددها القانون، لأن المشرع وإن أعطى لجميع الأفراد والجماعات الحق في اللجوء إلى القضاء من أجل المطالبة بالحقوق، فإن هذا اللجوء مقيد باحترام قواعد الاختصاص، وتكون المحكمة

مختصة في نظر الدعوى إذا توافرت فيها الشروط المناسبة لاختصاصها وهي نوع الدعوى وقيمتها[1].

اولا: تعريف الاختصاص القضائي :

يعرف الاختصاص القضائي بانه مقدار ما لكل محكمة من المحاكم من سلطة القضاء تبعا لمقرها او لنوع القضية[2]

ويعرف على أنه مجموعة من الإجراءات التي يمكن للمحكمة أن تمارس فيها سلطتها القضائية ، وفقًا للدستور والقوانين ؛ وبهذه الطريقة ، فإنه يشكل تدبيراً أو حداً لنطاق الولاية القضائية ، أي الإطار أو الفضاء الذي يشير إليه القانون لممارسة السلطة القضائية المسؤولة عن كل هيئة قضائية ، وكذلك ضد المدعى عليه ، أن القضاة يعرفون جميع الأمور في وقت واحد على التراب الوطني، دون أي تمييز على أساس أي من معايير توزيع الاختصاص ، مما يتسبب في أن تنظر عدة محاكم ، أو حتى جميعها ، في نفس المسألة في نفس الفترة الزمنية .

كذلك يعرف الاختصاص القضائي بأنه سلطة الحكم بمقتضى القانون في خصومة معينة، فهو السلطة المملوكة لإحدى المحاكم للنظر في نزاع معروض امامها[3]، والواقع يكشف عن قصور وفراغ تشريعي واضح في تنظيم البنية القانونية اللازمة لتسوية المنازعات التي تثار عن العقد الاليكتروني.

[1] سارة صلاح الدين، **الاختصاص القضائي في الفقه والقانون (دراسة مقارنة)**، مذكرة ماجستير، تخصص القضاء الشرعي كلية الدراسات العليا والبحث العلمي جامعة الخليل، فلسطين، 2020، ص 18.

[2] عبد العزيز غرم الله جار الله ال جار الله، المرجع السابق ص 262

[3] ضياء علي أحمد نعمان: **المسؤولية المدنية الناتجة عن الوفاء الالكتروني بالبطاقة البنكية**، دراسة مقارنة، الجزء الثاني، المنارة للنشر والتوزيع/ 2010، ص 44

(ثانيا): أنواع الاختصاص القضائي

1-الاختصاص الإقليمي : والتي تهتم بشكل أساسي بـ موطن أو محل إقامة المدعى عليه وحتى وفقًا **لإرادة** الأطراف ووفقا للشروط التي تم الاتفاق عليها اثناء ابرام العقد أو لاحقا له، بشرط أن يمكن التحقق من ذلك بأدوات موثوقة.

2-الاختصاص النوعي : سلطة جهة قضائية معينة للفصل دون سواها في دعاوي معينة أي يتم تحديد الاختصاص النوعي بالنظر إلى موضوع الدعوى وطبيعة النزاع، والمبدأ العام أن قواعد الاختصاص النوعي متعلقة بالنظام العام، أي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، ويثيرها القاضي من تلقاء نفسه وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى.

ثالثا: الهدف من قواعد الاختصاص القضائي

قواعد الاختصاص القضائي تهدف إلى تحديد الصلاحيات القضائية التي تنعقد لكل جهة ومحكمة داخل النظام القضائي و المنازعات التي لها ان تفصل فيها، وتستند في ذلك الى معايير وضوابط مثل إرادة اطراف النزاع التعاقدي، محل نشوء الالتزام ومحل التنفيذ ومكان حدوث النزاع ومكان إقامة المدعى أو المدعى عليه. ورغم أهمية هذه القواعد، إلا أنها لم تلقِ نفس اهتمام الفقهاء مقارنةً بتنازع القوانين[1]. وهذا يعني أن هناك نقصًا في النظريات والقواعد المشتركة لتحديد الاختصاص القضائي.

<u>الفرع الثاني: ضوابط تعيين المحكمة المختصة في النظر في منازعات العقد الالكتروني</u>

تتطلب غالبية الأنظمة القانونية لعقد اختصاصها في الفصل في المنازعات المعروضة عليها وجود علاقة بين العقد المعروض على محاكمها وبين هذه الدولة أو أي صلة ترابط بينهم ، فإما أن تكون الأخيرة ضوابط أصلية أو ضوابط إقليمية، ما لم يوجد شرط في العقد يحدد المحكمة المختصة في النظر في النزاع[2]، ويكمن الهدف الرئيسي من إقرار قواعد

[1] عبد العزيز غرم الله جار الله ال جار الله، المرجع السابق، ص267

[2] هشام علي صادق، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية**، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1995، ص 202.

الاختصاص القضائي الدولي في تحديد الجهة القضائية المختصة في حل وفض النزاعات، وقد يكون ذلك بناء على رغبة أطراف النزاع مسبقا في اختيار الجهة القضائية التي يعرضون عليها نزاعهم وهو ما يطلق عليه بالإسناد الشخصي أو شرط المحكمة المختصة، أو تحديد الضوابط في حالة عدم الاتفاق المسبق على الجهة القضائية المختصة[1].

أولا: التحديد الاتفاقي للمحكمة المختصة

تحدد غالبية الأنظمة القانونية شروط الاختصاص القضائي في النزاعات المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونية، حيث يُطلب عادة وجود علاقة أو صلة بين العقد المعني ومحاكم الدولة المعنية. وبناءً على هذه الشروط، يتم اللجوء في العادة إلى المحاكم التقليدية لفحص هذه النزاعات وفقًا للقواعد العامة المحددة لتحديد الاختصاص القضائي،

القاعدة المعتمدة في اغالب النظم التشريعية المقارنة تقر إمكانية اتفاق الأطراف على تحديد المحكمة المختصة سواء فيما تعلق بالاحوال المدنية او الأحوال الشخصية، مثل التشريع الفرنسي في المادة 48 من ق المرافعات الفرنسي، والمواد 17،18 من اتفاقية بروكسل[2] لعام 1968[3] ان تكون المحكمة المختصة في النظر في النزاعات الناشئة عن المعاملات الإلكترونية هي المحكمة التي اتفق عليها الأطراف[4]. فعادةً ما يلجا الأطراف إلى اختيار المحكمة التي يفضلون اللجوء إليها في حال وقوع نزاع، ويمكنهم التخلي عن القواعد المتعلقة بالاختصاص القضائي الدولي من خلال إسناد الاختصاص للمحكمة التي يفضلونها بناء على إرادتهم، وهذا ما يُعرف بشرط المحكمة المختصة، غير ان التحديد الاتفاقي للمحكمة المختصة تعرض

[1] بوقرط أحمد، **الاختصاص القضائي للنظر في منازعات التجارة الإلكترونية**، مجلة القانون، المجلد 07، العدد 01، غليزان، الجزائر، 2018، ص232.

[2] اتفاقية بروكسل المبرمة في 27 سبتمبر 1968 بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية في المواد المدنية والتجارية (تحولت إلى تنظيم أوروبي رقم 2001/44)

[3] محمد شوقي محروس، المرجع السابق، 292

[4] رحاوي امنة، **الاختصاص القضائي الدولي المبني على ضابط الخضوع الارادي – دراسة مقارنة–**، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد الخامس، العدد الأول، سنة 2022،ص 1753

للانتقاد نظرا لاعتبار الاختصاص القضائي مظهر من سيادة الدول، ولهذا لا يجوز للأطراف الاتفاق على تعديل احكام الاختصاص القضائي بناء على إرادة وحرية الأطراف[1]

وأهمية إدراج اتفاقية بروكسل في هذه الدراسة تكمن في تعديلها وتكييفها مع التقنيات الحديثة في التنظيم الأوروبي 44/2001، خاصة في ما يتعلق بالتعاقد الإلكتروني، حيث تؤكد هذه الاتفاقية على مبدأ حرية الأطراف في اختيار القضاء وتحديد الجهة القضائية، مع الأهتمام بضرورة توثيق الاتفاقات الإلكترونية بصورة مكتوبة أو وفقاً للممارسات المعتادة في هذا المجال[2].

ويشترط لصحة اتفاق المتعاقدين على تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع ان تتوافر الشروط التالية:

- ان لا يكون الاتفاق منطويا على غش
- ان تكون هناك مصلحة مشروعة للطرف لجعل الاختصاص لمحكمة معينة بالذات
- ان تتوافر رابطة جدية بين النزاع والمحكمة التي اتفق على تقرير الاختصاص لها.
- يجوز ان يكون الاتفاق على تحديد محكمة صريحا او ضمنيا، سابقا لنشوء النزاع او لاحقا له
- إضافة الى ما سبق فانه، يتم اثبات الاتفاقات التي تتم عبر الشبكة بشان اختيار المحكمة المختصة عن طريق التوقيع صراحة على اعلان يوضح فيه قبول شرط الاختصاص القضائي, [3].

بالنسبة للقانون الجزائري فهو يعتبر لاغيا وعديم الأثر كل شرط يمنح الاختصاص الإقليمي لجهة قضائية غير مختصة الا اذا تم بين التجار وهذا في المادة 45 من ق ا م ا .

[1] رحاوي امنة، المرجع السابق ص1754

[2] عتيق حنان، مرجع سابق ص 139

[3] محمد شوقي محروس، المرجع السابق ص 293

كما ان الامر يختلف بالنسبة لاتفاقية بروكسل لسنة 1968 التي تجيز للمستهلك في العقود الاستهلاكية رفع دعواه ضد المنتج سواء امام محاكم موطنه، او امام محكمة موطن المنتج، وذلك حسب ارادته وحده، اما بالنسبة لاختيار المنتج بطريقة مسبقة لقانون او محكمة تفصل فالنزاع ، فان للمستهلك ان يدفع بعدم شرعية هذا الشرط[1].

ثانيا: ضوابط تحديد المحكمة المختصة في حال عدم الاتفاق

الاتجاهات التقليدية في تعتمد على ضوابط شخصية في تحديد القضاء المختص في النظر في منازعات العقود ذات الطابع الدولي

إذا لم يتم التوصل إلى اتفاق مسبق بشأن المحكمة المختصة أو لم يتم احترام المعايير والشروط المتعلقة بها، فإنه يتم اللجوء إلى الضوابط التالية وبالترتيب:

1. **الضوابط الإقليمية:** يتم تحديد الاختصاص القضائي بناء على الضوابط الإقليمية ووفقا للإقليم سواء موطن المدعى عليه أو المدعى أو موقع المال أو مكان نشوء الالتزام أو مكان تنفيذه.

وانطلاقا من فكرة سيادة الدولة على إقليمها تقوم هذه الضوابط وبالنتيجة يكون لمحاكمها الولاية القضائية على الأشخاص القائمين في إقليمها بغض النظر عن جنسيتهم، وبالإضافة كذلك للأموال الموجودة والالتزامات التي تتم على إقليمها، والى مبدأ براءة ذمة المدعى عليه حتى يثبت العكس[2].

أ. اختصاص محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه

تطبق مبدئيا قاعدة اختصاص محكمة موطن المدعى عليه مادام لا يوجد ما يمنع ذلك، وهذا توجه اغلب الفقه الذي اعتد بضابط الموطن كبديل عن ضابط الجنسية في علاقات

[1] انظر المادة 13 من إتفاقية بروكسل، لسنة 1968 ، المتعلقة بالإختصاص القضائي، المعدلة في سنة 2000 بالقانون رقم02

[2] بوقرط أحمد، مرجع سابق، ص 239.

القانون الدولي الخاص[1] حيث تنص التشريعات الوطنية على المنازعات الناتجة عن عقود التجارة الالكترونية، ما يفيد أنه يمكن رفع الدعوى القضائية أمام محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه أو مؤسسته أو مكان تنفيذ الالتزام الرئيسي للمدعى عليه أو مؤسسته. وهو الأمر الذي أخذت به التوجيهات الأوروبية ففي حال تخلف اتفاق الأطراف على المحكمة المختصة، فالعقود الالكترونية التي يكون أحد أطرافها أجنبيا عن الاتحاد الأوروبي يمكن للمدعي أن يلجأ بخصوصها إلى محكمة دولة تختلف عن دولة إقامتها[2].

وبالرجوع إلى النصوص القانونية الوطنية نجد نص المادة 41 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على أنه وفي العقود التي يكون أحد أطرافها جزائريا يجوز أن تنظر فيها المحاكم الجزائرية ويعد كذلك من أهم القوانين الوطنية التي نصت على قاعدة اختصاص محكمة موطن المدعى عليه، قانون الإجراءات المدنية الفرنسي وذلك طبقا لنص المادة 42 منه[3].

غير ان تحديد مكان او محل إقامة المدعى عليه في العقود الالكترونية يعد امرا صعبا بالمقارنة بالمعاملات التقليدية، فالعناوين الالكترونية لا تحمل إشارة او دلالة صحيحة تدل على موطن المدعى عليه، كما ان تسجيل المهني مثلا لمحل إقامة يسمح له بالتوطين، لا يدل بالضرورة على انه يطابق محل اقامته الفعلي، لهذا يدعو جانب من الفقه الى الاعتماد على الموطن الافتراضي لحل هذا الاشكال بالنسبة لمنازعات العقد الالكتروني[4]

ب. اختصاص محكمة محل إبرام العقد او تنفيذه

---

[1] بلاق محمد، **ضوابط تحديد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات العقود الالكترونية بين الاتجاهين التقليدي والحديث**، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد الثاني، العدد الرابع، 2016، ص17

[2] حمودي محمد ناصر، **العقد الدولي المبرم عبر الانترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص509.

