جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مطبوعة بيداغوجية في مقياس:

قانون العقود

موجهة لطلبة السنة الأولى ماستر

القانون البحري والنقل

من إعداد الدكتورة:

قرطبي سهيلة

السنة الجامعية: 2022-2023

المقدمة:

يعتبر العقد الأداة القانونية التي يعتمد عليها الأفراد لتلبية مختلف حاجياتهم اليومية، إذ أنّه بالرغم من تعدد العقود إلاّ أنّها تشترك في اعتبارها اتفاق بين إرادتين على أحداث اثر قانوني معين وهو ما تضمنته المادة 54 من ق م ج التي نصت على أنّ "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما "[1].

فإذا نشأ العقد صحيحا وفقا للأركان والشروط التي يتطلبها القانون، ترتبت عليه آثار قانونية ملزمة لكلا الطرفين بحيث يصبح المتعاقدان خاضعين لقوة العقد وما يرتبه من التزامات تعاقدية ما دامت الرابطة العقدية قائمة .

يقوم العقد على مبدأ سلطان الإرادة ويعني ذلك أن للمتعاقدين الحرية المطلقة في إبرام العقود وتحديد الالتزامات التعاقدية بتضمين العقد بما شاءوا من بنود وشروط سواء تعلق الأمر بموضوع الالتزام أو كيفيات وأجال تنفيذه، على اعتبار أنه لا أحد يراعي التوازن العقدي أكثر من المتعاقد ذاته فالقاعدة الجوهرية هي حرية التعاقد، حيث لا يمكن نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب التي يقررها القانون، فالإرادة حرة في إبرام ما تشاء من العقود وتضمينها بما ترضاه من الشروط وهذا ما اخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 106 من ق م ج والتي تنص على ما يلي : " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون ".

إن المغالاة في تطبيق هذا المبدأ أدى إلى ظهور نتائج سلبية وخطيرة على استقرار المعاملات، ومن بين هذه السلبيات نجد استغلال القوى للضعيف وجعل المتعاقدين الضعفاء تحت رحمة الأقوياء، أيضا تقديم المصلحة الخاصة على المصلحة العامة وكذا تضارب المصالح احيانا بين الأفراد سعيا لتحقيق قدر اكبر من مصالحهم حتى لو كان ذلك على حساب الطرف الاخر وعلى حساب خسارة الأخير، فهذه السلبيات تؤدي إلى عدم

[1]–أمر 75–58 المؤرخ 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني ج رقم 78 مؤرخة في 30سبتمبر 1975 المعدل والمتمم .

التوازن في الأداءات التعاقدية بين الأطراف المتعاقدة، فنتج عن ذلك عدة قيود تحد من مبدأ سلطان الإرادة وردت على شكل استثناءات عن القاعدة العامة في مجال العقود المدنية خاصة، فمنها ما ورد في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة ومنها ما ورد في قوانين خاصة كتشريعات حماية المستهلك وقوانين المنافسة فهي استثناءات كلما تم التوسع فيها كلما ضاق وقل مجال إعمال مبدأ سلطان الإرادة. فنتيجة للتطورات الاقتصادية والتكنولوجية التي شهدها العالم والتي أدت إلى فرض العديد من التغيرات على المجتمع والتي مست الحياة القانونية ،ولعل أهم ما يترجم هذه التحولات تأثيرها على النظرية العامة للعقد بحيث مست بالأسس التقليدية التي كانت تبنى على أساسها العقود منذ زمن طويل.

فكلما تقدم الزمن وتطورت معه الحياة الاقتصادية والاجتماعية ظهر القصور الذي تعاني منه النظرية العامة للعقد ،الأمر الذي فرض على المشرع الجزائري مسايرة هذه التحولات من خلال سن قوانين تتلاءم مع متطلبات العصر مما جعل نظرية العقد تشهد تطورا مع التحديث الحاصل في مبادئها مما جسد فكرة تطوير العقد.

لقد جعل المشرع الجزائري من الحرية العقدية مبدأ عاما يطبق على كل العقود باعتبار أنّ الحرية العقدية أساس التعاقد، ويشكل هذا المبدأ مظهر من مظاهر مبدأ سلطان الإرادة والذي يشكل جوهر القانون المدني ورمزا من رموز التعاقد الذي يرافق العلاقة العقدية في مختلف مراحلها .

لكن هذا المبدأ ورغم قدمه اثبت قصورا في مسايرة التطورات الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية الحديثة مما جعل المشرع الجزائري يعدل هذا المبدأ بإدخال استثناءات عليه نذكر منها النظام العام، نظرية الظروف الطارئة، حماية الطرف الضعيف اقتصاديا في عقود الإذعان ،البيوع المحظورة والبيوع المقننة.

كما أنّ التحديث في مبدأ الحرية العقدية نتجت عنه العديد من المبادئ أهمها مبدأ حرية الأسعار والالتزام بالإعلام التي نص عليها المشرع الجزائري في كل من 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وكذلك القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

ولعل اكبر دليل على تراجع مبدأ سلطان الإرادة هو تراجع مبدأ الرضائية في العقود وظهور العقود الشكلية مكان العقود الرضائية.

لقد أدى التطور الهائل للتكنولوجيا الحديثة إلى تطوير كافة وسائل الاتصال، مما أدى إلى فضح القصور الذي تعاني منه النظرية العامة للعقد، ومع التطور الكبير الذي خلقه التقدم التكنولوجي ظهرت طائفة جديدة من العقود تسمى بالعقود الالكترونية التي تعتبر أهم دعامة في المعاملات الحديثة وخاصة في مجال التجارة الالكترونية لمالها من خصوصيات تميزها عن غيرها من العقود.

ولقد قام المشرع الجزائري بتطوير النظرية العامة للعقد حينما أنشأ العقد الالكتروني الذي يمكن للمتعاقدين إبرامه دون اللجوء إلى الحضور الفعلي الاكتفاء بالتعاقد الافتراضي والذي نظمه من خلال قانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية.

بناءا على ما سبق ،نتناول في هذه المطبوعة دراسة قانون العقود من حيث المبادئ التي يقوم عليها مركزين في ذلك على بعض المحاور التي تدور حولها مادة قانون العقود على ضوء التطور التشريعي الذي عرفته هذه المادة خلال السنوات الأخيرة.

للإلمام بموضوع المطبوعة قسمنا الدراسة إلى أربعة فصول على أساس أنّه يناسب أهم محاور مقياس قانون العقود.

الفصل الأول: مبدأ سلطان الإرادة والقيود الواردة علية.

الفصل الثاني: مبدأ حرية التعاقد والقيود الواردة عليه (عقد البيع نموذجا).

الفصل الثالث: مبدأ الرضائية والقيود الواردة عليه (عقد البيع الوارد على عقار نموذجا).

الفصل الرابع: النظام القانوني للعقود الالكترونية.

الفصل الأول: مبدأ سلطان الإرادة في العقود والقيود الواردة عليه

يقصد بمبدأ سلطان الإرادة أنّ الإرادة لها سلطان ذاتي ،فهي وحدها كافية لإنشاء العقد أو التصرف القانوني بوجه عام ،فهذا المبدأ هو القاعدة الأصلية في تكوين العقود في القانون الحديث (المبحث الأول) إلاّ أنّ المشرع أورد قيودا على هذا المبدأ (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مبدأ سلطان الإرادة

إن تطور مفهوم العقد يرتبط بتطور مبدأ سلطان الإرادة، لذلك ينبغي دراسة هذا المبدأ والوقوف على النتائج المترتبة عليه ونتولى ذلك خلال البحث في نشوئه وتطوره، ومعرفة نتائجه.

المطلب الأول: نشأة مبدأ سلطان الإرادة

يتكون العقد كما بيننا سالفا من اتحاد إرادتين أو أكثر وانصرافهما إلى إحداث آثار قانونية، بمعنى أن الإرادة هي التي تنشئ العقد وتحدد مضمونه وأثاره . غير أن هذا الأمر لم يستقر في النظم القانونية المعاصرة إلا بعد تطور طويل، فقد كان القانون الروماني لا يعترف للإرادة بدور كبير في إنشاء العقد، بل كانت الإجراءات الشكلية في ظل هذا القانون هي التي تنشا العقد [1] .

ولقد ظلت هذه الشكلية المقدسة مسيطرة على العقد وعلى كسب ملكية الأعيان عند الرومان لفترة طويلة من الزمن، ثم أخذت وطأتها تخف شيئا فشيئا في هذا القانون ثم في القوانين التي تأثرت به.

وقد واصل مبدأ سلطان الإرادة سيره بعد زوال الدولة الرومانية ووجد في الكنيسة خلال العصور الوسطى اكبر عون له، اذ كانت تنادي باحترام العهود والمواثيق، فقد كان الكنسي مهدا للرضائية، إذ قرر أنّ كل اتفاق يكون ملزما ولو تجرد من الشكلية،، وقد عبر احد الفقهاء في بداية القرن السابع عشر وهو الفقيه لوزايل Loysel بوضوح عن هذا

[1]–دريد محمد علي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الثانية، سنة 2012 ص 41

المبدأ بقوله (إن الابقار تقيد من قرونها، ولكن الرجال يقيدون بألسنتهم On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles .[1]

كما اعتمدت الشريعة الإسلامية مبدأ سلطان الإرادة ،ويرجع ذلك إلى ان القوة الملزمة للعقد في الشريعة تستند إلى الوفاء بالعهد الذي أوجبه القران الكريم.

ويظهر ذلك في قوله تعالى "....يا أيها الذين امنوا أوفوا بالعقود...."[2] وقوله تعالى "...وأوفوا بالعهد إنّ العهد كان مسؤولا..."[3].

وقد ازدهر هذا المبدأ في نطاق القانون المدني، وزاد ازدهاراً بعد الثورة الفرنسية وانتشار المذهب الفردي l'individualisme ووضع تقنين نابليون على أساس هذا المبدأ، غير أن المذاهب الاشتراكية بدأت تنتشر، واخذ المذهب الفردي يتقلص ظله، وأصبحت الدولة تتدخل في تنظيم الكثير من العقود وتحد من سلطان إرادة الأفراد، وتقييدها بمختلف القيود لمصلحة المجتمع .

المطلب الثاني: النتائج التي تترتب على مبدأ سلطان الإرادة

يترتب على مبدأ سلطان الإرادة جملة من النتائج القانونية أهمها :

الفرع الأول: حرية التعاقد

لعل النتيجة المنطقية الأولى التي تترتب على مبدأ سلطان الإرادة هي حرية التعاقد، ويلاحظ بأن الحرية المذكورة ترتكز على جانبين اثنين احدهما موضوعي والأخر شكلي.

ويتمثل الجاني الموضوعي في أن المتعاقدين يتمتعان بحرية تحديد مضمون العقد اذ يجوز لهما أن يدرجا في العقد ما يشاءان من الشروط والبنود، كما أن حرية الفرد في التعاقد تشمل حريته أيضا في عدم التعاقد فلا اجبار عليه أن يتدخل في رابطة عقدية لا يرغبها .

---

[1]–محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام العفد والإرادة المنفردة ،دار الهدى ا، الطبعة الرابعة، الجزائر ،2009،ص45.

[2]–الاية رقم: 01 سورة المائدة.

[3]– الاية رقم: 34 سورة الاسراء.

أما الجانب الشكلي لحرية التعاقد فانه يتمثل في تكريس مبدأ الرضائية في العقود، وبمقتضى هذا المبدأ أن العقد يتم بمجرد توافق الإرادتين دون حاجة لإتباع أي طقوس أو شكليات معينة.[1]

الفرع الثاني: ضرورة احترام العقد (القوة الملزمة للعقد)

يقضي مبدأ سلطان الإرادة بضرورة احترام العقد وتنفيذ الالتزامات التي تتمخض عنه، ذلك أن العقد ينشأ بتوافق ارادتي المتعاقدين، فيكون بمثابة القانون بالنسبة اليهما .[2] لهذا فإنهما يلتزمان بتنفيذه واحترام بنوده، ولا يجوز لأي منهما أن يقوم بتعديل العقد أو انهائه إلاّ بموجب اتفاق جديد بين الطرفين .

على أن احترام العقد لا يقتصر على المتعاقدين فقط بل أنه يمتد إلى المشرع والقاضي، إذ ينبغي لهما أن لا يتدخلا في العقد بالتعديل أو الانهاء .

الفرع الثالث: مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد

يقتضي مبدأ سلطان الإرادة أن الإرادة لا تلزم إلا صاحبها وعليه فالعقد لا ينشئ الالتزام إلا في ذمة احد المتعاقدين أو كلأهما بحيث لا يجوز أن ينشأ الالتزام في ذمة احد المتعاقدين أو كلأهما بحيث لا يجوز أن ينشأ في ذمة الغير الذي لم يكن طرفا بالعقد وهذا ما يعبر عنه بمبدأ نسبية العقد .

المبحث الثاني: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة

لم ينل أي مبدأ قانوني شهرة وشيوعا اكثر مما ناله العقد شريعة المتعاقدين فقد كانت له قدسية خاصة عند انصار مبدأ سلطان الإرادة، ولا زال هذا المبدأ يحتل مكانا مرموقا في المؤلفات القانونية إلا انه قد يفقد هذا المبدأ بمفهومه التقليدي كثيرا من أهميته وذلك بسبب القيود التي تفرض عليه حتى بدا المشرع وكأنه يشترك مع الطرفين في تنظيم العقد بما يفرضه من التزامات على المتعاقدين .

