

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة عمار ثليجي الأغواط  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق



مذكرة تخرج ضمن مقتضيات نيل شهادة الماستر  
تخصص: عقود ومسؤولية  
والموسومة بـ:

## المقارنة بين العقود التقليدية والعقود الإلكترونية

إعداد الطالبين:

إشراف الأستاذة)

- برارات نعيم
- بن معمر محمد الأمين
- د. العربي بن مهدي رزق الله

أعضاء لجنة المناقشة

د. التاج عطاء الله	رئيسا
د. العربي بن مهدي رزق الله	مشرفا ومقررا
د. علي غريبي	ممتحنا

السنة الجامعية: 2025/2024

## إهداء

أهدي هذا النجاح إلى من إنتظر هذي اللحظات ليفتخر بي لمن علمني الإصرار على النجاح و  
الصبر لمن علمني مواجهة الصعاب  
إلى أبي الغالي رحمة الله عليه .

و إلى تلك الإنسانية العظيمة التي طالما تمننت أن تقر عيناها برؤيتي في يوم كهذا إلي التي  
أبصرت بها طريق حياتي و إعتزالي بذاتي إلى القلب الحنون إلى من كانت دعواتها تحيط بي  
إلى نبع الحنان  
"أمي الحبيبة " حفظها الله و أطال في عمرها

إلى من تسعد عيني برؤية وجودهم و يفرح فؤادي بسماع ضحكاتهم و أمدوني بالقوة ودعموني  
في الأوقات الصعبة لأصل إلى ما أنا عليه إخوتي و أخواتي و أخص بالذكر أمي الثانية  
" أختي الكبرى "

إلى رفيقة دربي إلى من شاركتني السعادة و الحزن و شاطرتني لحظات النجاح و الفشل و  
قاسمتني لذة الفرحة و مرارة الألم " زوجتي الغالية "

إلى زهراتي و فلذات كبدي "إبني و إبنتي "العزیزان اللذان حرما مني طيلة فترة إعدادي لهذه  
المذكرة .

# إهداء

إلى من أفضلها على نفسي و لم لا فلقد ضحت من أجلي  
و لم تدخر جهدا في سبيل إسعادي عل الدوام  
" أمي الحبيبة "

نسير في دروب الحياة و يبقى من يسيطر على أذهاننا في كل مسلك نسلكه

صاحب الوجه الطيب و الأفعال الحسنة

فلم يبخل علي طيلة حياته

"والدي العزيز "

إلى من أعتد عليهم في كل كبيرة و صغيرة و ساعدوني بكل ما يملكون "إخوتي و أخواتي "

إلى كل أصدقائي و جميع من وقفوا بجواري و في أصعدة كثيرة

أقدم لكم هذا البحث و أتمنى أن يحوز على رضاكم .

## شكر و عرفان

نحمد الله عزل جل أن هداانا و وفقنا لإنجاز هذا العمل و كما نتوجه بالشكر الجزيل للأستاذ الفاضل المشرف على هذه المذكرة الدكتور " العربي بن مهيدى رزق الله " الذي كان نعم المشرف فلم يبخل علينا بتوجيهاته و نصائحه فجزاه الله عنا كل خير .

كما نتقدم بالشكر ة للإحترام و التقدير للأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة الموقرين على ما بذلوه من جهد في قراءة مذكرتنا المتواضعة الدكتور " التاج عطاءالله " و الدكتور " علي غريبي " .

كما نتقدم أيضا بجزيل الشكر و الإمتنان للأستاذ "جربوعة الطيب "على دعمه و توفير لنا كل المراجع لإنجاز هذا العمل فجزاه الله عنا خير الجزاء .

كما أتقدم بالشكر و العرفان للأستاذة "بوحوية أمال "على النصح و الإرشاد .

و كما لا يفوتني أن أتقدم بخالص الشكر و الإمتنان لكل من أمدنا بيد العون و المساعدة سواء من قريب أو بعيد و إلى كل الإداريين لكلية الحقوق و العلوم السياسية و أخص بالذكر الأستاذة " مزوزي عائشة " .

# فهرس المحتويات

## فهرس المحتويات

### فهرس المحتويات

الصفحة	
أ-ج	مقدمة
<b>الفصل الأول</b>	
<b>مرحلة تكوين العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية</b>	
05	تمهيد
06	المبحث الأول: الرضا العقدي بين العقود التقليدية والإلكترونية
06	المطلب الأول: وجود الرضا بين العقود التقليدية والإلكترونية
07	الفرع الأول: الأهلية شرط في العقود التقليدية
08	الفرع الثاني: إشكالات الأهلية في العقود الإلكترونية
09	المطلب الثاني: سلامة الرضا بين العقود
09	الفرع الأول: عرض عيوب الرضا في العقد التقليدي
19	الفرع الثاني: إسقاط أحكام عيوب الرضا على العقد الإلكتروني
24	المبحث الثاني: الشكلية بين العقود التقليدية والإلكترونية
24	المطلب الأول: الشكلية في العقود التقليدية بين التكوين والإثبات
25	الفرع الأول: الشكلية كشرط لتكوين العقود التقليدية
27	الفرع الثاني: الشكلية كشرط لإثبات العقود التقليدية
28	المطلب الثاني: خصوصية الشكلية في العقود الإلكترونية
29	الفرع الأول: الإثبات في العقود الإلكترونية
30	الفرع الثاني: إشكالات الإثبات في العقود الإلكترونية
33	خلاصة الفصل

<b>الفصل الثاني</b>	
<b>مرحلة تنفيذ العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية</b>	
35	<b>تمهيد</b>
36	<b>المبحث الأول: القوة الملزمة للعقد عامل مشترك بين العقود التقليدية والإلكترونية</b>
36	المطلب الأول: تنفيذ العقد مبدأ العقد سريعة المتعاقدين
37	المطلب الثاني: حسن النية في تنفيذ العقد
37	الفرع الأول: الأمانة والتعاون
39	الفرع الثاني: الثقة المشروعة
39	الفرع الثالث: انتقاء التعسف في استعمال الحق
41	<b>المبحث الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ القوة الملزمة للعقد التقليدية والإلكترونية</b>
41	المطلب الأول: الاستثناءات الواردة على مبدأ القوة الملزمة للعقد التقليدي
41	الفرع الأول: الاستثناءات لأسباب خارجة عن العقد
44	الفرع الثاني: الاستثناءات المترتبة بموضوع العقد (الشروط)
45	المطلب الثاني: حق العدول استثناء على القوة الملزمة للعقد الإلكتروني
46	الفرع الأول: تعريف حق العدول
50	الفرع الثاني: خصائص الحق في العدول
51	الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لحق العدول
56	<b>الخاتمة</b>
	<b>قائمة المراجع والمصادر</b>

# مقدمة

## مقدمة

يعتبر العقد وسيلة من وسائل التبادل الاقتصادي، وهو مفهوم قانوني مستقل بذاته لوجود خصائص تميزه عن غيره، وعرف المشرع الجزائري العقق في المادة 54 من القانون المدني الجزائري أنه: "اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما". ويتضح من هذا التعريف القانوني أن العقد هو اتفاق يهدف إلى إحداث أثر قانوني، وتختلف هذه الأخيرة باختلاف العقود.

والعقد قد يتم بالطرق التقليدية المعروفة، كما يتم أيضا بوسائل حديثة، منها شبكة الانترنت، ليظهر ذلك نوع جديد من العقود المسماة بالعقود الإلكترونية والحال أنها تخضع في تكوينها للقواعد العامة التي يخضع لها أي عقد، من حيث اشتراط وجود التراضي والمخ السبب إضافة إلى ركن الشكلية، الذي يستلزم استيفاء شروط خاصة في العقد الإلكتروني، إلا أن ما يميزها أنها تتم عن بعد بين طرفين غائبين، قد ينتمي كلاهما لدولة واحدة، وقد ينتمي كلاهما لدولة غير دولة الطرف الآخر، وهو الغالب في ذلك باستخدام هذه الوسائل، يمنح هذا النوع من العقود خصوصية تلك التي تتميز بها عن العقود التقليدية.

فالنظام التعاقدية يحظى بمكانة تشريعية هامة في مختلف القوانين، بالنظر إلى أنه يعد من أهم التصرفات القانونية في معاملات الإنسان اليومية، كما يعتبر محركا للنشاط الاقتصادي والتجاري بين أشخاص القانون الخاص، فاستخدام وسائل الاتصال الإلكترونية في إبرام العقد قد ألقى بظلاله على القواعد التي تحكم نظرية لعقد وتشكل محور القانون المدني، فنظرية العقد تأثرت تأثرا بالغا بالتطور المذهل لوسائل الاتصال.

### أولاً: موضوع البحث:

نقتصر في موضوع هذه المذكرة على دراسة العقد التقليدي مقارنة بالعقد الإلكتروني الذي هو أهم وسيلة من وسائل التجارة الإلكترونية، بحيث أنه لا يختلف في مضمونه أو تركيبه عن العقد التقليدي، حيث تثير الكثير من التساؤلات حول مدى إمكانية استيعاب القواعد العامة المنظمة للعقد في القانون المدني لهذا النمط الجديد في التعاقد، خاصة ما يتعلق منها بالتكوين والإثبات والتنفيذ.

حيث تطرح الكثير من التساؤلات حول مدى انطباق وسائل التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني مقارنة بالعقد التقليدي، وتعتبر الكتابة من الوسائل الأكثر ثبوتاً قانونياً وقضائياً لكل المعاملات المدنية كانت أو التجارية، واعتبرها المشرع الجزائري في المرتبة الأولى طبقاً لنص المادة 323 من القانون المدني.

- أما فيما يخص مرحلة تنفيذ العقد يلجأ المتعاقد لالتزاماتها واحترام قوته الملزمة (مبدأ العقد شريعة المتعاقدين) بغض النظر عن طريقة إبرامه، بحيث تطرأ عليه استثناءات منها نظرية الظروف الطارئة أن يقع على تنفيذ العقد

## مقدمة

حادث استثنائي غير متوقع وأن يجعل إلزام لمدين مرهقا، كالزلازل والحروب والاضرابات المفاجئة، أما نظرية الميسرة كما هو معلوم متروك للسلطة التقديرية للقاضي، والذي تبقى سلطته غير مطلقة، بل تكون مقيدة بشروط في حالة الاستجابة لطلب المدين ومنح مهلة الميسرة، كذلك الاستثناءات المترتبة بمضمون العقد هو الشرط الجزائي والتعسفي، إذ يمكن للقاضي أن يتدخل ليعدل أو يستبعد الشروط التعسفية أو يخفض الشرط الجزائي.

- وعلى الرغم من أن حق العدول عن تنفيذ العقد الإلكتروني يمثل في الواقع استثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد، التي تثبت للعقود الصحيحة النافذة ما لم يقرر المشرع أو الاتفاق على ذلك، بحيث أعطى للطرف الضعيف حق العدول استثناء عن المبدأ العام، وذلك لاعتبارات رأها جديرة بالخروج عن هذا المبدأ، كون المستهلك في مركز تعاقد ضعيف من الناحية الواقعية، ومن الطرف الآخر لايشفع له وفقا للنظرية العامة في حماية مصالحه.

### ثانيا: أهمية موضوع البحث:

- تكمن أهمية البحث في توضيح المقارنة بين العقد التقليدي والإلكتروني من حيث تكوينه وانعقاده وتوضيح اختلاف الرضا العقدي بينهما.
- تسليط الضوء على الغموض الذي يشوب ركن الرضا في العقد الإلكتروني والمشكلات التي يثيرها.
- أهمية سلامة الإرادة لانعقاد لعقدين التقليدي والإلكتروني.
- أهمية الإثبات لإقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون علما أن هذه المستجدات تفرض علينا التعامل معها بأسلوب مختلف عن التعامل مع المحررات التقليدية.
- تعد مرحلة التنفيذ من أهم المراحل التي يمر بها العقد، وهي مرحلة إلزامية سواء كانت في العقد التقليدي أو الإلكتروني.

### ثالثا: أسباب اختيار الموضوع:

من الأسباب الدافعة إلى دراسة موضوع مقارنة بين العقود التقليدية والعقود الإلكترونية أسباب ذاتية وأخرى موضوعية.

#### 1- الأسباب الذاتية:

التي تتعلق بالدرجة الأولى بتخصصنا العلمي وهو القانون الخاص الذي يعد المجال الخصب لمثل هذه المواضيع أيضا الاهتمام بموضوع العقود التي نظمها المشرع في القانون المدني، ومن الأسباب الذاتية أيضا هي الرغبة في معرفة الاختلاف بين العقود التقليدية والإلكترونية.

### 2- الأسباب الموضوعية:

أن العقد الإلكتروني يتم التعبير عن الإرادة باستخدام وسائل اتصال إلكترونية، ويتم عبر شبكة دولية للاتصالات والمعلومات، فهو لذلك لا يتقيد بحدود الدول السياسية والجغرافية عكس العقود التقليدية.

### رابعاً: صعوبات الدراسة:

الصعوبات التي واجهتنا لإعداد هذا البحث فتتعلق بقلة المراجع المتخصصة التي نتكلم مباشرة عن موضوعه.

### خامساً: إشكالية البحث:

- تتبلور حول هذا الموضوع إشكالية محورية يمكن صياغتها على النحو التالي:

هل يمكن اعتبار العقود الإلكترونية بديلاً قانونياً مكافئاً للعقود التقليدية من حيث الإبرام والإثبات والتنفيذ في ظل التحديات القانونية والتقنية؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية سنعمد في دراستنا للموضوع على منهجين:

### 1- المنهج المقارن:

وذلك من خلال المقارنة بين العقود التقليدية والإلكترونية من حيث تكوين العقدين وانعقادهما وطرق إثباتهما وتنفيذهما.

### 2- المنهج التحليلي:

وذلك من خلال التعرض والتطرق لمختلف القواعد المتعلقة بالقواعد العامة، كما هي منظمة في القانون المدني، ومدى ملائمة هذه النصوص في العقد الإلكتروني.

وللإجابة على هذه الإشكالية قمنا بتقسيم هذه الدراسة تقسيماً ثنائياً، حيث اعتمدنا على فصلين، الأول يتحدث عن مرحلة تكوين العقد بين العقود التقليدية والعقود الإلكترونية، وقد قسمناه إلى مبحثين الأول يتناول الرضا العقدي بين العقود التقليدية والعقود الإلكترونية، أما المبحث الثاني تحدثنا فيه عن الشكلية في العقود التقليدية والعقود الإلكترونية.

أما بالنسبة للفصل الثاني يدرس مرحلة تنفيذ العقد بين العقود التقليدية والعقود الإلكترونية، ارتأينا في تقسيمه إلى مبحثين الأول يتحدث عن القوة الملزمة للعقد عامل مشترك بين العقود التقليدية والعقود الإلكترونية، أما المبحث الثاني يتناول الاستثناءات الواردة على مبدأ القوة الملزمة للعقد.

## الفصل الأول

مرحلة تكوين العقد بين العقود التقليدية

والإلكترونية

## الفصل الأول: مرحلة تكوين العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

---

### تمهيد:

العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، فلكي ينشأ العقد لابد من توافق وتطابق إرادتين أو أكثر، وهذا هو التراضي الذي يعد الركن الأساسي والجوهري في العقد، ويجب أن ينصب هذا التراضي على شيء معين، وهذا محل العقد، ويجب أن تكون إرادة المتعاقدين مدفوعة بغاية مشروعة يراد تحقيقها، وهذا سبب العقد الذي يعد الركن الثالث بعد ركن المحل وركن التراضي.

إلى جانب الأركان العامة سألغة الذكر يشترط المشرع في حالات خاصة لقيام العقد ضرورة إتباع إجراءات شكلية معينة، سواء بكتابة العقد في شكل معين أو ضرورة تسليم العين محل التعاقد.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> أ/ علاق لمنور، محاضرات في شرح القانون المدني الجزائري، كلية الحقوق، جامعة سطيف، 2021، ج1، ص34.

## الفصل الأول: مرحلة تكوين العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

### المبحث الأول: الرضا العقدي بين العقود التقليدية والإلكترونية

يعتبر الرضا الركن الأساسي لقيام العقد في القانون المدني الجزائري، وهو قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، ومتى تحقق ذلك فلا مناص من تدخل القاضي لإعادة التوازن التعاقدية، وإخضاع العقد لمبادئ العدل والعدالة، واحكام النظام العام.<sup>1</sup>

والرضا في العقد الإلكتروني يثير العديد من الإشكاليات التابعة من خصوصية كونه يتم بين أطراف متباعدة لا يجمعهم مجلس عقد حقيقي واستخدام شبكة الانترنت فاذا كان تأثير هذه احداث أثر قانوني يشكل ركن الرضا الذي يعتبر أهم ركن في كل التصرفات القانونية الذي لا يتصور توافره الا بإرادة تحمله فلا تعاقد الا بإرادة ، و لهذا فان الرضا هو التعبير عن ارادة التعاقد و يعتبر الشرط الأساسي البديهي لقيام العقد .

### المطلب الأول: وجود الرضا بين العقود التقليدية والإلكترونية

لا يختلف الرضا الإلكتروني من حيث المبدأ عن الرضا التقليدي، اذ لا ينعقد عقد البيع الإلكتروني إلا بتوافر رضا طرفيه، وأن تكون إرادتهما متطابقة حتى ينعقد العقد. وهو ما نصت عليه المادة 59 من القانون المدني الجزائري بقولها: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"<sup>2</sup>، والإيجاب والقبول ما هما إلا تعبير عن الإرادة، فقد يتم التعبير عنهما بالكلام أو الفعل أو اللفظ أو الإشارة المعروفة لدى الجميع، كما أن الإرادة التي تنتج آثارها هي الإرادة الصحيحة الصادرة عن شخص يتمتع بالأهلية الكاملة بصفة عامة وله رضا سليم<sup>3</sup>، ولانعقاد العقد الإلكتروني يجب توفر الأركان الثلاثة وهي: الرضا والمحل والسبب. فإذا انعدم ركن من هذه الأركان يعد العقد باطلا بطلانا مطلقا، أو أن هذا الأخير مخالفا للنظام العام والآداب العامة.

فبالنسبة لركني المحل والسبب تنعدم فيهما خصوصيات العقد الإلكتروني ولا يثيران أي مشكلة فيه، إذ يبقى خاضعا للقواعد العامة أي تفترض مشروعيتها<sup>4</sup>. أما بالنسبة لركن الرضا أدى البعد المكاني بين الأطراف

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني-النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقود والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص161.

<sup>2</sup> أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، ج. ر عدد78، صادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج. ر عدد44، صادر في 26 جوان 2005.

<sup>3</sup> جوهر يمينة، عقد البيع الإلكتروني (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012، ص5.

<sup>4</sup> عبد الحميد بادي، الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، فرع: العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 2012، ص4.

## الفصل الأول: مرحلة تكوين العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

المتعاقدة في هذا النوع من العقود إلى طرح سلسلة من التصرفات القانونية، الشيء الذي انعكس بدوره على طبيعة كل من الإيجاب والقبول المشكلين لركن الرضا.<sup>1</sup>

قد يشمل كيفية التعبير عن الإرادة ووجودها فإن هذا التأثير يتواصل ليشمل سلامته وصحتها وأهم الصعوبات والتحديات التي تثيرها هي كيفية التأكد من شخصية المتعاقد الآخر وصعوبة التحقق من أهليته لاسيما أن المعاملات التي تتم عبر تقنيات الاتصال الحديثة لا تعدو أن تكون سوى رحلة رقمية تتم في عالم رقمي عبر فضاء افتراضي مصطنع لا يعرف غير الأرقام والبيانات.<sup>2</sup>

### الفرع الأول: الأهلية شرط في العقود التقليدية:

تطرق المشرع الجزائري إلى أحكام الأهلية ونظمها في نصوص القانون المدني المواد 40، 42، 43، 44، 45 والمواد من 1 إلى 17 من قانون الأسرة. وتعرف الأهلية بأنها صلاحية الشخص بأن تكون له حقوق وعليه التزامات وصلاحية لصدور التصرفات القانونية على وجه يعتد بها ويعتبر توافر الأهلية لدى الطرف المتعاقد شرطا لصحة العقد أو تقيده والأهلية التي يقصدها في مجال التعاقد هي أهلية الأداء وهي صلاحية الشخص لصدور التصرفات القانونية عنه على وجه يعيد به القانون.<sup>3</sup> وتذهب معظم التشريعات المدنية إلى مبدأ جوهرى ضمن الأحكام العامة للأهلية مفاده أن الأصل في الشخص أن يكون أهلا للتعاقد ما لم يقر القانون عدم أهليته أو يحد منها<sup>4</sup>، وإن مناط أهلية الأداء هو الإدراك والتمييز وتدور معه وجودا أو عدما لأن فاقد التمييز يكون فاقد الإرادة وبالتالي فاقد للأهلية وناقص التمييز ناقص الأهلية. وكامل التمييز يكون كامل الأهلية، وعندما يكون الإنسان عديم الأهلية لا يحق له أي شكل من أشكال التصرفات القانونية بما فيها العقود. وتكون جميع تصرفاته باطلة مهما كان نوعها سواء تلك التصرفات التي يجريها وتعود له نفعا محضا أو تلك الدائرة بين النفع والضرر أو التصرفات التي تعود له بضرر محضا وأن سن التمييز طبقا للقانون المدني الجزائري هو الثالث عشر (13) سنة لذلك هذه المرحلة يكون الصبي فاقد للتمييز فتكون أهلية الأداء لديه منعدمة طبقا للمادة 42 من القانون المدني حتى أهلية الاغتناء لا تثبت له مثل قبوله هبته ويعد تصرفه باطلا<sup>5</sup>. وعلى ذلك ما نصت عليه المادة 81

<sup>1</sup> نجاعي أمال، موساوي لامية، التراضي في العقد الإلكتروني، مذكرة شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم : القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية 2013، ص2.