[3] بن عباس نورة، **تسويه النزاعات المتعلقة بالتجارة الالكترونية**، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2010-2011، ص 45.

[4] بلاق محمد، المرجع السابق، ص 19

ينعقد الاختصاص بموجب كل من ضابط محل إبرام وتنفيذ العقد لمحاكم الدولة التي ينشأ فيها مصدر الالتزام، وكان تنفيذه لازما على إقليم هذه الدولة، وما يفيد في ذلك أن ارتباط الالتزام بدولة معينة يجعل من محاكمها أكثر قدرة وكفاءة من غيرها على الفصل في المنازعات المتعلقة بهذا النوع من الالتزام، والعبرة هنا بالمكان الذي أخذت به، أو الذي علم فيه وتحقق الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بخلاف ذلك[1]، بناء على قواعد تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الالكتروني، فان منازعات العقود الالكترونية ينعقد فيها الاختصاص الى المحكمة التي يثبت فيها مكان انعقاد العقد الالكتروني، غير انه يمكن ان تختص المحاكم في دولة تنفيذ الالتزام التعاقدي ، بصرف النظر عن مكان ابرام العقد الالكتروني [2]حيث يعد المكان الذي تتجسد فيه الالتزامات التعاقدية، وتتحقق فيه مصالح المتعاقدين، باعتبار تنفيذ العقد هو غاية المتعاقدين.

غير ان الامر اكثر تعقيدا بالنسبة للعقود الالكترونية التي يكون فيها تنفيذ الالتزامات عبر الشبكة، مثل عقود البرمجيات، ففي هذه الحالة يتعذر تحديد مكان تنفيذ العقد، عكس ما اذا تم ابرام العقد عبر الشبكة وكان التنفيذ ماديا على ارض الواقع فيكون من الهين تحديد محكمة الاختصاص[3]

2-ضوابط شخصية:

وتتمثل في ضابط الجنسية القانونية التي ينتمي اليها اطراف العقد الالكتروني

ج. ضابط الجنسية

[1] صفاء فتوح جمعة فتوح، **منازعات عقود التجارة الالكترونية بين القضاء والتحكيم، آليات فض المنازعات**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2013، ص 121.

[2] محمد شوقي محروس، المرجع السابق، ص 294

[3] بلاق محمد، المرجع السابق، ص 21

تعتبر الجنسية الرابطة القانونية التي تربط بين المواطن بدولة ذات سيادة، ومن هاذ الباب ينعقد الاختصاص القضائي وفقا لضابط جنسية محاكم الدولة التي يكون فيها المدعى عليه منتميا لجنسية هذه الدولة[1]، ومفاد هذا ان ضابط جنسية المدعى عليه كاف لانعقاد الاختصاص لمحكمة الدولة التي ينتمي اليها[2] وقد أعطى المشرع الفرنسي أهمية بالغة لضابط الجنسية، إذ نص من خلال المادتين14 و15 من القانون المدني الفرنسي على أنه" ينعقد الاختصاص للقضاء الفرنسي بمجرد أن يكون أحد الطرفين فرنسي الجنسية حتى ولو كان العقد الكترونيا"، وقد اشترط وضمن نفس المادة "ألا يتعارض ذلك مع الاتفاقيات الدولية خاصة التوجيهية الأوروبية لسنة 2000 واتفاق Logano، وعدم توافر شروط تطبيق الضوابط الأخرى[3]".

وبالرجوع إلى نص المادتين 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، نجد أن المشرع الجزائري قد أقر ضابط الجنسية حيث نصت الأخيرة على أن تكون المحاكم الجزائرية مختصة بالفصل في الدعوى التي يكون أحد أطرافها جزائريا[4].

د. اختصاص محكمة موقع المال

تختص محاكم الدولة وفقا لضابط موقع المال بالمنازعات المتعلقة بالأموال الموجودة على ترابها، سواء كانت هذه الأموال عقارا أو منقول، وهذا بناء على أن محاكم هذه الدولة هي الأجدر والأقدر عن غيرها من المحاكم على الفصل في هذه النزاعات، وعلى اتخاذ الإجراءات اللازمة في التحقيق كالخبرة والمعاينة مع كفالة تنفيذ الأحكام الصادرة عن محاكمها[5].

[1] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 514.

[2] بلاق محمد، المرجع السابق، ص 16

[3] صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع نفسه، ص 146.

[4] بن عباس نورة، المرجع السابق، ص 48.

[5] صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص 133.

المطلب الثاني: الوسائل البديلة لفض منازعات العقد الالكتروني

مما لا شك فيه، ان العقود الالكترونية بطبيعتها الخاصة التي يغلب عليها من طابع تجاري ودولي، وبسبب قيامها بطريقة افتراضية، فقد كان نشوء الخلافات بين الأطراف امرا واردا، وحيث ان اللجوء للقضاء العادي في المنازعات المتعلقة بهذا النوع من العقود تأخذ وقتا طويلا وإجراءات معقدة، فبات من المنطقي ان يلجا الأطراف الى وسائل بديلة في حال النزاع، من بينها التحكيم (فرع اول) الذي يتم تطويعه من شكله التقليدي الى صيغة تنسجم وخصوصية الوسط الالكتروني، حيث ظهر بصورة التحكيم الالكتروني الأكثر انسجاما والمعاملات الالكترونية ، إضافة الى إمكانية لجوء الأطراف الى وسائل أخرى متمثلة الوساطة والمفاوضات (فرع ثاني) .

الفرع الأول: التحكيم التجاري الالكتروني في عقود التجارة الالكترونية

نظرا لما لمسه أطراف العقود التجارية من فعالية وسرعة للتحكيم في فض المنازعات التجارية، انعكس ذلك على المنازعات المرتبطة بالعقود الالكترونية خاصة التجارية منها،

(أولا): مضمون التحكيم في العقود الالكترونية

بالنظر الى طبيعة المنازعات في العقود الالكترونية، يُفضل غالبًا الأطراف ان يتجهوا نحو وسائل بديلة لتسوية النزاعات، ويأتي ذلك نتيجة عدم الثقة في بعض الأحيان في النظام القضائي الوطني او الأجنبي.

(ا) تعريف التحكيم الالكتروني:

من بين كل وسائل حل المنازعات، يُعتبر التحكيم للتسوية وسيلة هامة وغالبًا تُشترط قبل اللجوء إلى القضاء في بعض المجالات مثل عقود البحث واستغلال المحروقات.

بالإضافة إلى ذلك، يلعب التحكيم دورًا بارزًا في حل المنازعات في العلاقات التجارية الدولية، حيث يختار الأطراف التحكيم كوسيلة لحل النزاعات نظرًا لعديد المزايا التي يتوفر عليها التحكيم والتي تحررهم من القواعد القانونية والموضوعية، باستثناء القواعد المتعلقة بالنظام العام في البلد المستضيف أو بلد التنفيذ.

يعتبر التحكيم وسيلة مهمة لتسوية المنازعات في التجارة الدولية، وقد تم تعزيز دوره في الانظمة القانونية الوطنية.

التحكيم هو اجراء من خلاله يخضع النزاع وفقا لاتفاق الأطراف الى محكمة فرد او هيئة تحكيم، يصدر في النهاية قرارا ملزما للأطراف،[1] يعرف التحكيم بانه اتفاق على طرح النزاع على شخص او اشخاص معينين لتسويته خارج اطار المحكمة المختصة[2] .

هو نظام قضائي خاص يختار فيه الأطراف قضائهم، ويعهدون اليه بمقتضى اتفاق مكتوب بمهمة تسوية منازعات قد تنشا او نشأت بالفعل بينهم بخصوص معاملاتهم التعاقدية او غير التعاقدية والتي يجوز حسمها عن طرق التحكيم[3]

ولا يختلف تعريف اتفاق التحكيم الالكتروني عن ذلك سوى في انه يتم عبر وسائط الكترونية دون حاجة للتواجد المادي للاطراف[4]

ب – شرط التحكيم:

تنص المادة 1007 ق ا م ا على شرط التحكيم وهو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في العقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار

[1] محمد شوقي محروس، المرجع السابق ص438

[2] عبد العزيز غرم الله جار الله ال جار الله، المرجع السابق ص 346

[3] هواري صباح، **التحكيم الالكتروني ومدى فعاليته في حل منازعات التجارة الالكترونية**، مجلة دراسات وابحاث، المجلد 14 عدد جويلية 2022 ص 75

[4] محمد شوقي محروس، المرجع السابق، ص 331

بشأن هذا العقد على التحكيم" وكذلك نصت عليه المادة 1442 من قانون ا م الفرنسي على شرط التحكيم وهو شرط " يتعهد بموجبه طرفا العقد بعرض أي نزاعات قد تنشا فيما يتعلق بذلك العقد على التحكيم"

اما اتفاق التحكيم عرفه قانون الاونسيترال [1]في المادة 7 بانه اتفاق بين الطرفين ان يحيلا الى التحكيم جميع او بعض المنازعات المحددة التي نشأت او قد تنشا بينهما بشأن علاقة قانونية تعاقدية او غير تعاقدية، وبدوره عرف المشرع الجزائري اتفاق التحكيم في المادة 1011 [2] بانه " الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض انزاع سبق نشؤه على التحكيم"

اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو من الممكن أن نشا بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة، عقدية أو غير ذلك[3] ويكمن الفرق بين شرط التحكيم واتفاق التحكيم في ان الأول يكون سابقا لحدوث النزاع، فينص عليه تعاقديا باتفاق قبل نشوء أي نزاع بين الاطراف[4]

(ثانيا) أهمية ومزايا التحكيم في حل النزعات الناشئة عن العقد الالكتروني:

1-**أهمية التحكيم:** منظومة التحكيم هي منظومة اتفاقية، وهي نظام قانوني اقدم من النظام القضائي، ونظرا لما يتميز به من سرعة في الفصل في النزاعات عكس النظام القضائي الذي يعتبر نظاما يعتمد على درجات متعددة في التقاضي، فالفصل في نفس المنازعة يأخذ وقتا أطول بكثير امام القضاء العادي مقارنة بالتحكيم الذي يعتمد على درجة واحدة في التحكيم

2-تحليل لمزايا التحكيم مقارنة بالقضاء العادي

[1] قانون الاونسيترال النموذجي للتجارة الدولية، سبق ذكره

[2] قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008 متعلق بالإجراءات المدنية والادارية

[3] محمود السيد عمر الحتوي، **الرضا بالتحكيم لا يفترض وانما لا بد من وجود الدليل عليه**، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية مصر، 2001، ص 84

[4] خالد بن علي حسن ال سعيدي، **الوسائل البديلة لتسوية منازعات عقد التجارة الالكترونية (دراسة وفقا للقانون الفرنسي والاوروبي)** مجلة روح القوانين، المجلد 34 عدد 100، أكتوبر 2022، ص 1141

ان اللجوء إلى التحكيم في حالة حل المنازعات بين الأطراف في العقد الإلكتروني يتيح لهم العديد من المزايا، ففي حالة وجود منازعة بين الأطراف، يتمكنون من اختيار القانون الذي ينظم التحكيم واللغة التي سيتم استخدامها، بالإضافة إلى اختيار الخبراء الذين سيشرفون على عملية التحكيم وهو ما تؤكده المادة 1041 ق ا م ا وتحديد الإجراءات التي سيتم اتباعها في التحكيم

السرعة: يمكن أن يكون التحكيم أسرع من التقاضي العادي، حيث لا يتطلب نفس الإجراءات القانونية الطويلة والمعقدة. هذا يمكن أن يكون ميزة مهمة للأطراف في العقود الإلكترونية، حيث قد يكونون في عجلة من أمرهم لحل النزاع والمضي قدمًا[1]، من الجدير بالذكر أيضاً أن عملية التحكيم تتميز بسرعة وكفاءة في حل المنازعات، حيث يتمكن الأطراف من تحديد جدول زمني لعملية التحكيم، مما يجعلها خيارًا جيدًا للأطراف الذين يريدون حل المنازعات بسرعة وبدون الحاجة إلى إجراءات قضائية طويلة ومكلفة[2]

المرونة: يمكن أن يكون التحكيم أكثر مرونة من التقاضي العادي، حيث يمكن للأطراف الاتفاق على قواعد التحكيم التي تناسبهم[3]

هذا ويمكن أن يساعد على ضمان أن الإجراءات التحكيمية ستكون عادلة ومنصفة لجميع الأطراف[4]كما يساعدهم على تجاوز مشكلة الاختصاص وتنازع القوانين[5] .

---

[1] عبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص .394

[2] هواري صباح، المرجع السابق ص 76

[3] خليفي سمير، المرجع السابق، ص 325

[4] هواري صباح، المرجع السابق ص 77

[5] محمد محمود جبران، **التحكيم الالكتروني كوسيلة لحل منازعات التجارة الالكترونية**، مذكرة ماجيستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، 2009 ص25

الخصوصية: يمكن أن يكون التحكيم أكثر سرية من التقاضي العادي، حيث لا يتم نشر الحكم التحكيمي على الملأ. هذا يمكن أن يكون ميزة مهمة للأطراف التي ترغب في حماية خصوصيته[1]ا.