---

[1]–دريد محمود علي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق ،ص43

[2]–يقال في هذا الصدد بأن العقد يعتبر قانونا صغيرا بالنسبة للمتعاقدين le contrat est une petite loi وفي هذا الصدد تنص المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي على أنه: " الاتفاقات التي تعقد على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقديها ".، انظر دريد محمود علي، المرجع السابق، نفس الصفحة .

المطلب الأول: القيود الواردة بفعل المشرع

الواقع أنّ الإرادة جوهر العقد إلا ان وظيفتها تقتصر على مجرد الخضوع لأحكام القانون إذ يجب ان تكون مطابقة للنظام العام والآداب العامة النابعة عن المجتمع والأعراف إضافة إلى مختلف النصوص القانونية التي تجبر الشخص على التعاقد أو تمنعه.

الفرع الأول: النظام العام

يعتبر النظام والاداب العامة من المفاهيم الضرورية في المجتمعات، إلا انه يبقى صعب التعريف نظرا لمرونته ونسبيته، فهو يختلف من مجتمع إلى آخر ومن زمان إلى زمان،و تعد فكرة النظام العام فكرة قديمة ظهرت منذ القدم في القانون الروماني في صورة أخرى هي المصلحة العامة .

لقد تعددت التعاريف التي قدمها فقهاء القانون بشان مصطلح النظام العام، نذكر منها تعريف الفقيه كابتان(CAPITANT) للنظام العام بانه : "مجموعة النظم والقواعد اللازمة لسير الدولة ". ويعرفه الفقيه بارتان (BARTIN) هو "تلك المقتضيات التي لا يمكن لاتفاقات الاطراف محالفتها أو تعديلها".

كما يعرفه الفقيه زهدي يكن : هو كل ما يرتبط بمصلحة تمس النظام الاعلى للمجتمع سواء كانت هذه المصلحة سياسية (روابط القانون العام)او اجتماعية (القوانين الجزائية وما يتعلق بالاسرة والحالة المدنية والأهلية)، اواقتصادية (القواعد التي تنص على حماية الملكية والقواعد التي تجعل التنافس حرا امام الجميع،او خلقية (المعبر عنها بقواعد الاداب).[1]

اما الفقيه عبد الرزاق السنهوري فقد عرف النظام العام كمايلي : " ان القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية،ويتعلق بنظام المجتمع الاعلى، وتعلو على مصلحة الافراد ،فيجب على جميع الافراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها، ولا يجوز لهم ان يناهضوها باتفاقات

[1]–عليان عدة ،فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الاسلامي ،اطروحة دكتوراه في القانون الخاص ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة ابي بكر بلقايد ،تلمسان السنة الجامعية (2016 2017)، ص27.

فيما بينهم ،حتى ولو حققت لهم مصالح فردية، لان المصالح الفردية لا تقوم امام المصلحة العامة".[1]

فالنظام العام كان تقليدي يهدف إلى المحافظة على المبادئ السامية للمجتمع بغرض حمايته من التصرفات المهددة للأمن والآداب العامة، حيث يمنع التصرفات المخلة به[2]. اذ ان النظام العام التقليدي أو ما يسمى بالنظام العام السياسي يرتبط بمسائل تتعلق عادة بالأمن العام والسكينة العامة، ويجمع الفقه على ان مجاله يشمل ثلاثة امور رئيسية تتمثل في حماية الدولة والأسرة والآداب العامة، حيث تعد القواعد التي تتعلق بحماية الدولة والنظام فيها من النظام العام، كالقواعد المتعلقة بالهيئات العامة والسلطات في الدولة والحقوق والحريات العامة، وتعتبر هذه المسائل من قواعد القانون العام كالقانون الدستوري والعقوبات حيث تعد هذه القواعد من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها،كما تشمل قواعد النظام العام التقليدي القواعد المتعلقة بالأسرة كروابط الحالة المدنية والأهلية وكذلك بعض المعاملات المالية كالنفقة والميراث التي تعد من النظام العام ومخالفة قواعدها يرتب البطلان.[3]

إذن فالنظام العام التقليدي يعد قيدا على حرية التعاقد ولكن في نطاق ضيق جدا يتعلق أساسا بالمبادئ والأسس العليا التي يقوم عليها المجتمع دون التدخل في الشق الاقتصادي للعقد، أي أنّ أسلوب النظام العام التقليدي يقوم على منع مالا يجب القيام به من تصرفات مهددة له، وهذا ما يختلف عن النظام العام الاقتصادي الحديث الذي يقوم على تحديد ما يجب القيام به، فأصبح يحل محل المتعاقدين في تحديد مضمون العقد[4].

وما يلاحظ أنّ مفهوم النظام العام الاقتصادي هو نظام يتسم بالايجابية ويختلف عن السلبية التي يتميز بها النظام العام التقليدي ،فبدلا من تحديد ما يجب الامتناع عنه في العقد يهدف النظام العام الاقتصادي إلى تحديد ما يجب ان يتضمنه العقد.

---

[1]–فيلالي علي، الالتزامات ،النظرية العامة للعقد،موفم للنشر، الجزائر سنة 2001،ص 208.

[2]– مندي اسيا ياسمينة، النظام العام والعقود، مذكرة الماجستير، الحقوق،الجزائر، 2009، ص07 .

[3]–علي فيلالي ،المرجع السابق ،ص285.

[4]– نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج1، دار الجامعة الحديثة،الازاريطة، مصر، 2004، ص

وفي نطاق النظام العام الاقتصادي يتم التمييز بين النظام العام التوجيهي والنظام العام الحمائي[1].

ففي النظام العام التوجيهي تقوم الدولة من خلالها بفرض القواعد التي تراها ضرورية لتنظيم اقتصادها مثل القوانين التي تتدخل الدولة بمقتضاها بفرض اسعار لبعض السلع.

اما النظام العام الحمائي فغايته مختلفة بحيث تنصب قواعده على طرف من اطراف العلاقة العقدية يكون طرفا ضعيفا،مقارنة بالطرف الاخر المتمتع بقوة اقتصادية،فيضمن حد معين من الحماية لهذا المتعاقد الضعيف الذي تاثر رضاه بالقوة الاقتصادية للمتعاقد الاخر.[2]

والمثال الواضح في التشريعات الحديثة لمثل هذا النظام العام قوانين حماية المستهلك والتي تهدف إلى حماية المستهلك في مواجهة المتعاقد المحترف،كما تولت الدولة تنظيم عقد العمل من اجل حماية العامل وذلك من خلال تقييد حرية المستخدم الذي يكون في مرتبة هيمنة.

فابرز قانون رقم 90-11[3] المتعلق بعلاقات العمل ،حقوق العامل كتحديد الحد الأدنى للأجر واحترام مدة العمل والعطل الأسبوعية والسنوية.....الخ والتي لا يمكن المساس بها .كذلك تدخل المشرع في تحديد التزامات المؤمن في عقد التأمين، وفي مجال منع وتعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان[4]. وعليه فان جميع القواعد المتعلقة بالنظام العام هي قواعد أمرة لا يجوز مخالفتها، وهذا ما اخذ به المشرع الجزائري من خلال نصوص القانون المدني اين يظهر بوضوح تجسيد المشرع لمقتضيات النظام العام، حيث اشترط المشرع عدم مخالفة أركان العقد للنظام العام، فمحل العقد يجب أنّ يكون

---

[1]-مجاهدين خالد ،مفهوم النظام العام في العقد، اطروحة دكتوراه ،كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ،جامعة الحسن الثاني ،عين الشق ،الدار البيضاء ،السنة الجامعية 2004-2005،ص209.

[2]-حنان مريني ،النظام العام الاقتصادي وتأثيره على العلاقة العقدية،رسالة ماجستير،كلية الحقوق والعلوم الادارية، جامعة الجزائر2003،2004/1 ،ص26.

[3]-المؤرخ في 21 افريل1990 يتعلق بعلاقات العمل ج رع17 لسنة1990.

[4]- المرسوم التنفيذي رقم06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر2006 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية ،جرع56،سنة2006.

مشروعا وهذا مانصت عليه المادة 93 من ق.م.ج[1] ونفس الشيء بالنسبة للسبب، والذي ينبغي ان يكون بدوره مشروعا وغير مخالف للنظام العام والاداب العامة وإلا كان باطلا، وهذا ماجاء في المادة 97 من ق.م.ج[2].

الفرع الثاني: الإجبار والمنع من التعاقد كقيد وارد على حرية الإرادة

اذا كان الاصل في العقود ان الشخص حر في ان يتعاقد متى يشاء ومع من اراد، وله أيضا ان يمتنع عن التعاقد، إلا انه وبفعل التطورات الاقتصادية والاجتماعية ،و التي ادت إلى ظهور طائفة من العقود

الاجبارية، يجد الشخص نفسه مجبرا على التعاقد، وفي ذلك حد من حريته[3]. كما هو الحال في عقود التأمين، حيث تعرض قانون التأمينات الجزائري إلى التأمينات الإلزامية وذلك بالنص على حالات التامين الاجباري[4].

كما الزم كل مالك مركبة أو مستفيد بالاكتتاب بعقد تامين يغطي الاضرار التي تسببها مركبته للغير[5].

اذا كان القانون يجبر المتعاقد احيانا على التعاقد فانه في حالات اخرى يمنعه من ذلك وهذا اما نظرا لخطورة محل العقد أو لأسباب يراها ذات أهمية وبالتالي لايسمح

---

[1]– تنص المادة 93 من ق.م.ج على مايلي: " اذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الاداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا".

[2]– تنص المادة 97 من ق.م.ج على مايلي: " اذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب العامة كان العقد باطلا ".

[3]– حمدي محمد اسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدا سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي دار الفكر الجامعي للنشر، الاسكندرية، 2007، ص58.

[4]– لقد تعرض المشرع الجزائري في الأمر 95–07 المؤرخ في يناير 1995 المتعلق بالتأمينات، ج رع 13 المعدل والمتمم بالقانون 06–04 المؤرخ في 20 فيفري 2006، ج رع 15 في الكتاب الثاني من إلى التأمينات الإلزامية وكان الفصل الاول منه تحت عنوان التامينات البرية اما الفصل الثاني فتعرض إلى التأمينات البحرية والجوية وركز على أهم حالات التامين الاجباري مقيدا بذلك ارادة الاطراف في هذه الاتفاقات وهذا راجع إلى ان هذا النوع من التأمينات يحقق ضمان المصلحة الاجتماعية التي يجب ان يلتزم بها الجميع.

[5] – طبقا لنص المادة الاولى من الأمر 74–58 المؤرخ في 30 جانفي 1974 النتعلق بالزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن حوادث المرور، والمعدل والمتمم بالقانون 88–31 المؤرخ في 19 جويلية 1980، ج رع 15.

بالتعاقد في هذه الحالات كحظر البيع بالمكافأة باعتباره ممارسة تجارية غير مشروعة تحرض المستهلك على التعاقد للحصول على المال أو الخدمة، وقد يمنع المشرع فئات معينة من إبرام بعض العقود كما هو الحال بالنسبة للقضاة والمحاميين حيث يمنع عليهم شراء الحقوق المتنازع عليها اذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها[1].

المطلب الثاني: تدخل القاضي في تعديل العقد لإعادة التوازن المفقود

الاصل انه لا يجوز لغير المتعاقدين المساس بالعقد طبقا لقوته الالزامية التي يتصف بها، فلا يستطيع المتعاقد أن يتحلل من قيود العقد والالتزامات التي رتبها عليه بإرادته المنفردة مع عدم إمكانية إدخال تعديل على بنود العقد، كون العقد من وضع المتعاقدين فلا يملك احد الحق في تعديله أو الغائه إلا باتفاقهما.

ولا يجوز المنع من التدخل في العقد لتعديله أو نقضه على المتعاقدين فحسب، بل يشمل حتى القاضي، فهذا التوجه الذي تبناه المشرع يعكس مدى تأثره بمبدأ سلطان الإرادة وتقديسه لحرية التعاقد التي تعد الأصل في الشريعة العامة .

إلا أن المشرع أجاز للقاضي التدخل في العقد حماية للطرف الضعيف وإرجاعا للتوازن العقدي وذلك من خلال مرحلة تكوينه(الفرع الأول) ومرحلة تنفيذه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تكوينه

تتميز سلطة القاضي في مرحلة تكوين العقد بطبيعة وقائية ،فيحرص اطرافه على إبرامه في ظل يسمح استقراره،وذلك بما للقاضي من سلطة تسمح له بمراجعته وتعديله في حالة وجود خلل يعتريه،مما قد يؤدي إلى اضرار فادحة نتيجة لذلك ،خاصة وانه لا يمكن الاتفاق على سلب القاضي هذه السلطة لأنها من النظام العام ،ولعل أهم مظاهر تدخل القاضي لتعديل العقد في مرحلة تكوينه هي:

[1]– راجع المادة 402، 403 من ق.م.ج .