<sup>2</sup> حسين علي دنون، النظرية العامة للالتزامات، جامعة المستنصرية، بغداد، 1976، ص76.

<sup>3</sup> حسن علي دنون، المرجع السابق، ص77.

<sup>4</sup> أمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الأنترنت، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، 2008، ص218-219.

<sup>5</sup> المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري.

## الفصل الأول: مرحلة تكوين العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدلة<sup>1</sup>، ولكن عندما يبلغ الشخص من التمييز 13 سنة وقبل بلوغه سن الرشد وهو سن 19 سنة طبقا للمادة 40 من القانون المدني وتثبت له أهمية الإثبات غير التصرفات التي تعود عليه بالنفع محضا دون الحاجة إلى تدخل وليه أو وصيه فيقبلها مفرده أما الأهلية الافتقار المعلومة لديه أصلا. وبالنسبة للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والشراء والإيجار والاستئجار فله بالنسبة لها أهلية أداء ناقصة فإذا أجزها تقع قابلة للإبطال أي صحيحة. ولن تكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر دون المتعاقد الآخر.

وكذلك القاصر البالغ 15 سنة من العمر والذي يستريح بذن من المحكمة تكون تصرفاته القانونية كتصرفات البالغ الرشد.. وماذا بلغ الإنسان 18 سنة من عمره وكان كاملا من قواه العقلية. فهنا يكون كامل الأهلية ما لم يطرأ على قواه العقلية عارض من عوارض الأهلية وهي الجنون، العته، السفه، الغفل.

### الفرع الثاني: إشكالات الأهلية في العقود الإلكترونية:

تظهر الصعوبة في مسألة التأكد من مدى توافر أهلية الأداء لدى طرفي العقد عموما إذا كان المتعاقد بين غائبين. وبما أن العقود الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الأنترنت تدخل ضمن هذه العقود لذلك تظهر أهمية مسألة التأكد من الأهلية الأطراف في التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت وخصوصا بعد أن عرفنا بأنه لا توجد مواجهة حقيقية وفعلية بين الطرفين المتعاقدين ولا تعارف متبادل بينهما لذلك فإنه من الصعب التأكد من أهلية المتعاقد معه عبر الأنترنت وحسب القواعد العامة للأهلية إذا كان المتعاقد صغيرا غير مميز وقاصر فلا ينعقد العقد أصلا أو يكون العقد موقوفا حسب مقتصر الحال.

نتيجة للطبيعة الخاصة لشبكة الأنترنت وعالميتها وعدم خضوعها لرقابة السلطة المركزية معينة وأتاحتها إمكانية التعاقدية أشخاص من دولة وجنسيات مختلفة قد يخضعون إلى أنظمة قانونية متباينة أيضا يكون من السهل لأي شخص أن يدخل في شبكة الأنترنت ويتحول فيها وأن يتصل من خلال نظم معلوماتية متطورة جدا إلى الأرقام السرية للحسابات والنطاقات القانونية لهذه الأسباب نرى أن مسألة التأكد من تمام أهلية المتعاقد معه عبر شبكة الأنترنت تعد مشكلة قانونية ضمن المشاكل التي استحدثها التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت حيث غالبا ما يظهر القاصر بمظهر البالغ ويتصرف على هذا الأساس أو يستخدم القاصر بطاقات الائتمان الخاصة بدونه دون الحصول على موافقتهم تسديد ثمن ما تعاقد عليه لذلك يتعذر في أغلب الأحوال على الطرف الذي يتعاقد على الشبكة مع القاصر أن يعرف السن الحقيقي للطرف الآخر ويتعاقد معه بحسن نية لذلك فإن من شأن هذه

<sup>1</sup> المادة 81 من قانون الأسرة الجزائري.

## الفصل الأول: مرحلة تكوين العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

الاعتبارات أن يقلل من دور مزود خدمات التصديق في معالجة هذه المشكلة وإذا رجعنا إلى باطلة أو موقوفة حسب الأموال.<sup>1</sup>

### المطلب الثاني: سلامة الرضا بين العقود

يقتضي وجود الرضا في العلاقة التعاقدية أن يكون صحيحا، وصحة إرادة المتعاقدين تستلزم خلوها مما يعيبها، ولهذا قام المشرع الجزائري بحماية رضا المتعاقدين في القانون المدني، وذلك من خلال نصه على عيوب الرضا، التي يقصد بها أمور تلحق إرادة أحد المتعاقدين أو كليهما فتفسد الرضا دون أن تزيله، بل يبقى موجودا إلا أنه غير سليم إما نتيجة وهم كاذب وإما لأنها جاءت وليدة الضغط.<sup>2</sup>

### الفرع الأول: عرض عيوب الرضا في العقد التقليدي:

وقد حدد المشرع الجزائري عيوب الرضا في القسم الثاني المعنون "بشروط العقد" من الفصل الثاني تحت عنوان "العقد"، من الباب الأول "مصادر الالتزام"، من الكتاب الثاني "الالتزامات والعقود"، من القانون المدني، في المواد من 81 إلى 91، وتتمثل في الغلط الجوهري، التدليس، والإكراه، إضافة إلى عيب رابع يتمثل في الاستغلال. وسنتطرق لكل هذه العيوب بالتفصيل فيما يلي:

### أولا: الغلط الجوهري والتدليس:

نص القانون المدني الجزائري على الغلط كعيب من عيوب الرضا في المواد 81 إلى 85، وعلى التدليس في المادتين 86 و87، وقد أبقى على هذين العيبين إلى جانب بعضهما رغم استقلالية كل واحد منهما عن الآخر نظرا للتقارب الحاصل في شروط كل منهما، وعدم تأثيرهما في وجود العقد بل في صحته القانونية، ذلك أن الإرادة قائمة لكنها أصيبت بعيب أثر على سلامتها.

### 1- الغلط الجوهري:

الغلط بصفة عامة حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع، وغير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص222.

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام "العقد والإرادة المنفردة" (دراسة مقارنة في القوانين العربية)، دار الهدى، الجزائر، سنة 2012، ص161.

<sup>3</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 3، بيروت، لبنان، ص311.

## الفصل الأول: مرحلة تكوين العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

ويصطلح أيضا على الغلط أنه وهم، أي اعتقاد خاطئ يقوم في ذهن المتعاقد في دفعه إلى التعاقد، ومثاله أن يقوم شخص بشراء أنية معتقدا أنها من الذهب فإذا بها من معدن مذهب.<sup>1</sup>

كما عرّفه جانب آخر من الفقه على أنه "وهم يقوم في ذهن المتعاقد فيحمله على الاعتقاد بصحة أمر على خلاف الواقع، كأن يعتقد المشتري أن اللوحة الزيتية التي يقدم على شرائها أصلية من رسم فنان مشهور (وهي الوقعة غير الصحيحة)، في حين أنها مقلدة وليست أصلية للفنان المذكور (وهي الوقعة الصحيحة).<sup>2</sup>

ويعرّف أيضا أنه "وهم ذاتي أو تلقائي يقوم في ذهن المتعاقد، في دفعه للتعاقد بحيث يتمتع عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط، وهو ما اصطلح عليه بالغلط الجوهري.<sup>3</sup>

تميز النظرية التقليدية نوعان مختلفان من الغلط، منها ما لا يؤثر على صحة الرضا والعقد، ومنها ما يؤثر على سلامة الرضا.

أ- النوع الأول: الغلط الغير مؤثر على العقد: هو غلط لا صلة له بتكوين الإرادة ولا يفسد الرضا، ويتحقق عندما يقع في صفة غير جوهرية في شخص المتعاقد إذا لم تكن شخصيته على اعتبار في العقد، ومثاله مجرد الغلط في الحساب والكتابة الذي يستوجب تصحيحه فقط، فيبقى العقد صحيحا منتجا لآثاره القانونية ولا يجوز لأحد المتعاقدين أن يتمسك بإبطال العقد لغلط مادي<sup>4</sup>، وقد أخذ به المشرع الجزائري في المادة 84 ق م ج بنصها: "لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم، ولكن يجب تصحيح الغلط."

ب- النوع الثاني: الغلط المؤثر على سلامة الرضا: وهنا يميز الفقه بين الغلط المانع والغلط المعيب للرضا. فالغلط المانع، يحول دون تحقيق تطابق الإيجاب والقبول فيمنع قيام العقد<sup>5</sup>، وبالتالي فهو لا يعد عيبا من عيوب الإرادة، ويكون في طبيعة العقد كأن يعطي المتعاقد نقودا على سبيل القرض في حين يعتقد المتعاقد الآخر أنها هبة، وقد يتعلق بمحل العقد كأن يبيع سيارة معينة ويعتقد المشتري أنه اشترى سيارة أخرى، وقد يقع في سبب العقد كأن يتفق الوارث مع الموصى له على قسمة شائعة بينهما فيتبين بعد ذلك أن الوصية باطلة، ويترتب عليه البطلان المطلق للعقد<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 162.

<sup>2</sup> العربي بلحاج، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، دون طبعة، دون بلد النشر، سنة 2015، ص 211.

<sup>3</sup> سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2009، ص 50.

<sup>4</sup> العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 213.

<sup>5</sup> علي فيلاي، الالتزامات "النظرية العامة للعقد"، موفم للنشر، ط 3، الجزائر، سنة 2013، ص 174.

<sup>6</sup> علي فيلاي، مرجع سابق، ص 175.

## الفصل الأول: مرحلة تكوين العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

أما الغلط المعيب للرضا، فهو الذي يحدث أثناء تكوين الإرادة، ويتمثل في اعتقاد المتعاقد بخلاف حقيقة الواقع أو القانون، ولو لا هذا الاعتقاد الخاطئ لما أبرم العقد، ويترتب عليه البطلان النسبي لمصلحة من وقع فيه. وقد تم نقد النظرية التقليدية للغلط من طرف فقهاء القانون المحدثين، وعلى هذا الأساس قامت النظرية الحديثة له التي تبنت معيارا واحدا للغلط الذي يعيب الإرادة وهو الغلط الجوهرى الدافع للتعاقد، بحيث لولاه لما أقدم المتعاقد على العملية التعاقدية<sup>1</sup>.

وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري، نجد أنه أخذ بالغلط الجوهرى كعيب للرضا فقط متبعا بذلك النظرية الحديثة للغلط وكذا التقنيات لعربية الأخرى، المصري، السوري، الليبي، العراقي، واللبناني، بحيث نصت المادة 81 منه على أنه: "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرى وقت إبرام العقد، أن يطلب بإبطاله"، كما نصت المادة 82 منه على أنه: "يكون الغلط الجوهرى إذا بلغ حدا من الجسامه بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط".

ما يلاحظ من نص المادتين أن المشرع الجزائري لم يعرف الغلط الجوهرى تعريفا شاملا ودقيقا، بل اكتفى بذكر مواصفاته وبعض صورته، بحيث يجب أن يكون غلطا جسيما، بمعنى أن تكون الاعتقادات الخاطئة التي تحمل المتعاقد على إبرام العقد تبلغ درجة من الخطورة والأهمية تستدعي تدخل القانون لحماية الضحية، والعبرة من جعل الغلط الجوهرى جسيما هي الحفاظ على استقرار المعاملات، وأن استحقاق الحماية القانونية تقتضي أن يكون الأمر جدي، فالتفاوتات البسيطة بين أفراد المجتمع والتي ينتج عنها بعض التجاوزات يعتبرها القانون من الأمور العادية والمقبولة، مادام المتعاقد يتمتع بأهلية كاملة تمكنه من تحمل بعض نتائج تصرفاته التي قد ترجع إلى الصدفة أو التقصير أو الإهمال لاسيما أن حمايته في هذه الحالة قد تكون على حساب المتعاقد الثاني الذي لا يد له في ذلك.

أما تقدير جسامه الغلط فهو أمر نسبي متروك تقديره لقضاة الموضوع، فقد يرجع إلى العوامل الذاتية والشخصية للمتعاقد الذي وقع في الغلط، أي الاعتداد بمعيار شخصي بحت، وقد يكتفي بسلوك الرجل المعتاد في ظل الظروف والملابسات التي تم فيها العقد متجاهلين كل الاعتبارات الشخصية للمتعاقد الذي وقع في الغلط، وهذا ما يسمى بالتقدير المجرد<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 213.

<sup>2</sup> علي فيلاي، مرجع سابق، ص 176.

## الفصل الأول: مرحلة تكوين العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

وقد اخذ المشرع الجزائري بالمعيار الذاتي في تقدير جسامه الغلط، حيث نص في المادة 82 فقرة 2 و 3 ق م ج على: "ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشئ يراها المتعاقدان جوهريه، او يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية.

إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد." وعليه فالعبرة في تقدير جسامه الغلط هي بنفسية المتعاقد والنتائج المترتبة على هذا الاعتقاد الخاطيء، وإن كان حسب رأي الأستاذ فيلاي، أن الاعتداد بالتقدير المجرد المرتبط بسلوك الرجل العادي في ظل الظروف التي تم فيها العقد يكون أفضل تفاديا للصعوبات التي تواجه القاضي في البحث في نفسية المتعاقد ولوضع حد لإمكانية تعسف الضحية في استعمال حقها<sup>1</sup>.

كما يجب زيادة على ما سبق أن يكون الغلط الجوهري مؤثر ، حيث يشترط على من يدعي الغلط أن يثبت أن الاعتقادات الخاطئة هي التي حملته على التعاقد، وهذا شرط من شروط الغلط الجوهري<sup>2</sup>، وبمفهوم المخالفة، إذا لم تكن الاعتقادات الخاطئة هي الدافع الرئيسي للتعاقد فإنها لن تنال من سلامة الرضا ولا يعتبر الغلط حينئذ جوهريا<sup>3</sup>.

### ثانيا - التدليس:

تناول المشرع الجزائري التدليس في المادتين 86 و 87 ق م ج، دون إعطاء تعريف له، بل ترك ذلك للفقهاء، حيث يعرف أنه إيهام الشخص بغير الحقيقة بالاتجاه إلى الحيلة والخداع لحمله على التعاقد<sup>4</sup>.

كما يعرف أيضا أنه إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد<sup>5</sup>.

فهو غلط يقع فيه المتعاقد تحت تأثير حيل يقوم بها شخص آخر، أي أنه غلط مستثار لم يقع فيه الشخص من تلقاء نفسه<sup>6</sup>.

ومن هنا يكون التدليس وثيق الصلة بالغلط، فإذا كان المتعاقد في حالة الغلط يتوهم من تلقاء نفسه غير الحقيقة، فإن هذا ما يحدث في حالة التدليس، ولكن بناء على الحيل التي يقوم بها شخص آخر، وهذا ما دعا بعض

<sup>1</sup> علي فيلاي، المرجع نفسه، ص 176.

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 171.

<sup>3</sup> علي فيلاي، مرجع سابق، ص 177.

<sup>4</sup> محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 172.

<sup>5</sup> عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 420.

<sup>6</sup> توفيق حسن فوج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، الدار الجامعية، مصر، ص 144.

## الفصل الأول: مرحلة تكوين العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

الفقهاء للقول بأن نظرية التدليس لا قيمة لها وتغني عنها نظرية الغلط، ويستشهدون بتشريعات لم تنص على التدليس واكتفت بالغلط كالقانون البرتغالي والنمساوي<sup>1</sup>، مبررين ذلك أن التدليس إذا لم يوقع في نفس المتعاقد غلط، فلا أثر له في صحة العقد ولا تترتب عليه إلا المسؤولية عن التعويض إذا انطوى على خطأ تقصيري وأحدث ضرر<sup>2</sup>.

إلا أنه بالرجوع للقانون المدني الجزائري، نجد أنه اعتبر التدليس عيبا مستقلا من عيوب الرضا، وإن كان هو علة لعيب آخر وهو الغلط، وأن نظرية الغلط لا تغني عن نظرية التدليس وذلك للفارق الموجود بينهما الذي يظهر جليا فيما يلي:

\* إن الغلط يقع فيه المتعاقد من تلقاء نفسه، بينما التدليس هو تغليط (غلط مدير) بسبب حيل المتعاقد الآخر<sup>3</sup>.  
\* إن إثبات التدليس أمر يسير لارتباطه بعمل مادي عكس الغلط الذي يتعلق بحالة نفسية كثيرا ما يكون إثباته عسيرا.

\* إن الغلط في الحساب أو في القيمة إذا لم يبلغ حدا من الجسامة لا يبطل العقد، ولكن إذا حصل هذا الغلط بطرق احتيالية فيمكن إبطال العقد بسبب التدليس<sup>4</sup>.

\* الغلط في القانون القانون لا يؤدي إلى قابلية عقد الصلح للإبطال، أما إذا استعملت وسائل احتيالية لإيقاع المتصالح في غلط في القانون، كان عقد الصلح قابلا للإبطال<sup>5</sup>.

\* يرتب على الغلط إبطال العقد، في حين يترتب على التدليس زيادة على الإبطال تعويض للمدعى عليه.  
وتجدر الإشارة إلى أن الحكم الوارد في نص المادة 85 ق م ج السالفة الذكر، الذي يمنع من وقع في الغلط التمسك به على وجه يتعارض مع حسن النية، يقصد به الغلط التلقائي لا المدبر أو التدليس، لن المدلس يكون دائما سيء النية، وهذا ما يحرمه من حماية القانون<sup>6</sup>، الأمر الذي يؤكد استقلالية عيب الغلط عن عيب التدليس في التشريع الجزائري من جهة وعلى وجوب إبقائها إلى جانب بعضهما من جهة أخرى.

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 332.

<sup>2</sup> إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص 89.

<sup>3</sup> العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 226.

<sup>4</sup> علي فيلاي، مرجع سابق، ص 191.

<sup>5</sup> إدريس فاضلي، مرجع سابق، ص 90.

<sup>6</sup> علي فيلاي، مرجع سابق، ص 191.

## الفصل الأول: مرحلة تكوين العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

وبالرجوع للقانون المدني الجزائري نجده ينص في المادة 86 منه على: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد. ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابس، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابس".

كما تنص المادة 87 على: "إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس". يستخلص من المادتين 86 و87 ق م ج، أن التدليس يتكون من عنصرين، عنصر مادي وآخر معنوي: أ- العنصر المادي: يتمثل في الوسائط المختلفة التي تستعمل لتضليل المتعاقد ودفعه لإبرام العقد، وهي تختلف بحسب المتعاقد المدلس عليه، ويراعى في تقدير أثر الحيلة المكونة للتدليس المعيار الشخصي، فالمهم تأثر الشخص بالحيلة حتى لو كانت لا تؤثر على غيره من الناس<sup>1</sup>.

ب- العنصر المعنوي: يتمثل في نية التضليل لدى المدلس والإيقاع بالمتعاقد معه لحمله على التعاقد، فلا مجال للحديث عن تدليس إذا انخدع المتعاقد من تلقاء نفسه دون تعمد الطرف الآخر خداعه بل نكون في هذه الحالة أمام غلط، ويقع عبء إثبات نية التضليل على عاتق المدلس عليه وذلك بكافة طرق الإثبات.<sup>2</sup>

### ثانيا: الإكراه والاستغلال:

أقر المشرع الجزائري، إلى جانب الغلط والتدليس، عيبان آخران يؤثران على سلامة رضا المتعاقد في مرحلة تكوين العقد، إذ يحملانه على إبرامه إما تحت ضغط وتهديد وهو ما يمثل عيب الإكراه المنصوص عليه في المادتين 88 و89 ق م ج، أو تحت استغلال طيش وهوى جامع وهو ما يعرف بعيب الاستغلال الذي أورده المشرع في المادتين 90 و91 ق م ج.

وسنتطرق لهذين العيبان بالتفصيل فيما يلي:

### 1- الإكراه:

الإكراه ضغط يقع على أحد المتعاقدين فيولد في نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص177.

<sup>2</sup> غنيمية لولو، مرجع سابق، ص65.

<sup>3</sup> محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص186.