التنفيذ الدولي: فقرارات التحكيم عادة ما تكون سهلة التنفيذ عبر الحدود الدولية بفضل اتفاقات التحكيم الدولية حيث لا يتطلب الامر سوى لأمر من رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها وهذا حسب نص المادة 1035 ق ا م ا، ما يسهل على أطراف العقد تنفيذ القرارات في بلدان مختلفة.

بشكل عام يعتبر اللجوء الى التحكيم خيارا عمليا للمتعاقد الالكتروني نظرا للخصائص الدولية والتجارية التي تطغى على العقود الالكترونية والتي تحتاج الى مزايا التحكيم الفعالة والسريعة، وكذلك لما يوفره التحكيم من خصائص لا يوفرها القضاء العادي، ويعتبر التحكيم وسيلة شائعة وفعالة لحل المنازعات الدولية في العقود الإلكترونية[2]، حيث يتمكن الأطراف من اللجوء إلى التحكيم الدولي في أي بلد يختارونه، وكذلك يسهل عليهم تحديد القانون الواجب التطبيق.

غير انه ورغم المزايا العديدة يبقى لنام التحكيم عيوبه التي تنقص من كماله كوسيلة لفض المنازعات، فمثلا القرار الصادر عن التحكيم يكون قطعي ونهائي غير قابل للاستئناف وإعادة النظر.

(ثالثا) حرية الأطراف العقد الالكتروني في اللجوء إلى التحكيم:

حرية المتعاقد الإلكتروني في اللجوء إلى التحكيم بدلا من القضاء العادي هي مسألة معقدة تثير العديد من الأسئلة القانونية، ورغم وجود عدد من المزايا التي يمكن أن يجنيها

[1] ياسر احمد العلجوني، **التحكيم الالكتروني كوسيلة لفض المنازعات**، مجلة المنارات للدراسات القانونية والإدارية، المجلد 2019 العدد ديسمبر 2019، ص 338

[2] بريش عبد القادر، حمدي معمر، **دور التحكيم الالكتروني في حل منازعات التجارة الالكترونية**، مجلة الاقتصاد الجديد، العدد الثاني، جانفي 2010، ص 111

الأطراف من اللجوء إلى التحكيم بدلا من التقاضي العادي، مثل السرعة والتكلفة والمرونة. فان هناك مخاوف يجب مراعاتها، مثل عدم المساواة وعدم قابلية الطعن وعدم الاستقلال

1-اباحة الاتفاق على التحكيم:

نظرا لمزايا التحكيم الالكتروني وملاءمته للسرعة التي تتم بها عمليا التجارة الالكترونية، فقد اعدت بعض التنظيمات الاقتصادية والاقليمية أنظمة خاصة وبذلت جهودا في سبيل توجيه الدول والمشرعين لتبني التحكيم الالكتروني، وعدم وضع عقبات قانونية تحول امام الاعتراف بالعقود الالكترونية[1]، حيث جاء في المادة 1 من التوجيه الأوروبي 31/2000 " تسمح الدول الأعضاء لموردي خدمات المعلومات والمتعاملين معهم بتسوية منازعاتهم بعيدا عن أروقة المحاكم وباستخدام الوسائل التكنولوجية في العالم الالكتروني وفي مجتمع المعلومات في فض المنازعات"[2]

ا: مظاهر حرية الإرادة في اللجوء إلى التحكيم الالكتروني

تتيح حرية الارادة في العقود الإلكترونية للأطراف امكانية اختيار القانون الذي ينظم العقد الالكتروني المبرم بينهم، فالتحكيم يقوم أساسا على مبدا سلطان الإرادة، بمعنى انه لارادة الخصوم شان فيه، حيث اذا محيت هذه الإرادة فلا يعتبر تحكيما انما هو قضاء دولة،[3] ويتيح هذا الحق للأطراف تنظيم العلاقة القانونية بطريقة تتناسب مع احتياجاتهم ومع متطلبات العقد الإلكتروني،

تشمل حرية الأطراف في اللجوء الى التحكيم كل ما يلي:

[1] محمد شوقي محروس، المرجع السابق، ص324-325

[2] *Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»)*

[3] عبد العزيز غرم الله جار الله ال جار الله، المرجع السابق ص 346

-حرية الأطراف في اختيار المحكمين: تنص الفقرة الأولى من المادة 1041 من ق ا م ا على انه "يمكن للأطراف مباشرة او بالرجوع الى نظام التحكيم تعيين المحكم او المحكمين او تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم او استبدالهم"

-حرية الأطراف في اختيار قواعد التحكيم التي تحكم النزاع: وقد نصت المادة 1043 من ق ا م ا على انه "يمكن ان تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة او استنادا على نظام تحكيم، كما يمكن اخضاع هذه الإجراءات الى قانون الإجراءات الذي حدده الأطراف في اتفاقية التحكيم"، غير انه في الحالة التي يكون فيها احد الأطراف مستهلكا فان نظام المحكمة القضائية تقوم باختيار قانون بلد المستهلك وهو ما نصت عليه المادة17 ف03 من نظام المحكمة[1]

-حرية الأطراف في اختيار مكان التحكيم: بالنسبة للتحكيم الالكتروني فمكان التحكيم هو شبكة الانترنت، ويمكن الوصول الى ملف الدعوى التحكيمية عبر موقع القضية على موقع المحكمة الالكترونية [2]

-حرية الأطراف في اختيار اللغة التي يتم بها التحكيم: من مميزات هذا النظام انه يتم باللغة التي يختارها الأطراف.[3]

حرية الإرادة في اللجوء الى اتفاق التحكيم من اهم المبادئ التي يستند عليها التحكيم، تسمح للأطراف بحل نزاعاتهم بطريقة عادلة ومنصفة وفقا لشروطهم الخاصة، كما يتمتع المتعاقدون بخصوصية أكثر عند اللجوء لاتفاق التحكيم الذي يحد من نشر تفاصيل النزاع بشكل اقل مقارنة بالقضاء العادي، ما يساهم في توفير خصوصية وسرية أكثر للأطراف.

للجوء إلى التحكيم التجاري يكون بالإرادة الحرة للخصوم.

---

[1] محمد شوقي محروس، المرجع السابق ص341

[2] محمد شوقي محروس، المرجع السابق، ص 329

[3] المرجع نفسه ص 329

عند اتفاقهم على إدراج بند التحكيم في عقدهم، فإنهم يتفقون على تسوية أي منازعات قد تنشأ بينهم من خلال التحكيم بدلاً من اللجوء إلى المحاكم التقليدية، إدراج بند التحكيم في العقد يعتبر اتفاقًا ملزمًا بين الأطراف، وبموجبه يتعهدون بأن يكون التحكيم الخيار الأساسي لحل المنازعات المستقبلية بينهم. وبالتالي، فإن اللجوء إلى التحكيم يعتمد على الإرادة المتفق عليها في العقد ولا يفرض على الأطراف .ومع ذلك، يجب أن يتم توفير إجراءات تحكيمية عادلة وملائمة ومحددة بوضوح في العقد التجاري. قد يتم الإشارة إلى مجموعة معينة من قواعد التحكيم التجاري المعترف بها عالميًا، مثل قواعد الاعتراف وتنفيذ الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية (New York Convention) أو قواعد التحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية(UNCITRAL) ، التي تحدد إجراءات التحكيم والمعايير التي يجب أن يلتزم بها الحكام وتوفر الإطار القانوني لتنفيذ الجوائز التحكيمية.

(ب): المواد القابلة لاتفاق التحكيم

راينا ان التحكيم يقوم أساسا على مبدا سلطان الإرادة، وللاطراف حرية اللجوء اليه في تسوية منازعاتهم، الا ان هذ الإرادة لا تكفي وحدها، فلابد ان يقر المشرع اتفاق الخصوم ويقنن الياته، فيجيز اللجوء الى التحكيم ويضع الاشكال القانونية التي يتطلبها التحكيم[1]، نظرا لأهمية التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات في مجال التجارة الدولية تم تجسيده في

النظام القانوني الجزائري، فقضت الإصلاحات الاقتصادية التي شرعت فيها الجزائر عام 1988 بإحداث تعديلات في أساليب تسوية المنازعات خاصة في مجال التجارة الدولية[2]

وتم تكريس التحكيم نظرا لمزاياه العديدة، فقام المشرع بإدخال نصوص خاصة بالتحكيم بموجب المرسوم التشريعي رقم 09-93 المؤرخ في 25 أفريل 1993 المعدل والمتمم للأمر

[1] عبد العزيز غرم الله جار الله ال جار الله، المرجع السابق، ص 367

[2] عبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص .396

رقم، 154-66 حيث نصت المادة الاولى من هذا المرسوم التشريعي أنه: " يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق تصرف فيها، ولا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في الارث والحقوق المتعلقة بالمسكن والملبس لا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو في حالة الاشخاص وأهليتهم"[1] وعليه فان المشرع الجزائري استبعد بموجب المادة السابقة مجموعة من المسائل من اتفاق التحكيم، وأضافت المادة 1006 من ق ا م ا لسنة 2008" ولا يجوز للأطراف الاتفاق على اللجوء الى التحكيم لحل منازعاتهم المتعلقة بتلك المواد، حيث انه يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها، لكن لا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالمسكن والملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم ، ولا يجوز للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم" .

المشرع أحاط التحكيم بشبكة معقدة ومقيدة من النصوص القانونية، وتطغى فكرة على هذه المجموعة من القواعد تقضي أنه بلجوئهم إلى محكمين، فإن المتقاضين يفقدون الضمانات التي تمنحها لهم المحاكم الرسمية، ونظرا لهذا فقد منع المشرع اللجوء الى التحكيم في بعض المواد حددتها المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالفة الذكر، وهي المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص أو أهليتهم. وحتى خارج هذه المواد، فإن التحكيم يخضع في حصوله أو في تنفيذه إلى بعض القواعد تجعل منه مؤسسة ذات طابع استثنائي بالنظر إلى الجهات القضائية التابعة للدولة التي تعتبر محاكم ذات الاختصاص العام (م. 32 ق.إ.م.إ.)[2].

[1] المرسوم التشريعي رقم 09-93 المؤرخ في 25 أفريل 1993 المعدل والمتمم للأمر رقم ،154-66 المؤرخ في 08 يونيو1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر 27، السنة الثلاثون.

[2] وفيما أطلق المشرع الفرنسي الحرية للتجار في تطبيق شرط التحكيم بينهم الا انه يضع قيدا على حرية المتعاقدين في اللجوء الى شرط التحكيم، حين يتعلق الامر بحماية المستهلك، حيث تحدد المادة 132R-2 من قانون حماية المستهلك الفرنسي قائمة الشروط غير العادلة، حيث منع اجبار المستهلك من الرجوع حصرا الى محكمة التحكيم، ومنعه من ممارسة

كما يستبعد التوجيه الأوربي المؤرخ في 8 أكتوبر،2008 خلفا للمرسوم المؤرخ 18 مارس، 2009 الذي يتضمن بنود التحكيم في القائمة السوداء للشروط غير العادلة، غير أن المرفق الثاني لاقتراح التوجيه لعام 2009 ارفق قائمة تنص على (ان المصطلحات التي يكون موضوعها أو أثرها " استبعاد أو إعاقة حق المستهلك في أن يكون طرفا في الاجراءات القانونية أو في ممارسة أي سبيلٍ آخر للعدالة، سيما بمطالبته بحل المنازعات حصار عن طريق التحكيم خارجٍ قواعد القانون، وبالتالي تعتبر غير عادلة)[1]

الفرع الثاني: الوساطة والمفاوضات في عقود التجارة الالكترونية

بالإضافة الى التحكيم الذي يعتبر أشهر الوسائل البديلة لحل المنازعات، فانه في أحيان أخرى يلجا المتنازعون في العقود الالكترونية الى وسائل أخرى للوصول الى حل ومن هذه الوسائل المتنوعة سنتطرق الى اكثرها شيوعا بعد التحكيم وهي المفاوضات و الوساطة .

يمكن أن تكون عملية فض النزاعات التعاقدية بسيطة، قد تتطلب العملية تدخل طرف ثالث، يُطلق عليه اسم الوسيط (دوره الوحيد هو خلق مساحة للمناقشة) او ان يتم الامر بينهما وديا حيث يتحدث الطرفان مع بعضهما البعض مباشرة، وإذا لزم الأمر بمساعدة محاميهما.

(أولا): الوساطة الالكترونية

حقه في اللجوء الى القضاء العادي. (ألغيت بموجب المرسوم رقم 884 لسنة 2016 المؤرخ في 29 يونيو 2016 – المادة. 8)

[1] خالد بن علي حسن ال سعيدي، المرجع السابق ص 1145

تعتبر الوساطة من اهم الوسائل البديلة لحل منازعات العقود الالكترونية وأكثرها فعالية[1] خاصة المتعلقة بالتجارة الدولية، نظرا لملائمتها لطبيع العقود الناشئة بطريقة الكترونية[2]،

(ا): الوساطة التقليدية والالكترونية:

الوساطة قد تتم بطريقة تقليدية وقد تتم بطريقة الكترونية حالها في ذلك حال التحكيم و كل الوسائل البديلة لفض المنازعات.