أولا: الغبن الناتج عن الاستغلال ودور القاضي في رفع اللاتوازن العقدي :

يعرف الاستغلال بأنه استفادة احد المتعاقدين من حالة الضعف التي يوجد بها المتعاقد معه استفادة تؤدي إلى عدم التعادل الفادح بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذ، ويتضح من ذلك انه في الاستغلال لا يقتصر الأمر على النظر إلى المضمون المادي للالتزامات المتعاقدين وعدم التعادل بينها، وإنما ينظر إلى الحالة النفسية للمتعاقدين، والمتمثلة في حالة الضعف التي وجد بها المتعاقد المغبون ،والتي يقابلها من ناحية المتعاقد معه استغلال لهذه الحالة المؤدية إلى النتيجة المتمثلة في الغبن، اي عدم التعادل الفادح بين التزامات الطرفين .

والقاعدة ان الاستغلال عيب في الإرادة اما الغبن فهو عيب في العقد، ولكن الغبن الذي يعيب العقد يقتصر على حالات خاصة قررها المشرع .[1]

وفي غير هذه الحالات لا يجوز الطعن بسبب الغبن لان من شان ان يؤدي إلى اضطراب المعاملات وعدم استقرارها وهو أمر يتنافى والمصلحة العامة .

وإذا كان المشرع لم يأخذ بالغبن كعيب في العقد إلا على سبيل الاستثناء ،فانه جعل من الاستغلال ،كعيب في الإرادة متى توافرت عناصره، اي يتعين على القاضي ان يبحث في مدى قيام احد المتعاقدين باستغلال طيش بين أو هوى جامح في المتعاقد الاخر ومدى تأثير ذلك على التوازن في الالتزامات التعاقدية .

فإذا توافرت عناصر الاستغلال ،كان للمتعاقد المغبون، في القانون المدني الجزائري، ان يطعن في العقد، وله الخيار بين دعوى ابطال العقد أو دعوى انقاص الالتزامات، إلى الحد الذي يكفي لرفع الغبن[2].

---

[1]–حيث تقضي المادة 91 من ق.م.ج على انه "يراعى في تطبيق المادة 90 عدم الاخلال بالاحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود "اذ ان القانون المدني الجزائري قد نص على الاحكام الخاصة بالغبن في حالات خاصة ومن هذه الحالات نذكر بيع العقار بغبن فاحش يزيد عن 1/5 وللبائع الحق في تكملة الثمن إلى 4/5 ثمن المثل ،(راجع المادتين 358 و359 ق.م.ج) كذلك القسمة الحاصلة بالتراضي غبن بأحد الشركاء ،كان له ان يطلب ،خلال السنة الثالية للقسمة نقضها (المادة 732 ق.م.ج) .

[2]–علي علي سليمان ،المرجع السابق، ص68 .

وهو ما اجازه المشرع الجزائري للقاضي صراحة في المادة 1/90 من ق.م.ج اما ان يستجيب إلى طلب المغبون فيقضي بإبطال العقد، وإما ان ينقص التزامات هذا المتعاقد المغبون، بدلا من الحكم بالبطلان .

فان الخيار بين الجزاءين المذكورين في المادة 90 من ق.م.ج هو أمر متروك لقاضي الموضوع ،وفقا لظروف الواقع ،يعتمد على فكرة الملائمة في اعمال الجزاء وفقا لتقديره القضائي، وليس للمحكمة العليا ان تراقبه في هذا التقدير ،غير انه يجوز في عقود المعاوضات ،ان يتوقى الطرف الاخر دعوى الابطال ،اذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن (المادة3/90 ق.م.ج) .

فإذا اختار المدعي دعوى الابطال ،جاز للقاضي الاكتفاء بالإنقاص ،لإرجاع التوازن الاقتصادي بين الالتزامات المتقابلة، والمحافظة على العقد اذا كان ذلك كافيا لرفع الغبن بإنقاص قدر المبيع مثلا ،لان الزيادة في الثمن قد تؤذي المشتري فيؤثر العدول عن الصفقة.[1] فانه لا يصح للقاضي الحكم بأكثر مما يطلبه الخصوم، فليس له مثلا ان يقضي بالإبطال اذا طلب المتعاقد المغبون الانقاص، والا اعتبر انه قضى للخصم بأكثر مما طلب[2].

ثانيا: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقود الاذعان

لقد عالج القانون المدني الجزائري نظرية الاذعان وبين حكمها في المواد التالية:

المادة 70: " يحصل القبول في عقد الاذعان بمجرد التسليم كشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها ".

المادة 110 حيث جاء نصها كما يلي: " إذا تم العقد بالطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ".

[1]–عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني الجزء الاول، الرجع السابق ،ص500 .

[2]–علي فيلالي ،المرجع السابق ،ص214.

وبخصوص التفسير في عقود الاذعان جاء بنص المادة 2/112 كالأتي: "غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن ".

فمن خلال استقراء المواد السالفة الذكر في القانون المدني الجزائري، نجد أن المشرع أعطى للقاضي سلطة التدخل لتعديل ما تضمنه العقد من شروط تعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها وهذا يعتبر خروجا على مبدأ حرية التعاقد إلا أن هذه السلطة الممنوحة للقاضي قيدها بشروط أهمها أن يكون هناك عقد اذعان وأن يتضمن هذا العقد شروط تعسفية مرهقة للطرف المذعن.

فإذا كشف القاضي بحسب تقديره شروطا تعسفية في عقد الاذعان فله ان يعدله بما يزيل اثر هذا التعسف، ولم يرسم له المشرع الجزائري في ذلك إلا ما تقتضيه مبادئ العدالة. وهذه القاعدة تضع في يد القاضي سلطة تقديرية واسعة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية وكذا التجاوزات التي قد تفرضها عليه الشركات الاحتكارية،من جراء استغلال الوضعية الاقتصادية المهيمنة لها.[1]

لم يعرف المشرع الجزائري الشروط التعسفية في القانون المدني، لكنه عرفها في النصوص الخاصة فجاء في نص المادة 05/03 من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية [2] ما يلي: " كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط اخرى من شأنه الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات اطراف العقد ".

وقد حدد القانون رقم 04-02 المشار اليه سابقا قائمة من الشروط منع ادراجها في العقد لاعتبارها تعسفية وهي ما جاء في نص المادة 29 من القانون 04-02 " تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الاخير :

1. اخذ حقوق أو امتيازات لا تقابلها حقوق وامتيازات مماثلة معترف لها للمستهلك

[1]-احمد رفاعي ،الحماية المدنية للمستهلك ازاء المضمون العقدي ،دار النهضة العربية ،القاهرة 1994،ص7.

[2]-قانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ج ر ع 41 المؤرخة في 27 يونيو 2004 المعدل والمتمم

2. فرض امتيازات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين يتعاقد بشروط من اراد
3. امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك
4. التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البث في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية
5. الزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها
6. رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو بعد التزامات في ذمته
7. التفرد بتغيير أجال تسليم المنتوج أو أجال تنفيذ خدمة
8. تهدد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة .

بالإضافة إلى المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية المعدل والمتمم الذي نص في المادة 5 منه[1] على ما يلي: "تعتبر تعسفية ،البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي: تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و3 أعلاه، الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة ،بدون تعويض المستهلك، عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد ،إلا بمقابل دفع تعويض، التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة ،بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته، النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده، فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد، الإحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه، تحديد مبلغ

[1]– المرسوم التنفيذي رقم 06–306 المؤرخ في 10سبتمبر 2006 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية ج ر ع 56 بتاريخ 11سبتمبر 2006 .

التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته ،دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي ال يقوم بتنفيذ واجباته، فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهل، الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق، يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته، يحمل المستهلك عبئ الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته."

إن القائمة التي وضعها المشرع واردة على سبيل المثال لا الحصر حيث وسع مجالها حتى يتسنى للقاضي تقدير الشرط التعسفي حماية للمستهلك.

كما نص المرسوم التنفيذي رقم 306/06 السالف ذكره على تأسيس لجنة خاصة بالبنود التعسفية،[1] اسوة بلجنة الشروط التعسفية في القانون الفرنسي، حيث تضطلع هذه اللجنة بمراجعة العقود النموذجية المطروحة في السوق والبحث عن الشروط التعسفية والكشف عنها مع رفع توصيات بشأنها إلى السلطات المعنية .

ان الشروط التعسفية التي تتضمنها عقود الاستهلاك يكون جزاءها هو البطلان المطلق مع بقاء العقد ساريا من دونه، وان كان المشرع لم يقر ذلك صراحة بل اكتفى بالنص على الجزاء العقابي،وهذا مانصت عليه المادة 38 من قانون 04-02 السلف ذكره بقولها : "تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26 27 28 29 من هذا القانون ويعاقب عليها بغرامة من خمسين الف دينار(50.000دج) إلى خمسة ملايين دينار(5.000.000 دج) .

الفرع الثاني: سلطة القاضي في مرحلة تنفيذ العقد

يتدخل القاضي لإعادة التوازن الذي كان قائما وقت تكوين العقد ولكنه اختل بعد ذلك في مرحلة تنفيذه، وقد نص المشرع الجزائري على حالات محددة حصرا تسمح للقاضي ان يتدخل بموجبها وفي حدود السلطات الممنوحة له دون الخروج عن الاحكام المقررة في القانون في ان يحقق في نطاق الممكن العدالة العقدية .

[1]- نصت المادة 6 من المرسوم التنفيذي 06-306 على انه: " تنشا لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية ذات طابع استشاري"،وحددت المادة 7 منه مهام اللجنة اما المادة 8 من نفس المرسوم فحددت تشكيلة هذه اللجنة.

أولا: سلطة القاضي في تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة

قد يحدث بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه أن تتغير الظروف الاقتصادية التي كانت سائدة وقت التعاقد ويكون من شأن ذلك إلحاق ضرر بأحد المتعاقدين، إذ يصبح تنفيذ التزامه مرهقا له بحيث يهدده بخسارة فادحه فتظهر الحاجة إلى التدخل في العقد لغرض تعديله بصورة تكفل رفع الإرهاق عن المدين حتى يتمكن من تنفيذ التزامه.

تلك هي الفكرة التي تتأسس عليها نظرية الظروف الطارئة إذ أنها تخول القاضي وفق شروط معينة سلطة التدخل في العقد لإعادة التوازن الاقتصادي إليه.[1]

وطبقا للمادة 107 ف 3 يلزم لتطبيق هذه النظرية توافر الشروط التالية:

– أن يكون تنفيذ الالتزامات المترتبة على العقد يستلزم فترة من الزمن.

– أن تجد بعد انعقاد العقد ظروف استثنائية عامة لم تكن متوقعة عند إبرام العقد.

– أن يكون من شأن هذه الظروف أن تجعل تنفيذ التزامات أحد المتعاقدين مرهقا له بحيث يهدده بخسارة فادحة.

إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة كان للقاضي طبقا للمادة107 ف 3 ق.م.ج سلطة تعديل العقد، وذلك برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول .[2] ومن ثم فان دوره لا يصل إلى حد ازالة الارهاق كلية،بل يرده إلى الحد المعقول ،تاركا للدائن حق القبول أو الفسخ .

فله ان يختار بين اكثر من وسيلة لهذا التعديل ،اذ المهم هنا ان يعيد التوازن الاقتصادي للعقد ،ويوزع تبعة الحادث الطارئ على عاتق الطرفين .[3]

وعلى كل يكون للقاضي وفقا لهذه النظرية ،الخيرة في حدود سلطته التقديرية بين امور ثلاثة حسب الاحوال وهي كالأتي:

---

[1] محمد صبري سعدي، المرجع السابق، ص 305 إلى 308.

[2] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 101.

[3]–نبيل عمر ،سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية ،دار منشاة المعارف، الاسكندرية، 1984 ،ص261 .

– ان ينقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول الذي يجعل غير مرهق ،بان يتحمل المدين الخسارة المألوفة التي كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد فيعفيه من الخسارة الفادحة . كأن ينقص الثمن الذي اصبح مرهقا للمشتري ،او ينقص عنه الفوائد .

– ان يزيد من التزام الدائن ،بما يؤدي إلى توزيع الخسارة غير المألوفة بين المتعاقدين ،مراعاة للموازنة بين مصلحة كل منهما .كأن يرفع الثمن الذي التزم به المشتري اذا زادت الاسعار بشكل غير مألوف.

– ان يأمر بوقف تنفيذ العقد مؤقتا ،حتى تنتهي الظروف الطارئة ،اذا تبين ان الحادث الطارئ مؤقت أو ان اثاره مؤقتة ستزول في وقت قصير(المادة 281 ق.م.ج). ومثال ذلك ان يتعهد مقاول ببناء منزل وترتفع مواد البناء ارتفاعا فاحشا ،ولكن هذا الارتفاع سيزول لاقتراب طرح كميات من هذه المواد في السوق عن طريق الاستيراد، فيأمر القاضي بوقف التزام المقاول بتسليم المبنى حتى يفي بالتزامه في الوقت المتفق عليه ،اذا لم يكن في هذا الوقف ضرر جسيم يلحق صاحب البناء[1] ولكن ليس للقاضي أن يحكم بفسخ العقد [2].