## الفصل الأول: مرحلة تكوين العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

كما يعرف أيضا أنه ضغط غير مشروع على إرادة الشخص يولد في نفسه رهبة تحمله على التعاقد لكي يتفادى نتائج التهديد الذي يقع عليه.<sup>1</sup>

والإكراه بهذا المعنى يعتبر عيبا من عيوب الإرادة أي أنه يفسد الرضا ولا يعدمه، فتكون إرادة المكره موجودة ولكنها معيبة بفقدانها لعنصر الحرية والاختيار<sup>2</sup>، وهذا ما أقره المشرع الجزائري في المادة 88 الفقرة الأولى ق م ج بنصه: "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق".

ويسمى مثل هذا الإكراه عادة بالإكراه المعنوي باعتبار أن الخوف أو الرعب الذي يتأثر به رضا المكره شيء معنوي<sup>3</sup>، وهو يختلف عن الإكراه المادي الذي يعدم الإرادة لأن المكره لن تكون له إرادة مطلقا، كأن يمسك المكره عنقه إبهام المكره ويطلب بصمته على عقد مكتوب أو سند دين<sup>4</sup>، مما يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا. وحتى يتحقق الإكراه المعيب للرضا وينتج آثاره القانونية، وجب توفره على شروط حددتها المادتان 88 و 89 ق م ج كما يلي:

أ- الشرط الأول: قيام المتعاقد بإبرام العقد تحت سلطان رهبة بينة، وذلك طبقا للمادة 88 الفقرة الثانية من ق م ج التي تنص على: "وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محققا يهدده هو أو أحد أقاربه، في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال". والخطر الجسيم هو خطر كبير ذو عواقب وخيمة يخشاها المتعاقد، ويتحقق حتى ولو لم تكن التهديدات حقيقية بل يكفي أن تكون وهمية طالما تأثر بها المكره، وتتجلى جسامة الخطر في عجز المكره عن دفعه أو التخلص منه بأي وسيلة كانت.<sup>5</sup>

كما يشترط في التهديد بالخطر أن يكون محققا أي وشيك الوقوع، أما إذا كان الخطر بعيدا أو متراخي الوقوع، فإنه لا يحدث رهبة في نفس المكره، فالعبرة هي بوقوع الرهبة فورا وما تولده في تلك اللحظة من خوف في نفس المكره نتيجة للتهديدات الموجهة إليه.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص 153.

<sup>2</sup> العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 242.

<sup>3</sup> علي فيلاي، مرجع سابق، ص 202.

<sup>4</sup> محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 187.

<sup>5</sup> علي فيلاي، مرجع سابق، ص/ص 203-204.

<sup>6</sup> المرجع نفسه، ص 204.

## الفصل الأول: مرحلة تكوين العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

ويراعى في تقدير جسامه الخطر، الحالة النفسية للمكره أي المعيار الذاتي طبقا للمادة 88 فقرة 03 ق م ج التي تنص على: "ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها ان تؤثر في جسامه الإكراه".

ويكون التهديد إما بالاعتداء على جسم المتعاقد المكره بالقتل مثلا أو الضرب أو الاختطاف، وإما بالمساس بشرفه كالقذف، أو المساس بأمواله كحرقها أو إتلافها، كما يمكن أن يستهدف التهديد أحد أقارب المتعاقد مع المكره<sup>1</sup>، وعليه لم يعتد المشرع الجزائري في المادة 88 فقرة 2 ق م ج السالفة الذكر بالخطر الذي يهدد الغير، واكتفى بالأقارب فقط متبعا في ذلك التشريع الفرنسي، إلا أنه لم يعين الأقارب وبالتالي يجب اعتماد المفهوم الواسع لعبارة "الأقارب" ما دامت العبرة بسلامة رضا المتعاقد<sup>2</sup>، أي كل شخص من أسرته أو من أصدقائه.

ب- الشرط الثاني: يجب أن تكون الرهبة غير مشروعة، حيث اشترط المشرع الجزائري في المادة 88 الفقرة الأولى ق م ج السالفة الذكر، لإبطال العقد للإكراه أن تكون الرهبة التي أبرم تحت سلطتها، قد بعثت في نفس المتعاقد دون حق وبهدف تحقيق غرض غير مشروع<sup>3</sup>، وبتعبير آخر أن يستعمل المتعاقد الذي يهدد المتعاقد معه وسيلة غير مشروعة بقصد الحصول على قبوله كتهديد شخص بالقتل إذا لم يهب له مالا لا يريد أن يتنازل عليه<sup>4</sup>.

أما إذا كانت الرهبة التي يعيها المتعاقد في نفس المتعاقد معه قائمة على حق، فإن رضا هذا الأخير يكون سليما وينعقد صحيحا، طالما كان الغرض منها مشروعا وكذا الوسائل المستعملة لذلك، كما هو الحال أيضا بالنسبة للشوكة ولنفوذ الأدبي التي تعتبر نوعا من السلطة الأدبية من متعاقد على متعاقد آخر تنشأ احتراماً وطاعة بين هؤلاء، وتظهر في علاقة النسب بين الأب والابن أو العلاقة الزوجية أو علاقة الأستاذ والطالب أو الرئيس والمرؤوس... الخ، وقد تدع الطرف الواقع تحت النفوذ إلى إبرام عقد لا يرغب فيه مع ذلك يبقى صحيحا ولا يستفيد المتعاقد المكره من الحماية القانونية رغم عدم تمتعه بحرية كاملة في الاختيار، إلا إذا استغلت هذه الشوكة والنفوذ الأدبي لغرض غير مشروع فيتحقق عيب الإكراه لأن صاحبها يكون قد تعسف في استعمال هذه السلطة، مما يفتضي حماية المتعاقد الآخر من الإكراه<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> غنيمية حللو، نظرية العقد، بيت الأفكار للنشر والتوزيع، دار البيضاء، الجزائر، د ط، 2008، ص 67.

<sup>2</sup> علي فيلاي، مرجع سابق، ص 205.

<sup>3</sup> العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 245.

<sup>4</sup> غنيمية حللو، مرجع سابق، ص 68.

<sup>5</sup> علي فيلاي، مرجع سابق، ص 207.

## الفصل الأول: مرحلة تكوين العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

ج- الشرط الثالث: يجب أن تكون الرهبة هي الدافعة للتعاقد، لأن الإكراه لا يؤثر في العقد إلا على أساس أنه يفسد الرضا، ولا يكون كذلك إلا إذا حمل المتعاقد على التعاقد، فإذا ثبت أن المتعاقد كان سيبرم التصرف حتى ولو لم يسلط عليه التهديد، فإن الإكراه في هذه الحالة لا يعتبر مفسدا لرضاه، وهنا يتساوى الإكراه مع التدليس والغلط.<sup>1</sup>

د- الشرط الرابع: يجب اتصال افكراه بالمتعاقد الآخر، حيث تنص المادة 89 ق م ج على: "إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه" وعليه فإن الإكراه يعتبر عيبا من عيوب افرادة متى كان صادرا من أحد المتعاقدين على الآخر وهذا هو الوضع المألوف والغالب، غير أنه إذا صدر من الغير، فإنه لا يكون لمن وقع عليه الإكراه إبطال العقد إلا إذا أثبت أن من تعاقد معه كان يعلم بالإكراه أو كان من المفروض حتما أن يعلم به، أما إذا كان حسن النية لا يعلم بالإكراه الذي صدر من الغير، فليس للطرف المكره إبطال العقد بل يمكنه فقط الرجوع على من تسبب فيه بدعوى التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية<sup>2</sup> (المادة 124 ق م ج السالفة الذكر).

وقد يصدر الإكراه من ظروف تهيأ مصادفة لا يد لأحد فيها كحالة الضرورة فدفعته إلى التعاقد، كأن يكون الشخص مهددا بالغرق فيتفق معه آخر على إنقاذه مقابل مبلغ معين أو كان الشخص مهددا بالموت إذا لم تجرى له عملية جراحية عاجلة فيستغل الطبيب ذلك ويتقدم لعلاجيه مقابل شروط باهضة، فهنا يجوز إبطال العقد للإكراه في حالة الضرورة متى استغلها المتعاقد الآخر بسوء نية كوسيلة ضغط على الإرادة مثلها مثل الإكراه الصادر عن الغير المنصوص عليه في المادة 89 ق م ج السالفة الذكر، حيث يجوز إبطال العقد متى كان المتعاقد الآخر يعلم أو كان في استطاعته أن يعلم بحالة الضرورة.<sup>3</sup>

يترتب على الإكراه إذا ما تحققت شروطه، إبطال العقد بطلب من المتعاقد المكره، ويقع على هذا الأخير عبء إثباته وفقا للقواعد العامة بجميع طرق الإثبات باعتباره واقعة مادية، كما يمكن للمكره إجازته صراحة أو ضمنا دون الإخلال بحقوق الغير.

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 193.

<sup>2</sup> إدريس فاضلي، مرجع سابق، ص 95.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 95.

## الفصل الأول: مرحلة تكوين العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

ويسقط الحق في الإبطال إذا لم يتمسك به صاحبه خلال 5 سنوات من يوم انقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت 10 سنوات من وقت تمام العقد طبقاً للمادة 101 ق م ج التي تنص على: "يسق الحق في إبطال العقد، إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (5) سنوات.

ويبدأ سريان هذه المدة، حال نقص الأهلية، من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس، من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه، من يوم انقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه، إذا انقضت عشر (10) سنوات من وقت تمام العقد".

ويلاحظ أن إطالة مدد التقادم يؤدي إلى عدم طمأنينة المتعاملين وعدم استقرار المعاملات بين أفراد المجتمع<sup>1</sup>، وإن كان فيها حماية للطرف المضرور.

ويجوز للمكروه أن يطالب بالتعويض عما لحقه من ضرر على أساس المسؤولية التقصيرية ما دام الإكراه يعتبر خطأ يلزم من صدر منه التعويض.<sup>2</sup>

### 2- الاستغلال:

الاستغلال هو أن يستغل شخص طيشاً بيناً أو هوى جامع في آخر لكي يبرم تصرفاً يؤدي إلى غبن فادح به<sup>3</sup>، والصورة الشائعة له أن تستغل زوجة في مقتبل العمر الهوى الجامح لزوجها الشيخ لإرضائها وتدفعه ليهيها ماله.

كما يعرف أيضاً أنه انتهاز المتعاقد حالة الطيش البين أو الهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد معه لحمله على إبرام عقد يتحمل بمقتضاه التزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض المقابل أو من غير عوض<sup>4</sup>.

وقد نص المشرع الجزائري على الاستغلال في المادة 90 الفقرة الأولى من ق م ج بقوله: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر وتبين أن المتعاقدين المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامعاً، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقدين المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص من التزامات هذا المتعاقد".

<sup>1</sup> العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 253.

<sup>2</sup> غنيمية لولو، مرجع سابق، ص 69.

<sup>3</sup> محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 198.

<sup>4</sup> علي فيلاي، مرجع سابق، ص 217.

## الفصل الأول: مرحلة تكوين العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

وعلى هذا النحو فالاستغلال يعد عيباً من عيوب الإرادة، ذلك أن المتعاقد المغبون إنما تعاقد تحت تأثير حالة الطيش البين أو الهوى الجامح فأرادته في تلك الحالات إرادة معيبة لأنها كانت على غير بصيرة بسبب الظروف التي تمر بها.<sup>1</sup>

وعليه يجب أن يتوافر في العقد الذي يلحق به الاستغلال عنصران، عنصر مادي وآخر معنوي:

أ- العنصر المادي: يتمثل في عدم أو اختلال التعادل بين التزامات أحد المتعاقدين والتزامات المتعاقد الآخر، ويجب أن يكون عدم التكافؤ فاحشاً غير مألوف<sup>2</sup>، ولكن المشرع لم يحدد نسبة معينة له وإنما ترك تقديره لقاضي الموضوع دون خضوعه لرقابة المحكمة العليا وفقاً لظروف الحال وما تعارف عليه الناس<sup>3</sup>، ويرجع السبب في ذلك إلى طبيعة العيب، إذ أن العبرة بالدرجة الأولى هي بنفسية المتعاقد وبالقيمة الشخصية للأداءات وليس بقيمتها الاقتصادية<sup>4</sup>.

ب- العنصر المعنوي: يظهر في جانب كلا طرفي العقد، فهو بالنسبة لأحدهما ضعف نفسي يعتريه، وبالنسبة للطرف الآخر استغلال هذا الضعف<sup>5</sup>.

وبمثل الضعف النفسي حسب نص المادة 90 ق م ج السالفة الذكر، في الطيش البين والهوى الجامح.

أما الطيش البين، فهو الخفة الزائدة والتسرع الذي يصحبه التهور، وعدم التبصر، وما ينجر عنه من عدم الاكتراث بالعواقب وسوء النتائج، والوقوف عند النزوة العاجلة العابرة التي تدفع بالمتعاقد إلى التعاقد، ويشترط فيه أن يكون بينا أي واضحاً وظاهراً<sup>6</sup>.

### الفرع الثاني: إسقاط أحكام عيوب الرضا على العقد الإلكتروني

بجانب اشتراط الأهلية في التعاقد لقيام العقد، يلزم كذلك أن يكون الرضا صادراً ممن هو أهلاً له، منزهاً عن العيوب التي تشوب الإرادة، وتحتل عيوب الإرادة مكانة بارزة في إطار العقد الإلكتروني.

إن الالتزام التعاقدي في العقود الإلكترونية هو التزام بتبصير إرادة المتعاقد غير المحترف أو عديم الخبرة حتى تكون إرادته مشوبة بعيوب من عيوب الإرادة وهي الغلط، التدليس، الإكراه أو الاستغلال، وإن الإخلال

<sup>1</sup> إدريس فاضلي، مرجع سابق، ص 99.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 99.

<sup>3</sup> محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 199.

<sup>4</sup> علي فيلاي، مرجع سابق، ص 219.

<sup>5</sup> علي فيلاي، مرجع سابق، ص/ص 221-222.

<sup>6</sup> العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 258.

## الفصل الأول: مرحلة تكوين العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

بهذا الالتزام يؤدي إلى المطالبة بإبطال العقد من الطرف المتضرر، وهذا ما جعل لعيوب الإرادة الإلكترونية خصوصيات تميزها عن العيوب المعروفة في القواعد العامة، كما أن الالتزام بالإعلام في العقود الإلكترونية يسهل كثيراً من المطالبة بإبطال العقد بناء على عيب الغلط، باعتبار أن الإخلال بهذا الالتزام يعتبر قرينة لا تقبل إثبات العكس في ثبوت اتصال الغلط بالمتعاقد المحترف<sup>1</sup>. مما سبق نتطرق في هذا الفرع لإشكالية عيوب الإرادة في التعاقد الإلكتروني وهي، الغلط (أولاً)، التدليس (ثانياً)، ثم الإكراه (ثالثاً).

### أولاً: الغلط المعيب للإرادة في التعاقد الإلكتروني:

الغلط الذي عيب الإرادة في التعاقد هو ذلك الغلط الذي يحدث عند تكوين الإرادة في ذهن صاحبها، بأن يتوهم أمراً على خلاف الواقع، ويقع هذا الغلط في صفة جوهرية في الشيء محل الالتزام، أو في ذات التعاقد، أو في صفة جوهرية من صفاته؛ فإذا تعاقد شخص مع آخر على أنه خبير، وذو كفاءة عالية في إدارة نظم المعلوماتية، ثم تبين أنه عكس ذلك، فهنا يحقق للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد<sup>2</sup>. ويشترط لتحقيق الغلط المعيب للرضا توافر شرطين:

### 1- أن يكون الغلط جوهرياً:

نصت عليه المادة 82 من ق. م. ج<sup>3</sup>، ويعد الغلط جوهرياً إذا كان هو الدافع لتعاقد أي هو الذي حمل المتعاقد الواقع فيه على إبرام العقد، بحيث لولا وقوعه في هذا الغلط ما كان ليبرم العقد<sup>4</sup>، وقد يسمى بالغلط الدافع، والمعيار الذي يعتمد عليه لتقدير جوهرية الغلط هو معيار ذاتي، يقتضي تحليل موقف المتعاقد الواقع في الغلط لتقدير أثر الغلط على موقفه من العقد، وهذا يقتضي البحث عن نية المتعاقد لمعرفة مدى جوهرية الغلط بالنسبة إليه<sup>5</sup>، لذا فالغلط الجوهري قد يقع في صفة للشيء تكون جوهرية في المتعاقدين، أو يجب

<sup>1</sup> العربي شحط أمينة، التراضي في العقد الإلكتروني في ظل التغيرات المستجدة، مقال في مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، مج14، ع03، 2021، ص170.

<sup>2</sup> آمانج رحيم أحمد، مرجع سابق، ص232.

<sup>3</sup> نصت المادة 82 من القانون رقم 75-58، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05، المتضمن القانون المدني، السالف الذكر ص994، على أنه "كون الغلط جوهرياً إذا بلغ حدًا من الجسامة، بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتباره كذلك نظرًا لشروط العقد ولحسن النية إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد".

<sup>4</sup> علاء محمد الفواعير، العقود الإلكترونية-دراسة مقارنة-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2014، ص195.

<sup>5</sup> شيراز عزيز سيمان، حسن النية في إبرام العقود، منشورات دار دجلة، ط1، عمان، الأردن، 2008م، ص303.

## الفصل الأول: مرحلة تكوين العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف، وبما ينبغي في التعامل من حسن نية أو في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد<sup>1</sup>.

في مجال المعاملات الإلكترونية تعد صفة عدم الاحتراف أو عدم الخبرة عنصرًا جوهريًا في قبول إعداد المتعاقد قد وقع في غلط جوهري، خاصة في الأشياء الفنية ذات التكنولوجيا المتطورة، فتلك الصفة تعد من القرائن التي يستعين بها القاضي في تقدير مدى توافر الغلط، ويصعب قبول الغلط من متعاقد متخصص، كذلك الحال إذا كانت البيانات التي قدمها الموزع كافية لتلافي الوقوع في الغلط، ونفس الحكم إذا ثبت تقصير مدعي الغلط؛ كما أن المشرع الأوروبي حريص على تلافي أي غلط قد يقع فيه المتعاقد، ويكون ناتجًا عن نقص في البيانات المتعلقة بالسلعة أو الخدمة أو المتعلقة بالموجب نفسه<sup>2</sup>.

### 2- اتصال المتعاقد الآخر بالغلط:

حماية للمتعاقد الآخر وضمانًا لاستقرار المعاملات أوجب المشرع للأخذ بالغلط باعتباره عيبًا من عيوب الإرادة اتصال المتعاقد الآخر بالغلط، ويكون ذلك الاتصال بأن يقع المتعاقدان معا في الغلط، فيكون الغلط مشتركًا، ومثاله أن يعتقد المشتري أنه يشتري شيئًا أصليًا، ويعتقد البائع الشيء نفسه، بينما الشيء في حقيقته مقلد<sup>3</sup>. ومن ذلك فإنه لا يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري أن يطلب بطلان العقد، إلا إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في الغلط أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبين، لأن الغلط الفردي يؤدي إلى مفاجأة المتعاقد الآخر بطلب بطلان العقد وهو لا علم له بالسبب، أما في الغلط المشترك ففيه تنتفي المفاجأة<sup>4</sup>.

### ثانيًا: خصوصية عيب التدليس في التعاقد الإلكتروني.

يحتل التدليس مكانة كبيرة في مجال عقود التجارة الإلكترونية؛ نظرًا لقدرة بعض العابثين والمحتالين على اختراق النظام المعلوماتي للشبكة، وإساءة استخدامها، وغالبًا ما يمتثل التدليس في الإعلان الخادع أو الكاذب. والملاحظ أن الطبيعة غير المادية للمعلومات والبيانات التي يتم نقلها عبر شبكات الاتصال الحديثة تطرح العديد من المشكلات بشأن إثبات التدليس الذي وقع عبر هذه التقنيات، لاسيما وأن مرتكب أفعال

<sup>1</sup> فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2010م، صص 98-99.

<sup>2</sup> بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية، تخصص قانون الأعمال كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2015/2014م، صص 133-134.

<sup>3</sup> محمد علاء الفواعير، مرجع سابق، صص 195.

<sup>4</sup> بسمان نواف الراشدي، عقود التجارة الإلكترونية وقواعد إبرامها، دار الفكر الجامعي، ط1، الإسكندرية، مصر، 2015م، صص 124-125.

## الفصل الأول: مرحلة تكوين العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

التدليس غالبًا ما يعتمد إلى إخفاء العمليات التدليسية، وإزالة آثارها بأساليب تقني، يعجز ضحية هذا التدليس عن اكتشافه أو إثباته<sup>1</sup>.