1- تعريف: جاء تعريف الوساطة في المادة 1ف3 من قانون الاونيسترال النموذجي بانها " أي عملية سواء اشير اليها بتعبير الوساطة او التوفيق او بتعبير اخر ذا مدلول مماثل، يطلب فيها الطرفان من شخص اخر او أشخاصا اخرين مساعدتهما في سعيهما الى التوصل الى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية، او علاقة قانونية أخرى، او المتصل بتلك العلاقة، ولا يكون للموفق الصلاحية في فرض حل للنزاع على الطرفين

اما قانون ا م ا الجزائري فلم يعرف الوساطة انما نظم احكامها في المواد 994-1005 ق ا م ا وكذلك عرفه التوجيه الأوروبي EC/52/2008 بشأن الوساطة في النزاعات المدنية والتجارية[3]

رغم تباين التعاريف المقدمة من قبل الفقه للوساطة، الا انها تقريبا أجمعت على انها وسيلة فعالة وسريعة في فض المنازعات[4] الوساطة التقليدية هي وسيلة اختيارية لتسوية المنازعات بشكل ودي بمساعدة طرف ثالث، تعتمد على الحوار والمشاورات المتبادلة لإقناع أطراف النزاع

---

[1] خالد بن علي حسن ال سعيدي، المرجع السابق، ص 1148

[2] رامز عاشور، **الوساطة والمفاوضات الالكترونية كوسائل بديلة لفض منازعات عقود التجارة الدولية الالكترونية**، مجلة القدس للبحوث الاكاديمية، المجلد الأول، العدد 02، سنة 2023، ص78

[3] *Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale*

[4] خليفي سمير، الوساطة الالكترونية، **الحل البديل لنزعات عقود التجارة الالكترونية**، مجلة دراسات وابحاث، المجلد 13 العدد 04، سنة 2021، ص 324

بالحلول المقترحة، والتوصل أخيرا لحل نابع منهم للنزاع القائم، وذلك بعد فحص ادعاءاتهم وطلباتهم [1]،

بذلك فالوساطة الالكترونية فتعرف بانها "عملية تتم بشكل مباشر على شبكة الانترنت، تهدف لتسهيل التعاون والتفاوض بين الأطراف المتنازعة للتوصل الى حل يقبله الأطراف"

(ب): مزايا وعيوب اللجوء الى الوساطة

1-مزايا اللجوء للوساطة:

- تعتبر الوساطة من الوسائل الرضائية لحل النزاعات، بمعنى ان للأطراف حرية اللجوء اليها بوصفها نظاما ارداديا يعتمد على حرية الأطراف المتنازعة في الاعتماد على الوساطة لحسم النزاع[2]
- الكفاءة: تتميز الوساطة بالكفاءة في حل النزاعات، حيث يتم التوصل إلى اتفاق يرضي جميع الأطراف، مما يجنبهم الخسائر المادية والنفسية التي قد تنجم عن التقاضي.
- مرونة الإجراءات: تتميز الوساطة بالمرونة في إجراءاتها، حيث يمكن أن تتم وفقًا لاحتياجات الأطراف وظروفهم، مما يسهل على الأطراف المشاركة في العملية، وتمنحهم حرية أكبر في التواصل مع الوسيط والطرف الاخر للتفاوض حول مسائل النزاع[3]
- الحفاظ على العلاقات: تساهم الوساطة في حفظ العلاقات بين الأطراف، حيث يتم التوصل إلى اتفاق من خلال التفاوض والتوافق، مما يجنب الأطراف القطيعة أو الكراهية، بالإضافة الى طابع السرية الذي يميز الوساطة مايجعلها اكثر امانا وتحقيقا

[1] رامز عاشور، المرجع السابق ص79

[2] داود منصور، **فعالية الوساطة الالكترونية كآلية بديلة لحسم منازعات التجارة الالكترونية** (مركز الوساطة الالكتروني SQUAR TRADE نموذجا)، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، مجلد 06 العدد02، جوان 2021، ص 943

[3] خليفي سمير، المرجع السابق، ص 325

للثقة بين المتعاقدين فمن المسلم به أن السرية جزء لا يتجزأ من عملية الوساطة وقد نص على ذلك المشرع الفرنسي في المادة 1531 من قانون الإجراءات الجنائية وقواعد الوساطة[1]

2-عيوب الوساطة:

بالرغم من المزايا التي تقدمها عملية الوساطة في حل النزاعات المرتبطة بالعقد الإلكتروني، إلا أنها قد تتضمن بعض العيوب أيضًا، وتشمل:

– عدم ضمان الاتفاق: قد لا تؤدي جلسة الوساطة إلى اتفاق نهائي بين الأطراف، وقد تفشل العملية في إيجاد حلاً مرضيًا للجميع.

– طبيعة الوساطة: يمكن أن تكون طبيعة الوساطة غير منصفة في بعض الأحيان، حيث قد يكون الوسيط متحيزًا لإحدى الأطراف أو يفتقر إلى الخبرة الكافية في مجال النزاع.

–. تكلفة الوساطة: قد تكون تكاليف الوساطة باهظة بالنسبة لبعض الأطراف، خاصة إذا تطلبت العملية وقتًا طويلًا.

–. عدم فاعلية الوسيط: قد يحدث أحيانًا أن يكون الوسيط غير فعال في تسوية النزاع بسبب عدم قدرته على التوصل إلى توافق بين الأطراف.

–. عدم قبول إجراءات الوساطة: بعض الأطراف قد ترفض اللجوء إلى الوساطة وتفضل اللجوء إلى المحكمة مباشرة او قد يرفض أحد الأطراف تنفيذ الاتفاق الذي تم التوصل اليه بمناسبة عقد الوساطة[2].

(ج): طرق اللجوء الى الوساطة لحل نزاعات العقد الإلكتروني

[1] *Denis MOURALIS et Walid BEN HAMIDA. **La négociation de l'accord amiable** ; Presses universitaires d'Aix-Marseille ; ed 2020; P41*

[2] رامز عاشور، المرجع السابق ص 81

1-**اللجوء الودي للوساطة:** يتم اللجوء إلى الوساطة الطوعية من خلال اتفاق الأطراف على اللجوء إلى الوسيط لحل النزاع بينهما، وقد نظم المشرع الجزائري احكام الوساطة في المواد 994 وما بعدها من ق ا م ا واوجب على القاضي عرض اجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد باستثناء قضايا شؤون الاسرة والقضايا العمالية، ما يعني ان اجراء المواد الغير مستثناة تشمل كافة أنواع العقود بما فيها التي تعقد بوسائل الكترونية، غير ان المادة نفسها تركت للأطراف الحرية في قبول الاجراء او رفضه، وفي حالة اللجوء الطوعي إلى الوساطة يقوم القاضي بتعيين الوسيط الذي يقوم بالعملية، شرط ان يتضمن الامر القاضي بتعيين الوسيط موافقة الخصوم وها حسب نص المادة 999ق ا م ا، كما يمكنهم الاتفاق على شروط وإجراءات الوساطة،

2-**اللجوء الجبري للوساطة:** يتم اللجوء إلى الوساطة الإجبارية بموجب حكم قضائي يلزم الأطراف باللجوء إلى الوسيط لحل النزاع بينهما، وفي هذا قررت المادة 534ف 1 و2 ق ا م ا الجزائري انه يجب على رئيس القسم التجاري عرض النزاع مسبقا على الوساطة. وانه لا تخضع الوساطة امام القسم التجاري الى قبول الأطراف خلافا لأحكام المادة 994، وفي هذه الحالة فإن المحكمة تختار الوسيط وتحدد شروط وإجراءات الوساطة، حيث تطبق عليها احكام الوساطة المنصوص عيها في قانون ا م ا وهذا حسب نص المادة 534 ف3"

3-**انهاء الوساطة:** إذا توصل الأطراف الى اتفاق بالوساطة، يكون الوسيط قد انجز مهمته بالتالي تنتهي بتحرير محضر يتضمن ما توصل اليه الخصوم من اتفاق او عدمه إذا لم يحدث اتفاق، وهذا ما نصت عليه المادة 1003 ف 2 ق ا م ا.

ويمكن للقاضي في أي وقت انهاء الوساطة في ثلاث حالات:

- بطلب من الوسيط
- بطلب من الخصوم

- وأخيرا من تلقاء نفسه، إذا تبين له استحالة السير الحسن لها.

(ثانيا) المفاوضات وشرط إعادة التفاوض

يعبر أيضا عن المفاوضات بمصطلح المشاورات، وهي احدى اهم الطرق الودية التي يلجا اليها المتعاقدون حين وقوع نزاع بينهم، نظرا للخصائص التي تميز هاته الوسيلة والتي تجذب المتعاقدين مقارنة بوسائل أخرى لفض النزاعات

(ا) مفهوم المفاوضات:

المفاوضات عملية تقتصر على طرفي النزاع فقط وهي كوسيلة استثنائية يلجا اليها المتعاقدون لفض النزاعات والوصول الى حل مرضي للأطراف[1]، يعتبر نظاما وديا لحسم المنازعات، يتوجب تعريفه وتحديد اهم خصائصه ومميزاته، وأساليب اللجوء الى المفاوضات واثارها على المنازعات العقدية الالكترونية.

عندما يقرر أطراف النزاع محاولة حله وديًا، فإنهم يدخلون في علاقة خاصة. ويتفقان على المناقشة على قدم المساواة بهدف بذل قصارى جهدهما للتوصل إلى اتفاق يرضيهما. عن طريق محادثات، مكونة من عروض وعروض مضادة[2]

في العقود التجارية الالكترونية الدولية، بامكان الأطراف ادراج شرط إعادة التفاوض، لمواجهة ما قد يحصل من تغيرات للظروف اثناء مرحلة تنفيذ العقد او أي منازعات قد تحدث بينهم بشان ذلك[3]، من خلال إعادة التفاوض فيما بينهم حول بنود جديدة قصد الوصول الى اتفاق جديد[4]

[1] محمد احمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 219

[2] *Denis MOURALIS et Walid BEN HAMIDA. OP ;CIT; ed 2020 ; p 37*

[3] اسيل باقر جاسم، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، الملد 03 العدد01، سنة 2011، ص 117

[4] حسام سيد عبد الرحيم علي، اعمال شرط إعادة التفاوض HARDSHIP في عقود التجارة الدولية، مجلة الدراسات القانونية، جامعة أسيوط، مجلد 54،العدد01، ديسمبر 2021ص 384

1-تعريف المفاوضات وشرط إعادة التفاوض:

- تعريف المفاوضات: التفاوض في اللغة، هو تبادل الرأي بين ذوي الشأن بغية الوصول إلى اتفاق أو تسوية ويقال تفاوضنا، أي فاوض كال صاحبه، والتفاوض من فوض إليه الامر: صيره إليه وجعله الحاكم فيه، وفاوضه في أمره أي جاراه، وتفاوضوا الحديث: أخذوا فيه [1]

اما اصطلاحا فتعرف المفاوضات بأنها: "أعمال مادية تتمثل بالتحاور وتبادل الآراء والأفكار، والمساومة بالتفاعل بين الاطراف قصد الوصول إلى اتفاق معين أو حل لمشكلة" [2]وتعددت التعريفات الفقهية للمفاوضات، عملية ديناميكية بالغة الدقة والحساسية تتم بين طرفين يتعاونان على إيجاد حلول مرضية لما بينهما من مشكلات خلافية او صراع او تناقض من اجل تحقيق الأهداف والاحتياجات والمصالح المشتركة[3]

كما عرفت أنها: «عملية يمكن من خلالها حل النزاعات أو تسوية المعاملات بمختلف أنواعها، أو إنشاء اتفاقيات بين الافراد ، وكذلك هي نوع من الحوار وتبادل الاقتراحات والتقريب من وجهات النظر" وعرفها الدليل العملي لسلسلة حل النزاعات بوزارة العدل الكندية[4] بانها شكل من أشكال الاتصال المباشر أو غير المباشر حيث تناقش الأطراف ذات المصالح المتعارضة الخطوات التي يمكنهم اتخاذها معًا لإدارة النزاع بينهم وربما حله .

- تعريف شرط إعادة التفاوض: بالنسبة لشرط إعادة التفاوض فهو شرط يدرجه الأطراف في عقدهم، يتفقون فيه على إعادة التفاوض فيما بينهم، قصد تعديل احكام

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف ، 2016 ب ط، ص. 3485ً

[2] رامز عاشور، المرجع السابق ص 81

[3] غسان عبيد محمد المعموري، **المفاوضات ودورها في تسوية منازعات عقود التنمية التكنولوجية**، مجلة اهل البيت عليهم السلام، العدد 22 سنة 2018، ص 378

[4] انظر موقع وزارة العدل الكندية https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/sprd-dprs/res/mrrc-drrg/03.html تاريخ الزيارة: 16-08_2023

العقد حين وقوع احداث معينة، يحددها الأطراف، من شانها الاخلال بتوازن العقد، واصابة احد المتعاقدين بضرر جسيم[1].