ثانيا: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

اذا كان الاصل ان القاضي هو الذي يقوم بتقدير التعويض، إلا انه ليس ثمة ما يمنع من اتفاق الطرفين مقدما على تقدير التعويض حيث يعمد الطرفين إلى تضمين عقدهما اضافة إلى الالتزامات الأصلية اتفاقا على تعويض مقدر سلفا، سواء اثناء التعاقد أو في وقت لاحق، يكون مستحقا اذا اخل احد المتعاقدين بالتزاماته اتجاه المتعاقد الأخر يعرف هذا الاتفاق بالتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي.

لم يعط المشرع الجزائري تعريفا واضحا للتعويض الاتفاقي واكتفى بتحديد شرعيته ومضمونه ورقابة القاضي عليه ضمن المواد من 183 إلى 185 من القانون المدني.

[1]–راجع المادة2/281 ق.م.ج .

[2]–علي علي سليمان –المرجع السابق ص 101

ومن بين أهم التعريفات التي أعطيت للشرط الجزائي انه "اتفاق بمقتضاه يلتزم شخص بالقيام بأمر معين يكون في الغالب مبلغ من النقود في حالة إخلاله بالتزام أصلي مقرر في ذمته أو تأخره في الوفاء بذلك الالتزام الأصلي، جزاء له على هذا الإخلال أو التأخير وتعويضا للدائن عما يصيبه من ضرر بسبب ذلك [1].

وقد اشترط المشرع لتطبيق الشرط الجزائي توافر الشروط العامة في المسؤولية المدنية وهي وجود خطا المدين، وضرر يصيب الدائن وعلاقة سببية بينهما، إضافة إلى إعذار المدين لذلك يتوجب على القاضي التحقق من توافر هذه الشروط أوّلا ليتقرر له بعد ذلك حقه في التدخل بتعديل الشرط الجزائي في صورة الإنقاص من مبلغ الشرط أو الزيادة فيه.

1-: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي :

استنادا على نص المادة 184 فقرة ثانية من ق.م.ج يجوز للقاضي ان يخفض الشرط الجزائي في حالة كون هذا الشرط مرتفعا إلى درجة كبيرة أو في الحالة التي يكون فيها الالتزام الاصلي قد نفذ في جزء منه .

- حالة كون الشرط الجزائي مرتفعا جدا: اذا اثبت المدين ان قيمة الشرط الجزائي اكبر بكثير عن الضرر الذي لحق الدائن ،جاز للقاضي تخفيضه إلى الحد الذي يراه معقولا .

- حالة اذا اثبت المدين انه اوفى بجزء من التزامه الأصلي وذلك ان الشرط الجزائي يوضع اصلا لحالة عدم التنفيذ الكامل ،فإذا كان المدين قد نفذ جزءا من التزامه ،فان العدالة تقضي بعدم الزام المدين بكل الشرط الجزائي وليس في هذا مساس بما اتفق عليه المتعاقدان ،ويلاحظ ان الحكمين السابقين يعتبران من النظام العام ،فيبطل كل اتفاق من شانه استبعادهما طبقا للفقرة الثالثة من المادة 184 من ق.م.ج .

2-سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي

في هذه الحالة يتجاوز الضرر قيمة الشرط الجزائي المتفق عليه، وطبقا لنص المادة 185 من القانون المدني الجزائري فانه لا يجوز للدائن ان يطلب بأكثر من هذه

[1]-سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدتي في الالتزامات، احكام الاالتزام، الجزء الرابع ،ايريني للطباعة مطبعة السلام، دار الكتاب الحديث،الطبعة الثانية، مصر ،1992،ص177

القيمة إلا اذا اثبت ان المدين قد ارتكب غشا أو خطا جسيما كما لو تعمد عدم تنفيذ التزامه، اما اذا لم يستطيع الدائن إثبات ذلك فان القاضي لا يحكم له إلاّ بقيمة الشرط الجزائي حتى ولو كانت تقل عن الضرر الذي أصابه ،لان هذه الحالة تعتبر بمثابة اتفاق على تخفيف المسؤولية .

ثالثا: سلطة القاضي في تعديل اجل التنفيذ :

الأصل إذا اتفق التعاقدان على اجل محدد لإتمام تنفيذ العقد فانه بحلول ذلك الأجل يكون الالتزام المترتب عنه مستحقا، غير ان المدين قد يمتنع عن التنفيذ على الرغم من إمكانية التنفيذ العيني وعدم استحالته ،في هذه الحالة منح المشرع للقاضي سلطة التدخل لتعديل اجل تنفيذ العقد ومنح الأجل القضائي ويكون ذلك بعد رفع دعوى قضائية من طرف الدائن للمطالبة بفسخ العقد أو المطالبة بتنفيذه .

قد يتدخل القاضي لمنح الاجل القضائي بمناسبة دعوى الفسخ وهذا وفقا لما نصت عليه المادة119 ق.م.ج ،حيث انه في العقود الملزمة لجانبين اذا امتنع احد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه يجوز للمتعاقد الاخر اما المطالبة بالتنفيذ أو طلب فسخ العقد والذي يعتبر كجزاء يقرر على المتعاقد المخل بالتزامه، والقاضي ليس مجبرا على الحكم بالفسخ بل له السلطة التقديرية في ذلك ،بالتالي يمكن للقاضي في حال رفع دعوى الفسخ من طرف الدائن ان يمنح للمدين اجلا للوفاء بالتزامه ،ذلك بعد تأكده من صحة الاجراءات المطلوبة قانونا وتواجد الشروط اللازمة لرفع دعوى الفسخ، دون ان يتقيد القاضي بآجال محددة يتعين عليه ان لايتجاوزها ولا يجوز الفسخ اذا قام المدين بالوفاء في غضون الاجل الممنوح له [1].

كما يجوز للقاضي ان يتدخل ويمنح للمدين اذا كان معسرا نظرة الميسرة وهو تعديل اجل تنفيذ الالتزام العقدي الذي سبق وان اتفق عليه اطراف العقد ،ذلك ان من العقود ما يتراخى تنفيذها بسبب طبيعتها . وباعتبار المدة ركنا فيها كعقود التوريد وعقود الايجار، ومنها ما يتوقف تنفيذها إلى حلول الاجل الذي ضربه الاطراف كعقود القرض

[1]–سليمان مرقس ،الوافي في شرح القانون المدني –في الالتزامات–الجزء الاول نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق،ص653.

والبيع بثمن مؤجل[1]. وهذا مانصت عليه المادة281 ق.م.ج بقولها : "يجب ان ينم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين مالم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك .

غير انه يجوز للقضاة نظرا لمركز المدين ،ومراعاة للحالة الاقتصادية ان يمنحوا آجالا للظروف دون ان تتجاوز هذه مدة سنة وان يوقفوا التنفيذ مع ابقاء جميع الامور على حالها.

وفي حالة الاستعجال يكون منح الاجال من اختصاص قاضي الامور المستعجلة. وفي حالة ايقاف التنفيذ فان الاجال المنصوص عليها في قانون الاجراءات المدنية ،بصحة اجراءات التنفيذ تبقى موقوفة إلى انقضاء الاجل الذي منحه القاضي".

[1]–محمد بوكماش ،سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني والفقه الاسلامي، رسالة دكتوراه ،كلية العاوم الانسانية والاجتماعية والعلوم الاسلامية، قسم العلوم الاسلامية ،جامخة الحاج لخضر ،باتنة ،2012،ص374 .

الفصل الثاني: مبدأ حرية التعاقد والقيود الواردة عليه (عقد البيع نموذجا)

يعد عقد البيع من التصرفات القانونية الأكثر تعاملا وانتشارا وقدما ،[1] اذ يكاد يكون العقد الوحيد الذي يبرم يوميا، بل وعدة مرات في اليوم الواحد [2]، لهذا فقد اهتمت الأحكام القانونية العامة بتنظيمها تنظيما مفصلا لما له من أهمية بالغة في ميادين العمل والنشاط الاقتصادي، فقد خصص له المشرع فصلا كاملا في القانون المدني لتحديد أحكامه فقد عرفته المادة 351 من ق م ج على انه: (عقد يلتزم بمقتضاه البائع بأن ينقل ملكية شيء أو حقا ماليا أخر في مقابل ثمن نقدي).

عرف عقد البيع تطورا كبيرا وأصبح النقص ظاهرا في الأحكام العامة، حيث ظهرت مفاهيم جديدة كالعون الاقتصادي والمستهلك وأصبح أطراف العقد غير متساويين، لذلك بات من الضروري التدخل لوضع أحكام تتناسب مع التطورات الحاصلة في مجال عقد البيع، لذلك نجد إلى جانب القواعد القانونية العامة أحكاما خاصة في قوانين جديدة أهمها قانون المنافسة والممارسات التجارية اللذان يهتمان بكل ما يخص المعاملات التجارية والاقتصادية.

المبحث الأول: مبدأ حرية التعاقد في عقد البيع

تتمثل الحرية العقدية من خلال تمتع الشخص بمجموعة من الخيارات ،وهي حريته في التعاقد أو عدم التعاقد ،وحريته في اختيار المتعاقد معه من عدمه وحريته في تحديد موضوع العقد.[3]

---

[1]–يقول كاربونيه (أن عقد البيع من اكثر العقود التي يشعر الفرد عند ممارسته بأنه يشبع بواسطته رغبته في التعاقد، انظر يوسف زاهية حورية، الواضح في عقد البيع دراسة مقارنة مدعمة باجتهادات قضائية وفقهية –دار هومة الجزائر ص 10

[2]–حسام الدين كامل الاهوائي، عقد البيع في القانون المدني الكويتي دار السلاسل، الكويت ص 05

[3]–محمد صبري سعدي ،الواضح في شرح القانون المدني ،النظرية العامة للالتزامات ،مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة ،الطبعة الرابعة ،دار الهدى ،الجزائر ،2009،ص47.

لقد سيطر مبدأ حرية التعاقد على المرحلة السابقة للعقد بمختلف صورها ورتب العديد من النتائج التي تعد من أهم الاسس المنظمة لهذه المرحلة . كما يثير هذا المبدأ العديد من النتائج في المرحلة التي ينشا فيها العقد خاصة بعد التطور الذي عرفته وسائل الاتصال واتساع التجارة وظهور العديد من العقود الحديثة لهذا ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: حرية التعاقد في المرحلة السابقة للتعاقد

يرتب مبدأ حرية التعاقد العديد من الآثار على المرحلة السابقة للتعاقد سوف نتطرق لها فيما يلي:

الفرع الأول: حرية التفاوض

تعد عملية التفاوض من أهم المراحل السابقة على إبرام العقد وأخطرها على الإطلاق ،وذلك لما تحتويه من تحديد لأهم التزامات وحقوق طرفي العقد، وبما ينشا عنها من مشكلات قانونية عديدة ،لا تزال تثير الكثير من الإشكالات، سواء منها ما تعلق بالإخلال بالالتزامات السابق تحديدها في هذه المرحلة، أو ما يتعلق منها بنطاق ونوع المسؤولية المدنية التي تنشا على الطرف المتسبب في حالة عدم بلوغ الغاية من المفاوضات .

فحرية التعقد في مرحلة التفاوض تفيد ان الفرد حر في ان يتعاقد أو لا يتعاقد، فالبائع يختار بكل حرية المشتري والعكس كذلك، ولن يتم ذلك إلا بعد مفاوضات حرة تحدد التزامات وحقوق الطرفين فتنطبق ارادة الطرفين ولا مسؤولية على من يخرج من دائرة التفاوض في اي وقت يريد،مادام العقد النهائي لم يتم بعد.

الفرع الثاني: حرية اختيار المتفاوض معهم

يقتضي مبدأ حرية التفاوض ان يكون للأطراف الراغبة في التعاقد الحرية التامة في اختيار الطرف الاخر ،فباعتبار ان لكل منهم الحرية في التعاقد أو عدم التعاقد، واختيار الطرف المزمع التعاقد معه ،كذلك ان يكون لكل منهم الحرية التامة في اختيار الطرف المتفاوض معه ،خاصة في العقود ذات الاعتبار الشخصي،التي يولي فيها الاطراف أهمية خاصة للشخص المتعاقد.

ان هذا الحق مكفول بمبدأ حرية التعاقد ،والذي لا يمكن مصادرته ما لم يكن مخالف لحسن النية في تكوين العقد.

الفرع الثالث: الالتزام بالإعلام

يلتزم المتفاوض بالإعلام informer اوبارشادde renseignement أو بنصح de conseil المتفاوض الاخر بكافة المعلومات الحقيقية المتعلقة بالعقد ،عن مدى ملائمة العملية المطروحة فنيا أو تقنيا وماليا باعتماده على ضميره المهني الحي ،فلا يستغل عدم تخصص المتفاوض في مسائل فنية أو مالية ليزج به في عقد لا يناسبه.[1] بالا يخفي عنه شيئا ولا يتركه مخدوعا في يعلم حقيقته.[2]

وتجدر الاشارة إلى ان المشرع الجزائري قد ركز كثيرا على الالتزام السابق للتعاقد والمتمثل في اعلام المتعاقد ،وإخباره بمضمون العقد من جهة وبالسعار وشروط البيع من جهة أخرى كما نه تدخل لحماية ارادة المشتري وإعادة التوازن بين طرفي العقد .وهنا يستوجب ان يتدخل المشرع لإقرار الحماية المدنية من الدعاية التجارية الكاذبة التي تعد اخلالا واضحا بقواعد المنافسة التجارية الحرة.