يمكن الحد من ظاهرة الغش والتدليس في التعاقد الإلكتروني عن طريق تنشيط دور جهات التوثيق الإلكتروني أو مقدم خدمة التوثيق، فدورها ليس قاصرًا على مجرد التأكد من صحة ونسبة صدور الإرادة التعاقدية الإلكترونية إلى منشئها، بل التأكد من أن جدية هذه الإرادة وبعدها عن وسائل الغش والتدليس، ويكون ذلك عن طريق قيام هذه الجهات بتقييم المواقع التجارية عبر الانترنت بالتحري عنها وعن صحتها ومصداقيتها في التعامل، فإذا تبين عدم جدية أحد المواقع، فإنها تقوم بتحذير المتعاملين عبر الشبكة عن طريق إرسال رسائل تحذيرية تبين فيها عدم مصداقية هذا الموقع، أو أن الموقع وهمي لا وجود له، أو أنه غير مسجل لدى المنظمة العالمية للملكية الفكرية، أو غير مقيد لدى شركات الانترنت المكلفة بتسجيل أسماء الدومين بالأسماء والأرقام.<sup>2</sup>

### ثالثًا: خصوصية عيب الإكراه في التعاقد الإلكتروني:

يعرف الإكراه بكونه "رهبة تقوم في نفس الشخص فتدفعه إلى التعاقد"، فيشترط الإكراه لإعتباره عيبًا يشوب الرضا أن يتم التعاقد تحت سلطات الرهبة التي بعثت في نفس المتعاقد بغير وجه حق بفعل المتعاقد الآخر<sup>3</sup>. يبدو من الوهلة الأولى أنه يصعب تصور حدوثه في نطاق إجراء المعاملات الإلكترونية لكون هذه الأخيرة تتم عن بعد والمشاهد أو المستخدم حر في اتخاذ القرار الذي يناسبه بأخذ المبادرة لإبرام العقد بالقيام ببعض الأعمال المادية كالإتصال برقم الهاتف أو الموقع ولا يمكن القول أنه مهدد في ماله أو نفسه<sup>4</sup>. إلا أنه قد يقع الإكراه في مجال العقد الإلكتروني بسبب التبعية الاقتصادية أين يتم الضبط على المتعاقد بسبب العوز الاقتصادي كاحتكار أحد المنتجين أو الموردين لسلعة معينة ويعرضها للبيع بشروط مجحفة فيضطر المشتري للتعاقد بسبب تهديد مصالحه وبالتالي لا يكون أمامه بديل غير قبول التعاقد<sup>5</sup>، وفي هذه الحالة ترجع إلى القواعد العامة للقانون المدني التي تحكم الإكراه.

<sup>1</sup> سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الفوري-دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص169.

<sup>2</sup> زهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص103.

<sup>3</sup> مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية،

مدرسة الدكتوراه "القانون الأساسي والعلوم السياسية"، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011/2012، ص87.

<sup>4</sup> محمود السيد عبد المعطي خيال، التعاقد، طريق التليفون، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2000م، ص75.

<sup>5</sup> محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2006م، ص75.

## الفصل الأول: مرحلة تكوين العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

وقد عالجت المؤتمرات والمنظمات وغرفة التجارة الدولية مسألة الاحتيايل الإلكتروني وقدمت العديد من التوصيات لحل هذه المشكلة نوجزها فيما يلي:

- إلتزام الأطراف المتعاقدة بالدقة في تعاملهم واستعمال التعبير السليم حتى لا يستدل منها أنها أمرا بالشراء ويقع عليهم تبعات القبول<sup>1</sup>.

- الانضمام إلى معاهدة "بروكسل لسنة 1924 المعدلة عام 1957 والاستفادة من الإلتزامات الواردة فيها فيما يتعلق بالتعويض عن حوادث الاحتيايل والغش<sup>2</sup>.

- تدريب رجال البحث الجنائي ورجال القانون على أحدث التقنيات الحديثة في مجال الاتصالات لفهمها واستيعابها للتوصل الى الكشف عن مرتكبي الجرائم الإلكترونية.

- الانضمام إلى معاهدة بودابست لمكافحة جرائم نظم وشبكات الاتصالات<sup>3</sup>.

ينبغي الإشارة إلا أن عيب الاستغلال لا يتميز بأية خاصية في العقود الإلكترونية، وإن كان متصور الوقوع، كحال وقوع المستهلك ضحية طيشه وهواه الجامح في علاقة تعاقدية لمجرد أن طرفها الآخر شخصية اجتماعية بارزة مثلا فإن حدث أن استغلت هذه الشخصية طيش هذا المتعاقد وضعف نفسه لتعقد معه، ونتج عن ذلك إختلال فادح في التوازن العقدي بين قيمة المبيع، يتحقق عيب الاستغلال الذي يشوب الإرادة، إلا أن حدثه في المجال الإلكتروني أقل احتمالا وأبعد تصورا<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الانترنت-دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007م، ص97.

<sup>2</sup> آمال حابت، استغلال خدمات الانترنت، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2004م، ص92.

<sup>3</sup> محمد حسن رفاعي العطار، المرجع السابق، ص98.

<sup>4</sup> معطا الله عبد الجبار. معطا الله الهاشمي، شروط الرضا في العقود الإلكترونية، مذكرة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر، معهد الحقوق، تخصص: قانون خاص معمم، المركز الجامعي-المقاوم الشيخ أمود بن مختار-، إيليزي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2022/2023.

## الفصل الأول: مرحلة تكوين العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

### المبحث الثاني: الشكلية بين العقود التقليدية والإلكترونية

يتجلى دور الشكلية باعتبارها ركن في العقود من ناحيتين، الأولى متعلقة بالانعقاد والثانية بالإثبات، حيث تخضع إبرام العقود إلى شكل محدد قانوناً حتى يتسنى الاعتراف بمضمون تلك العقود، إلا أن الأمر غير متوقف عن الانعقاد، بل يشمل ضمان إقامة الدليل الكتابي لإثبات المسائل التي تثور بشأنها منازعات<sup>1</sup>. الشكلية كفيلة بحماية المصلحة الخاصة لكل متعاقد، كما أنها تحمي المصلحة العامة أيضاً، في إطار الدور الجديد الذي قوم به الدولة في المجال الاقتصادي والاجتماعي، مما يجعلها تعمل على مراقبة إفراغ المعاملات المهمة في الشكل المحدد قانوناً<sup>2</sup>.

وفي المقابل فإن كل إخلال بهذه الشكلية ينجز عنه البطلان، ولكن بحسب ما إذا كانت الشكلية لانعقاد أمر أنها لإثبات العقد، حيث سنتطرق في هذا المبحث إلى دراسة الشكلية في العقود التقليدية والإلكترونية في مطلبين، المطلب الأول الشكلية في العقود التقليدية بين التكوين والإثبات، والمطلب الثاني خصوصية الشكلية في العقود الإلكترونية.

### المطلب الأول: الشكلية في العقود التقليدية بين التكوين والإثبات

إن مدلول الشكلية يختلف باختلاف أهدافه بين مدلولين مهمين، هما شكلي الحماية لفائدة الأطراف وأيضاً إعلام الغير بحصول العقد بغية حمايته، هذه تسمى بالشكلية المباشرة المرتبطة بتكوين العقد الشكلي، فهي تمكن الأطراف من التعرف على محتوى هذا العقد، وتحدد حقوقهم وواجباتهم، بما يحفظه من الوقوع في الغلط أو التدليس أو الإكراه وكذلك الاستغلال، مما يؤدي إلى التضيق من نطاق البطلان، وخاصة الحماية لبعض الفئات المتعاقدة كحماية المستهلكين على وجه التحديد، وشكلية التوجيه بما يتماشى مع اختيارات ومصالح الجماعة، وهي الشكلية غير المباشرة بغية تحقيق أغراض مختلفة، كاشتراط اخص الإدارية<sup>3</sup>.

إلا أن هدف المشرع من فرضه للشكل لا ينفصل عن الهدف الذي تسعى الإرادة لتحقيقه في التصرف القانوني، وعليه الشكل هو بمثابة طريقة للتعبير عن الإرادة بالكيفية التي يريده المشرع، وهو بذلك منوط بها وظائف عديدة ويضمن أموراً مهمة، منها إظهار الإرادة إلى العالم الخارجي على نحو صادق ومطابق لما

<sup>1</sup> علي كحلون، النظرية العامة للإلتزامات، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015، ص129.

<sup>2</sup> بالطيب محمد البشير، الطبيعة القانونية لشركة-رؤية حديثة، الطبيعة القانونية للمجتمع-رؤية جديدة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، المجلد12، عدد2، 2020، ص1407.

<sup>3</sup> بالطيب محمد البشير، نفس المرجع، ص1406.

## الفصل الأول: مرحلة تكوين العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

اتجهت إليه، ومن ثم حماية الإرادة من كل ما يمكن أن ينسب إليها، وتجنبها من مخاطر التفسير والتأويل، فضلا عن وسيلة إثبات مضمون التصرف القانوني.<sup>1</sup>

الواقع يثبت أن الكثير من النزاعات المطروحة اليوم على المحاكم يعود سببها إلى عدم توثيق التصرفات وعدم تحديد الالتزامات بدقة، وأن حرص القوانين الوضعية على الكتابة ليس لمجرد الشكل، وإنما هدفه العام هو ضبط للإرادة الباطنة بما يناسب التعبير الظاهر لها، كذلك توفير التوازن الاقتصادي في العقد وتحقيق العدالة الاجتماعية، وإبعاد كل ما من شأنه أن يثير الخلافات في العلاقات التعاقدية بين الأطراف، فالوثيقة المكتوبة هي التي ترفع الغموض والشك مما يجنب الوقوع في المنازعات.<sup>2</sup>

المشرع هدفه واضح باشتراطه للشكلية القانونية في عدد لا بأس به من التصرفات القانونية لتحقيق المصالح العامة، ومن ذلك جعله بمثابة وسيلة لاستقرار المعاملات وتحقيق العدالة، كذلك لتسهيل التعاقد وتبسيطه.<sup>3</sup> وهذا ما سنتطرق إليه في فرعين، الفرع الأول (الشكلية كشرط لتكوين العقود التقليدية)، الفرع الثاني (الشكلية كشرط لإثبات العقود التقليدية).

### الفرع الأول: الشكلية كشرط لتكوين العقود التقليدية:

تشمل الشكلية بدورها إضافة إلى حماية الأطراف حماية حقوق الغير كذلك، باعتبار أن هذا الأخير تتأثر مصالحه بمصير العقد المبرم، على سبيل المثال نذكر عقد الهبة الذي يعد من التصرفات الخطيرة لكونه يسفر عن خروج مال الواهب دون أي عوض، وهذا ما يستدعي ضرورة التروي في نقل ملكية أمواله المنقولة أو العقارية وهذا لأخذ بعين الاعتبار الأضرار الممكن حدوثها مستقبلا، ولضمان حقوق الأطراف تكفل المشرع بتقييم صلاحية عقد الهبة وضرورته بالنسبة للأطراف المعنية بتوجيهه إلى القالب الشكلي الذي يشترطه القانون حتى يكون صحيحا وجديا وسليما من ناحية التعبير عن الإرادة.<sup>4</sup>

فتقييد العقود وقت إبرامها بركن الشكلية يعمل على كشف نوايا الأطراف المتعاقدة وحقيقة الإرادة الصادرة عنهم، حيث أن اعتماد الكتابة في توثيق تصرفاتهم يوضح نوايا المتعاقدين، بالنظر إلى أهمية التوثيق في

<sup>1</sup> أكو فاتح حه رهش، الشكلية في العقود"-دراسة تحليلية مقارنة، ال مكنب الجامعي الحديث، العراق، 2016، ص ص82-83.

<sup>2</sup> مقني بن عامر، الأحكام القانونية المتعلقة بصحة وبطالان المحررات التوثيقية-دراسة في القانون الجزائري، در هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص46.

<sup>3</sup> أكو فاتح حه رهش، المرجع السابق، ص83.

<sup>4</sup> ديش تورية، دور الموثق في تجسيد الشكلية كآلية لضمان التصرفات العقارية-دراسة مقارنة-، مجلة العلوم آفاق المعارف، جامعة عمار ثليجي بالأغواط، الجزائر، المجلد الثاني، العدد الأول، جوان 2022، ص496.

## الفصل الأول: مرحلة تكوين العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

ضمان فعالية مضمون العقد بما يشمله من التزامات بالتنفيذ هذه الأخيرة على أكمل وجه حتى إذا رفض أو تماطل الأطراف يكون العقد المحرر بالكتابة الرسمية بمثابة وسيلة للتنفيذ الجبري لما يتمتع به التوثيق من ضمانات قانونية، تكفل تحقيق الطمأنينة التامة على الحقوق مما يحقق استقرار المعاملات، كذلك يعمل على شل حركة كل وسيلة من وسائل الحيل والخداع، فالشكلية وسيلة تحقق سلامة رضا الأطراف، والتوثيق قد يرفع ويدفع الشك والارتياب بين المتعاملين وخلفائهم، قد يشتبه على المتعاملين أو على ورثتهما إذا تطاول الزمان في مقدار الأجل أو الثمن أو في بعض الشروط، فقد يقعان في النزاع والمخاصمة من غير قصد لإبطال حق كل واحد منهما، فإذا تم توثيق للعقود ورجعا إليه فلا يبقى بعد ذلك شك ولا ارتياب، كون الشكلية تساهم في الحد من ظاهرة بطلان العقود وفسادها.<sup>1</sup>

كما تعتبر الشكلية وسيلة لحماية المتصرف من خلال ضمان التطابق بين التعبير عن الإرادة والإرادة الحقيقية للمتصرف، فالإرادة هي ظاهرة نفسية تكمن في شخص المتعاقد ولا ترتب أي أثر قانوني إلا إذا ظهرت إلى أرض الواقع بمظهرها المادي الملموس والواضح من قبل من وجه إليه الإيجاب، والتعبير عن الإرادة هي الوسيلة التي يستطيع بها الشخص من إيصال رغبته ومراده بصورة جازمة في إبرام التصرفات القانونية إلى الطرف الآخر، بحيث يتمكن من فهمه، ومن ثم بناء رده في ضوئه ولذلك يفترض في التعبير أن تكون مطابقة للإرادة.<sup>2</sup>

أيضا تحقق الشكلية مصلحة الغير من خلال توفير المعلومات حتى يتمكن من معرفة كل ما يتعلق بالعقد المبرم كونه مرتبط بمصلحة من مصالحه، ويتم ذلك عن طريق إجراءات التسجيل والشهر والإعلان وبذلك تؤدي الشكلية إلى حماية حقوق الغير من جميع أصناف الغش والتحايل.<sup>3</sup>

كذلك للشكلية دور في استقرار المعاملات وتحقيق العدالة عن طريق فرض الشكلية المؤدية من حيث النتيجة إلى استقرار المعاملات وتحقيق العدالة، أو بعبارة أكثر دقة أنه بمثابة الوسيلة المؤدية إلى ذلك، ففرض الشكلية يحول في كثير من الأحيان دون وقوع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين الأفراد كنتيجة لدخولهم في

<sup>1</sup> مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 47.

<sup>2</sup> أكو فاتح حمه رهش، المرجع السابق، ص 85.

<sup>3</sup> مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 50.

## الفصل الأول: مرحلة تكوين العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

عملية التعاقد أو على أقل يؤدي إلى تقليل تلك المنازعات والتخفيف منها، وذلك لأن الشكل يضمن تطابق التعبير مع الإرادة الحقيقية للمتعاقد ويضمن حرية تلك الإرادة في إبرام التصرف القانوني<sup>1</sup>. كذلك تحمي أطراف التصرف حيث يعتبر التصرف الرسمي ترجمة صادقة على إرادة المتعاقدين، وإن كان مقيدا باحترام القواعد القانونية، فهذا من شأنه أن يقلل من النزاعات ويخفف من شدتها ويجعلهم يشعرون بالطمأنينة والأمان، باعتباره يؤدي إلى تطابق التعبير مع الإرادة الحقيقية للمتعاقد، كما أنهلا يكفل حرية هذه الإرادة في إبرام التصرف ويعتبر وسيلة إثبات مهمة مسبقة، فهذه الأعراس تجعل كل متعاقد على علم ودراية كاملة بما له وما عليه من حقوق والتزامات ثابتة، لا يرقى إليها الشك في أغلب الأحيان وهذا ما يؤدي إلى الاستقرار، فالشكل يحمي المتصرف من التسرع في اتخاذ قراره، ويدعو إلى التمعن والروية والتفكير في ماهية التصرف الذي يقدم عليه ومدى خطورته، ولا يقوم بإبرام التصرف إلا بعد أن يكون قد أدرك ما سيترتب عليه، فضلا على أن الشكل يكفل تحديد مضمون التصرف القانوني بصورة أدق وأفضل من التصرف الرضائي، كما أن الرسمية حجة على كل من المتعاقدين، وتضع بين يدي الطرفين سندا قابلا للتنفيذ<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: الشكلية كشرط لإثبات العقود التقليدية:

إن كتابة المعاملات والحقوق تمنع منذ نشأة الحق حدوث النزاع والخصام بين الأطراف، لأن الكتابة دليل مهياً سلفاً وإن حدث نزاع معين بينهم فإن هذه المحررات كفيلا بمعرفة حقيقة التصرف ومضمونه وبحقيقة التزامات أطرافه المتبادلة، ولا شك أن وثيقة العقد وسيلة مساعدة للقاضي وضمان قوي لسلامة النظر في النزاع وسلامة الحكم، نظراً لكون المقدمات في أي معاملة مؤثرة على النتائج، فالشكلية تساهم في توقي النزاعات المستقبلية<sup>3</sup>.

حيث تكون الشكلية بمثابة حصن أو وعاء للتصرف يحتوي جميع العناصر الضرورية للعقد ومضمونه، وبالتالي تعطي لمن تعاقد مع المتصرف التصدي لجميع الاعتراضات مادام العقد قد تم أمام موظف عام

<sup>1</sup> أكو فاتح حمه رهش، المرجع السابق، ص 83-84.

<sup>2</sup> ديش تورية، المرجع السابق، ص 496.

<sup>3</sup> مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 50.

## الفصل الأول: مرحلة تكوين العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

مختص في الكتابة الرسمية، وذلك عندما يقوم الموظف بتحرير العقد أو تثبيت ما أدلى به المتعاقدان، فإنها تكون بمثابة محرر رسمي الذي لا يجوز الطعن فيه إلا بالتزوير<sup>1</sup>.

كذلك تظهر نمصالح الدولة من إقرار الشكلية في توفر السلم القانوني من خلال الإنقاص من حجم وحدة المنازعات الناشئة بين أطراف العقد، زيادة على ذلك تساهم الإجراءات الشكلية في توفير مبالغ مالية للدولة جراء فرض رسوم خاصة بتوثيق العقود وتسجيلها وشهرها وقيدها، فنظام توثيق العقود يعد وسيلة من الوسائل السياسية والاقتصادية والاجتماعية والمالية للدولة<sup>2</sup>.

إن تقرير الشكل الرسمي على المعاملات العقارية يؤدي إلى استئاب الأمن، الذي يعتبر الركيزة التي يقوم عليها المجتمع سواء اجتماعيا أو اقتصاديا أو قانونيا، إن من شأن الشكل الرسمي تحقيق إرادات للخرينة العمومية، لنها خاضعة لإجراء التسجيل والشهر مقابل حقوق مالية تصب في الخرينة العمومية، فإن حدثت هذه التصرفات في شكل عرفي أو عن طريق التراضي، فإنه يؤدي إلى التهرب من دفع حقوق الخرينة، بالتالي الشكل الرسمي من شأنه أن يساعد على التحصيل ويزيد الدخل القومي، حتى تتمكن الدولة من بسط رقابتها على السوق العقارية، والتدخل للتقليل من المضاربات غير المشروعة<sup>3</sup>.

### المطلب الثاني: خصوصية الشكلية في العقود الإلكترونية

إن التطور التقني لوسائل الاتصال الحديثة وتقنيات المعلومات أتاح التعامل بنوع جديد من الدعامات، وخلق نوعا جديدا من الكتابة والتوقيع اللذين أصبحا يتمان إلكترونيا، حيث يتم تبادل رسائل البيانات وإبرام العقود عبر شبكات اتصالات، وتحميلها على دعامات غير ورقية داخل أجهزة الكمبيوتر وخارجها مصحوبة بتوقيع إلكتروني لصاحب الرسالة عن طريق التشفير، مما جعل الكتابة الخطية بصورتها التقليدية ليست هي الوسيلة الوحيدة في الإثبات بل أصبح يعتد أيضا بالكتابات التي تكون على دعامات غير ورقية ما دامت هذه التقنيات تسمح بحفظ الكتابة وقراءتها، وهذا ما كرسه المشرع الجزائري من خلال تعديل قواعد الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني، من خلال القانون رقم 05-10<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> أكو فاتح حه رهش، المرجع السابق، ص88.

<sup>2</sup> مقني بن عمار، المرجع السابق، ص50.

<sup>3</sup> ديش تورية، المرجع السابق، ص496.

<sup>4</sup> برني ندير، العقد الإلكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، الدفعة الرابعة عشر، ص54.