وشرط إعادة التفاوض هو شرط اتفاقي، يتوقف مضمونه على إرادة الأطراف، يتم تنظيمه بينهم، من خلال تحديد الاحداث المتوقعة و الحلول التي يلجؤون اليها في حال وقوع أي من تلك الاحداث، ويفترض فيه التحديد الدقيق لعناصر هذا الشرط، قصد تطبيقه بصفة جيدة عن الاقتضاء[2]

- **التمييز بين المفاوضات وشرط إعادة التفاوض**

من خلال التعاريف يمكن استنتاج ان اهم اختلاف بين المفاوضات وشرط إعادة التفاوض، هو ان هذا الأخير يحدد حصرا وبطريقة مسبقة ضمن بنود العقد، ويتعلق بالاحداث الطارئة المتوقعة التي يمكن ان تحدث اخلالا بتوازن العقد، وبالتالي الاخلال بتنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل احد المتعاقدين، فيما تتعلق المفاوضات باي نوع من المنازعات التي قد تحدث بين اطراف العقد الالكتروني بما في ذلك التي قد يتضمنها شرط اعداة التفاوض، بالإضافة الى ان المدين يستطيع مطالبة الدائن بإعادة التفاوض في حال توافرت شروطه[3]، ويعد اخلالا بالالتزامات التعاقدية كل رفض لاعمال شرط إعادة التفاوض من قبل الدائن[4] عكس المفاوضات التي لا تتم الا بموافقة الطرفين ويمكن الانسحاب منها في كل وقت

2-خصائص ومزايا المفاوضات في فض المنازعات العقدية

[1] اسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص 117

[2] حسام سيد عبد الرحيم، المرجع السابق ص385

[3] المرجع نفسه، ص 413

[4] محمد إسماعيل حنفي، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، مقال الكتروني منشور بتاريخ 3 اوت 2023 متوفر على الرابط - https://jordan-lawyer.com/

فكرة المفاوضات المباشرة أو المفاوضات الإلكترونية، تميزت بنسبةٍ كبيرة بالوسيلة التي تتيح حلاً للنزاعات مماثلًا للوسائل البديلة مثل الوساطة. تتميز هذه الفكرة بعدة خصائص مهمة:

-متعددة الأطراف: يمكن أن تشمل جلسة التفاوض طرفين أو ثلاثة أو حتى عشرات الأطراف.

-خارج نطاق القضاء: في المفاوضات يشارك الأطراف وحدهم في حل نزاعاتهم التعاقدية دون حاجة للجوء الى طرف ثالث.

- غير رسمية: حيث لا توجد قواعد إلزامية عندما يتعلق الأمر بالمفاوضات، فللأطراف الحرية في اعتماد القواعد التي يريدونها، إذا لزم الأمر. وسيتعين عليهم الاتفاق على مواضيع مثل موضوع المفاوضات وزمانها ومكانها، بالإضافة إلى قضايا أخرى بما في ذلك السرية وعدد جلسات التفاوض والوثائق التي سيتم استخدامها.

- اختيارية وطوعية: المفاوضات تحدث دائمًا بإرادة حرة من الأطراف المتفاوضة دون إكراه أو ضغط. يتعين على كل طرف أن يكون ملتزمًا بالدخول في المفاوضات بإرادة حرة ونية حقيقية وعازمة[1]، كما انه طوال مرحلة المفاوضات، يمكن للأطراف دخولها والاستمرار فيها أو الانسحاب منها في أي وقت دون مسؤولية قانونية.

- توجيه ذاتي: الأطراف تتحكم بشكل كامل في مسار المفاوضات والقرارات التي تتخذها دون تدخل إكراهي من أي جهة خارجية، كما تتمتع الأطراف بالحرية في تنظيم مسار المناقشات على النحو الذي تراه مناسبًا من خلال ممارسة إضفاء الطابع الرسمي بشكل أو بآخر. ولذلك فمن الممكن إبرام عقود مسبقة محددة تتضمن شرط اللجوء الى المفاوضات وطريقة سيرها[2].

3- مزايا المفاوضات في حل النزاعات

[1] علي احمد صالح ، **المفاوضات في العقود التجارّة الدولّية** ، أطروحة لنّيل شهادة الدكتوراه في القانون الدولّي العام ،جامعة بن يوسف بن خده ،كلّية الحقوق بن عكنون ،الجزائر، ص

[2] *Denis MOURALIS et Walid BEN HAMIDA, OP ;CIT ; P 39*

– تعتبر المفاوضات وسيلة فعّالة لحل النزاعات بشكل سلمي فهي تبقي التواصل بين الاطراف وتجنب تصاعد النزاع إلى المراحل الأخرى من التحكيم أو القضاء[1].

–يعتبر الأسلوب الأكثر مرونة نظرا لان الأطراف المتعاقدة فقط هي المشاركة في العملية، وتمكنهم من حرية التحضير للمفاوضات واختيار القواعد المتبعة وفقا لاحتياجاتهم. تساهم المفاوضات في تعزيز التفاهم وبناء العلاقات بين الأطراف المتفاوضة.

– على افتراض أن الطرفين يتفاوضان بحسن نية، فإن التفاوض سيسمح لهما بإعداد اتفاق يأخذ مصالحهما في الاعتبار، يمكن للمفاوضات أن تحافظ على العلاقة بين الطرفين، وفي بعض الحالات، أن تحسنها عند التوصل إلى اتفاق بينهما، وقد يكون التفاوض أقل تكلفة وأقل استهلاكا للوقت من المحاكم

بهذه الخصائص، تُظهر المفاوضات نهجًا إيجابيًا في إدارة النزاعات التعاقدية وتحقيق الحلول التي يمكن أن تلبي مصالح الأطراف المتنازعة.

ب: دور المفاوضات في حل المنازعات في العقد الالكتروني

التفاوض هو وسيلة بديلة لحل النزاعات في التجارة الالكترونية الدولية، حيث يحاول الأطراف المتنازعة التوصل إلى اتفاق عن طريق مفاوضات الكترونية او مباشرة، تلعب دورا بارزا في تسوية منازعات التجارة الالكترونية، حيث تعطي للأطراف المتنازعة فرصة حل النزاع بنفسهم، دون حاجة لتدخل طرف اخر سواء كان محكم او وسيط او جهة قضاء[2]

و لا يؤدي التفاوض عادةً إلى اتخاذ قرار نهائي بشأن النزاع، بل يتضمن تقديم تنازلات من الطرفين. تشمل مفاهيم التفاوض الاقتراحات الأولية التي تقدمها إحدى الأطراف والاقتراحات المضادة التي تُقدمها الأخرى، بالإضافة إلى جميع المناقشات سواء كانت شفوية

[1] غسان عبيد محمد المعموري، المرجع السابق، ص 379

[2] محمد احمد علي المحاسنة، المرجع السابق ص220

أو مكتوبة، سواء تمت بشكل مباشر بين الأطراف أو باستخدام وسطاء بهدف التوصل إلى اتفاق وتحديد حقوق والتزامات الأطراف.

ج: الاثار المترتبة عن المفاوضات في العقود التجارية الالكترونية

ترتب المفاوضات اثارا وقتية على العقد الالكتروني تتمثل في وقف تنفيذ الالتزامات المتقابلة، غير انه يثور خلاف بين الفقهاء حول نطاق الالتزامات التي يوقفها التفاوض[1]

واستقر الامر الى انه اذا كان هناك اتفاق حول الالتزامات التي يتم وقفها، فانه لا توجد مشكلة سواء تم الاتفاق قبل او اثناء السير في المفاوضات[2]، اما في حالة غياب اتفاق يخص ذلك فقد اجابت مبادئ العقود التجارية الدولية (اليونيدروا UNIDROIT) على ذلك بحيث تلعب المفاوضات دورا حاسما في حل منازعات العقود الالكترونية، عن طريق:

– تحليل المشكلة: المفاوضات تتيح للأطراف فرصة تحليل جذور المشكلة وفهم التفاصيل بشكل أفضل، يمكن لهذا التحليل أن يساعد في تحديد القضايا الرئيسية والمصالح المشتركة والمتضاربة.

– تحديد الهدف: خلال المفاوضات، يقوم الأطراف بتحديد أهدافهم وما يسعون إلى تحقيقه من خلال الاتفاق، هذا يمكن أن يكون تحقيق تعويض مالي، أو إصلاحات في العقد، أو تسوية شروط معينة.

– التفاوض على الشروط: تدور المفاوضات حول التفاوض على الشروط والأحكام المتعلقة بالعقد وكيفية تعديلها إذا كان ذلك ضروريًا، يتعين على الأطراف تبادل العروض والمقترحات حتى يتم التوصل إلى اتفاق مرضٍ.

---

[1] احمد محمد صديق، الاثار المترتبة عن إعادة التفاوض كوسيلة لحل منازعات التجارة الدولية، مجلة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، المجد العاشر، العدد الثاني، 2020، ص 446

[2] عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مبدا حسن النية واثره في التصرفات القانونية، دار النهضة للنشر، القاهرة،2007 ، ص 98

–التفاوض على التعويض: إذا كانت المنازعة تتعلق بتعويض مالي، فإن المفاوضات تشمل تقديم ومراقبة العروض المالية وضمان العدالة في هذا الصدد.

– إنشاء اتفاق رسمي: بمجرد التوصل إلى اتفاق مقبول من قبل الأطراف، يجب أن يتم إعداد اتفاق رسمي يوثق الشروط والالتزامات بشكل قانوني.

– التنفيذ ومتابعة الالتزامات: بعد توقيع الاتفاق، يجب على الأطراف تنفيذ الشروط ومراقبتها لضمان الامتثال المستمر.

خاتمة

تأسيسا على ما قد سبق بيانه ضمن متن هذا الموضوع فإنه تتحدد لنا الرؤية الخاصة بمعالجة هذا الموضوع؛ إذ يتضح لنا أنه ورغم التقدم التكنولوجي والتحديات التي تميزه إلا أن الحرية في التعاقد تشكل المنطلق الأساسي لميلاد المؤسسة التعاقدية لكونه يتيح للأشخاص الطبيعية والمعنوية يتيح للأفراد والشركات التفاوض والتعاقد بحرية في العالم الرقمي كما في الواقع التقليدي، وبالتالي يسمح لهم بالتعاقد من عدمه وكذا تحديد بنود العقد.

وحتى لا تخرج هذه الحرية عن الإطار القانوني المرسوم لها فقد تم إحاطتها بمجموعة من القيود، والممكن تصنيفها إلى قيود مفروضة على التعاقد ابتداء، وتشمل القيود التنظيمية، وكذا النظام العام سواء كان على إطلاقه أو متعلقا بالمجال الاقتصادي، كما تشمل المبادئ الموضوعة لحماية المستهلك الالكتروني لخصوصيته، والذي يشمل مختلف مسار بناء العقد الالكتروني (المفاوضات، الإبرام، التنفيذ، التراجع).

وتدعيما للحرية التعاقدية فقد تم تزويد الأفراد بمكنة اللجوء إلى الوسائل البديلة لحل النزاع، والمنظمة بموجب المواد (990-1061) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والمتمثلة في الصلح والوساطة والتحكيم، والتي قد تتم بصورة تقليدية أو الكترونية تسمح بمواكبة الطرق الحديثة التي تم بها العقد الالكتروني، مما يضمن فعاليتها في حفظ المؤسسة التعاقدية وتطبيق مشتملاتها.

وتدعيما لهذه الحرية فقد تم توفير الحماية التقنية لها بما يسمح توفير الأمان الرقمي الذي يشكل آلية لحماية الحقائق الإرادية المعبرة عنها في العقد من جهة، وحماية لمعلومات الأطراف من جهة ثانية، وتسهيلا لعمل القضاء من جهة ثالثة، ويتجلى ذلك خصوصا في اعتماد التصديق والتوقيع الالكترونيين.

وتفريعا عن ذلك كله فقد توصلنا لمجموعة من النتائج **(أولا)** والمقترحات **(ثانيا)** الممكن صياغتها على النحو التالي:

(أولا) النتائج:

1) امتداد نطاق الحرية التعاقدية الرقمية؛ إذ تشمل مسار العقد من المفاوضات للإنشاء، وهو ما يسمح ببناء عقد معبر عن إرادة الأشخاص الطبيعية والمعنوية المبرمة له، مما يكفل تطبيقه.

2) نسبية الحرية التعاقدية من خلال إحاطتها بمجموعة من القيود الكافلة لتطبيقه ضمن الأطر القانونية المرسومة له، وعدم انحرافها عنها.

3) التشاركية التشريعية الدولية لتحقيق الأمن القانوني للعقود والمستهلكين الرقميين، وهو ما يسمح بالتنسيق والتقريب بين مختلف الأنظمة القانونية العالمية، وهو ما يعد منطلقا لتشجيع التعاقد الرقمي الدولي مما ينعكس إيجابا على الاقتصاد الرقمي كمجال بديل للاقتصاد النفطي.

4) حيوية الأمان الرقمي في المجال الرقمي؛ إذ تعتبر المنطلق المشجع على التوجه نحو العقود الرقمية، كما يشكل مصدرا للأمن القضائي في هذا المجال لكفالته حماية المعلومات الشخصية وإمكانية استرجاعها مما يكفل إعمالها في المنازعات، وبالتالي ضمان استقرار المراكز القانونية.

5) تعددية الآليات المتدخلة في حل النزاع الرقمي، وهو ما يكفل فعالية الحلول الناتجة عنها سواء كانت ناتجة عن القضاء أو عن الطرق البديلة (التحكيم، الوساطة، الصلح)، وهو ما يضمن استمرار المؤسسة التعاقدية ويحفظ الحقوق الناتجة عنها.