فيما يخص الالتزام بالإعلام بمضمون العقد،فانه بالإضافة إلى ما جاءت به المادتين 86 و87 من القانون المدني الجزائري اللتان تقضيان بعدم غش المستهلك أو خداعه وتضليله فان المادة 17 من القانون رقم 09-03 المؤرخ 2009/02/25 المتعلقة بحماية المستهلك وقمع الغش ،تلزم كل متعامل ان يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك. [3]وكذلك ما ورد في المادة 4 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 2004/06/23.الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية والتي تقضي بأنه يتولى البائع وجوبا اعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وبشروط البيع.[4]

---

[1]-يسمى أيضا بالالتزام بالاخبار أو بالالتزام بالتبصير أو الالتزام بتقديم المشورة أو النصيحة.

[2]-بلحاج العربي ،الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية ،دار هومة ،الجزائر مسنة2014،ص159.

[3]-الجريدة الرسمية عدد15 الصادرة في2009/03/08.

[4]-الجريدة الرسمية عدد41 المؤرخة في 2004/06/27.

ولهذا فان المشرع الجزائري لم يجد في الالتزام بالإعلام ما يتعارض مع مبدأ حرية التعاقد في المرحلة السابقة للعقد.

المطلب الثاني: حرية التعاقد في مرحلة إبرام التعاقد

سوف نتطرق من خلال هذا المطلب إلى الاثار التي يرتبها مبدأ حرية التعاقد في مرحلة إبرام العقد.

الفرع الأول: حرية التعاقد وعدم التعاقد

ويقصد بها ان لا احد يجبر الشخص في الدخول في اي علاقة تعاقدية لا يريدها مع الآخرين ،فالشخص حر في ان يبيع أو يشتري لان رفض التعاقد ماهو إلامظهر من مظاهر الحرية [1].

ان تقديس هذه الحرية إلى حين إبرام العقد والقول بعدم وجود التزامات قبل اقتران الايجاب بالقبول يجرنا إلى الحديث على امكانية العدول عن الايجاب مادام هذا الاخير لم يقترن بالقبول.

كما ان حرية التعاقد تضمن لنا رفض التعاقد مع من قدم لنا ايجابه، لذلك فمن وجه له ايجاب تام وجدي من اجل التعاقد ورفض ذلك الايجاب لا يكون مسؤول عن رفضه.

الفرع الثاني: حرية التعبير عن الإرادة

القاعدة ان للشخص الحرية في ان يعبر عن ارادته بالطريقة التي تحلو له ،فالمتعاقد له الحرية الكاملة في ذلك[2]،اذ ان القانون لا يستلزم ان يكون التعبير بوسيلة معينة وهذا تطبيقا لمبدأ الرضائية.

وفي هذا الصدد تنص المادة 60 في فقرتها الاولى من القانون المدني الجزائري على حرية التعبير التي تكون بأي طريقة بقولها" التعبير بـالإرادة يكون باللفظ والكتابة أو بالشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع اي شك في دلالته على مقصود صاحبه ".

---

[1]–المادة106 من القانون المدني الجزائري.

[2]–محمد صبري سعدي ،المرجع السابق ،ص80.

ويكون التعبير صريحا اذا قصد صاحبه احاطة الغير علما به،باتخاذ مظهر يدل دلالة مباشرة على ما يريده وبمعنى اخر اذا كان المظهر الذي اتخذه كلاما أو كتابة أو اشارة مظهرا موضوعا في ذاته للكشف عن الإرادة بحسب المألوف بين الناس.[1]

وفي غالب الاحوال يكون التعبير الصريح باللفظ كما يكون بالكتابة ،سواء بصفة شخصية كخطاب أو برقية ،او غير شخصية كإعلان أو نشرة .كما يصح أيضا بالإشارة.فالإشارة الشائعة الاستعمال تدل على ارادة الشخص الذي صدرت عنه والمثل على ذلك هز الراس عموديا حيث يدل على الموافقة ،وهز الراس افقيا يدل على الرفض.

كما يصح التعبير عن الإرادة باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على المعنى المقصود والمثل على ذلك وقوف سيارات الاجرة في الاماكن المخصصة لها.

اما التعبير الضمني فانه لا يكشف عن الإرادة إلا بطريق غير مباشر. أي أنّ هناك سلوكا معينا يصدر من الشخص ويستنبط منه بشكل غير مباشر اتجاه الإرادة نحو تصرف قانوني معين. والمثل على ذلك قيام الدائن بتسليم سند الدين إلى المدين يدل بشكل ضمني على رغبته في انهاء الدين.وهذا ما نصت عليه المادة 60 في فقرتها الثانية من القانون المدني الجزائري بقولها" ويجوز ان يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا اذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على ان يكون صريحا".

الفرع الثالث: حرية تحديد مضمون العقد

إنّ مبدأ حرية التعاقد المعترف به على نطاق واسع في مجال المعاملات المدنية والتجارية يسمح للأطراف بان يبرموا عقدا ويحددوا محتواه وان يضعوا ماشاؤوا من بنود، ولا يحد من هذه الحرية سوى القواعد الأمرة والتي يجب ان تكون في اضيق نطاق.[2]

[1]–عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ،ص173. .

[2]–محمد ،صبري سعدي، المرجع السابق ،ص45.

ومن ابرز الاتفاقات التي نص عليها القانون اتفاق الاطراف على فسخ العقد وذلك طبقا لنص المادة 120 من القانون المدني الجزائري وكذا الاتفاق على مبلغ التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخر في تنفيذه طبقا لنص المادة 183 من القانون المدني الجزائري .

كما يسمح للبائع في عقد البيع اذا كان البيع مؤجلا ان يشترط دفع الثمن كله من طرف المشتري حتى تنتقل الملكية اليه ولو تم تسليم الشيء المبيع طبقا لنص المادة 363 من القانون المدني الجزائري.

وبالتالي فان طرفي العقد لهما كل الحرية في تحديد الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد.

المبحث الثاني: القيود القانونية الواردة على حرية البيع والشراء

ان حرية البيع والشراء ليست مطلقة بل هي مقيدة بحدود قانونية وأخرى اتفاقية اذ يمكن للمتعاقدين بموجب اتفاقهما فرض حدود لنطاق تطبيق ارادتهما.

المطلب الأول: منع البيع (البيع المحظور)

لقد حدد المشرع الجزائري من خلال القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية قائمة البيوع التي لا يجوز القيام بها والمتمثلة في كل من البيع بالمكافأة والبيع المشروط، كذلك إعادة البيع بالخسارة، ورفض البيع بدون مبرر شرعي والتي اعتبرها ممارسة تجارية غير شرعية، سوف نتناولها في النقاط التالية :

الفرع الأول: حظر البيع بالمكافأة

نصت المادة 16 من القانون 02/04 على أنه: " يمنع كل بيع أو عرض بيع لسلع وكذلك كل اداء خدمة أو عرضها عاجلا أو أجلا مشروطا بمكافأة مجانية من سلع أو خدمات إلا إذا كانت من نفس السلعة أو الخدمات موضوع البيع أو تأدية الخدمة، وكانت قيمتها لا تتجاوز 10% من المبلغ الاجمالي للسلع أو الخدمات المعنية .

لا يطبق الحكم على الاشياء الزهيدة أو الخدمات ضئيلة القيمة وكذلك العينات".

إذن من خلال هذه المادة فقد اعتبر المشرع الجزائري البيع بالمكافأة ممارسة تجارية غير نزيهة تحرض المستهلك على التعاقد للحصول على سلعة أو خدمة، وسنتناول البيع بالمكافأة في نقطتين رئيسيتين:

- مفهوم البيع بالمكافأة
- الاستثناءات الواردة على منع البيع أو الخدمة بمكافأة

أولا: مفهوم البيع بالمكافأة :

نتناول مفهوم البيع بالمكافأة في النقاط التالية :

1- تعريف البيع بالمكافأة :

يعرف البيع بالمكافأة بأنه ممارسة تجارية ممنوعة في قوانين الاستهلاك الحديثة تتمثل في عرض سلع أو خدمات للبيع على المستهلك مقابل إعطائه مكافأة مجانية عاجلا أو آجلا تتمثل في سلع أو خدمات ما عدا اذا كانت هذه السلع مماثلة لذلك التي هي محل البيع أو الخدمة .[1]

إن أساس حظر البيع بالمكافأة هو حماية المستهلك في الدرجة الاولى، ذلك أن العون الاقتصادي يأمل من خلال المكافأة إلى حمل وتحفيز المستهلك على الزيادة في حجم مشترياته املا في الحصول على تلك المكافأة المجانية، لكن العون الاقتصادي دائما يدرس حساباته جيدا ويسترجع مقابل تلك المكافأة إما عن طريق الزيادة في ثمن السلع المبيعة أو الانتقاص من قيمتها أي بيع سلع ذات جودة ناقصة [2]

2-شروط حظر البيع بالمكافأة :

تتوقف مسألة حظر البيع بالمكافأة على توفر جملة من الشروط أهمها :

- عدم تجانس المكافأة مع السلعة أو الخدمة موضوع العقد ومثال ذلك أن تسلم المؤسسة زجاجة عطر لكل من يشتري بدلة.

---

[1]-عبد الحميد اخريف، الدليل القانوني للمستهلك، عقود الاستهلاك (البيع في المواطن، التعاقد عن بعد، العقد الالكتروني) ط1 مطبعة اميمة، فاس المغرب، 2006.ص116

[2]-مجيدة الزياني، الحماية الجنائية لتكوين العقود المدنية، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، المغرب، 2007/2006 ص 356

– مجانية المكافأة: ويقصد بهذا الشرط أن تكون المكافأة المسلمة من قبل البائع أو مقدم الخدمة بدون مقابل بحيث لا يدفع الزبون سوى ثمن المنتوج أو الخدمة الأساسية موضوع العقد .

– وجود علاقة بين شراء السلعة أو الخدمة وتقديم المكافأة حتى نكون بصدد البيع بالمكافأة المحظور يجب أن ترتبط الهدية المقدمة ببيع سلعة أو تقديم خدمة، أما إذا تم منحها بدون أي التزام بالشراء فإنها تعتبر مشروعة .

ثانيا: الاستثناءات الواردة على حظر البيع أو الخدمة بالمكافأة (حالات إباحة البيع بالمكافأة).

لقد اوردت المادة 16 من القانون رقم 04-02 استثناءات على مبدأ حظر البيع أو تأدية الخدمة بالمكافأة، وتتمثل هذه الاستثناءات فيما يلي:

*السلع أو الخدمات المماثلة لمحل البيع أو اداء الخدمة

يشترط أن تكون المكافأة من نفس السلعة أو الخدمة محل العقد الاصلي فإذا كان الشيئ المبيع هو عبارة عن طماطم مثلا فيجب ان تكون المكافأة عبارة عن طماطم أيضا، وأن يدفع الزبون ثمن 12 بيضة لتكون بذلك البيضة رقم 13 مجانية، ويدخل ضمن هذا المفهوم أيضا ان، يمنح صاحب المكتبة إلى زبونه الذي يشتري من عنده عددا معينا من الكتب كتابا اضافيا.

*عدم تجاوز قيمة المكافأة 10%

يجب أن لا تتجاوز قيمة المكافأة 10 % من المبلغ الاجمالي للسلعة محل البيع والخدمة محل الاداء، أي يكون مبلغ السلعة أو الخدمة مضاعف 10 مرات على الاقل قيمة المكافأة، اي إذا تبين أن قيمة المكافأة اكثر من 10 % من قيمة المبيع فلا يشملها الاستثناء ويصبح تقديمها غير قانوني.[1] فإذا كان مثلا ما يدفعه المستهلك هو مبلغ 2000 دج لشراء كمية معينة من الدقيق، فيجب أن تكون المكافأة عبارة عن كمية من الدقيق لا تتجاوز قيمتها 200 دج .

[1]–قارة سليمان محمد خليد، الممارسات التجارية التدليسية وقانون المنافسة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان / 2017/2016 ص 348

*الاشياء الزهيدة أو الخدمات الضئيلة القيمة

يقصد بها ن تلك السلع أو الخدمات الممنوحة كهدية مجانية من طرف المؤسسة لزبائنها والتي تكون قيمتها المالية صغيرة جدا مقارنة بسعر شراء السلعة أو تقديم الخدمة موضوع العقد الأساسي، كأن يوضع عليها ملصق أو بطاقة يكتب عليها أنها مجانية ولا يمكن أن تكون محلا للبيع مثال أن تمنح المؤسسة لكل من يقتني قارورة غاسول مشط مجاني .

*العينات

يقصد بالعينة تلك الكمية الضئيلة من المنتوج المراد بيعه والتي تسلم للمستهلك من قبل المؤسسة قصد تجريبها، وتعتبر هذه الطريقة احد الاساليب الاشهارية التي تلجأ اليها المؤسسة من اجل التعريف بالمنتجات الجديدة ولفت انتباه الزبائن اليها، ويشترط في العينة أن تكون معروضة في المحل بشكل واضح، مع الاشارة إلى كونها عينات مجانية وأنها ليست محلا للبيع وإنما للإطلاع والتجربة .