## الفصل الأول: مرحلة تكوين العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

### الفرع الأول: الإثبات في العقود الإلكترونية:

إن للإثبات أهمية قصوى في كافة الأنظمة القانونية باعتبار أولى الخطوات لحماية الحق خاصة أن الإثبات الخطي الذي يركز على كتابة موضوعة على دعامة مادية تتمثل في محور ورقي مختوم بتوقيع صاحبه إلا أنه ونتيجة لإمكانية إنشاء الحقوق وإبرام الالتزامات والعقود بوسائل الإلكترونية، تبعاً لما توفره من السرعة والسهولة في الإبرام، أدى إلى تغيير مفهوم الإثبات والاستغناء عن غالب الأحيان عن الكتابة الورقية.<sup>1</sup>

أولاً: الكتابة:

سيتم في هذا الصدد إلى تعريف الكتابة وما المقصود بها؟

#### 1- تعريف الكتابة الإلكترونية:

عرف المشرع المصري الكتابة في قانون التوقيع الإلكتروني "كل حرف أو أرقام أو رموز أو أية علامات آخر وثبتت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أية وسيلة آخر ومشابهة تعطي دلالة قابلة للإدراك"<sup>2</sup>. وبدوره المشرع الفرنسي عرف الكتابة الإلكترونية في المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي المعدل بالقانون 2000/230 والتي تنص على "ينتج الإثبات الكتابي أو الإثبات الخطي، عن كل تدوين للحروف والصفات أو العملات أو رموز الأخرى ذات الدلالة التعبيرية الواضحة أي تكن عامتها أو طريق نقلها"<sup>3</sup>. إن المشرع الفرنسي لم يفرق بين أنواع الدعامات التي تتم عليها الكتابة، فجعل هذا المعنى ينصرف إلى الكتابة اليدوية والكتابة الإلكترونية والمهم أن تحقق الكتابة التعبير الدال والواضح والمفهوم. أما المشرع الجزائري وبموجب تعديل القانون المدني لسنة 2005 عرف الكتابة عامة دون الكتابة الإلكترونية نص المادة 323 مكر ر نصت على: "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها"<sup>4</sup>. بفهم من عبارة "مهما كانت الوسيلة تضمنها" إن المشرع يعتد لإثبات التصرفات القانونية بأي دعامة كانت الكتابة سواء كانت الورق أو على القرص المضغوط أو على القرص المرن، ويتسع المفهوم إلى كل دعائم التي يمكن أن تفرز من التطورات التكنولوجية في المستقبل أي اعتراف المشرع بالدعامة الإلكترونية، وبفهم

<sup>1</sup> حمودي محمد ناصر، الأردن، "عقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت-دراسة مقارنة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009، ص266.

<sup>2</sup> المادة 1 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري، المرجع السابق.

<sup>3</sup> إلياس ناصيف، العقود الدولية-العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص207.

<sup>4</sup> الأمر 05-10، المرجع السابق.

## الفصل الأول: مرحلة تكوين العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

من عبارة "كذا طرق إرسالها" إن المشرع يعتد في تعريف الكتابة بأية وسيلة من وسائل نقلها، التي تكون عن طريق اليد والتي تكون منقولة على شبكات الاتصال المختلفة<sup>1</sup>.

### ثانيا: التوقيع الإلكتروني:

نص المشرع في المادة 327 فقرة 2 على أنه: "ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه" وبذلك يكون المشرع الجزائري قد سوى في الحجية بين التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني، وهو ما يسمى بالتعادل الوظيفي بين التوقيع الإلكتروني والعادي، ويمكن أن يقوم بذات المصادر التي يقوم بها التوقيع الخطي من حيث تحديد الهوية وصاحبه وإقراره بمضمون التعامل المستخدم في التوقيع. وبذلك فإن التوقيع الإلكتروني يجب أن يكون مفرزا، أي يرتبط مع صاحب التوقيع، وأن هذا التوقيع يحدد صاحبه والتعرف عليه، ولا بد أن يتسم بالسرية التامة، ويجب أن يكون على صلة وثيقة بالمعلومات الواردة في الرسالة، ويكشف حصول أي تغيير في المعلومات.

كما أن التوقيع الإلكتروني يقوم على دعائم تتمثل في: الموقع على السند الإلكتروني، وأن يكون شخصا طبيعيا يحوز بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني، وكذا رسالة البيانات، وهي كل البيانات التي تم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية، وأخيرا شهادة التصديق الإلكتروني، وهي الوثيقة التي تثبت الصلة بين البيانات للتحقق من التوقيع الإلكتروني والموقع تمنح من الموثوق مؤدي خدمات التصديق، وهذا حسب المادة 2 من القانون رقم 15-04.

وتمنح هذه الشهادة للموقع دون سواه، وتتضمن أنها أداة شهادة تصديق إلكترونية وتحدد هوية الطرف الثالث (الموثوق) وهو ما يسمى، مزود خدمات التصديق الإلكتروني<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: إشكالات الإثبات في العقود الإلكترونية

لم تكن تثار مسألة تنازع أدلة الإثبات قبل تعديل القانون المدني بموجب الأمر 05-10، الذي اعترف بموجبه المشرع بحجية الكتابة في الشكل الإلكتروني في إثبات العقود والتصرفات القانونية التي توازي في قيمتها القانونية حجية الكتابة الورقية، وذلك لسبب بسيط هو أن قانون الإثبات لم يكن يعترف قبل هذا التاريخ إلا بالكتابة التي تكون على دعامة ورقية أو مادية.

<sup>1</sup> مناني فرج، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 172.

<sup>2</sup> علاء محمد نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني-دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005، ص 24.

## الفصل الأول: مرحلة تكوين العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

وبالتالي لم يكن من الممكن تصور حدوث تنازع بين أدلة الإثبات الكتابية فيما بينها، فكل منها قوتها الثبوتية ودرجتها المحددة قانوناً، فكانت المحررات الرسمية الأقوى ثم الكتابة العرفية المعدة للإثبات فالمحررات العرفية غير المعدة للإثبات.

لكن وبظهور الوسائط التقنية الجديدة التي تختلف في طبيعتها عن الوثائق الكتابية، وتوازيها في نفس الوقت في قوتها الثبوتية أصبح من الممكن حدوث التنازع فيما بينها، وبات الأمر ضرورياً بالنسبة للمشرع الفصل في هذا التنازع، فلو وقع نزاع حول تنفيذ عقد أو تصرف قانوني ما سواء كان مبرماً بطريقة تقليدية وتمسك أحد الأطراف بالوثيقة الورقية بينما تمسك الآخر بالوثيقة الإلكترونية المعدة للإثبات فأي الدليلين يرجح القاضي؟

لم يتطرق المشرع لمسألة تنازع أدلة الإثبات عندما قام بتعديل القانون المدني وأدخل الكتابة في الشكل الإلكتروني كدليل إثبات، وهذا عكس القانون الفرنسي الذي عالج هذه النقطة بمناسبة تعديله للقانون المدني بموجب القانون 230-2000 المؤرخ في 13 مارس 2000 المتعلق بإصلاح قانون الإثبات لتكنولوجيات المعلومات والتوقيع الإلكتروني، وتحديداً في المادة 1316-2 التي تنص على أنه: "عندما لا ينص القانون على قواعد مخالفة أو عندما لا يكون هناك اتفاق متكافئ في إثبات الالتزامات والحقوق بين الأطراف يبت القاضي في النزاعات القائمة حول الإثبات بالكتابة عبر تحديد السند الأكثر مصداقية، أي كانت دعامته، وذلك عن طريق استخدام كافة الطرق المتوفرة لديه".<sup>1</sup>

وما يمكن ملاحظته حول هذا الحل التشريعي الذي اعتمده المشرع الفرنسي أنه:

- أعطى للقاضي سلطتين، الولى صلاحية البت بالنزاعات القائمة حول وسائل الإثبات وتحديد السند الأكثر مصداقية، والثانية هي سلطة تقديرية واسعة في عملية التجديد، فهو الذي يرجح بواسطة إثبات دون أخرى، بمعزل عن الدعامة ورقية كانت أو إلكترونية، وذلك باستخدام الطرق المتوفرة لديه.
- إمكانية وضع اتفاقات بين المتعاقدين تخالف قواعد الإثبات الموجهة للقاضي، وبالتالي الاعتراف بأن هذه القواعد يمكن الاتفاق على خلافها.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> L'article 1316-2 stipule que "Lorsque la loi n'a pas fixe d'autres principes et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérales en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable qu'il en soit le support.

<sup>2</sup> سامي بديع منصور، الإثبات الإلكتروني في القانون اللبناني معاناة قاض، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والإقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بيروت العربية، الجزء الأول، الجديد في التقنيات المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 2004، ص 360.

## الفصل الأول: مرحلة تكوين العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

وهذه القواعد التي جاء بها القانون الفرنسي يمكن الاستعانة بها في الجزائر كونها لا تخرج عن القواعد العامة المتعلقة بالإثبات، فالقاضي الجزائري في غياب النص الذي يفصل في تنازل أدلة الإثبات بإمكانه استعمال سلطته التقديرية لترجيح أحد الأدلة على غيرها، كما في حالة ما إذا عرض عليه محرران عرفيان ورقيان، إلا إذا اتفق طرف العقد على ترجيح إحدى الوثائق على الأخرى، كأن يتفقا على ترجيح وثيقة إلكترونية على الوثيقة الخطية، وهذا الاتفاق جائز لأن قواعد الإثبات الموضوعية ليستمن النظام العام<sup>1</sup>، وفي هذا يقول الأستاذ يحي بكوش: "تبقى القواعد الموضوعية الخاصة بالإثبات التي تمس بالحقوق الخاصة خاضعة لإرادة الخصوم يتصرفون فيها طبقا لرغباتهم."<sup>1</sup>

وفي واقع الأمر فإنه يصعب على القاضي ترجيح الوثيقة الإلكترونية على الوثيقة الورقية لسببين: أولهما نفسي، فالقاضي الذي تعود على الوسائل الورقية والتوقيع باليد في إثبات العقود والتصرفات، سيكون منحازا عفويا إلى الوسيلة التي تعودها، فيكون في الأمر قرينة هي ترجيح المستند الورقي حتى إثبات العكس، وقد يصعب أخذ القاضي به للسبب نفسه.

ثانيهما واقعي، هو أن معرفة القاضي متصلة بالقانون وليس بالآلة أو بالتقنية، وهي متميزة وفي غاية الدقة في هذا المجال المتطور، مما سيلغي واقع التوازن الوظيفي بين الوسائل الإلكترونية والتقليدية في الإثبات، التي أقرها المشرع في المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي-دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة-، الطبعة الثانية، المؤسسة الوطنية للكتاب، ص 52 و ما يليها .

<sup>2</sup> سامي بديع منصور، مرجع سابق، ص 367

## الفصل الأول: مرحلة تكوين العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

### خلاصة الفصل:

من خلال ما سبق تناوله في هذا الفصل حول التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني وكخلاصة لما تم التطرق له من خلال المبحثين، نورد النتائج التالية:

يعتبر الرضا ركن أساسي من القواعد العامة للعقد في نظرية الالتزام، ويتحقق التراضي في التعاقد أيًا كانت صفته تقليديًا أو إلكترونيًا بتوافق إرادتين متطابقتين، يُعبر عنهما وفقًا للقانون، ولما كان الرضا ركنًا أساسيًا في العقد فهو لا يتجسد إلا بالتعبير عنه.

بفضل تقنيات الاتصال الحديثة المعتمدة في إبرام التعاقدات الإلكترونية القائمة في ظل البيئة الرقمية، فقد عملت هذه الأخيرة على توفير للمتعاقدين إمكانية التعبير عن إرادتهما المكونة لمعاقد عن طريق ما يُسمى بنظام التبادل الإلكتروني للبيانات، والذي يكون بواسطة إحدى تقنيات الاتصال المعتمدة في هذا الغرض، بحيث يترتب عن ذلك توافر إرادة أولى تُسمى بالإيجاب، والتي دأب المشرع الجزائري إلى اعتماد الشكلية كركن من أركان قيام العقد في أهم العقود سواء كانت مدنية أو تجارية أو غيرها، وهذا إن دل فيدل على مكانة الشكلية في العقود، وهذا راجع إلى دورها الفعال في حماية الإرادة من مختلف وسائل الاحتيال والنصب والاستغلال العاطفي، وهذا ما يحقق استقرار عقدي.

## الفصل الثاني

مرحلة تنفيذ العقد بين العقود التقليدية

والإلكترونية

## الفصل الثاني: مرحلة تنفيذ العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

### تمهيد:

تعد مرحلة تنفيذ العقد التقليدي والإلكتروني من أكثر المراحل تأثراً بطبيعة هذا العقد والأصل هو أن يتم بصورة اختيارية، ولكن قد لا يتم على هذه الصورة كلياً أو جزئياً لسبب من الأسباب فيكون عندئذٍ لطرف العقد صاحب العلاقة حق إعمال القوة الملزمة للعقد لإرغام الطرف المتقاعس عن التنفيذ على تنفيذ الالتزامات، وهذا ما يتطلب تدخل السلطات العامة لإجبار المتعاقد على تنفيذ كما هو الأمر في سائر العقود، وفقاً للأصول القانونية المتعلقة بالتنفيذ الجبري.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> حكيم يامنة، النظام القانوني للعقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الشعبة الحقوق، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، السنة الجامعية 2018/2019، ص49.

## الفصل الثاني: مرحلة تنفيذ العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

### المبحث الأول: القوة الملزمة للعقد عامل مشترك بين العقود التقليدية والإلكترونية

يستند مبدأ القوة الملزمة للعقد على اعتبارات وأسس تتعدد مشاربها وفقا لتطور المراحل التي مرت بها العلاقات القانونية للفرد، منها ما يعود إلى الإرادة الحرة للأطراف المتعاقدة في ظل سيادة ازدهار مبدأ سلطان الإرادة على العلاقات القانونية، لاسيما التعاقدية منها. كما يستمد العقد قوته من القواعد الدينية الخلقية أو الاجتماعية الاقتصادية السائدة في المجتمع. إلى جانب ذلك، يجد العقد قوته الملزمة في القانون والقضاء.<sup>1</sup>

### المطلب الأول: تنفيذ العقد مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

إذا نشأ العقد صحيحا واستكمل القاضي عمليتي التفسير في حالة الغموض والتكييف تحددت الالتزامات وتولدت للعقد قوته الإلزامية، ومن ثم وجب على المتعاقدين والقاضي على حد سواء التقيد به وتنفيذه في جميع ما اشتمل عليه.<sup>2</sup>

لقد ظهرت هذه القاعدة نتيجة لسيطرة مبدأ سلطان الإرادة على قانون العقود الكلاسيكي، فقد وصفت أغلب التشريعات العقد بأنه شريعة المتعاقدين، "... فمن خلال مبدأ القوة الملزمة للعقد المنصوص عليه في المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي نستخلص ثلاثة نتائج رئيسية هي: العقد لا يمكن أن يتم نقضه بالإرادة المنفردة، ولا يمكن للقاضي أن يعدله، ويجب أن يُنفذ بحسن نية...".<sup>3</sup>

كما جاء في المادة 106 من القانون لمدني الجزائري: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون".

ونص أيضا في المادة 107 الفقرة الأولى من القانون ذاته على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية...".

وقد أقر المشرع الجزائري إلزامية تنفيذ العقد من حيث ما يتضمنه وما يستلزمه، بواسطة قواعد أمره في المادة 107 من القانون المدني الفقرة الأولى والثانية<sup>4</sup>، والتي نصت على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل

<sup>1</sup> علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها-دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2007/2008، ص21.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد-نظرية الالتزام بوجه عام-مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط3، 1983، ص697.

<sup>3</sup> علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص12.

<sup>4</sup> الأمر رقم 75-58، المرجع السابق، ص995.

## الفصل الثاني: مرحلة تنفيذ العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

عليه وبحسن نية. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام...".

وفي هذا الشأن أضاف القضاء الفرنسي عدة التزامات إلى نطاق العقد، تُستخلص من طبيعته أهمها الالتزام بحسن نية والالتزام بالضمان والالتزام بالسلامة.<sup>1</sup>

### المطلب الثاني: حسن النية في تنفيذ العقد

يقصد بتنفيذ العقود قيام المتعاقدين بالوفاء بالالتزامات التي تم الاتفاق عليها وبحكم التنفيذ قاعدة هامة "العقد شريعة المتعاقدين" ومقتضى هذه القاعدة، أنه يجب تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه، المادة (106 ق.م) "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله، إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون" ويفيد هذا المبدأ أمرين لا يجوز للمتعاقد نقض أو تعديل العقد من جهة، والثاني هو ملزم بتنفيذه<sup>2</sup>.

إن القاضي بعد أن ينتهي من تفسير العقد وتحديد نطاقه يلزم المتعاقدين بتنفيذ جميع ما تم الاتفاق عليه في هذا العقد، ويطبق القاضي العقد كما لو كان يطبق القانون، ذلك أن العقد يقوم مقام القانون بالنسبة للمتعاقدين حيث ينظم العلاقة بينهما، ومن حق كل متعاقد أن يمسك بما ورد في العقد حرفيا، ولا يحق لأي طرف أن ينقض العقد أو يعدله.

ومن أهم مظاهر مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الأمانة والتعاون والثقة المشروعة، وانتفاء التعسف في استعمال الحق، وتعرض لها في الفروع التالية:

### الفرع الأول: الأمانة والتعاون:

لا يستقيم تعامل خرجت منه الأمانة، ولذلك وجدنا المشرع الجزائري قد وضع دور الأمانة في المعاملات فأشار إليها في المادة (111) "...إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهزاء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات..."، فقد جعل الأمانة ضابطا لتفسير العقود وبمقتضاها يتعين على من وجه إليه إيجاب أن يفهمه حسبما تقتضيه الأمانة في التعامل، فإذا وجد

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي، "شرح القانون المدني الجزائري"، نظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، التصرف القانوني، العقد والإدارة المنفردة"، ج1، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة 2004، ص309.

<sup>2</sup> فيلال علي، "الالتزامات، النظرية العامة للعقد"، موفم للنشر، الجزائر، 2008، ص359.

## الفصل الثاني: مرحلة تنفيذ العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

خطأ في التعبير أو غموض كان عليه أن يوجهه إلى المعنى الذي تقتضيه الأمانة، وعلى المعبر أن يعلم أن المتلقي سيأخذ هذه العبارات على ظاهرها ثقة في أمانته.<sup>1</sup>

وأن كثيرا من الالتزامات العقدية ترجع إلى فكرة الأمانة، كالالتزام بالإفشاء بالعيوب الخفية والالتزام بالأخطار عن بيان هام في العقد والالتزام بعدم المنافسة، والالتزام بالمحافظة على الأسرار العقدية.

أما التعاون يعتبر مظهرا هاما من مظاهر حسن النية في تنفيذ العقود فعلى أطراف العقد أن يتعاونوا حتى يصلا بعقدتهما إلى أفضل نتيجة ومن ثم على كل طرف أن يبسر على الآخر التزامه كعقد الشركة، الذي عرفته المادة (416 ق.م) "الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيين أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك..." وتعد نية المشاركة ركنا من أركان عقد الشركة، وعليه فإن سوء تفاهم الشركاء يؤدي إلى إنهاء الشركة، وكذلك الالتزام بالتعاون من المؤمن له وطبقا للمادة (15) من الأمر (95-07) المتعلق بالتأمينات أن يخبر المؤمن بكل المعلومات التي تهم الخطر محل التأمين، ونصت المادة (497 ق.م) كذلك "يجب على المستأجر أن يخبر فورا المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله كأن تحتاج العين إلى ترميمات مستعجلة أو يظهر عيب فيها أو وقع اغتصاب عليها أو يتعدى الغير بالتعرض أو الإضرار بها".<sup>2</sup>

كما يقتضي حسن النية التعاوني أن يقوم البائع بتمكين المشتري من حيازة الجميع حيازة هادئة لا يعكرها تعرض يعطل كل أو بعض ما يخوله له حقه على الجميع مثل التعرض الذي لا ينبغي أن يكون من البائع نفسه أو من الغير.

وهكذا يكون التعاون من مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقود حيث يلقي التزامات متبادلة على عاتق المتعاقدين، ويختلف هذا الأمر باختلاف العقود وقد قام التعاون في الشريعة الإسلامية الغراء على أسس

ثابتة<sup>3</sup>، من أهمها: "وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالنَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ"<sup>4</sup>

وقوله صلى الله عليه وسلم "الله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه"<sup>5</sup>

<sup>1</sup> عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي في القانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2010، ص451.

<sup>2</sup> علي فيلاي، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص369.

<sup>3</sup> عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مرجع سابق، ص452 وما يليها.

<sup>4</sup> سورة المائدة، الآية رقم 02.

<sup>5</sup> أخرجه مسلم وأبو داود والترمذي من حديث أبي هريرة.