(ثانيا) المقترحات:

1) تعزيز التشريعات المتعلقة بالعقود الإلكترونية من خلال تطوير قوانين وأنظمة قوية للعقود الإلكترونية تحدد الالتزامات والمسؤوليات بشكل واضح مما يسمح بخلق بيئة تعاقدية موثوقة وعادلة.
2) حماية البيانات الشخصية بوضع تشريعات صارمة لحماية البيانات الشخصية وضمان الامتثال لقوانين حماية الخصوصية، مع دعمها بالجزاءات المناسبة، والتي يتم تحريكها بمجرد مخالفة هذه القوانين.
3) تعزيز الأمان الإلكتروني الذي يكفل تأمين العقود الإلكترونية، ويتضمن ذلك استخدام تقنيات متقدمة للتشفير والوقاية من الاختراق والتزوير، وكذا توفير الأطر البشرية (الشرطة الإلكترونية، القضاة المتخصصين) اللازمة لمكافحة الجرائم المتعلقة بهذا المجال.
4) توعية الأطراف في العقود الإلكترونية بتنظيم حملات توعية عبر تقديم مواد توعية وورشات عمل تشرح كيفية تفاوض وتوقيع العقود بشكل آمن، وهو ما ينعكس على رسم الدور الدقيق لكل طرف من خلال بيان منظومة الحقوق والواجبات الناتجة عن هذا العقد، وهو ما يضمن الاستقرار التعاقدي.
5) تشجيع الأطراف على استخدام الوسائل البديلة لفض النزاع مثل التحكيم والوساطة والصلح نظرا لحيوتها (السرعة، التخصص، الفعالية) مما يسهم في حل النزاعات دون الحاجة للتقاضي القضائي بشرط توفير آليات وإجراءات تتيح إعمال هذه الآليات حقيقة في هذا الميدان.
6) توطيد التعاون الدولي لتوحيد المعايير والتشريعات في مجال العقود الإلكترونية، من خلال مشاركة متعددة الأطراف لمشرعين دوليين، والعمل على تطوير معايير دولية للتعاقد الإلكتروني، وهو ما يوفر الأمن القانوني لهذه الآلية.

7) تطوير تقنيات التوقيع الإلكتروني من خلال الاستثمار في البحث والتطوير لتحسين مصادر التأكد من الهوية الرقمية (التوقيع، البصمة، والتصديق الالكترونيين) مما ينعكس إيجابا على توفير الثقة في المجال الرقمي

قائمة المصادر والمراجع

(01) باللغة العربية:

المصادر

(أولا) *الدستور:

- المرسوم الرئاسي رقم 20_442 المؤرخ 30 ديسمبر ***المتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020***، ج ر عدد 82، الصادر 30 ديسمبر 2020.

(ثانيا) *القوانين:

(أ)الوطنية:

- الأمر رقم58/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن ***القانون المدني***، الجريدة الرسمية العدد: 75، المؤرخة: 30 سبتمبر 1975.
- الأمر 03-03 المؤرخ في 19يوليو 2003 ***المتعلق بالمنافسة***، المعدل والمتمم بالقانون 10- 05المؤرخ في 15 غشت 2010، الجريدة الرسمية العدد: 46 المؤرخة: 18 غشت 2010.
- القانون رقم 03- 09 مؤرّخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25فبراير سنة 2009pيتعلق ***بحماية المستهلك وقمع الغش***. الجريدة الرسمية العدد: 15 المؤرخة: 08 مارس 2009.
- القانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد ***القواعد المطبقة على الممارسات التجارية***، الجريدة الرسمية العدد: 41، المؤرخة: 27 يونيو 2004.
- قانون رقم 15-04 ***يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين***، الجريدة الرسمية العدد: 06، المؤرخة: 01 فبراير 2015
- القانون رقم 05/18 مؤرخ في 24 شعبان 1439 الموافق ل 10 مايو 2018، يتعلق ***بالتجارة الالكترونية***، الجريدة الرسمية العدد: 28، المؤرخ: 16 مايو 2018.

(ب)العربية:

- القانون رقم 15 لعام 2004، المؤرخ: أفريل 2004، المتضمن ***قانون تنظيم التوقيع الالكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات***، المنشور في مجلة الوقائع المصرية، بتاريخ: 2004/04/22.
- قانون الاستهلاك المغربي 08.31 المؤرخ في 18فبراير 2011 ***المتعلق بتحديد تدابير حماية المستهلك***، الجريدة الرسمية، عدد: 5932، مؤرخة في: 7 أفريل 2011.
- القانون رقم 53.05المتعلق بالتبادل لإلكتروني للمعطيات القانونية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1 01 129 ,الصادر في 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007) والمنشور في الجريدة الرسمية، عدد 5584, بتاريخ 25 ذو القعدة 1428 (6 ديسمبر 2007)
- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 متوفر على الموقع : http://jafbase.fr/docAsie/Irak/code%20civil%20irakien%201951.pdf
- قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم 15 الصادر لسنة 2015 متوفر على الموقع https://trc.gov.jo/EchoBusV3.0/SystemAssets/%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%20%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B9%D8%A7%D9%85%D9%84%D8%A7%D8%AA%20%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%84%D9%83%D8%AA%D8%B1%D9%88%D9%86%D9%8A%D8%A9.pdf
- قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري رقم 03 لسنة 2005

(ثالثا)*المراسيم التنظيمية:

- المرسوم تنفيذي رقم07 – 162 المؤرخ في13جمادى الاولى عام1428الموافق ل 30 مايو سنة2007 يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 01-123 عام 1422االموافق 9

مايو سنة 2001 ***والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية***، الجريدة الرسمية العدد: 37، الصادرة في 7 يونيو 2007.

- المرسوم رئاسي 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن ***تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام***، الجريدة الرسمية العدد: 50 المؤرخة: 17 سبتمبر 2015.

(رابعا) القرارات القضائية:

- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم: 30072، قرار بتاريخ: 1983/02/16، المجلة القضائية، العدد: 02، 1989.
- المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم: 43098، قرار بتاريخ: 1987/04/12، المجلة القضائية، العدد: 04، 1990.

I. المراجع

(أولا) *الكتب:

- احمد شوقي عبد الرحمان، **الدراسات البحثية في نظرية العقد**، منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط 2006.
- احمد محمد الرفاعي، **الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
- أمجد محمود منصور، **النظرية العامة للالتزامات**، مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، طبعة 2015.
- بشار محمود دودين ومحمد يحيى المحاسنة – **الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة انترنيت**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010.

- ثروت عبد الحميد، **التوقيع الالكتروني ماهيته مخاطره وكيفية مواجهتها**، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007.
- ثروت عبد الحميد، **التوقيع الالكتروني**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2007.
- جهاد محمود عبد المبدي، **التراضي في تكوين عقود التجارة الالكترونية**، ، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض،ط1، 2017
- الحلالمة نصار محمد، **التجارة الالكترونية في القانون**، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان، ط 2005.
- حلمي بهجت بدوي، **أصول الالتزامات الكتاب الأول في نظرية العقد**، مطبعة نوري بالقاهرة، ط 1943.
- خالد ممدوح ابراهيم، **إبرام العقد الالكتروني**، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2011.
- خليل احمد حسن قدادة، **الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري**، ج 01، مصادر الالتزام ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- خليل احمد حسن قدادة، **الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري**، ج1 مصادر الالتزام، ط 5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- خنفوسي عبد العزيز، قانون الدفع الالكتروني، مركز الكتاب الاكاديمي للنشر، عمان، ط 1، 2018 .
- رضا متولي وهدان، **المسؤولية المدنية (الضمان) دراسة مقارنة في ضوء الفقه الإسلامي**، ط 1، 2011، دار الفكر والقانون، مصر، 2011.
- الرومي محمد امين، **التعاقد الالكتروني عبر الانترنت**، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2004.

- سالم ارجيعة، **الوجيز في القانون الدولي الخاص الليبي**، مطبعة نور الإسلام الإسكندرية، ط4 2007.
- سليم عبد الله الجبوري، **الحماية القانونية لمعلومات شبكة الانترنت**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط 2011.
- سمير عبد السميع اودن، **العقد الالكتروني**، منشاة المعارف، الإسكندرية، ط 2005.
- سمير دنون، **العقود الالكترونية في اطار تنظيم التجارة الالكترونية**، المؤسسة الحديثة للكتاب،بيروت، ط 1 2012.
- صلاح المنزلاوي :**القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة لالكترونية**, دار الجامعة الجديدة للنشر لإسكندرية, الطبعة لأولى, 2006
- ضياء علي أحمد نعمان :**المسؤولية المدنية الناتجة عن الوفاء الالكتروني بالبطاقة البنكية: دراسة مقارنة**، الجزء الثاني، المطبعة و الوراقة ، 2010
- عبد الحي حجازي، **النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام**، ج 01، دار النهضة العربية، مصر، 1954.
- عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مج 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط سنة 2000.
- عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول مصادر الالتزام**، نسخة الكترونية. 2008.
- عبد العزيز غرم الله جار الله أل جار الله، **أحكام وضوابط العقود الالكترونية في الفقه الإسلامي والقانون**، الرياض، دار الكتاب الجامعي، 2017.

- عبد القادر العرعاري، **مصادر الالتزامات، الكتاب الثامن، المسؤولية المدنية**، الطبعة الثالثة، دار الامان للتوزيع، الرباط، 2005
- عدنان إبراهيم سرحان، **شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات): دراسة مقارنة**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، السنة، 2019 .
- علي فيلالي، الالتزامات، **النظرية العامة للعقد**، موفم للنشر/ الجزائر، طبعة 2010.
- العوجي مصطفى، **القانون المدني: العقد**، ج 01، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.
- ماجد محمد سليمان أبا الخيل، **العقد الالكتروني**، الرياض، مكتبة الرشد، 2009.
- محمد السيد عمران، **حماية المستهلك أثناء تكوين العقد**، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون سنة نشر.
- محمد حسن منصور، **النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، طبعة 2006.
- محمد شكري السرور، **مسؤولية المنتج عن الاضرار التي تسببها منتجاته الخطرة**، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983،
- محمد شوقي محروس، **العقد الالكتروني في ضوء الإرادة والحماية**، الإسكندرية، مكتبة الوفاء القانونية، السنة 2019.
- محمد شوقي محروس، **العقد الالكتروني في ضوء الإرادة والحماية**، ط 01، دار الوفاء للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2019.
- محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني العقد والإرادة المنفردة**، الجزائر، دار الهدى للنشر، طبعة 2019.

- محمد فواز المطالقة، **الوجيز في عقود التجارة الالكترونية**، دار الثقافة للنشر، الأردن، الطبعة الثالثة، 2011.
- محمود عبد الرحيم الشريفات، **التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت**، دار الثقافة للنشر، عمان، 2009.
- مصطفى أحمد إبراهيم نصر ،**وسائل إثبات العقود الالكترونية: دراسة مقارنة**، دار النهضة العربّية، القاهرة2012.
- مصطفى الجماك واخرون، **مصادر واحكام الالتزام: دراسة مقارنة**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 2003.
- مصطفى العوجي، **القانون المدني الجزء الأول، العقد**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط 2007.

(ثانيا) الأطروحات:

- خالد عبد الفتاح محمد خليل، **حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص**، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة حلوان (مصر)، 2002.
- سويلم محمد، **سلطة الإدارة في حماية النظام العام الاقتصادي**، أطروحة دكتوراه في القانون تخصص قانون عام اقتصادي، جامعة غرداية (الجزائر)، 2017-2018.
- عليان عدة، **فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي**، اطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، سنة 2016/2015.
- منال بوروح، **النظام العام والعقد**، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة الجزائر، 2019.