وإذا توفرت في البيع المشروط بالمكافأة الشروط السابقة اعتبر ممارسة تجارية غير شرعية، يعاقب عليها بغرامة من 100.000الى 3.000.000 دج وذلك حسب المادة 35 من القانون 04-02.

الفرع الثاني: حظر البيع المتلازم (البيع المشروط)

لقد تطرق المشرع الجزائري إلى منع البيع المشروط أو البيع المتلازم، وذلك لما فيه مساس بحرية المستهلك في اقتناء ما يرغب من منتجات وخدمات لسد حاجاته من غير زيادة مرهقة له.

أولا: أحكام البيع المشروط :

نصت المادة 17 من قانون 04-02 على أنه "يمنع اشتراط البيع بشراء كمية مفروضة أو اشتراط البيع بشراء سلع أخرى أو خدمات وكذلك اشتراط تأدية خدمة أخرى أو شراء سلعة.

لا يعني هذا الحكم السلع من نفس النوع المبيعة على شكل حصة شرط أن تكون هذه السلع معروضة للبيع بصفة منفصلة ".

انطلاقا من المادة 17 أعلاه فانه يحظر كل شرط يلزم المستهلك بشراء كمية مفروضة من السلع محل العقد، والأمر كذلك إذا كان محل التعاقد تأدية خدمة فيمنع كل شرط يقضي بأن ترتبط تأدية الخدمة محل الأداء على شرط اقتناء المستهلك لخدمة أخرى.

1-أساس حظر البيع المشروط:

إن العلة من منع هذا النوع من البيع أنه يشكل الزاما للمستهلك بشراء اكثر مما يريده، ولا يرغب فيه [1] وقد تضمن هذا النوع من البيع زيادة غير شرعية في السعر، أو رفضا للبيع وذلك حينما يرفض المستهلك اقتناء تلك السلع أو تلك الخدمات الزائدة عن حاجاته.[2]

2- صور البيع المشروط (المتلازم)

حددت المادة 17 من القانون رقم 02/04 ثلاثة صور للبيع المشروط تتمثل فيما يلي:

- اشتراط البيع بشراء كمية مفروضة

في هذه الحالة يفرض البائع على المستهلك شراء كمية محددة ومفروضة من المنتوج أو يفرض عليه كمية لا يتم التعاقد تحتها، مثال ذلك أن يشترط البائع على المستهلك ضرورة اقتناء ما لا يقل عن 05 كلغ من البطاطا مثلا .

- اشتراط البيع بشراء سلع أخرى أو خدمات

في هذه الصورة يفرض البائع على المستهلك شراء منتوج آخر أو أداء خدمة مقابل بيع المنتوج المطلوب، ويتم اللجوء إلى مثل هذا الأسلوب للتخلص من بعض السلع التي توشك على التلف أو السلع المكدسة التي لم تلقى رواجا من خلال عرضها مع سلع أخرى مطلوبة للاستهلاك، مثال ذلك أن يشترط بيع علبة جبن مقابل بيع أكياس حليب،

[1]-احمد خريجي، قواعد الممارسات التجارية في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة باتنة، السنة الجامعية 2016/2015

[2]-عدنان باقي لطيف، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية ــ دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر 2012 ص 99

وقد يشترط البائع اداء خدمة معينة مقابل بيع السلعة كأن يشترط بائع الاسمنت أن يتولى هو نقلها على نفقة المشتري .

– اشتراط تأدية خدمة بخدمة أخرى أو شراء سلعة :

هذه الصورة تختلف عن الصورتين السابقتين كون محل العقد فيها هو تأدية خدمة، وعليه يحظر أن يفرض المستهلك مقابل اقتناء خدمة اقتناء خدمة أخرى، أو شراء سلعة أخرى، ومثال ذلك يفرض صاحب الفندق على النزيل تقديم فطور الصباح [1].

ثانيا: شروط مشروعية البيع المشروط (الاستثناءات الواردة على حظر البيع المشروط)

تضمنت الفقرة الثانية من المادة 17 من القانون رقم 02/04 الاستثناءات الواردة على منع البيع المشروط وافرزت اباحته بتوافر الشروط التالية:

*أن تكون السلعة من نفس النوع

يكون البيع صحيحا اذا كانت السلعة المبيعة والسلعة المفروضة معها من نفس النوع كما لو كانت هذه السلع مثلا الادوات المدرسية (كراريس، مسطرة، محفظة ....الخ) فيمكن أن تعرض مع بعضها للبيع .

*أن تباع هذه السلع في شكل حصة:

يجب أن تكون السلع محل البيع تعرض تباع مع بعضها، وبالتالي فالمستهلك على علم مسبق بالسلع التي تضمنتها كل حصة [2].

*أن تكون هذه السلع معروضة للبيع بصفة منفصلة

لابد من عرض هذه السلع في شكل مجموعات أو في اكياس حتى يتضح للمستهلك أنها تباع مجتمعة اي في شكل حصص، لكي لا يفاجأ عند طلبه لسلعة معينة انها تباع تبعا لأخرى . ونظرا لخطورة هذه الممارسات غير الشرعية اعتبرها المشرع مخالفة يعاقب عليها بغرامة من 100.000الى 3.000.000 دج طبقا للمادة 35 من القانون 02/04.

---

[1]–بختة موالك، مبادئ المنافسة في الأمر 03–03 المتعلق بالمنافسة، مطبوعة محاضرات القيت على طلبة الماجستير، فرع قانون الاعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2004 ص 48

[2]–سميحة علال، جرائم البيع في قانون المنافسة والممارسات التجارية، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة قسنطينة 2005/2004 ص 20.

الفرع الثالث: حظر إعادة البيع بخسارة

لقد منع المشرع الجزائري البيع بالخسارة في المادة 19 من القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، التي تنص على منع إعادة بيع سلعة بسعر أدنى من سعر التكلفة الحقيقي مما يستوجب التطرق إلى أحكام هذا البيع وكذا الاستثناءات الواردة عليه.

أولا: أحكام إعادة البيع بالخسارة :

اذا كان حظر إعادة البيع بالخسارة من شأنه ان يضمن وجود ممارسات تجارية مشروعية، فإن الأمر يقودنا إلى التطرق إلى أساس حظر البيع، مجال تطبيقه وعتبة إعادة البيع بالخسارة .

1- أساس حظر إعادة البيع بالخسارة

إن هذا الاسلوب كثير الانتشار في الاسواق واستعماله يؤدي إلى ظهور المنافسة غير المشروعة، والى تحويل الزبائن، وهذا من شأنه أن يلحق اضرار كثيرة بمنافسي العون الاقتصادي، فالظاهر أن إعادة البيه بالخسارة هو في صالح المستهلكين، لكن الحقيقة غير ذلك .

2- مجال حظر إعادة البيع بالخسارة

- لقيام إعادة البيع بالخسارة لابد من وجود علاقة تعاقدية تامة حتى يتم الحديث عن إعادة البيع بالخسارة .

- إن مجال منع إعادة البيع بالخسارة يتعلق بالسلع والمنتوجات المعروضة للبيع على حالتها الاصلية دون تحويلها[1] (المنتجات المصنعة).

- إن منع إعادة البيع بالخسارة يطبق على التعاملات التي يقوم بها الاعوان الاقتصاديين لا سيما المستوردون والبائعون بالجملة والبائعون بالتجزئة، دون إعطاء أهمية لصفة الطرف المتعاقد اي المستعمل النهائي للسلعة فالأمر يستوى إذا كان مستهلك أو عون اقتصادي.

[1]-محمد الشريف كتو: قانون المنافسة والممارسات التجارية، منشورات بغدادي، الجزائر، 2010 ص 101

3- عتبة إعادة البيع بالخسارة

لا نكون امام إعادة البيع بالخسارة المحظور قانونا إلا اذا كان سعر السلع المعاد بيعها أقل من سعر التكلفة الحقيقي حسب التعريف الذي اورده المشرع الجزائري في نص المادة 19 من القانون 02/04 سعر الشراء المكتوب على الفاتورة يضاف إلى الرسوم والحقوق .

ثانيا: الاستثناءات الواردة على حظر إعادة البيع بالخسارة

إن الحظر المنصوص عليه في المادة 19 السالفة الذكر ليس مطلقا بل وردت عليه استثناءات استجابة للضرورة الاقتصادية ومتطلبات حسن التسيير وتفادي خسائر يمكن ذكرها فيما يلي:

- السلع التي بيعت بصفة ارادية بسبب تغيير نشاطها أو انهاءها أو اثر تنفيذ حكم قضائي كالحكم المتعلق بالإفلاس مثلا [1].
- السلع الموسمية وهي التي تكون متوفرة في موسم معين أو هي المنتوجات المستهلكة بكثرة خلال مرحلة معينة (كما لو تعلق الأمر بشهر رمضان مثلا) وكذلك السلع التي تعتبر من الطراز القديم والتي جرى تجاوزها تقنيا ولم تعد تتجاوب مع الطلب العام .
- المنتوجات التي يكون فيها سعر إعادة البيع يساوي سعر المطبق من طرق الاعوان الاقتصاديين الآخرين، حيث سمح القانون للتاجر الذي تكون تكلفة منتوجاته مرتفعة أن يبيع بسعر منافسيه دون أن يكون مرتكبا لجريمة إعادة البيع بالخسارة.[2]

لقد اعتبر المشرع إعادة البيع بالخسارة من الممارسات التجارية الغير شرعية ويعاقب عليها بغرامة مالية من 100.000 إلى 3.000.000 دج بالإضافة إلى الغرامة التي تعد عقوبة أصلية، فقد خول المشرع للقاضي إمكانية فرض عقوبات تكميلية على العون الاقتصادي مرتكب المخالفة

---

[1]-بن قري سفيان، ضبط الممارسات التجارية على ضوء القانون رقم 02/04 مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2009 ص 75

[2]-بن قري سفيان، نفس المرجع، ص 76

وتتمثل هذه العقوبات في المصادرة [1]، نشر حكم الادانة في الصحف الوطنية [2]، المنع من ممارسة النشاط التجاري والشطب من السجل التجاري .[3]

الفرع الرابع: رفض بيع سلع بدون مبرر شرعي

كل سلعة معروضة على نظر الجمهور تعتبر معروضة للبيع بهذا فإن رفض العون الاقتصادي بيع سلع دون مبرر شرعي يعتبر ممارسة تجارية غير مشروعة .

أولا: أحكامها :

تناول المشرع الجزائري مسألة رفض البيع في المادة 15 من القانون رقم 02/04 واعتبرها ممارسة تجارية غير مشروعة.

إن حماية إرادة المستهلك وحريته في التعاقد من عدمه هي أساس حظر رفض البيع، لأنه من غير المقبول أن يرغب شخص ما في اقتناء حاجته كغيره من الناس ثم يجد نفسه محروما من شراء ما يعرض للبيع بسبب رفض التاجر التعاقد معه وهي حالة من حالات العرض الدائم والتي تنظمها نظرية العقد بمجرد قبول العرض يعقد العقد ويجب تنفيذه [4].

ثانيا: شروط حظر رفض بيع سلعة دون مبرر شرعي

- ✓ يجب أن تكون السلعة معروضة على نظر الجمهور يستثنى من ذلك ادوات تزيين المحلات والمتوجات المعروضة بمناسبة المعارض أو التظاهرات .
- ✓ أن يتم الرفض بصفة فعلية ويتحقق الرفض اذا تم تقديم طلب من المستهلك ورفض العون تلبية طلبه دون مبرر شرعي .
- ✓ عدم وجود المبرر الشرعي: حتى لا يكون الرفض البيع محظورا يجب تبريره بأي سبب مشروع ومن امثلة المبرر الشرعي رفض الصيدلية بيع الدواء دون

[1]–المادة 44 من القانون 02/04

[2]–المادة 47 من القانون 02/04

[3]–المداة 48 من القانون 02/04

[4]–هجيرة دنوني، قانون المنافسة وحماية المستهلك، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جزء 39 رقم 01/ 2002

وصفة طبية [1] واشتراط تقديم الترخيص اذا تعلق الأمر بالمواد السامة أو الكيمائية الخطيرة .

المطلب الثاني: تنظيم الممارسات التجارية (تنظيم البيوع أو البيوع المقننة)

قد يلجا البائع إلى القيام ببعض الممارسات التجارية من أجل التخلص من المخزون الراكد لديه واستقبال المنتجات الجديدة فيقوم بإثارة العامل النفسي للمستهلك وحثه على اقتناء منتوجات وخدمات ليس في حاجة اليها، بل مبهور بانخفاض اسعارها وجاهلا بما ينطوي عليه هذا النوع من الممارسات التجارية من غش وخداع سواء من حيث جودة المنتوج أو سعره مما جعل المشرع يتدخل لحمايته . لذلك اصدر المشرع مرسوما يضمن سلامة العملية التجارية التي تتم بين المستهلك والعون الاقتصادي والعون الاقتصادي وهو المرسوم التنفيذي رقم 06-215 المؤرخ في 2006/06/18 الذي يحدد شروط وكيفيات ممارسة البيع بالتخفيض والبيع الترويجي والبيع في حالة تصفية المخزونات والبيع عند مخازن المعامل والبيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود، وهو مرسوم صدر لينظم احكام المادة 21 من القانون رقم 02/04 .