## الفصل الثاني: مرحلة تنفيذ العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

### الفرع الثاني: الثقة المشروعة:

الثقة المشروعة ذلك أن أطراف العملية التعاقدية أن يكون على قدر من النقاء والنزاهة والشرف، الأمر الذي يجعل كل واحد منهم من حقه أن يثق في الآخر لما يفترضه فيه من نزاهة وشرف، إن العقود لتقوم على مصالح متعارضة الأمر الذي يجعل كل طرف يحتفظ لنفسه بما يحقق له أكبر قدر من المنفعة فإن هذا الحق تقيده قواعد العدالة وحسن النية وكما جاء في المادة (111 ق.م) السابق ذكرها، وترتبط اعتبارات الثقة بالأخلاق ارتباطا وثيقا وكلاهما يفرض على الأطراف المتعاقدة قدرا من النزاهة والشرف.<sup>1</sup>

والثقة المشروعة هي واقعة يضيف عليها القانون الحماية بغرض استقرار المعاملات وقد يكون هذا الأمر على حساب تحقيق العدالة، وتفسير الإرادة هو من عمل القاضي فهو الذي يقوم بعملية التفسير، ونظرية الثقة المشروعة هي آلية قانونية بيد القاضي لتحديد الإرادة التعاقدية وتفسيرها فالثقة تتعلق بالتعبير عن الإرادة، وكيفية فهمها من قبل المخاطب وهي مرتبطة بالإرادة الظاهرية.<sup>2</sup>

وهناك عقود تقوم على اعتبارات الثقة الشخصية البحتة التي تحول العقد من مجرد حقوق والتزامات متبادلة بين الطرفين إلى نوع من الشركة موحدة المصالح، وتلقي هذه العقود التزامات خاصة لا تتواجد في غيرها من العقود مثل: تلك التي تقوم على فكرة النيابة كعقد الوكالة، حيث طبيعة هذا العقد تفرض قدرا من الثقة والأمان بين المتعاقدين في إطار تنفيذ العقد وعند إبرامه، هذه الثقة المتولدة بسبب طبيعة العقد تنشئ الالتزام بالإفشاء بالبيانات العقدية إلى الوكيل بوصفه قد أخذ على عاتقه مهمة تمثيل مصالح موكله الذي وضع فيه ثقته.

ومن العقود التي تقوم على اعتبارات الثقة المشروعة عند إبرامها وعند تنفيذها أيضا عقد الشركة وعقد العمل.<sup>3</sup>

### الفرع الثالث: انتقاء التعسف في استعمال الحق

نظرية التعسف في استعمال الحق هو أن الحق مقيد استعماله على نحو يحول دون الإضرار بالغير أو بالمصالح العام وذلك على الرغم من أن العمل الذي يأتيه صاحب الحق يدخل في حدود مضمون حقه، فهذه النظرية تقيم التوازن بين صالح الفرد وصالح الجماعة<sup>4</sup>، ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين يعطي كل طرف من

<sup>1</sup> عبد الحلیم عبد اللطیف القونی، مرجع سابق، ص 453.

<sup>2</sup> شيراز عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، دار الدجلة، الطبعة الأولى، 1429هـ/2008م، ص 260.

<sup>3</sup> عبد الحلیم عبد اللطیف القونی، مرجع سابق، ص 456.

<sup>4</sup> شيراز عزيز سليمان، نفس المرجع، ص 248.

## الفصل الثاني: مرحلة تنفيذ العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

أطراف العقد حق التمسك بكل ما ورد في العقد حرفياً إلا أن هذا الحق ليس مطلقاً وإنما يقيد بمبدأ حسن النية التنفيذي، الذي يمنح صاحب الحق التمسك به على وجه يضر بالمتعاقدين الآخرين، وإلا اعتبر متعسفاً في استعمال حقه، ذلك أن نية الإضرار هي المعيار الذي تقوم عليه فكرة التعسف في استعمال الحق، ويستدل على هذه النية من القرائن والملابسات التي تحيط بالتصرف، كاستعمال الحق مع انتقاء المصلحة الجدية المشروعة، أو من انعدام التناسب بين المصالح التي تعود على المستعمل وبين الأضرار التي تترتب على هذا الاستعمال.

والقضاء جرى على استخلاص هذه النية من انتفاء كل مصلحة من استعمال الحق استعمالاً يلحق الضرر بالغير متى كان صاحب الحق على بينة من ذلك، وأيضاً تضيف الحكم نفسه في حالة تفاهة المصلحة التي تعود على صاحب الحق في هذه الحالة.

فإذا كان الصل في اقتضاء الحقوق أنه يجوز للدائن أن يجبر المدين بعد إعداره على تنفيذ التزامه عيناً ما كان ذلك ممكناً فإن مبدأ حسن النية قد جعل من بعض صور الاقتضاء ضرورياً من التعسف، وذلك حيث يكون في التنفيذ يعني إرهاباً للمدين المادة (107) أو عند حدوث ظروف استثنائية عامة لم يكن في وسع المدين توقعها، وأن إصرار الدائن على التنفيذ بهذه الصورة يعتبر إساءة في استعمال الحق الأمر الذي تأباه قواعد العدالة ومقتضيات حسن النية.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> عبد الحليم عبد اللطيف القوي، مرجع سابق، ص 457.

## الفصل الثاني: مرحلة تنفيذ العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

المبحث الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ القوة الملزمة للعقود التقليدية والإلكترونية

الأصل أن إرادة الأطراف هي التي تحدد مستقبل الروابط القانونية التعاقدية التي تجمعهم ولا يمكن للقاضي أن يغير من شروط وبنود الرابطة العقدية، فهو يبحث عن المقاصد الحقيقية للمتعاقدين في حالة الغموض، ولا يمكن له بأي حال من الأحوال أن يغير إرادة الأطراف بحكم أو بقرار قضائي.

غير أن مبدأ الاحترام المطلق للقوة الإلزامية للعقد أصبح يتقهقر في وقتنا الحاضر، إذ لاحظنا تدخل المشرع نفسه في بعض العقود بغرض التنظيم أو التعديل في البنود المجحفة خدمة للعدالة العقدية ولأن السلم والعدل يفرضان التعديل.<sup>1</sup>

كذلك الأمر بالنسبة للقاضي أصبح بإمكانه التدخل بحثاً عن تحقيق التوازن في الروابط العقدية، فقد حوّلت أغلب التشريعات للقاضي التدخل صراحة في العقود بسبب تغير الظروف التي أبرمت في ظلها وعدم توقع حدوثها إلى جانب حالات أخرى تستدعي المراجعة والتعديل وهو ما سوف نستعرضه في المطلبين التاليين، المطلب الأول الاستثناءات الواردة على مبدأ القوة الملزمة للعقد التقليدي، والمطلب الثاني حق العدول استثناء على القوة الملزمة للعقد الإلكتروني.

### المطلب الأول: الاستثناءات الواردة على مبدأ القوة الملزمة للعقد التقليدي

عند إبرام العقد يتخذ المتعاقدان الاحتياطات اللازمة لتنفيذه وفق ما اتفق عليه، إلا أنه يستحيل عليهما حصر وتوقع كل الأحداث والظروف المستقبلية. غير أنّ الظروف السابقة على إتمام العقد قد تتغير جذرياً أو جزئياً خاصة في العقود المستمرة أو غير المحددة المدة.

فإذا كان المبدأ يقضي أن العقد شريعة المتعاقدين فإن المشرع راعى الظروف التي قد تطرأ بعد إبرام العقد فتؤدي إلى عدم التوازن في العلاقة العقدية، لذلك أقر نظرية الظروف الطارئة وأجاز بموجبها تعديل العقد، وعليه نتناول هذه النظرية في الفقه الإسلامي أولاً، ثم في الفقه والقانون المقارن ثانياً، ثم في القانون الجزائري ثالثاً، وذلك في الفروع الموالية<sup>2</sup>.

### الفرع الأول: الاستثناءات لأسباب خارجة عن العقد:

على غرار التشريعات المعاصرة ساير المشرع الجزائري التدخل القضائي في العقود بسبب الظروف الطارئ، وذلك بإقراره إجازة تعديل الالتزامات التعاقدية من طرف القاضي، إذ نص في المادة 107 الفقرة الثالثة من

<sup>1</sup> علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص76.

<sup>2</sup> مصطفى محمد الجمال، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، ط.1999. ص10.

## الفصل الثاني: مرحلة تنفيذ العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

القانون المدني على أنه: "...غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"<sup>1</sup>.

وحسب ما ذهب إليه المشرع الجزائري بأخذه بنظرية الظروف الطارئة، إذ ليس من العدل أن ينفذ المدين التزامه وفق ما اتفق عليه مع الدائن مع وجود ظروف طرأت بعد إنشاء العقد جعلت تنفيذه مرهقا بالنسبة إليه<sup>2</sup>.

غير أن القاضي بموجب هذه النظرية لا يعني أنه يرفع الارهاق كله عن كاهل المدين ويلقي به على عاتق الدائن فهذا ليس من العدل أيضا، بل ينبغي أن يتوخى الدقة في توزيع العبء الطارئ بين المتعاقدين وأن يجري موازنة بينهما<sup>3</sup>.

كما أن المشرع الجزائري جعل أحكام هذه النظرية من النظام العام<sup>4</sup>، وذلك بعدم إجازته الاتفاق على مخالفتها بنصه في آخر المادة على: "...ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

كما أجاز المشرع الجزائري للقاضي تعديل عقد المقاولة بسبب الظرف الطارئ المتمثل في انهيار التوازن الاقتصادي للعقد بين المفاوض ورب العمل بموجب نص المادة 561 الفقرة الثالثة والأخيرة من القانون المدني كتطبيق للحد من مبدأ القوة الملزمة للعقد، والتي نصت على أنه: "...غير أنه إذا إنهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمفاوض بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد".

وبهذا يكون إقرار التدخل القضائي في إطار عقود القانون الخاص والاعتراف بالظرف الطارئ فيها يتماشى مع العدالة التعاقدية وحماية الطرف الضعيف والحد من الدور المفرط لسلطان الإرادة في العلاقات التعاقدية.

<sup>1</sup> القانون المدني الجزائري في ضوء الممارسة القضائية، المرجع السابق، ص 27.

<sup>2</sup> خليفاتي عبد الرحمان، مدى اعتماد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، سنة 1987، ص 81.

<sup>3</sup> بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، سنة 1983، ص 138.

<sup>4</sup> خليفاتي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 86.

## الفصل الثاني: مرحلة تنفيذ العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

والجدير بالملاحظة أن المشرع الجزائري أغفل أمرا مهما وهو يعترف بالتدخل القضائي في العقود. إذ نص على نظرية الظروف الطارئة في الفقرة الثالثة من المادة 107 من القانون المدني المتعلقة بتنفيذ العقد وفق المشتريات والمستلزمات بحسن نية.

إذ كان عليه أن ينص عليها مباشرة كفقرة ثانية للمادة 106 المتعلقة بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي تمثل القلب النابض للقوة الملزمة للعقد، لتكون استثناء على هذا المبدأ. فرغم تنبيه العديد من رجال القانون لهذه المسألة رغم التعديلات التي طرأت على نص القانون المدني، إلا أن المشرع الجزائري لم يستدرك هذا الأمر. وفي المقابل نص المشرع المصري على نظرية الظروف الطارئة كاستثناء عن مبدأ القوة الملزمة للعقد المكرس في الفقرة الثانية من المادة 147 من ق. م. م.<sup>1</sup>، وهو المنطق القانوني السليم.

### \* نظرية المسيرة:

من بين الاستثناءات الواردة في مبدأ سلطان الإرادة في قانون العقود نجد حالتها منح المدين أجلا للوفاء بدينه. فالأصل أنه ينفذ التزامه وفق ما اتفق عليه أو ما أقره القانون، إلا أن حالته الاقتصادية وظروفه الاستثنائية قد تحول دون ذلك. كما أن الحق لم يترك مطلقا في استعماله خشية الإخلال بالتوازنات المطلوبة في العلاقات القانونية والتعاقدية بين الأشخاص في المجتمع.

يمنح القاضي أجلا قضائي *Delai de grâce* للمدين بدين حال الأداء متى استدعت حالته ذلك فيؤجل القاضي الوفاء لأسباب خاصة بالمدين تتعلق أساسا بظروف اقتصادية واستثنائية سيئة<sup>2</sup>. ويسمى هذا الأجل القضائي بنظرة ومهلة الميسرة وهي مقررة في أغلب القوانين وقد سبقت إلى ذلك الشريعة الإسلامية بقول الله تعالى: (وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ)<sup>3</sup>.

ويقرر القاضي هذه المهلة لصالح المدين بصفة جوازية حسب سلطته التقديرية إذ نصت المادة 281 من ق. م. ج على أنه: "يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين... غير أنه يجوز للقاضي نظرا لمركز المدين، ومراعاة لحالته الاقتصادية أن يمنح آجلا ملائمة للظروف..."<sup>4</sup>. فبمنح القاضي هذا الأجل

<sup>1</sup> بوبالي محمد، الحماية القانونية للمستهلك في الجزائر، -دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، الجزائر، السنة الجامعية 2002-2003م، ص 238.

<sup>2</sup> عبد المنعم موسى، إبراهيم، حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 2006، ص 119.

<sup>3</sup> سورة البقرة، الآية 280.

<sup>4</sup> تقابلها المادة 1244 من ق. م. ف، والمادة 346 من ق. م. م.

## الفصل الثاني: مرحلة تنفيذ العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

للمدين يكون قد أخذ بيده لإسعافه إلى حين اتزان العلاقة العقدية وفي ذلك خرق آخر لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، غير أنه في صالح المدين كطرف ضعيف.

### الفرع الثاني: الاستثناءات المرتبطة بموضوع العقد (الشروط)

يملك القاضي سلطة تعديل الالتزامات العقدية إذا توفرت الأسباب التي تجعل هذا التعديل ضروريا لتحقيق العدالة، وإن اعتبر هذا التدخل خرقا للقوة الملزمة التي يمنع المساس بها فإن القاضي يعدل العقد استثناءا لإرساء التوازن العقدي، ومن بين الحالات الشائعة التي يجوز فيها للقاضي إجراء مثل هذا التعديل حالة الشروط التعسفية في عقود الإذعان وحالة الشرط الجزائي.

#### أولاً: الشرط التعسفي:

خروجاً عن إرادة المتعاقدين وحماية للطرف الضعيف في عقد الإذعان يمكن للقاضي الجزائري أن يعدل الشروط التعسفية أو يعفي الطرف المذعن منها وفقاً لنص المادة 110 من ق. م. ج والتي جعل أحكامها من النظام العام<sup>1</sup>، وقد حرص المشرع الجزائري على معالجة عقد الإذعان بحكم خاص<sup>2</sup> حماية للطرف الضعيف الذي هو المتعاقد المذعن من تعسف واحتكار الأقوياء كما هو الشأن في عقد التأمين<sup>3</sup>. فبمقتضى هذا النص يجوز للقاضي أن يعدل الشرط ويزيل ما فيه من تعسف، بل له أن يعفي الطرف المذعن منه إعفاء تاماً<sup>4</sup>. كما يتدخل القاضي المصري لتعديل الشروط التعسفية المتضمنة في عقد الإذعان أو إعفاء الطرف المذعن منها طبقاً لنص المادة 149 من ق. م. م.<sup>5</sup>

أما في فرنسا فإن الفقه يرى أنّ سبب إدراج الشروط التعسفية في عقود الإذعان يرجع إلى تحرير مشروع العقد بالإرادة المنفردة، وأنّ هذه العقود النموذجية التي اعتبرها بعض الفقه مصدراً للإذعان هي في الحقيقة مصدراً خطيراً للتعسف، أي أن المتعاقد لا يدرك آثارها الحقيقية بصورة جديّة<sup>6</sup>. ورغم النقاش الفقهي الواسع حول عقد الإذعان في فرنسا إلا أن المشرع الفرنسي لم يأت بنصوص خاصة لحماية الطرف الضعيف المذعن. لذلك يلجأ القضاء في تطبيقاته إلى أعمال القواعد العامة وتفسير العقود.

<sup>1</sup> خليفاتي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 89.

<sup>2</sup> حميد بن شنيقي، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1996، ص 40.

<sup>3</sup> جديدي معراج، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط 2000، ص 38.

<sup>4</sup> محفوظ لعشب، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتب، الجزائر، ط 1990، ص 155.

<sup>5</sup> محفوظ لعشب، المرجع السابق، (ط. 1990)، ص 162.

<sup>6</sup> محفوظ لعشب، المرجع السابق، (ط. 1990)، ص 165.

## الفصل الثاني: مرحلة تنفيذ العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

وكذا فإن سلطة القضاء غير مقيدة بحد معين في ما تقتضيه العدالة<sup>1</sup> إزالة للشروط التعسفية أو التخفيف منها خروجاً عن الالتزام بالنظر التقليدية لمبدأ الحرية التعاقدية.

وعليه فإذا تعسف الطرف القوي أو تضمن العقد لبود مجحفة ضد مصلحة الطرف الضعيف تدخل القضاء لموازنة ومساواة كفتي ميزان مصالح الأطراف.

### ثانياً: الشرط الجزائي:

الأصل أن التعويض من اختصاص لقاضي فهو الذي يقدره، إلا أنه قد يتفق بشأنه المتعاقدان ضمن شروط العقد الأصلي أو قد يدرج في اتفاق لاحق<sup>2</sup>.

كما حوّل التشريع الجزائري والمقارن للقضاء الحد من الشروط التعسفية في عقد الإذعان، وكذا سلطة التخفيض من الشرط الجزائي في العقود عامة. حيث أجازت المادة 184 من ق.م.ج<sup>3</sup> والمادة 224 ق.م.م والمادة 1152 من ق.م.ف، لقاضي الموضوع أن يخفض الشرط الجزائي إلى الحد الذي يتناسب مع مقدار الضرر الحقيقي الذي لحق بالدائن، وذلك إذا كان المدين قد نفذ بعض التعهدات التي التزم بها وتخلف عن تنفيذ بعضها الآخر، كما يجوز للقاضي أن يخفض الشرط الجزائي إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه.

يستفاد من ذلك أنه يجوز للقاضي أن يتدخل في الاتفاقات التي يبرمها الأطراف، وفي ذلك حد لمبدأ القوة الملزمة للعقد، إلا أنه في صالح المتعاقدين، وخاصة المتعاقد الضعيف.

### المطلب الثاني: حق العدول استثناء على القوة الملزمة للعقد الإلكتروني

قد تدخل المشرع حماية منه للمستهلك وقرّر بنصوص صريحة منح هذا المستهلك وفي صور كثيرة من العلاقات العقدية، الحق في نقض هذا العقد خروجاً عن القواعد القانونية التقليدية وإيرادته المنفردة، طالما أنّ الأنظمة القانونية هي التي اتجهت نحو قرص هذه الحماية<sup>4</sup>، ولذلك رخص له المشرع في هذه الحالة حق العدول عن العقد خلال مدة معينة في مرحلة تنفيذ العقد كآلية قانونية لحماية المستهلك من التعاقد الذي يتم بشيء من السرعة كما يكون المستهلك أيضاً واقعا تحت تأثير الدعاية والإعلان الذي يكون غير حقيقي

<sup>1</sup> بودالي محمد، المرجع السابق، ص 244.

<sup>2</sup> إبراهيم سيد أحمد، الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري الفرنسي، -دراسة مقارنة فقها وقضاء-، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، ط. 2003، ص 53.

<sup>3</sup> غلاق عبد القادر، المرجع السابق، ص 88.

<sup>4</sup> محمد أحمد عبد الحميد أحمد، الحماية لمدينة للمستهلك التقليدي والإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر، الطبعة الأولى، 2015، ص 361.

## الفصل الثاني: مرحلة تنفيذ العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

أحيانا ومبالغا فيه في الغالب، هذا ما يدفعنا إلى البحث عن تعريف حق العدول (الفرع الأول)، ثم إلى خصائص حق العدول (الفرع الثاني) و الطبيعة القانونية لحق العدول (الفرع الثالث)<sup>1</sup>.

### الفرع الأول: تعريف حق العدول:

عملت التشريعات الحديثة على تنظيم حق العدول كألية قانونية تهدف إلى حماية المستهلك التقليدي والإلكتروني، وعليه سنتطرق للتعريف الوارد في القوانين المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، ثم إلى القوانين المتعلقة بحماية المستهلك.

### أولاً: القوانين المتعلقة بالتجارة الإلكترونية:

نظمت التشريعات الحديثة الدولية والوطنية حق العدول، فإذا رجعنا المشرع الجزائري نجد أنه لم يعرف حق العدول بموجب القانون رقم 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية<sup>2</sup>، وذلك لعدم تنظيمه لحق العدول بصفة مباشرة وواضحة على غرار التشريعات المقارنة، بالرغم من أنه أشار إلى حق العدول في المادة 11 التي تتضمن البيانات والمعلومات التي يلتزم المورد الإلكتروني بتقديمها للمستهلك الإلكتروني ضمن عرضه التجاري الإلكتروني حيث تنص على أنه: "يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة ويجب أن يتضمن على الأقل، ولكن ليس على سبيل الحصر المعلومات الآتية: "...شروط وأجال العدول عند الاقتضاء...".