- عبد الرحمن بوفلجة، **دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2007 – 2008.
- فوغالي بسمة، **إثبات العقد الالكتروني وحجيته في ظل عالم الانترنت**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة سطيف 2، 2015/2014.
- لما عبد الله صادق سلهب، **مجلس العقد الالكتروني**، رسالة ماجستير، جامحة النجاح الوطنية (فلسطين)،2008.
- لوصيف عمار، **استراتيجية نظام المدفوعات للقرن الحادي والعشرين مع الإشارة الى التجربة الجزائرية**، مذكرة ماجيستير جامعة قسنطينة، 2009،
- محمد فادي فرج الفهداوي، **الأهلية القانونية للتعاقد في البيئة الالكترونية**، رسالة ماجيستر في القانون الخاص، جامعة الشرق الاوسط (الاردن)، جوان 2020.
- مصطفى خضير نشمي، **النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد**، مذكرة ماجيستر في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط (الأردن)، 2013–2014.
- نجيب عبد الله نجيب الجبشة، **مفهوم فكرة النظام العام وتطبيقاتها في التشريع الفلسطيني**، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، نابلس (فلسطين)، 2017.
- هالة مجدوب الربيع محمد، **أحكام التعاقد الالكتروني**، مذكرة ماجيستير، جامعة النيلين (السودان)، 2018.
- هدار عبد الكريم: **مبدأ الثبوتية في ظل ظهورالمحررات الإلكترونية**، رسالة ماجيستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، 2013–2014.
- عتيق حنان، **مبدا سلطان الارادة في العقود الالكترونية**، مذكرة ماجستير في قانون التعاون الدولي، جامعة البويرة، 2012

(ثالثا) المقالات:

- بناسي شوقي، **المبادئ التوجيهية للعقد**، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد06 العدد 02، سنة 2020.
- لحرش اسعد المحاسن، **النظام العام الاقتصادي في الشريعة الإسلامية**، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 07، العدد04، 2014.
- احمد عبد الحميد امين، **دور فكرة النظام العام في حماية مشروعية العقد والطرف الضعيف**، مجلة كلية الحقوق بجامعة المينا، المجلد الثاني، العدد الاول، يونيو 2019.
- امازوز لطيفة، مرحلة التفاوض في العقود الالكترونية، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، العدد 04، المجلد 11، ديسمبر 2018.
- امين محمد بسيوني محمد الجديلي، "**التعاقد بوسيلة الهاتف كعقد من العقود الالكترونية المعاصرة في ظل مواجهة النوازل: دراسة تأصيلية تطبيقية من منظور الفقه الإسلامي**"، مجلة كلية الشريعة والقانون، العدد: 23، 2021.
- امينة كوسام، "**خصوصية الأهلية في التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة**"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد: 02، العدد: 02، 2015.
- ايناس مكي عبد النصار، **التفاوض الالكتروني دراسة مقارنة في ظل بعض التشريعات العربية المقارنة**، مجلة بابل للعلوم الانسانية، المجلد 21 العدد 03، 2013.
- بان سيف الدين محمود، "**العقد الالكتروني ووسائل إثباته**"، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد: 27، العدد: 07، 2019،
- بان سيف الدين محمود، "**العقد الالكتروني ووسائل إثباته**"، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد: 27، العدد: 07، 2019.
- بعروة منصف، **الحرية العقدية في ظل النظام العام الاقتصادي**، مجلة البحوث في العقود وقانون الاعمال، العدد الخامس، ديسمبر 2018.

- بن السحيمو محمد الهادي، مهداوي عبد القادر، "**الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني**"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد: 07، العدد: 06، 2018.
- بن امينة مصطفى، **النظام العام الاقتصادي وتطبيقاته في قانون حماية المستهلك الجزائري – مقاربة تشريعية لضبط سلوك العون الاقتصادي**–، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05 العدد01
- بن مسعود احمد، **تجليات فكرة النظام العام الاقتصادي**، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، المجلد 15العدد 01، أفريل 2022.
- بهلولي فاتح، "**تنفيذ عقود التجارة الالكترونية**"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد: 11، العدد:0 ، 2015.
- بوسعيد ماجدة، **الاتفاقيات المحضورة المقيدة لمبدأ حرية المنافسة**، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، العدد 3 سبتمبر 2018.
- بوشنافة جمال، "**خصوصية التراضي في العقود الالكترونية**"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد: 03، العدد: 02، 2018.
- بوعريوة منصف، **الحرية العقدية في ظل النظام العام الاقتصادي**، مجلة البحوث في العقود وقانون الاعمال، العدد الخامس، ديسمبر 2018.
- بوعكاز خليل، **أثر حق العدول في عقود التجارة الالكترونية على مبدا الحرية التعاقدية**، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد السابع، العدد الأول، 2022.
- بوعكاز خليل، الحاج علي بدر الدين، **مكافحة الشروط التعسفية في العقد الية للمحافظة على الرابطة التعاقدية**، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 07، العدد الأول، جوان 2022.
- بوهنتالة لينة، زراري نسرين، زواقري الطاهر، **الالتزام بالإعلام كالية لضمان الامن التعاقدي**، مجلة الدراسات القانونية، المجلد التاسع العدد الأول، جانفي 2023.

- بوهنتالة لينة، زواقري الطاهر، غيلاني طاهر، **وسائل الحماية المدنية للمستهلك في العقد الالكتروني**، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد الخامس، العدد الأول، جوان 2022.
- بيلامي سارة، **نطاق حرية التعاقد في ظل تطور قانون العقود**، مجلة البحوث في العقود وقانون الاعمال، العدد الخامس، ديسمبر 2018.
- تغريبت رزيقة، **الشرط الجزائي بين سلطان الإرادة وسلطة القاضي**، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 15، العدد01،2022.
- جبالي منير، **حماية المستهلك في العمليات البنكية الالكترونية**، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، ديسمبر 2021،
- حليس لخضر، **جميعة وعيممة العقد**، مجلة البحوث والدراسات العلمية، المجلد 12، العدد الاول، جوان 2016.
- حمادة أشرف محمد خليل، "**المحررات الالكترونية كوسيلة من وسائل إثبات العقد الإداري الالكتروني: دراسة تحليلية مقارنة**"، مجلة الإسراء للعلوم الإنسانية، العدد: 04، 2018.
- حمادوش انيسة، "**حول إشكالية التحقق من أهلية المتعاقد في التعاقد الالكتروني**"، مجلة القانون المجتمع والسلطة، مجلد: 08، عدد: 02، 2019.
- دناي نور الدين، "**الإيجاب والقبول في العقود الالكترونية**"، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد: 01، العدد: 02، 2017.
- رامي علوان، **التعبير عن الإرادة عن طريق الانترنت واثبات التعاقد الالكتروني**، مجلة الحقوق، العدد 4 ديسمبر 2002.
- رباحي احمد، **الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني**، مجلة الاكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، المجلد05 العدد 02، جويلية 2013.

- ربيعة صباحي، **حدود تدخل الدولة في المجال الاقتصادي في ظل اقتصاد السوق،** revue critique de droit et sciences politiques، المجلد الرابع، العدد الثاني، ديسمبر 2009
- رحمة بريق، عيسى حداد، **الشرط المعفى من المسؤولية والقيود الواردة عليه،** مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد السادس، العدد الثاني، سنة .2020
- الزوبير المعروفي، **حماية المقترض من الشروط التعسفية،** مجلة القضاء المدني، سلسلة دراسات وابحاث، العدد الرابع، ط 1 مطبعة المعارف الجديدة، المغرب، السنة.
- زوقاغ نادية، **مبدا حسن النية في التفاوض الالكتروني في مجال عقود التجارة الالكترونية،** مجلة دراسات حقوق الانسان، المجلد الرابع، العدد الأول، 2020.
- زيتوني فاطمة الزهراء، **بحث مضمون مبدا حسن النية في إطار نظرية العقد،** مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد الثاني، العدد الثاني، جوان 2016.
- سلام عبد الزعرة الفتلاوي، محمد على هاشم الاسدي، **وسائل حماية المستهلك في التجارة الالكترونية في الفقه الاسلامي والقانون، الالتزام بالإعلام الالكتروني نموذجا،** مجلة دراسات الكوفة، العدد 44 سنة 2018.
- سهام خلف السلمي، هشام موفق عوض، **ضوابط الاختصاص القضائي الدولي في النظر في منازعات العقود الالكترونية في النظام السعودي (دراسة مقارنة)،** مجلة البحوث الفقهية والقانونية، مصر، العدد 42، جوان 2023.
- عبد الحي القاسم عبد المؤمن، "**مفهوم العقد الالكتروني وخصائصه**"، مجلة جامعة بخت العلمية، العدد الثالث عشر، ديسمبر 2014.
- عبدلي حبيبة، عبدلي وفاء، **حق المستهلك الالكتروني في الرجوع عن التعاقد بين قصور النص القانوني وواقع الممارسة العملية في التشريع الجزائري،** مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05 العدد 02،

- عشير جيلالي، قاشي علال، **النظام القانوني للعقد الالكتروني في التشريع الجزائري**، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد السادس العدد الثاني، نوقمبر 2022.
- عقوني محمد، "**الإيجاب والقبول في العقد الالكتروني**"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد: 07، المجلد: 02، 2017.
- غالية قوسم، **أثر التجارة الالكترونية على المنافسة في الجزائر**، مجلة العلوم القانونية والسياسية المجلد 13، العدد 2، سبتمبر 2022.
- فاطمة عباس حسوني، حمدية عبود كاظم، "**التوقيع الالكتروني وحجيته في الإثبات في ظل قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم 78 لسنة 2016**"، مجلة رسالة الحقوق، العدد:02، 2016.
- فريد عبد المعز فرج، "**التعاقد بالأنترنت**"، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، جامعة الأزهر، سنة 2003.
- قرومي حميد، ضحاك نجية، **واقع وسائل الدفع الالكتروني في الجزائر**، مجلة دراسات اقتصادية، المجلد 12 العدد02 ،2014 .
- لعوامري وليد، **الشروط التعسفية واليات التصدي لها في القانون الجزائري**، مجلة الشريعة والاقتصاد، المجلد 1، العدد الخامس، جوان 2014.
- محمد الهادي المكنوزي، **من العقود التجارية الى عقود الاعمال أي تأثير على حرية التعاقد**، مجلة المحاكم المغربية، العدد 148، 2016.
- محمد حامد محمد، الزهراء عبد المنعم عبد الله، **النظام القانوني للتفاوض الإلكتروني**، مجلة جامعة تكريت للحقوق المجلد 3، العدد 4، 2019.
- محمد حميداني، **مبدا حسن النية في مرحلة التفاوض وفقا لاحكام الامر 2016-131 المعدل للقانون المدني الفرنسي**، حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية وللانسانية، العدد 26 جوان 2019.

- محمد مولود غزيل، **أنظمة الدفع الالكتروني والمصرفية الالكترونية في الجزائر**، مجلة الإصلاحات والاندماج في الاقتصاد العالمي، المجلد السادس، العدد 11.
- محمود حياة، التركي باهي، **الشكلية في عقد البيع الالكتروني للإثبات ام للانعقاد**، مجلة دفاتر السياسة والقانون، المجلد 14 العدد الأول،2022.
- محمودي فاطمة، **رفض العون الاقتصادي البيع او أداء خدمة للمستهلك**، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، المجلد 3، العدد 29 (31 ديسمبر/كانون الأول 2018).
- محمودي مليكة، "**احتكار الإرادة، الحقيقة للوجه الجديد للتعاقد – نماذج عقود–**"، مجلة بحوث جامعة الجزائر، الجزء الأول، العدد: 14، سنة 2020.
- مراد طمجاوي، "**مجلس العقد الالكتروني**"، مجلة البحوث والدراسات العلمية، المجلد: 09، العدد: 01، 2015،
- مسعودي هشام، **الوسائل المستخدمة في ابرام العقد الالكتروني، دراسة تاصيلية**، مجلة القانون المجتمع والسلطة، المجلد 11، العدد01 ،سنة 2022.
- مصطفى عثمان عبد الله، جمال بشير عبد الهادي، "**أحكام التعاقد عن طريق وسائل الاتصالات الحديثة**"، مجلة الإمام المهدي للشريعة والقانون، العدد: 9، 2017.
- معداوي نجية، مضمون **العقد بين حرية الارادة وقيود المشرع**، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد الرابع، المجلد الثاني، مارس 2017.
- منى أبو بكر الصديق حسان، **الحق في الرجوع في العقد كاحد الاليات القانونية لحماية المستهلك في مجال التعاقد عن بعد دراسة تحليلية**، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 65 افريل 2018.
- هدى المقداد، "**العقد الالكتروني**"، مجلة الدراسات القانونية، المجلد: 3، العدد:2 ، جوان 2017.

- وسيلة لزعر، "**القبول في التعاقد الالكتروني**"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد: 03، العدد: 01،2018.
- وعود كاتب الانباري، **المفاوضات العقدية عبر الانترنت**، مجلة رسالة الحقوق، المجلد الاول، العدد الثاني،2009.
- وفاء شناتلية، بوقندورة عبد الحفيظ، **الاكراه الاقتصادي في البيئة الرقمية خطر جديد يواجه المستهلك الالكتروني**، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد السابع، العدد الثاني، جوان 2022.

(رابعا): الملتقيات:

- علي هادي العبيدي، "**زمان انعقاد العقد الالكتروني في التشريع الإماراتي**"، أشغال مؤتمر المعاملات الالكترونية، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، أبو ظبي، نشر سنة 2019.
- محمد فاروق صالح البدري، "**أشكال التعبير عن الإرادة في العقد الالكتروني بين الشريعة والقانون**"، المؤتمر العلمي الثاني لكلية العلوم الإسلامية، الرمادي (العراق)،2012.
- نزيه محمد الصادق المهدي، "**انعقاد العقد الالكتروني**"، أشغال مؤتمر المعاملات الالكترونية، كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، أبو ظبي، نشر سنة 2019.
- الهام بن خليفة، "**المحررات الالكترونية كوسيلة لإثبات المعاملات الالكترونية**"، مداخلة في الملتقى الدولي حول: التجارة الإلكترونية وتكنولوجيات الاتصالات (الفرص-التحديات)، جامعة البشير الإبراهيمي برج بوعريريج، 05 مارس 2019.