الفرع الأول: البيع بالتخفيض les soldes

نتناول البيع بالتخفيض في النقاط التالية:

أولا: تعريف البيع بالتخفيض

عرفته الفقرة الاولى من المادة 2 من المرسوم 06-215 بقولها"يشكل بيعا بالتخفيض البيع بالتجزئة المسبوق أو المرفق بالإشهار والذي يهدف عن طريق تخفيض في السعر إلى بيع السلع المودعة في المخزن بصفة سريعة".

اذن فهذا النوع من البيوع يعمد فيه العون الاقتصادي إلى تخفيض السعر قصد بيع السلع المودعة في مخازنه بصورة سريعة لتصريفها من جهة،وتمكين المستهلك من الاستفادة من تخفيض الأسعار من جهة أخرى.

[1]- تنص المادة 179 الفقرة الاولى من الأمر رقم 20-02 المؤرخ في30 اوت 2020 يعدل ويتمم القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018 المتعلق بالصحة ج رع50 الصادرة في 30 اوت 2020.(لا يمكن ان يقدم الصيدلي المواد الصيدلانية الا بناء على وصفة طبية).

ثانيا: السلع المعنية بالبيع بالتخفيض :

لقد نصت الفقرة الثانية من المادة 2 من المرسوم 06-215 على السلع المعنية بالبيع بالتخفيض بقولها "ولا يجوز أن يشمل البيع بالتخفيض إلا السلع التي يشتريها العون الاقتصادي منذ ثلاثة اشهر على الأقل ابتداءا من تاريخ بداية البيع بالتخفيض".

هذا يعني انه يمنع على العون الاقتصادي شراء سلع لغرض بيعها بالتخفيض ويجب ان يكون حائزا على مخزون 03 اشهر على الأقل قبل تاريخ بداية البيع.

ثالثا: الفترة التي يجب فيها البيع بالتخفيض :

طبقا لأحكام المادتين3 و4 من المرسوم التنفيذي رقم 06-215 يرخص البيع بالتخفيض مرتين في السنة، ويجب ان تتم كل عملية بيع بالتخفيض والتي تكون مدتها 6 اسابيع متواصلة خلال الفصلين الشتوي والصيفي.

ينجز البيع بالتخفيض خلال الفترات الممتدة بين شهري يناير وفبراير من الفترة الشتوية وبين شهري يوليو وأوت من الفترة الصيفية.

تحدد تواريخ فترات البيع بالتخفيض في بداية كل سنة بقرار من الوالي وباقتراح من المدير الولائي للتجارة المختص اقليميا بعد استشارة الجمعيات المهنية وجمعيات حماية المستهلك ويجوز للعون الاقتصادي ان يوقف عملية البيع قبل انتهاء المدة المحددة. غير انه يجب عليه اعلام المصالح المختصة للمديرية الولائية للتجارة المعنية كتابيا لدى مصالح هذه الأخيرة.

رابعا: طريقة الإعلان عن البيع بالتخفيض

على كل عون اقتصادي معني بالبيع بالتخفيض القيام بعملية الإشهار على واجهة محله التجاري وبكل الوسائل الملائمة الأخرى تواريخ بداية ونهاية البيع بالتخفيض والسلع المعنية والأسعار المطبقة سابقا وتخفيضات الاسعار الممنوحة .

تعرض السلع موضوع البيع بالتخفيض بصفة منفصلة عن السلع الاخرى وعلى مرأى من الزبائن، اي دون تخزينها، كما تمارس هذه العملية في المحلات التي يمارس فيها الأعوان الاقتصاديين نشاطاتهم.

خامسا: ملف طلب ممارسة البيع بالتخفيض

يجب على العون الاقتصادي الراغب في ممارسة البيع بالتخفيض تقديم طلب إلى المدير الولائي للتجارة المختص اقليميا مرفقا بالوثائق التالية :

- نسخة من مستخرج السجل التجاري
- قائمة السلع موضوع البيع بالتخفيض وكمياتها
- قائمة تبين التخفيضات في الاسعار المقرر تطبيقها وكذا الاسعار الممارسة سابقا.

كل ايداع لملف مطابق يؤدي فورا إلى تسليم رخصة إلى العون الاقتصادي تسمح له بالشروع في البيع بالتخفيض حلال المدة المحددة.

الفرع الثاني: البيع الترويجي les ventes promotionnelles

نتناول احكام البيع الترويجي في النقاط التالية :

أولا: تعريف البيع الترويجي

عرفته المادة 7 في فقرتها الاولى من المرسوم التنفيذي رقم 06 -215 بأنه "كل تقنية بيع سلع مهما يكن شكلها والتي يرمي العون الاقتصادي عن طريقها جلب الزبائن وكسب وفائهم .

ثانيا: السلع المعنية بالبيع الترويجي

على عكس البيع بالتخفيض فان البيع الترويجي يشمل جميع السلع مهما كان شكلها ،يقرر العون الاقتصادي من خلالها جلب زبائنه وكسب وفائهم.

ثالثا: طريقة الاعلان عن البيع الترويجي

على عكس البيع بالتخفيض، فان البيع الترويجي يقرره التاجر بنفسه، والذي يكون ملزما بإعلام المستهلكين عن طريق الاشهار على واجهة محله التجاري أو عن طريق اية وسيلة اخرى ملائمة لتقنيات الترويج المستعملة ومدة الترويج والمزايا المقدمة[1].

رابعا: شروط البيع الترويجي

بالرجوع لأحكام نص المادة 08 من المرسوم 06-215 ،فانه يجب على العون الاقتصادي الذي يريد ممارسة البيع الترويجي ان يودع تصريحا لدى المدير الولائي

[1]- انظر المادة 3/7 من المرسوم التنفيذي رقم06 -215 المشار اليه سابقا.

للتجارة المختص اقليميا يحدد فيه: فترة البيع الترويجي،مختلف التقنيات التي يستعملها والأسعار الترويجية التي سوف يطبقها وهوية المحضر القضائي المعين ،عنوانه في حالة تنظيم عملية سحب بالقرعة.

خامسا: الملف المطلوب لممارسة البيع الترويجي

يجب ان يكون طلب التصريح مرفقا بالوثائق التالية:

- نسخة من مستخرج السجل التجاري
- قائمة السلع موضوع الترويج

كل ايداع لملف مطابق يؤدي فورا ال تسليم رخصة إلى العون الاقتصادي تسمح له بالشروع في البيع الترويجي خلال المدة المحددة[1].

سادسا: مجانية المشاركة في سحب القرعة إذا كان البيع الترويجي متضمنا جوائز عن طريق سحب القرعة

يمنع على العون الاقتصادي اشتراط شراء سلعة أو تقديم أو طلب مقابل مالي ،بمعنى ان المشاركة في السحب بالقرعة تكون مجانا،كما يلزم العون الاقتصادي بتبليغ المديرية الولائية للتجارة المختصة اقليميا وكذا المحضر القضائي بشروط تنظيم عمليات السحب بالقرعة وإعلان نتائجها.كما يتعين على العون الاقتصادي اعلام المستهلكين عن طريق الالصاق على واجهة محله وبكل الوسائل الاخرى الملائمة بعملية السحب بالقرعة.[2]

الفرع الثالث: البيع في حالة تصفية المخزونات les ventes en liquidation de stocks

نتناول احكام البيع في حالة تصفية المخزونات في النقاط التالية :

أولا: تعريف البيع في حالة تصفية المخزونات

هذا البيع مثله مثل البيع بالتخفيض، يهدف إلى تسهيل التصريف السريع للمخزونات، يتم اثر التوقف المؤقت أو النهائى للنشاط، أو تعديل جوهري لشروط استغلاله.[3]

---

[1]–انظر المادة 08 من المرسوم التنفيذي 06–215 السابق ذكره

[2]–المادة09 من نفس المرسوم التنفيذي

[3]–المادة 10 من المرسوم التنفيذي نفسه

ثانيا: طريقة الاعلان عن حالة البيع في حالة تصفية المخزونات

كل عون اقتصادي معني بهذا البيع ملزم بالإعلان على واجهة محله التجاري عن طريق الالصاق وبأي وسيلة اخرى ملائمة، بداية ونهاية البيع في حالة تصفية المخزونات والسلع المعنية والتخفيضات في الاسعار الممنوحة وتمارس هذه البيوع في محلاتهم التجارية.

ثالثا: شروط البيع في حالة تصفية المخزونات

بالرجوع لأحكام نص المادة 12 من المرسوم التنفيذي 06-215 فانه يجب على العون الاقتصادي الذي يرغب في تصفية المخزونات ان يقوم بإيداع تصريح لدى المدير الولائي للتجارة يذكر فيه:

- بداية ونهاية البيع في حالة تصفية المخزونات
- السلع المعنية
- التخفيضات المقترحة في الاسعار

كما يجب ان يرفق التصريح بالوثائق التالية :

- نسخة من مستخرج الشطب من السجل التجاري، أو عند الاقتضاء نسخة من مستخرج الشطب من سجل الصناعة التقليدية والحرف.
- في حالة التعليق المؤقت للنشاط ،تصريح شرفي للعون الاقتصادي يثبت غلق المحل التجاري ومدته.
- في حالة تغيير النشاط، نسخة من مستخرج السجل التجاري أو عند الاقتضاء نسخة من مستخرج سجل الصناعة التقليدية والحرف تثبت تغيير النشاط.
- جرد السلع موضوع عملية التصفية وأسعار بيعها.

تسلم للعون الاقتصادي رخصة تسمح له بالشروع في البيع في حالة تصفية المخزونات خلال المدة المحددة[1].

[1]- المادة 12 من المرسوم التنفيذي 06-215 المشار اليه سابقا.

الفرع الرابع: البيع عند مخازن المعامل les ventes en magasins d'usines

نتناول احكام البيع عند مخازن المعامل في النقاط التالية :

أولا: تعريف البيع عند مخازن المعامل

يعتبر بيعا عند مخازن المعامل[1] البيع الذي يقوم به المنتجون مباشرة إلى المستهلكين والأعوان الاقتصاديين ويعني خصوصا الجزء من انتاجهم الذي لم يتم بيعه أو اعيد اليهم[2]. حيث يكون البيع من المصنع دون المرور على الموزع أو البائع بالجملة فيكون البيع بأسعار منخفضة لأنها من المصدر.

ثانيا : شروط البيع عند مخازن المعامل

يجب ان تكون لدى المنتجين الذين يمارسون البيع عند مخازن المعامل كل الوثائق اللازمة التي تثبت مصدر السلع المعنية.

كما يجب عليهم ان يعلنوا بكل الوسائل الملائمة بداية ونهاية البيع عند مخازن المعامل،السلع المعنية والتخفيضات في الاسعار الممنوحة[3].

ثالثا: الملف المطلوب لممارسة البيع عند مخازن المعامل

يتعين على المنتج الراغب في ممارسة البيع عند مخازن المعامل ان يودع لدى المدير الولائي للتجارة المختص إقليميا تصريحا مرفقا بالوثائق التالية:

- نسخة من مستخرج السجل التجاري أو عند الاقتضاء نسخة من مستخرج سجل الصناعة التقليدية والحرف.
- قائمة وكميات السلع موضوع البيع عند مخازن المعامل.
- جدول يبين الاسعار التي ستطبق.

كل ايداع لملف مطابق يؤدي فورا إلى تسليم رخصة إلى العون الاقتصادي تسمح له بالشروع في البيع عند مخازن المعامل خلال المدة المحددة.

---

[1] نقصد بمخازن المعامل منشات أساسية يهيئها المنتجون خصيصا على مستوى مقر الانتاج لممارسة البيع للجمهور وتكون منفصلة عن وحدات الانتاج .

[2] –المادة 13 من المرسوم التنفيذي 06 –215 السابق ذكره.

[3] المادة 15 من المرسوم التنفيذي 06 –215 المشار اليه سابقا.

الفرع الخامس: البيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود les ventes au déballages

نتناول احكام البيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود في النقاط التالي:

أولا: تعريف البيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود

يعتبر بيعا خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود بيع عون اقتصادي سلعا عن طريق عرضها في المحلات والأماكن والمساحات أو بواسطة السيارات المعدة خصيصا لهذا الغرض.

ونظرا للطابع الاستثنائي ولخصوصية المكان الذي يقع فيه هذا النوع من البيوع ،فان ذلك يؤدي إلى جذب المشترين طمعا في اسعار منخفضة وطمعا في الحصول على سلعة جديدة وسط اكوام الطرود المنفكة ،وغالبا مايتم فك الطرد امام الجمهور.

ثانيا: شروطه:

– لا يمكن ان تتعدى مدة البيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود شهرين قابلة للتجديد في السنة الواحدة.

– تحدد في بداية كل سنة الاماكن والمساحات المخصصة لهذا الغرض وكذا فترات البيع بواسطة فتح الطرود بقرار من الوالي المختص اقليميا وبناء على اقتراح من المدير الولائي للتجارة وبعد استشارة الجمعيات المهنية وجمعيات حماية المستهلك.