بالنسبة إلى التشريعات الدولية نجد التوجيه الأوروبي رقم 83 لسنة 2011 المتعلق بحماية المستهلكين في التعاقد عن بعد الذي ألغى التوجيه رقم 97 الصادر في 20 ماي 1997 الذي تضمن حق العدول في المادة 06 منه حيث تنص على أنه: "يملك المستهلك على كل عقد عن بعد مدة سبعة أيام عمل على الأقل للرجوع أو العدول دون جزاءات، ودون بيان السبب والمصاريف الوحيدة التي يمكن أن يتحملها المستهلك لممارسة الحق في العدول هي المصاريف المباشرة لرد البضائع"<sup>3</sup>.

أما بالنسبة للتشريع الفرنسي يعد من أول التشريعات التي نظمت حق العدول ضمن الأحكام المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية بداية بالقانون رقم 21/88 المؤرخ في 06-01-1988 بخصوص البيع عن بعد

<sup>1</sup> بسعدي نورة، "حق العدول في العقد الإلكتروني الاستهلاكي في القانون المقارن"، أطروحة للحصول على شهادة دكتوراه "ل. م. د"، في القانون الخاص، تخصص القانون المقارن للعقود وقانون الاستهلاك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، السنة الجامعية 2021/2022، ص 116.

<sup>2</sup> القانون 05-18 المؤرخ في 24 شعبان عام 1439 هـ الموافق 10 مايو 2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، الجريدة الرسمية، عدد 28، مؤرخة في 16 مايو 2018.

<sup>3</sup> المادة 06 من التوجيه الأوروبي رقم 97-09 المتعلق بحماية المستهلكين في التعاقد عن بعد.

## الفصل الثاني: مرحلة تنفيذ العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

والبيع من خلال التلفزيون، ومنح للمشتري في هذا المجال حق العدول عن العقد حيث تنص المادة الأولى على أنه: "في كل العمليات التي تتم عن بعد يحق للمشتري خلال سبعة أيام تحسب من تاريخ تسلمه الطلبية إرجاعه للبائع أو استبداله بأخر، أو رده واسترداد ثمنه دون أية جزاءات باستثناء مصاريف الرد".<sup>1</sup>

بموجب المرسوم رقم 2001-741<sup>2</sup> أقر المشرع الفرنسي حق المستهلك في العدول في مجال بيع السلع والمنتجات عن بعد وكذلك في مجال أداء الخدمات عن بعد وبموجب هذا المرسوم أضيفت إلى قانون الاستهلاك المادة 1-20-121 التي تنص على أنه: "للمستهلك خلال سبعة أيام كاملة أن يمارس حقه في العدول دون إبداء أسباب أو دفع أي جزاءات باستثناء مصاريف الرد"<sup>3</sup>

حيث نصت المادة 18-212 على أنه: "للمستهلك فترة أربعة عشر يوماً لممارسة حقه في العدول عن العقد المبرم عن بعد، بعد إجراء اتصال عبر الهاتف، دون الحاجة إلى تبرير قراره أو لتحمل التكاليف الأخرى غير تلك المنصوص عليها في المواد 23-221 و 25-221".<sup>4</sup>

أما في القانون التجارة الإلكترونية التونسي فقد نصّ على أنه للمشتري الإلكتروني الحق في الرجوع عن تعاقدته خلال مدة معينة من تاريخ تسلمه المبيع، من دون مبررات أو جزاءات باستثناء مصاريف الرد<sup>5</sup>

مما سبق التطرق إليه وبالعودة للتشريعات السابقة الذكر التي تقر حق المصلحة المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية مفادها استبدال السلعة واسترجاعها والرجوع عن العقد دون معرفة الحديثة الأسباب الداعية إلى ذلك، خلال المهلة التي تلي بعد إبرام العقد<sup>6</sup> كون هذا الحق أحد الآليات القانونية التي لجأ إليها المشرع قصد توفير الحماية الفعالة للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف في مواجهة المهني أو المحترف.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> علا فاشي، خيار العدول عن العقد ضماناً للمستهلك في المعاملات الإلكترونية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، المجلد 57، العدد 4، سنة 2020، الجزائر، ص 339.

<sup>2</sup> Ordonnance n°2001-741 du 23 août 2001 partant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation, journal officiel de la république française, 13645, du 25 août 2001. <http://www.legifrance.gouv.fr>.

<sup>3</sup> Article 121-20-1 du code de consommation Française insérée par l'ordonnance n° 2001-741 du 27/08/2001: " Le consommateur dispose d'un délai de sept jours pour exercer son droit de rétractation sans avoir à justifier de motifs ni à payer de pénalités. à l'exception, le cas échéant des frais de retour".

<sup>4</sup> Article 1-221-18: Le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour exercer son droit de rétractation d'un contrat conelu à distance, à la suite d'un démarchage téléphonique ou hors établissement, sans avoir à motiver sa decision ni à supporter d'autres coûts que ceux prévus aux articles I-221-23 à I-221-25.

<sup>5</sup> الفصل 30 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، السالف الذكر.

<sup>6</sup> هادي مسلم يونس البشكاني، "النظيم القانوني للتجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)", د. ط، دار الكتب الجديدة، دار شتات للنشر والتوزيع والبرمجيات، القاهرة، 2009، ص 334.

<sup>7</sup> محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع الإشارة لقواعد القانون الأوروبي، مجلة الحقوق البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، 2003، العدد الثاني، ص 55.

## الفصل الثاني: مرحلة تنفيذ العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

الجديدة أصبح ضرورة ملحة تستدعي المشرع الجزائري التدخل بإضافة نصوص تشريعية خاصة بحق المستهلك في العدول أو بوضع قانون مستقل ينظم هذا النوع من المعاملات لضمان حماية فعلية تكفل له إصدار إرادة حرة تتصدى لأساليب الإعلان الحديثة.

لم يكرس المشرع الجزائري هذه الآلية المهمة لحماية المستهلك الإلكتروني حتى مع صدور قانون التجارة الإلكترونية حديثاً بموجب القانون 18-05 بتاريخ 2018/05/10.

لكن نجد أن المشرع أدرج هذه الآلية بموجب القانون 18-09 المعدل والمتمم للقانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش فقد نصت الفقرة الثانية من المادة 19 منه على تعريف للعدول بقولها "العدول هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتج ما دون وجه سبب:

تجميعاً لهذه النصوص سواء المادة 19 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش أو المادتين 22 و23 من قانون التجارة الإلكترونية نخلص إلى أن المشرع الجزائري قد اقتنع أخيراً بتقرير حق المستهلك في العدول عن العقد فكرس هذا الحق بصورة مطلقة في قانون حماية المستهلك وقمع الغش وبشروط وفي حالات معينة في قانون التجارة الإلكترونية<sup>1</sup>.

### ثانياً: في قوانين حماية المستهلك:

نظمت بعض التشريعات المتعلقة بحماية المستهلك أيضاً حق العدول، وقد حاول المشرع الجزائري تكريس حق العدول من خلال المادة 13 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش<sup>2</sup> التي تنص على أنه: "يجب على كل متدخل خلال فترة الضمان المحددة، في حالة ظهور عيب بالمنتج، استبداله أو إرجاع ثمنه أو تصليح المنتج أو تعديل الخدمة على نفقته...".

من خلال هذا النص يكون المشرع قد ربط حق العدول بالعيب، وهذا في الحقيقة لا يمكن أن يصل إلى مرتبة حق العدول بشكله القانوني وتنظيمه الدقيق، وبذلك يكون قد حذا حذو المشرع المصري.

إن نجد أيضاً أنّ المشرع المصري لم يقر حق العدول صراحة حيث يربط حق المستهلك في العدول بقاعدة العيب الخفي، وعدم المطابقة المنصوص عليهما في القواعد العامة للقانون المدني، ونصّ بموجب قانون

<sup>1</sup> مليك سعاد، "الضمانات الحديثة لتنفيذ عقد البيع الإلكتروني"، مذكرة مكملة لنيل شهادة ماستر أكاديمي، تخصص قانون أعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، السنة الجامعية 2023/2022، ص38.

<sup>2</sup> القانون رقم 09-03 المؤرخ في 29 صفر عام 1430 هـ الموافق 25 فبراير سنة 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية عدد 15، مؤرخة في 08 مارس 2009.

## الفصل الثاني: مرحلة تنفيذ العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

حماية المستهلك<sup>1</sup> رقم 67 لسنة 2006 (الملغى)<sup>2</sup> في المادة 08 على أنه: "...للمستهلك خلال أربعة عشر يوماً من تسلم أية سلعة الحق في استبداله أو إعادتها مع استرداد قيمتها، وذلك إذا شاب السلعة عيب أو كانت غير مطابقة للمواصفات أو الغرض الذي تم التعاقد عليها من أجله"، وتعد هذه أول محاولة للمشرع المصري لإقرار حق العدول.

تدارك المشرع المصري قصور القانون السابق الذي لم يتضمن حق العدول بمفهومه القانوني الدقيق، حيث أقر حق العدول في قانون حماية المستهلك رقم 181 لسنة 2018 بموجب المادة 17 منه التي تنص على أنه: "للمستهلك الحق في استبدال السلعة أو إعادتها مع استرداد ثمنها، دون إبداء أي أسباب ودون تحمل أي نفقات خلال أربعة عشر يوماً من تسلمها وذلك دون الإخلال بأي ضمانات أو شروط قانونية أو اتفاقية أفضل للمستهلك، وللجهاز أن يحدد مدداً أقل بالنظر إلى طبيعة بعض السلع"<sup>3</sup>

كما نص المشرع المصري في الفصل الثالث المعنون "بالتعاقد عن بعد" من قانون حماية المستهلك بموجب المادة 40 الفقرة 01 منه على أنه: "مع عدم الإخلال بأي ضمانات أو شروط قانونية أو اتفاقية أفضل للمستهلك، يحق للمستهلك الذي يتعاقد عن بعد الرجوع في العقد خلال أربعة عشر يوماً من استلامه السلعة...".

لقد أقر المشرع المصري بهذا حق العدول للمستهلك التقليدي والمستهلك الإلكتروني من خلال قانون حماية المستهلك الجديد لسنة 2018.

أمّا المشرع الكويتي فقد نصّ بموجب قانون حماية المستهلك في المادة 10 منه على أنه: "مع عدم الإخلال بأي ضمانات أو شروط قانونية أو اتفاقية أفضل للمستهلك، وفي ما لم تحدده اللجنة من مدد أقلّ بالنظر إلى طبيعة السلعة، للمستهلك خلال أربعة عشر يوماً من تسلم سلعة الحق في استبدالها أو إعادتها مع استرداد قيمتها دون تكلفة إضافية بشرط أن تكون السلعة بنفس حالتها عند الشراء..."<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> قانون رقم 76 لسنة 2006، المتعلق بحماية المستهلك المصري، المرجع السابق.

<sup>2</sup> القانون رقم 181 لسنة 2018، يتعلق بحماية المستهلك، الصادر بتاريخ 03 محرم 1440 هـ الموافق 13 سبتمبر 2018، الجريدة الرسمية، العدد 37، تنص المادة الرابعة منه على أنه: "يلغى قانون حماية المستهلك رقم 67 لسنة 2006".

<sup>3</sup> قانون رقم 181، يتعلق بحماية المستهلك، الصادر بتاريخ 03 محرم 1440 هـ الموافق 13 سبتمبر 2018، الجريدة الرسمية، العدد 37، بتاريخ 2018/09/13.

<sup>4</sup> عبد المجيد خلف العنزي، خيار الرجوع عن التعاقد في القانون الكويتي-دراسة مقارنة-، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السادسة، العدد 2، سنة 2018، الكويت، ص 119.

## الفصل الثاني: مرحلة تنفيذ العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

في حين عرف المشرع الجزائري في القانون رقم 18-09<sup>1</sup> معدل لقانون حماية المستهلك وقمع الغش في المادة 19 منه حق العدول بأنه: "...العدول هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتج ما دون وجه سبب...".

### الفرع الثاني: خصائص الحق في العدول:

يتميز الحق في العدول عن العقد الإلكتروني بمجموعة خصائص تتمثل فيما يلي:

- يعد العدول حق تقديري ومؤقت ومجاني يعلق استعماله على إرادة المستهلك بغرض حماية رضائه.  
- مصادره محددة بالقانون والاتفاق، ويتقرر بالإرادة المنفردة للمستهلك، ودون الحاجة للجوء إلى القضاء، ودون اشتراط موافقة الطرف الآخر، بل ودون الحاجة لإثبات التعرض إلى أي وسيلة من وسائل التأثير أو الخداع.

- هو حق لا يقتصر فقط في مجال السلع والمنتجات عن بعد وإنما في مجال الخدمات كذلك<sup>2</sup>.  
- حق يلزم العقود المبرمة عن بعد، باعتبار أن المستهلك الإلكتروني في هذه المعاملات ليس لديه إمكانية التطلع على المنتج قبل إبرام العقد، بل يرى صورته على شاشة الحاسوب، أقرت له التشريعات ضمان حق العدول حتى لا يلتزم المستهلك بأية خدمة أو سلعة غير ملائمة للغرض المخصص له<sup>3</sup>.  
- حق العدول مرتبط بالنظام العام، لأن المشرع أقره صراحة وبالتالي لا يجوز التنازل عنه مسبقاً، كما يقع شرطاً باطلاً كل شرط أو اتفاق يقيد أو يحرم المستهلك من ممارسة هذا الحق قبل نشوئه، وهذا إعمالاً لتفعيل الضمانة المقررة له، إلا أنه يجوز وفق للقواعد العامة التنازل عنه بعد نشأته وذلك لعدم ممارسته خلال المدة المحددة.

- أنه يرد على العقود الملزمة للجانبين، كالبيع والإيجار دون العقود الأخرى، كالهبة والوصية والوكالة مثلاً<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> قانون رقم 18-09 مؤرخ في 25 رمضان عام 1439هـ الموافق 10 يونيو سنة 2018، يعدل ويتم القانون رقم 09-03 المؤرخ في 29 صفر عام 1430هـ الموافق 25 فبراير سنة 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية رقم 35، المؤرخة في 13 جوان 2018.

<sup>2</sup> نصيرة غزالي، العربي بن مهدي رزق الله، الحق في العدول كوسيلة قانونية لحماية المستهلك، مجلة آفاق علمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار تليجي، الأغواط، المجلد الحادي عشر، العدد الثالث، 2019، ص 302.

<sup>3</sup> إبلعيد ديهية، لعناني حكيمة، أحكام العدول عن العقد الإلكتروني، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، 2018، ص 27-28.

<sup>4</sup> سي يوسف زاهية حورية، "حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، المجلد السابع، العدد الثاني، بسكرة، 2018، ص 15.

## الفصل الثاني: مرحلة تنفيذ العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

- حق العدول رخصة تقديرية ممنوحة للمستهلك الإلكتروني، منحت التشريعات للمستهلك الإلكتروني وحده إمكانية استعمال حق العدول، لأن مدة الضمان سارية وذلك بدون ذكر أي سبب من أسباب عدوله، ودون اللجوء إلى رقابة القضاء على ذلك.

- حق العدول استثناء عن القوة الملزمة للعقد، خولته بعض التشريعات الحديثة بهدف حماية المستهلك الإلكتروني في العقود التي تبرم بالوسائل الإلكترونية، الحق في العدول بعد إبرام العقد، أي بعد صدور قبول بات من المستهلك، خلافا لمبدأ القوة الملزمة للعقد فهو قاعدة من القواعد العامة وذلك بموجب المادة 106 من القانون المدني الجزائري التي تنص على: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون"<sup>1</sup>.

- أن ممارسة حق العدول مؤقت أي مقيد بمدة زمنية معينة، المحددة قانونا أو اتفاقا، إذ ينقضي باستعماله أو بفوات المدة المحددة وذلك حفاظا على استقرار المعاملات وعلى مصالح الطرف الآخر المهني.

- أنه يتقرر بالإرادة المنفردة دون الحاجة في اللجوء إلى القضاء ودون اشتراط موافقة الطرف الآخر<sup>2</sup>.

- حق العدول عن العقد يثبت للمشتري بصورة مجانية ويبطل كل اتفاق يفرض مقابلا ماليا له<sup>3</sup>.

### الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لحق العدول:

إن تحديد الطبيعة القانونية لحق العدول يعد من أبرز المسائل القانونية التي أثارت جدلا فقهيًا نظرا لغياب التحديد القانوني لها. فهناك جانب من الفقه يرى بأن الطبيعة القانونية لحق العدول هو حق مع اختلافهم في مدى اعتباره حقا شخصيا أو عينيا (أولا)، في حين يذهب رأي آخر بأنها الرخصة (ثانيا)، ويذهب الرأي الأخير لتكييفها بأنها ح إداري محض أي العدول مكانة قانونية (ثالثا).

### أولا: العدول حق في الخيار:

توافق الفقه على اعتبار خيار العدول حقا، إلا أنه تم الاختلاف في تحديد نوع هذا الحق فنجد هناك من يرى بأنه حقا شخصيا وآخر يعتب حقا عينيا.

<sup>1</sup> إبلعيد دهمية، لعناني حكيمة، المرجع السابق، ص28.

<sup>2</sup> عبد الرحمان خلفي، "حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري(دراسة مقارنة)"، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، المجلد السابع والعشرون، 2013، ص15  
أنظر كذلك: سعدي محمد أمين، "حق العدول عن العقد كآلية لحماية المستهلك"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشلف، المجلد الخامس، العدد الثاني، 2019، ص40.

<sup>3</sup> سي يوسف زاهية حورية، حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد07، ع02، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص15-16.

## الفصل الثاني: مرحلة تنفيذ العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

### 1- الحق في العدول حق شخص:

أدرج جانب من الفقه الحق في العدول ضمن طائفة الحقوق الشخصية على أساس الرابطة التي تجمع بين أطراف العلاقة الاستهلاكية، إذا يتمثل هذا الحق في سلطة مقررة للمستهلك يواجهه من خلالها المهني، تمكنه من العدول عن العقد بإرادته المنفردة إلا أنه يؤخذ على هذا الاتجاه بأن المستهلك الذي يثبت له حق العدول، لا يملك السلطة لمواجهة المهني ولا يمكن له مناقشة هذا الحق، إذ لم يقرره المهني وما عليه إلا قبول العقد أو رفضه<sup>1</sup>.

يتميز الحق الشخصي بأنه يمثل سلطة شخص معين وهو الدائن بالحق في مطالبة المدين به بالقيام بأداء معين، فالدائن في الحق الشخصي يتعامل مع المدين ويمارس حقه في مواجهته مباشرة، أي أن جوهر الحق الشخصي يكمن في ضرورة تدخل المدين لاستفاء الدائن حقه<sup>2</sup>.

كما أن المستهلك الذي يثبت له الحق في العدول لا يملك أي سلطة في مواجهة المحترف المتعاقد معه ولا يمكنه مطالبته بأي أداء إيجابي أو سلبين له هو إما بل كل ما يخو إضاء العقد وتنفيذه أو نقضه والتحلل منه، ومن ثمة لا وجود للحق الشخصي في حق العدول<sup>3</sup>.

### 2- الحق في العدول حق عيني:

يعرف الحق العيني بأنه سلطة مباشرة يقرها القانون لشخص معين على شيء معين بالذات ويمكن الاحتجاج به في مواجهة الكافة، وهذا يعني أن للمستهلك سلطة مباشرة على شيء ما، يكون له من خلالها الحق في استغلاله والانتفاع به والاحتجاج به في مواجهة الكافة.

وهو يتوافق مع الحق في العدول الذي يقع على عين يملك صاحبها سلطة انفرادية تؤهله حيث أن المستهلك بإرادته المنفردة يتمكن من إنهاء العقد دون لإتمام العقد أو نقضه الحاجة إلى تدخل المحترف<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> أو شن حنان، صهيب ياسر محمد شاهين، "العدول بين الضمانة وقواعد حماية المستهلك الإلكتروني(دراسة مقارنة)"، مجلة الفكر للدراسات القانونية والسياسية، عدد4، الجزائر، ديسمبر2020.

<sup>2</sup> ابتسام زيغم محاسن، حق المستهلك في العدول عن العقد، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، المركز الجامعي بالحاج بوشعيب، عين تموشنت، قسم الحقوق، معهد العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، 2018/2019، ص46.

<sup>3</sup> ابتسام زيغم محاسن، مرجع سابق، ص46.

<sup>4</sup> لخضر دايجة، حق المستهلك في العدول عن التعاقد، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامع الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2017-2018، ص13.

## الفصل الثاني: مرحلة تنفيذ العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

مع ذلك فتم انتقاد هذا الرأي بأن حق العدول يتمثل في إمكانية انحلال المستهلك من العقد بإرادته تجعله لا يمتلك سلطة على المنتج الذي يستعد لاقتناؤه<sup>1</sup>.

تمثل الحقوق العينية في إمكانيات وقدرات وسلطات مباشرة يقرها القانون لشخص صاحب الحق على شيء معين، سواء كان عقارا أو منقول<sup>2</sup>.

لكن هذا الحق قد انتقد على أساس أن صاحب الحق في العدول لا يمارس سلطة على العين سواء بالتصرف أو بالاستغلال، أي أنه لا يمنح المستهلك سلطة مباشرة على الشيء إنما يمتلك إمكانية نقض عقد والتحلل منه أو إتمامه فقط<sup>3</sup>.