(خامسا) المواقع الالكترونية:

- مروان منصور نعيم زايد، الطبيعة القانونية للعقود التجارية الالكترونية، مقال منشور بتاريخ 23 مارس 2022 على الموقع https://www.awraqthaqafya.com تاريخ الإطلاع 12-10-2022
- محمد صديق عبد الله، "**النظريات غير التقليدية في تحديد زمان انعقاد العقد ومكانه**"، مقال متوفر عل الموقع: *https://almerja.com/reading.php?idm=48837* ، تاريخ الزيارة: 12-09-2022، على الساعة 00:20
- مروان منصور نعيم زايد، الطبيعة القانونية للعقود التجارية الالكترونية، مقال منشور بتاريخ 23 مارس 2022 على الموقع https://www.awraqthaqafya.com تاريخ الاطلاع 12-10-2022.
- سالم الفليتي، **القانون والناس.. مبدا حرية التعاقد وأثره على اتفاقات تعديل المسؤولية في قانون المعاملات المدنية**، مقال الكتروني منشور في جريدة الوطن،2021 تاريخ الزيارة 2022/11/03 على الساعة 18:30 متوفر على الرابط https://alwatan.com/details/56596.
- الشكلية في عقود الانترنت والتجارة الالكترونية، مقال الكتروني منشور بتاريخ 24 ماي 2023، متوفر على الرابط https://www.mohamah.net/law/%D8%A8%D8%AD%D8%AB-%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%D9%8A-%D8%AD%D9%88%D9%84-%D8%A7%D9%84%D8%B4%D9%83%D9%84%D9%8A%D8%A9-%D9%81%D9%8A-%D8%B9%D9%82%D9%88%D8%AF-%D8%A7%D9%84%D8%A5%D9%86%D8%AA%D8%B1%D9%86%/ تاريخ الاطلاع 21-06-2023

- ملحوظات بشأن المسائل الرئيسية المتصلة بعقود الحوسبة السحابية (أعدَّتها أمانة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، ٢٠١٩)
https://uncitral.un.org/ar/cloud/drafting%20a%20contract

باللغة الأجنبية: (01)

(Premierement): les lois:

- *UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce (1996) with additional article 5 bis as adopted in 1998*

➢ ***Union European:***

- *Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*
- *DIRECTIVE 97/7/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.*
- *Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce).*
- *Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council Text with EEA relevance.*
- *Regulation (EU) No 910/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on electronic identification and trust services for*

electronic transactions in the internal market and repealing Directive 1999/93/EC.

- *Directive (UE) 2019/771 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens, modifiant le règlement (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE et abrogeant la directive 1999/44/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.)*
- *Directive (UE) 2019/2161 du Parlement Européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et les directives 98/6/CE, 2005/29/CE et 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE*
- *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*

(deuxièmement) *Livres :

- *MIHAELA IRINA IONESCU, THE PRINCIPLES OF CONTRACTUAL FREEDOM AND GOOD FAITH IN JURIDICAL CONTRACTS Nicolae Titulescu University Publishing House 2013-Alessandri, Arturo. "De los contratos". Editorial Jurídica de Chile : este libro carece de fecha y número de edición).*
- *Pierre breeze, guide juridique dr l internet et du commerce electronique, edition Vuibert, janvier2000 ; Paris*
- *X. Linant de Bellefonds**, La LCEN et le consensualisme**, Rev. Des contrats avril 2005 p. 592, spéc. p. 595.*

- *Herve. Causse,* ***Le contrat électronique****, technique du commerce électronique, in J. C. Hallouin, H. Causse, Le contrat électronique au cœur du commerce électronique, LGDJ 2005*
- *T.S. Venkatesa Iyer,* ***The Law of Contracts and Tenders****, (6th end., Hyderabad: Gorgia and Company, 1994.*
- *X. Linant de Bellefonds,* ***Le droit du commerce électronique****, Que sais-je ? puf 2005*
- *Bérénice de Bertier-Lestrade ;* ***Acte électronique et métamorphoses en droit des contrats*** *; press de l eniversité de toulouse capitole ;2018*

(Troisième) Thèses :

- *Muhanned Ajjoub. La notion de liberté contractuelle en droit administratif français. Thèse de doctorat en droit public. Université Panthéon-Assas Paris II Ecole doctorale Georges Vedel. 2016.*
- *Carrolyn Edwards;* ***Freedom of contract and fondamental fairness for individual parties: the tug of war continues****; Marquettee University of law school. Fculty publications 2009*
- *William Elmer Schenck.* ***Constitutionality of Recent Legislation Interfering with the Freedom of Contract****. Cornell Law School. Hstorical Theses and Dissertations Collection. 1985*
- *Ron Swanson; Aaron Gordon; An Empirical Appraisal of the Liberty of Contract; Honors Thesis Department of Political Science; Northwestern University; May 3, 2017.*
- *Emily M.S. Houh;* ***The Doctrine of Good Faith in Contract Law****: A (Nearly) Empty Vessel; FACULTY ARTICLES AND OTHER PUBLICATIONS ;2005.*

- *Odile Mathilde Boudou ; La Liberté contractuelle au regard du droit de la concurrence : droit communautaire et droit français ; Thèse de doctorat en Droit privé UNIVERSITY DE PARIS2 ; 2001*

(Quatrieme) Articles :

- *Mohammad Zamroni,* ***the urgency of limiting the principle of freedom of contract in a historical perspective****; Journal DOI; 30 Nov 2019-Vol. 19, Iss: 2,*
- *FLORIAN RÖDL;* ***CONTRACTUAL FREEDOM, CONTRACTUAL JUSTICE, AND CONTRACT LAW*** *(THEORY); LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS; Vol. 76:57; 2013*
- *Silva Barroilhet, Paula.Autonomy of the will, electronic contracting and consumer protection. Chilean Magazine of Computer Law. No.3 December 2003.*
- *VINCENT KARIM,* ***L'ordre public en droit économique*** *: contrats, concurrence, consommation, LES Cahier du droit, volume 40 ; n2, 1999*
- *Melese Wondmagegnehu Belete,* ***The "Principle of Autonomy" in Contract under the Civil Code of Ethiopian****: Is It an Absolute Principle, Beijing Law Review > Vol.10 No.4, September 2019*
- *Ruperto Pinochet Olave, La Formation del Consentimiento a través de las Nuevas Tecnologías de la Información: El Momento de Formation del Consentimiento Electronico, evista Ius et Praxis, 11 (2): 273 - 302, 2005,*
- *Sacco, Liberté contractuelle, volonté contractuelle ; Revue internationale de droit comparé Année 2007 59-4.*
- *Simon Dörrenbächer,; Privatautonomie und Vertragsfreiheit als Schutzgüter der Grundrechte ; Universität des Saarlandes VOL 1 , 2021.*

- *Adam J. Hirsch .Freedom of Testation / **Freedom of Contract** .University of Minnesota Law School Scholarship Repository .Minnesota Law Review .2011*
- *Eugenio Vaccari; **The normative and Jural meanings of the anti-deprivation principle vis-à-vis freedom of contract**; International Insolvency Review; Volume 31; Issue02; 05 march 2022.*
- *Andrey V and others, **CONTRACT FREEDOM PRINCIPLE: A RESTRICTIVE CONTEXT**; The Turkish Online Journal of Design, Art and Communication TOJDAC April 2017 Special Edition.*
- ***Le droit face au commerce électronique** (Journées franco-italiennes, Revue internationale de droit comparé, Montpellier, 8-9 novembre 2001.*

)**Cinquiement : site web :**

Jain, Sankalp, Freedom of Contract- Concept, Postulates and Restrictions (October 26, 2020). P 03 Available at SSRN : https://ssrn.com/abstract=3896185

- *Sőzleşmeler Hukukunda Yeni Dőnem, Elektronik Sőzleşme Kavrami, vu site:*
- *https://www.universalhukuk.com/Sozlesmeler-Hukukunda-Yeni-Donem-Elektronik-Sozlesme-Kavrami#:~:text=ELEKTRON%C4%B0K%20S%C3%96ZLE%C5%9EMELER%20TANIMI,ifas%C4%B1nda%20kullan%C4%B1lan%20ara%C3%A7lar%C4%B1%20ifade%20etmektedir.*
- *Détermination du moment de la conclusion du contrat électronique, https://wikimemoires.net/2013/03/determination-du-moment-de-la-conclusion-du-contrat-electronique/، consulte: 13/07/2023.*

- *Cyber and E-Commerce laws, P. M. Bakshi and R. K. Suri Contract law, MBL-1, DED, NLSIU Indian Evidence Act Indian Contract Act, Pollock and Mulla https://www.legalserviceindia.com/article/l127-E-Contracts.html.*
- *David E. Bernstein ; Freedom of contract ; Gorge Manso, School of Law*
- *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1239749*
- *Antonio David Berning Prieto, Derecho de la contratación electrónica., https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4382-derecho-de-la-contratacion-electronica/*
- *Kevin Manship; Contract Formation Autority; article publier le 25/11/2021 https://harperjames.co.uk/article/contract-formation-authority/*
- *Indira Díaz Lindao* ***; Límites à las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el derecho moderno de los contratos*** *; 9 JULY 2012 https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3306/3453 13/11/2022*
- *Laurine CARACCHIOLI ,William URVOY, CLAUSES ABUSIVES : MODE D'EMPLOI. Article publier le 20-08-2019. https://www.inc-conso.fr/content/clauses-abusives-mode-demploi*
- *Amdt14.S1.6.2.2 Liberty of Contract and Lochner v. New York;* اجتهاد قضائي للمحكمة العليا الامريكية*https://constitution.congress.gov/browse/essay/amdt14-S1-6-2-2/ALDE_00013704/*
- Art. 5 GDPR Principles relating to processing of personal data, https://gdpr.eu/article-5-how-to-process-personal-data/
- موقع جامعة مينيسوتا، مكتبة حقوق الانسان، ايمكن الاطلاع عليها على لرابط http://hrlibrary.umn.edu/arab/euhrcom.html، تاريخ الزيارة 27-01-2022

الفهرس:

المختصرات.....5

مقدمة.....7

الفصل الأول: البناء القانوني للعقد الالكتروني 16

المبحث الأول: البناء المفاهيمي للعقد الالكتروني 18

المطلب الأول: ماهية العقد الالكتروني 18

المطلب الثاني: خصوصية العقد الالكتروني 30

المبحث الثاني: قواعد تكوين العقد الالكتروني 38

المطلب الأول: أركان العقد الالكتروني..... 38

المطلب الثاني: إثبات العقد الالكتروني 64

الفصل الثاني: البناء الماهوي للحرية التعاقدية 79

المبحث الأول: اساس الحرية التعاقدية 81

المطلب الأول: مضمون مبدأ سلطان الإرادة 81

المطلب الثاني: ماهية الحرية التعاقدية..... 89

المبحث الثاني: تجسيد الحرية التعاقدية في العقد الالكتروني 106

المطلب الأول: مظاهر الحرية التعاقدية في العقد الالكتروني.....106

المطلب الثاني: آثار حرية التعاقد الالكتروني 128

الفصل الثالث: قيود حرية التعاقد الالكتروني 141

المبحث الأول: القيود العامة المفروضة على حرية التعاقد الالكتروني.....143

المطلب الأول: صنف القواعد التنظيمية: 143

المطلب الثاني: النظام العام الاقتصادي.....163

المبحث الثاني: القيود الخاصة المتعلقة بحماية المستهلك الالكتروني.....177

المطلب الاول: مبادئ حماية المستهلك الالكتروني 177

المطلب الثاني: حماية المتعاقد الالكتروني من اخطار التعاقد الالكتروني.189

الفصل الرابع: الإطار التشريعي والقضائي المطبق على منازعات العقد الالكتروني
.....205

المبحث الأول: الاختصاص القانوني في منازعات العقد الالكتروني.....207

المطلب الأول: حرية الأطراف في اختيار قانون الاختصاص في منازعات العقد الالكتروني 207

المطلب الثاني: حدود استقلالية الأطراف في اختيار قانون الاختصاص في منازعات العقد الالكتروني 222

المبحث الثاني: الاختصاص القضائي في الفصل في منازعات العقد الالكتروني
.....231

المطلب الاول: اختصاص القضاء العادي في الفصل في منازعات العقد الالكتروني 231

المطلب الثاني: الوسائل البديلة لفض منازعات العقد الالكتروني 240

خاتمة.....261

قائمة المصادر والمراجع 265

الفهرس:.....289

ملخص:

تبحث الدراسة في كيفية تأثير التطور التكنولوجي على حرية الأفراد في اختيار الالتزامات القانونية عبر الإنترنت، وتناقش التحديات والفرص التي يمكن أن تنشأ من التعاقد الإلكتروني وتسلط الضوء على أهمية توفير البيئة القانونية الملائمة لحماية حرية التعاقد. يجمع البحث بين الجوانب القانونية والتقنية لهذا الموضوع ويسعى لتقديم توصيات تعزز حرية التعاقد في العقد الإلكتروني مع الحفاظ على مصالح الأطراف المتعاقدة والأمان الرقمي.

Abstract :

The study examines the impact of technological advancements on individuals' freedom to choose legal obligations online. It discusses the challenges and opportunities arising from electronic contracting and highlights the importance of providing a suitable legal environment to protect contractual freedom. The research combines both legal and technological aspects of this subject and aims to provide recommendations that enhance freedom of contract in electronic agreements while preserving the interests of the contracting parties and digital security

Résumé:

L'étude examine l'impact des avancées technologiques sur la liberté des individus de choisir des obligations légales en ligne. Elle aborde les défis et les opportunités découlant des contrats électroniques et met en évidence l'importance de fournir un environnement juridique approprié pour protéger la liberté contractuelle. La recherche combine à la fois les aspects juridiques et technologiques de ce sujet et vise à fournir des recommandations visant à améliorer la liberté de contracter dans les accords électroniques tout en préservant les intérêts des parties contractantes et la sécurité numérique.