### ثانيا: العدول رخصة قانونية:

على عكس الآراء السابقة التي قامت بتكليف خيار العدول على أنه حقا، ظهر رأي آخر ينظر له على أنه رخصة قام بمنحها المشرع للمستهلك باعتباره طرفا ضعيفا لا يستطيع مواجهة المهني المتفوق في الخبرة الفنية، والقوة الاقتصادية، من خلاله يتمكن المستهلك من نقض العقد دون أن يقدم تبريرا عن ذلك وحتى لو أن المهني أدى التزاماته<sup>4</sup>.

الرخصة هي: أي مكانة واقعية لاستعمال حرية من الحريات العامة، أو هي إباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة<sup>5</sup>.

غير أن هذا الرأي هو كذلك لم يسلم من الانتقاد لأن الرخصة لا تمنح لشخص معين على سبيل الانفراد فتثبت لجميع الناس وتتقرر بنص تنظيمي، وهذا لا ينطبق على حق العدول بشكل خاص<sup>6</sup>.

كما لا يمكن اعتبار العدول من قبيل الرخص، رغم أن من تقرر لمصلحته يستطيع إحداث آثار قانونية ومنها أن العدول ينشأ التزام على عاتق الطرف الآخر (المحترف) بقبول القرار الذي اتخذته المستهلك بالعدول

<sup>1</sup> محمد المرسي زهرة، الحماية، المدنية للتجارة الإلكترونية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص84.

<sup>2</sup> ابتسام زيغم محاسن، مرجع سابق، ص46.

<sup>3</sup> لخضر داخجة، مرجع سابق، ص13.

<sup>4</sup> زاهية حورة سي يوسف، المرجع السابق ص17.

<sup>5</sup> عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، ط1، بيروت، لبنان، ص9.

<sup>6</sup> درماش بن عزوز، حماية المستهلك في مجال التجارة الإلكترونية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، ع2، 2011، ص384.

## الفصل الثاني: مرحلة تنفيذ العقد بين العقود التقليدية والإلكترونية

والمثول له والخضوع للآثار المترتبة عنه، دون قيام مسؤولية المستهلك عن العدول وهذا مالا نجده في الرخصة<sup>1</sup>.

### ثالثاً: العدول مكانة قانونية:

وهو الرأي الغالب، فقد ذهب إلى القول بأن خيار العدول يخول لصاحبه أكثر من رخصة وأدنى من الحق، وهو ما ينتمي إلى طائفة من الحقوق التي تم ظهورها حديثاً تسمى بالمكانة القانونية أو الحق الإرادي المحض، ومنه يعرف الفقه القانوني المكنة على أنها قدرة الشخص على إحداث آثار قانونية وعن طريق إرادته المنفردة، وذلك وفق وضع قانوني خاص<sup>2</sup>.

وباستعمال هذه المكنة يمكن له أن ينشأ رابطة قانونية أو يكتسب حقاً أو يغير حقوق أو روابط قانونية أو إنهاء علاقة قانونية موجودة.

فهي منزلة تخول لصاحبها أكثر من مجرد رخصة وأقل من الحق وتسمى بالمكنة القانونية، حيث تمكن صاحبها من إحداث أثر قانوني بمحض إرادته ويتمثل هذا الأثر في إنهاء العلاقة التعاقدية. فهذه المكانة القانونية تخول لصاحبها أكثر من الرخصة وأقل من الحق.

مهما كانت الآراء التي طرحت بشأن تحديد الطبيعة القانونية لحق العدول فإنه يعتبر وسيلة قانونية وضمانة مستحدثة لحماية المستهلك الذي تسرع في إبرام العقود دون إمكانية حقيقية لمناقشتها، نظراً للتأثير الكبير لوسائل الإعلان والإشهار التي تضغط على المستهلك من أجل التعاقد.

فخلافاً للعقود الأخرى فإن المشرع نص بصفة عامة في عقود الاستهلاك على حق العدول خروجاً عن القواعد العامة ومبدأ القوة الملزمة للعقد، حيث منح المستهلك عموماً والمستهلك الإلكتروني خصوصاً حق العدول، حتى تتاح له فرصة لاتخاذ القرار الصائب، حيث يستطيع التراجع عما تعهد به خلال المهلة المحددة قانوناً أو اتفاقاً<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> رمزي بيدا الله حجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، منشورات حلي الحقوقية، ط1، لبنان، 2016، ص 131-132.

<sup>2</sup> إبلعيد دهبية، لعناني حكيمة، مرجع سابق، ص32.

<sup>3</sup> فاطمة الزهراء رجي تبوب، حق المستهلك في العدول عن العقد الإلكتروني، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد10، ع02، جامعة بومرداس، 2019، 659.

الخاتمة

### الخاتمة

سعيًا في هذه الدراسة إلى المقارنة بين العقد التقليدي والإلكتروني من حيث تكوينه وإثباته وتنفيذه، فقد تناولنا من خلال هذه النظرة للعقود الإلكترونية مقارنة بالعقود التقليدية في البداية تحديد مرحلة تكوين العقدين، والتقليدي والإلكتروني استنادًا لما جاء في النصوص القانونية (القانون المدني الجزائري) مع تحديد خصوصية العقد الإلكتروني ونطاق إبرامه ودراسته من حيث انعقاده وإثباته وتنفيذه مقارنة بالعقد التقليدي، وتوصلنا إلى ما يلي:

### أولاً: النتائج:

- 1- إن ركن الرض في العقد الإلكتروني يخضع لنفس الأحكام الموجودة في القواعد العامة في العقود التقليدية، إلا أنه يختلف عنه في طريقة التعبير عن الإرادة، والتي تتم في بيئة رقمية إلكترونية.
- 2- بالرغم من اتفاق العقود الإلكترونية مع العقود التقليدية في أغلب القواعد، إلا أنها تتميز عنها بصورة أساسية في وسيلة الإبرام ألا وهي وسيلة إلكترونية.
- 3- تثير مشكلة الأهلية في العقود الإلكترونية عبر شبكة الانترنت صعوبة إثباتها، فضلاً عن اختلاف التشريعات بشأن أهلية الأداء أو م يقوم به القصر أو ناقصو الأهلية من إجراء عملية البيع والشراء عبر الأنترنت، الأمر الذي يتطلب عليه النزاع حول صحة العقد أو قابليته للإبطال.
- 4- تعد العقود الإلكترونية المبرمة عبر الانترنت من العقود الرضائية التي يتوجب تطابق الإرادتين لكي يتم إبرامه إبراماً صحيحاً دون الادعاء يتوافر أي عيب من عيوب الإرادة وإلا فإنه يكون عرضة للإبطال.
- 5- دور الشكالية في تحقيق جدية التعاقد من خلال ضبط الإرادة بالكشف عن نوايا المتعاقدين، والتصدي لما يفسد مضمون التعبير عن الإرادة من وسائل الاحتيال والخداع والصوربة، ما يسفر عن الارتقاء بنظرية العامة للعقود.
- 6- تشترط العقود الإلكترونية توفر ركن الشكالية الإلكترونية والتي تشتمل على الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني.
- 7- يسري مبدأ حسن النية في التنفيذ الإلزامي للعلاقة العقدية على أغلب العقود، وعليه يمكن القول بالزامية التنفيذ بحسن النية تقتضي الإخلاص والأمانة وتنطوي على واجب التعاون والثقة والاشتراك بين المتعاقدين.
- 8- حق العدول يمنح للمستهلك بعد إبرامه للعقد ويعتبر حماية له، وتحدد بمدة محدودة حتى لا يشعر هذا الأخير بالندم ويكون له قرار نهائي.

## الخاتمة

9- حق العدول يمنحه القانون للمستهلك ويوقع عليه التزامات خلال فترة قانونية.

ثانيا: المقترحات:

1- ضرورة تنظيم الأحكام الخاصة بالأهلية في العقود الإلكترونية.

2- يتعين على المشرع استحداث بعض المواد في قانون حماية المستهلك وقمع الغش التي تعالج مشكلات انعدام جزاء لإخفاء الأهلية في العقود الإلكترونية.

3- تنظيم وتحديث قواعد نظرية الإثبات من خلال إعادة ضبط طرق الإثبات بالكتابة الإلكترونية والتي تتمتع بنفس حجية ومقومات الكتابة التقليدية، وهذا تحسبا لوقوع النزاعات مستقبلا.

4- يجب على المشرع الجزائري تنظيم أحكام وضوابط وشروط ممارسة حق العدول في قانون حماية المستهلك وقمع الغش.

5- تحديد تاريخ بداية مهلة العدول وتاريخ نهايتها وحالات تمديدها سواء بالنسبة للسلع والخدمات.

# قائمة المراجع والمصادر

## قائمة المراجع والمصادر

### أولاً: الكتب:

#### أ- الكتب العامة:

- 1- إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009
- 2- أيمن سعد سليم، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط2005.
- 3- أكو فاتح حمه رهش، الشكلية في العقود"-دراسة تحليلية مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، العراق، 2016
- 4- بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، دون طبعة، دون بلد النشر، سنة 2015
- 5- بكوش يحي، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي-دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة-، الطبعة الثانية، المؤسسة الوطنية للكتاب
- 6- توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، الدار الجامعية، مصر
- 7- حسين علي دنون، النظرية العامة للالتزامات، جامعة المستنصرية، بغداد، 1976
- 8- سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2009
- 9- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد-نظرية الالتزام بوجه عام-مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط3، 1983
- 10- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة3، بيروت، لبنان
- 11- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي(دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، ط1، بيروت، لبنان
- 12- علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015.
- 13- علي فيلالي، "الالتزامات، النظرية العامة للعقد"، موفم للنشر، الجزائر، 2008
- 14- علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد"، موفم للنشر، الجزائر، ط2001
- 15- علي فيلالي، "الالتزامات النظرية العامة للعقد"، موفم للنشر، ط3، الجزائر، سنة 2013
- 16- غنيمة لحو، نظرية العقد، بيت الأفكار للنشر والتوزيع، دار البيضاء، الجزائر، د ط، 2008
- 17- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني-النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقود والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، 2012

#### ثانياً: الكتب الخاصة:

- 1- إلياس ناصيف، العقود الدولية -العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009

## قائمة المراجع والمصادر

- 2- إبراهيم سيد أحمد، الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري الفرنسي،-دراسة مقارنة فقها وقضاء-، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر. 2003
- 3- أمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الأنترنت، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، 2008
- 4- أمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الأنترنت، دار وائل للنشر والتوزيع، ط1، عمان، 2006
- 5- بسمان نواف الراشدي، عقود التجارة الإلكترونية وقواعد إبرامها، دار الفكر الجامعي، ط1، الإسكندرية، مصر، 2015م
- 6- جديدي معراج، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2000
- 7- رمزي بيذا الله حجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني(دراسة مقارنة)، منشورات حلبي الحقوقية، ط1، لبنان، 2016 .
- 8- سامي بديع منصور ، الإثبات الإلكتروني في القانون اللبناني معاناة قاض ،الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية و الإقتصادية ،أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بيروت العربية ، الجزء الأول ،الجديد في التقنيات المصرفية ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،لبنان، ط 2004 ،ص 360 .
- 9- شيراز عزيز سيمان، حسن النية في إبرام العقود، منشورات دار دجلة، ط1، عمان، الأردن، 2008م
- 10- عبد المنعم موسى، إبراهيم، حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ط2006
- 11- علاء محمد الفواعير، العقود الإلكترونية-دراسة مقارنة-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2014
- 12- عبد الحلیم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي في القانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2010
- 13- مناني فرج، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2009
- 14- محفوظ لعشب، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتب، الجزائر، ط1990
- 15- محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الانترنت-دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007م
- 16- مقني بن عامر، الأحكام القانونية المتعلقة بصحة و بطلان المحررات التوثيقية-دراسة في القانون الجزائري ، در هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014
- 17- محمد المرسي زهرة، الحماية، المدنية للتجارة الإلكترونية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008

## قائمة المراجع والمصادر

18- فادي محمد عماد الدين متوكل، عقد التجارة الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2010م

19- لزهري بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012

20- هادي مسلم يونس البشكاني، "التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)"، د. ط، دار الكتب الجديدة، دار شتات للنشر والتوزيع والبرمجيات، القاهرة، 2009

### ثالثاً: رسائل الدكتوراه ومذكرات الماجستير والماستر:

#### أ- رسائل الدكتوراه:

1- برني نذير، العقد الإلكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، الدفعة الرابعة عشر

2- بودالي محمد، الحماية القانونية للمستهلك في الجزائر،-دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، السنة الجامعية 2002-2003

3- بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية، تخصص قانون الأعمال كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2014/2015

4- جوهر يمينة، عقد البيع الإلكتروني (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012

5- حميد بن شنيبي، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1996

6- بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية، تخصص قانون الأعمال كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2014/2015

#### ب- مذكرات الماجستير:

1- آمال حابت، استغلال خدمات الانترنت، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2004

2- بولحية أمال، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، سنة 1983

3- خليفاتي عبد الرحمان، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، سنة 1987

4- عبد الحميد بادي، الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، فرع: العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 2012

## قائمة المراجع والمصادر

- 5- علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها-دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أوبكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2008/2007
- 6- مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مدرسة الدكتوراه "القانون الأساسي والعلوم السياسية"، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012/2011

### ج- مذكرات الماستر:

1- ابتسام زيغم محاسن، حق المستهلك في العدول عن العقد، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، المركز الجامعي بالحاج بوشعيب، عين تموشنت، قسم الحقوق، معهد العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، 2019/2018.

2- إبلعيد ديهية، لعناني حكيمة، أحكام العدول عن العقد الإلكتروني، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، 2018.

3- حكيم يامنة، النظام القانوني للعقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الشعبة الحقوق، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، السنة الجامعية 2019/2018

4- مليك سعاد، "الضمانات الحديثة لتنفيذ عقد البيع الإلكتروني"، مذكرة مكملة لنيل شهادة ماستر أكاديمي، تخصص قانون أعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، السنة الجامعية 2023/2022

5- معطا الله عبد الجبار. معطا الله الهاشمي، شروط الرضا في العقود الإلكترونية، مذكرة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر، معهد الحقوق، تخصص: قانون خاص معمق، المركز الجامعي-المقاوم الشيخ أمود بن مختار-، إيليزي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2023/2022

6- نجاعي أمال، موساوي لامية، التراضي في العقد الإلكتروني، مذكرة شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم : القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية 2013

7- لخضر دايدة، حق المستهلك في العدول عن التعاقد، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامع الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2018-2017

### رابعا: المحاضرات:

1- علاق لمنور، محاضرات في شرح القانون المدني الجزائري، كلية الحقوق، جامعة سطيف، 2021، ج1

### خامسا: المقالات العلمية:

## قائمة المراجع والمصادر

- 1- العربي شحط أمينة، التراضي في العقد الإلكتروني في ظل التغيرات المستجدة، مقال في مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، مج14، ع03، 2021
- 2- أسامة بن غانم العبيدي ، حجية التوزيع الإلكتروني في الإثبات، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، تصدر عن جامعة نايف العربية للعلوم المنية، الرياض، العربية السعودية، المجلد28، العدد56، سنة2008
- 3- أوشن حنان، صهيب ياسر محمد شاهين، "العدول بين الضمانة وقواعد حماية المستهلك الإلكتروني(دراسة مقارنة)"، مجلة الفكر للدراسات القانونية والسياسية، عدد4، الجزائر، ديسمبر2020
- 4- ديش تورية، دور الموثق في تجسيد الشكلية كآلية لضمان التصرفات العقارية-دراسة مقارنة-، مجلة العلوم آفاق المعارف، جامعة عمار ثلجي بالأغواط، الجزائر، المجلد الثاني، العدد الأول، جوان 2022
- 5- درماش بن عزوز، حماية المستهلك في مجال التجارة الإلكترونية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، ع2، 2011
- 6- زاهية حورية سي يوسف ، "حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، المجلد السابع، العدد الثاني، بسكرة، 2018
- 7- عبد الرحمان خلفي، "حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري(دراسة مقارنة)"، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، المجلد السابع والعشرون، 2013، ص15
- 8- فاطمة الزهراء ربحي تبوب، حق المستهلك في العدول عن العقد الإلكتروني، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد10، ع02، جامعة بومرداس، 2019
- 9- سعدي محمد أمين، "حق العدول عن العقد كآلية حماية للمستهلك"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشلف، المجلد الخامس، العدد الثاني، 2019
- 10- بالطيب محمد البشير، الطبيعة القانونية لشركة-رؤية حديثة، الطبيعة القانونية للمجتمع-رؤية جديدة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، المجلد12، عدد2، 2020
- 11- نصيرة غزالي، العربي بن مهدي رزق الله، الحق في العدول كوسيلة قانونية لحماية المستهلك، مجلة آفاق علمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثلجي، الأغواط، المجلد الحادي عشر، العدد الثالث، 2019

سادسا: النصوص القانونية:

أ- القوانين الوطنية:

## قائمة المراجع والمصادر

- 1- القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 44، مؤرخة في 26 جوان 2005
- 2- القانون رقم 09-03 المؤرخ في 29 صفر عام 1430 هـ الموافق 25 فبراير سنة 2009، المتعلق حماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية عدد 15، مؤرخة في 08 مارس 2009
- 3- قانون رقم 18-09 مؤرخ في 25 رمضان عام 1439 هـ الموافق 10 يونيو سنة 2018، يعدل ويتم القانون رقم 09-03 المؤرخ في 29 صفر عام 1430 هـ الموافق 25 فبراير سنة 2009، المتعلق حماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية رقم 35، المؤرخة في 13 جوان 2018
- 4- القانون 18-05 المؤرخ في 24 شعبان عام 1439 هـ الموافق 10 مايو 2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، الجريدة الرسمية، عدد 28، مؤرخة في 16 مايو 2018.

### ب- القوانين العربية:

- القانون رقم 181، يتعلق بحماية المستهلك، الصادر بتاريخ 03 محرم 1440 هـ الموافق 13 سبتمبر 2018، الجريدة الرسمية، العدد 37، بتاريخ 2018/09/13

### ج: القوانين الأجنبية:

- 1- L'article 1316-2 stipule que "Lorsque la loi n'a pas fixe d'autres principes et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de prevue littérales en determinant par tous moyens le titre le plus vraisemblable quell qu'en soit le support.
- 2- Ordonnance n°2001-741 du 23 août 2001 partant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consummation, journal officiel de la république français, 13645, du 25 août 2001. <http://www.legifrance.gou>.
- 3- Article 121-20-1 du code de consummation Française insérée par l'ordonnance n° 2001-741 du 27/08/2001: " Le consommateur dispose d'un délai de sept jours pour exercer son droit de rétractation sans avoir à justifier de notifs ni à payer de pénalités. à l'exception, le cas échéant des frais de retour".
- 4- Article 1-221-18: Le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour exercer son droit de rétractation d'un contrat conelu à distance, à la suite d'un démarchage téléphonique ou hots établissement, sans avoir à motiver sa decision ni à supporter d'autres coûts que ceux prévus aux articles I-221-23 à 1-221-25.

# ملخص المذكرة

## -ملخص المذكرة :

يتجلى بعد مقارنة العقدين التقليدي والإلكتروني، وتمييزهما عن بعضهما البعض من ناحية الانعقاد فلا يوجد خصوصية بالنسبة لأركان العقد إلا في التراضي، ويتميز العقد الإلكتروني عن العقد التقليدي بصور التعبير عن الإرادة، فالعقد الإلكتروني على اعتبار أن التعاقد فيه يكون بوسائل الاتصال الإلكترونية بحيث يمكن إنعقاده و إبرامه بين غائبين و حاضرين صف إلى ذلك أن العقد الإلكتروني يغلب عليه الطابع التجاري الدولي.

وبالنسبة لمبدأ إبرام العقود التقليدية والإلكترونية، فإن لأطراف المتعاقدة الحرية في التعاقد وفي اختيار شكل التعبير عن إرادتهما، غير أن هناك استثناء في إبرام العقود الإلكترونية يتمثل في الشكلية والتي يجب استيفاؤها قانونيا في انعقاد العقد، بجانب الشروط الموضوعية في تكوين العقد وصحته. وبالنسبة لمبدأ القوة الملزمة للعقد (العقد شريعة المتعاقدين) بمجرد انعقاد العقد بصفة صحيحة وجب على أطرافه أن ينفذوه وبالتالي لا يجوز لأحد المتعاقدين أن ينفرد بنقضه أو تعديل بنوده. بحيث أن حق العدول استثناء عن القوة الملزمة للعقد خولته بعض التشريعات الحديثة بهدف حماية المستهلك الإلكتروني.

## الكلمات المفتاحية:

العقود التقليدية، العقود الإلكترونية ، التراضي في العقد، سلامة الإرادة ، الإثبات، الكتابة الإلكترونية، التوقيع الإلكتروني، القوة الملزمة، حق العدول، حماية المستهلك.