ثالثا: الملف المطلوب لممارسة البيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود:

يخضع البيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود إلى ترخيص من الوالي المختص اقليميا وذلك على أساس ملف يقدمه العون الاقتصادي يتضمن:

- نسخة من مستخرج السجل التجاري أو عند الاقتضاء نسخة من سجل الصناعة التقليدية والحرف.
- نسخة من البطاقة الرمادية للسيارة المعدة للبيع .
- قائمة وكميات السلع محل البيع
- يفصل الوالي في طلب الرخصة خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوما ابتداءا من تاريخ ايداعه ،يعد عدم الرد في الاجل المحدد قبولا ضمنيا .

- في حالة رفض طلب الرخصة الذي يجب ان يبلغ للمعني كتابيا ،يمكن للعون الاقتصادي ان يرفع طعنا.
- يتعين على كل عون اقتصادي معني، الاعلام عن طريق كل الوسائل الملائمة عن بداية ونهاية البيع خارج المحلات التجارية والسلع الممارسة [1].

الفرع السادس: المخالفات والعقوبات

أولا: البيع بالتخفيض

الذي يمارس دون ان يكون موضوع تصريح مسبق أو اعلان أو يخص سلعا غير معلنة أو خارج المدة المحددة يؤدي إلى وقفه فورا، حتى يسوي مرتكب المخالفة وضعيته.غير انه لايمنح مرتكب المخالفة الاستفادة من التسوية إلا اذا كانت المدة التي يمارس فيها دون ان يودع التصريح لا تتجاوز ثلاثة ايام ابتداءا من بداية فترة البيع بالتخفيض[2].

ثانيا : البيع الترويجي

الذي يمارس دون ان يكون موضوع تصريح مسبق أو اعلان أو يخص سلعا غير معلنة إلى وقفه فورا حتى يسوي مرتكب المحالفة وضعيته[3].

ثالثا: البيع في حالة تصفية المخزونات

الممارس دون ان يكون موضوع تصريح مسبق أو اعلان، أو يخص سلعا غير معلنة ،يؤدي إلى وقفه فورا ،حتى يسوي مرتكب المخالفة وضعيته [4].

رابعا: البيع عند مخازن المعامل

المنجز دون ان يكون موضوع تصريح مسبق أو اعلان أو منجز خارج المنشئات المهيأة لذلك أو يخص سلعا غير معلنة،يؤدي إلى وقفه فورا حتى يسوي مرتكب المخالفة وضعيته[5].

---

[1]–المادة 20 من المرسوم التنفيذي 06–215 المشار اليه سابقا.

[2]–المادة 23 من المرسوم التنفيذي 06–215 السابق ذكره.

[3]–المادة 24 من المرسوم التنفيذي 06–215 السابق ذكره.

[4]– المادة 25 من المرسوم التنفيذي 06– 215 المشار اليه سابقا.

[5]–المادة 26 من المرسوم التنفيذي 06–215 المشار اليه سابقا.

خامسا: البيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود

الممارس دون تصريح مسبق ،او اعلان أو منجز خارج المحلات والأماكن والمساحات أو السيارات المعدة لذلك أو خارج المدة المحددة أو يخص سلعا غير معلنة يؤدي إلى وقفه فورا للمدة المعينة.[1]

الفرع السابع: الترخيص القضائي للبيع

لقد اوجب المشرع الجزائري ضرورة الحصول على الاذن في بعض التصرفات التي يقوم بها القاصر أو نائبه الشرعي نصت عليه المادة 88 فقرة 2 من قانون الاسرة الجزائري بأنه " وعليه ان يستأذن القاضي في التصرفات التالية: 1 – بيع العقار.....". وباعتبار البيع من اعمال التي تشكل خطر على اموال القاصر، جعل القانون هذا الاذن وسيلة للرقابة على هذه التصرفات وحماية اموال القاصر وضمان حقوقه.

على القاصر أو نائبه الشرعي قبل بيع العقار الحصول على الاذن بالتصرف من القاضي المختص وذلك متى توافرت الشروط اللازمة التي نصت عليها المادة 89 من قانون الاسرة الجزائري بقولها أن" على القاضي ان يراعي في الاذن حالة الضرورة والمصلحة وان يتم بيع العقار بالمزاد العلني".

من خلال نص هذه المادة نجد ان هناك شروط يجب على القاضي مراعاتها عند تفحصه طلب الاذن بالتصرف تتمثل في حالة الضرورة والمصلحة وان يتم بيع العقار في المزاد العلني.

معيار الضرورة: تندرج الضرورة ضمن الامور الطارئة التي لا تتحمل التأخير وليست من الامور المعتادة، ويراد بها ان الانسان يجد نفسه في ظروف تهدد من المرتقب حدوثه ولا سبيل له للخلاص منه.

معيار المصلحة: يمكن ان تعرف بأنها منفعة القاصر ودفع الضرر عنه ،وهذا ما اكدته المادة 467 من ق ام ج بقولها " يمكن للقاضي قبل الفصل في الموضوع، ان يأمر باتخاذ التدابير المؤقتة لحماية مصالح القاصر ".الزم المشرع الجزائري من خلال هذه

[1]–المادة 27 من المرسوم التنفيذي 06–215 السابق ذكره.

المادة مراعاة مصلحة القاصر قبل الاذن القضائي الذي يعتبر من أساسيات مباشرة اجراءات بيع الاموال العقارية.

ان يتم بيع عقار القاصر بالمزاد العلني: حماية للأملاك العقارية الزم المشرع على ان يتم بيع عقار القاصر قضائيا بالمزاد العلني طبقا للمادة 783 من ق ا م ج [1] . بالإضافة إلى ان القاضي هو الذي يشرف بنفسه على عملية البيع وفقا لما نص عليه قرار المحكمة العليا رقم 68005 المؤرخ في 1990/70/15 وهو مايعزز دوره اكثر في حماية اموال القاصر.

فإذا قام الولي ببيع اموال القاصر دون الحصول على اذن مسبق من القاضي فان ذلك البيع يقع باطلا بطلانا مطلقا.

المطلب الثالث: الالتزام بالبيع

اذا كان من حق المالك عدم بيع ملكه من اجل المحافظة عليه ،فان هناك حالات خاصة تجبر الادارة على الخروج عن القاعدة العامة وفق شروط تحددها النصوص القانونية .

فنزع الملكية بسبب المنفعة المقرر بموجب المادة 677 ق م ج هو :

– اجراء استثنائي لان الاصل في اكتساب الادارة للأملاك التابعة للخواص يتم بطريق التراضي (التعاقد)، ولايتم اللجوء إلى نزع الملكية إلا في حالة عدم نجاح المحاولات الودية مع المالك ،وهذا الشرط لا يمكن للإدارة تجوزه وهذا طبقا للمادة 2 من المرسوم

---

[1]– تنص المادة 783 من ق ا م ج على" يتم بيع العقارات أو الحقوق العينية العقارية المرخص بيعها قضائيا بالمزاد العلني ،للمفقود ،وناقص الاهلية ،والمفلس ،حسب قائمة شروط البيع ،تودع بأمانة ضبط المحكمة ،سعدها المحضر القضائي بناءا على طلب المقدم أو الوصي أو الولي، أو بعدها وكيل التفليسة ،حسب الحالة ،تتضمن قائمة شروط البيع البيانات الاتية :

1–الاذن الصادر بالبيع

2–تعيين العقار أو الحق العيني تعيينا دقيقا ،لاسيما موقعه حدوده ونوعه ومشتملاته ومساحته ورقم القطعة الارضية واسمها، عند الاقتضاء ،مفرزا أو مشاعا .وغيرها من البيانات التي تفيد في تعيينه، وان كان العقار بناية، يبين الشارع ورقمه وأجزاء العقارات.

3 – شروط البيع والثمن الأساسي.

4 –تجزئة العقار إلى اجزاء اذا اقتضت الضرورة ذلك مع ذكر الثمن الأساسي لكل جزء.

5 –بيانات سندات الملكية .

التنفيذي 186/93 المؤرخ في 27 جويلية 1993[1] المحدد لكيفيات تطبيق القانون رقم 11/91 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من اجل المنفعة العامة[2].

– غايته تحقيق منفعة عامة وقد جاء في المادة 2 الفقرة 2 من قانون 11/91 انه " لا يكون نزع الملكية ممكنا إلا اذا جاء لتنفيذ لعمليات ناتجة عن تطبيقا لإجراءات نظامية مثل التعمير والتهيئة العمرانية والتخطيط ،تتعلق بإنشاء تجهيزات جماعية ومنشات اجراءات وأعمال كبرى ذات منفعة عمومية.

– إلزامية دفع التعويض مسبق وعادل، حيث ان المشرع اوجب دفع تعويض قبلي عادل ومنصف ،بحيث يغطي كل ما لحق المالك من ضرر وما فاته من كسب بسبب نزع الملكية ،وهذا التعويض يكون اما في شكل نقدي أو في شكل عيني ،كان يكون عقارا مماثلا للملكية المنزوعة

– انه لا يقع إلا على العقارات ،يمكن ان ينصب نزع الملكية على كل العقار أو جزء منه، كما يمكن ان يكون مبنيا أو غير مبني.

وترجع سلطة اصدار قرار نزع الملكية من اجل المنفعة العمومية طبقا لنص المادة 10 من المرسوم التنفيذي 186/93 المحدد لكيفيات تطبيق القانون رقم 11/91 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من اجل المنفعة العامة حسب حالتين :

– اذا كانت الممتلكات العقارية المراد نزع ملكيتها تقع على اقليم ولايتين أو عدة ولايات، فان قرار التصريح بالمنفعة العامة يصدر في شكل قرار وزاري مشترك بين الوزير المعني بالعملية ووزير الداخلية ووزير المالية .

وإذا كانت الممتلكات العقارية المراد نزع ملكيته تقع على اقليم ولاية واحدة فان التصريح بالمنفعة العمومية يصدر بقرار من الوالي .

---

[1]– التي تنص على " يخضع تطبيق الاجراء الخاص بنزع الملكية لتكوين المستفيد ملفا قبل ذلك يشمل ما يأتي :

– تقرير يسوغ اللجوء إلى اجراء نزع الملكية ويبرر النتائج السلبية التي تمخضت عنها محاولات الاقتناء بالتراضي....."

[2]– القانون رقم 11/91 المؤرخ في 27 افريل 1991 يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من اجل المنفعة العمومية .ج ر ع 21 الصادرة في 08 ماي 1991.

كذلك في حالة البيوع الجبرية في نطاق اجراءات التنفيذ الجبري ،حيث يمكن للدائن الحصول عن طريق اجراء التنفيذ الجبري عن البيع الجبري والعلني لأموال مدينه دون ان يختار البائع المشتري فهو ملزم بالبيع لمن رسا عليه المزاد .

المطلب الرابع: حق الشراء لبعض الأشخاص دون الآخرين

فإذا كان المشرع قد مكن المالك على الشيوع التصرف في حصته بكل حرية من غير ان يلحق ضررا بشركائه ،فقد منح في مقابل لباقي الشركاء ممارسة حق الشفعة وحق الاسترداد،بانتزاع ما تصرف فيه بعوض من يد المتصرف اليه فما هو حق الشفعة ؟وما هو حق الاسترداد؟

الفرع الأول: حق الشفعة

أولا: تعريف حق الشفعة

نظم المشرع الجزائري الشفعة وأحكامها في المواد 794-807 من ق م ج حيث عرفها في المادة 794 " الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار".

ثانيا: الحالات التي تثبت فيها الشفعة

اذا كانت الشفعة عبارة عن رخصة، فهي أيضا شرعت كطريق استثنائي، لأنها تعد قيدا على حرية التصرف.

وعلى هذا الأساس فقد عمد المشرع إلى تضييق حالات الاخذ بالشفعة وعدم التوسع فيها[1]. وقد نصت المادة 795 من ق م ج على هذه الحالات بقولها " يثبت حق الشفعة وذلك مراعاة الاحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية:

- لمالك الرقبة اذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة .
- للشريك في الشيوع اذا بيع جزء من العقار المشاع إلى اجنبي
- لصاحب حق الانتفاع اذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها.

[1]- توفيق حسن فرج ،الحقوق العينية الاصلية، الدار الجامعية للطباعة والنشر ،لبنان ،ص373.

ثالثا : شروط الشفعة

اشترط المشرع لثبوت الشفعة

- ان يكون التصرف عقد بيع على عقار
- ان ينعقد البيع صحيحا
- ان يتم البيع لشخص اجنبي
- يجب ان لايكون البيع من البيوع الواردة في المادة 798 من ق م ج التي تنص " على انه : لا شفعة:
- اذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات التي رسمها القانون ،
- اذا وقع البيع بين الاصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الاقارب لغاية الدرجة الرابعة،وبين الاصهار لغاية الدرجة الثانية.
- اذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل العبادة .

رابعا: اجراءات الشفعة

يمكن ان نلخص هذه الاجراءات فيما يلي :

1-اعلان الشريك الشائع رغبته في الشفعة:

وهذا يعني ان المشرع اشترط في الشريك الشائع اذا اراد الاخذ بالشفعة ان يعلن رغبته للطرفين معا البائع والمشتري ،وذلك في مدة ثلاثين يوما من تاريخ الانذار الذي تلقاه الشفيع من البائع أو المشتري.وقد اشترط المشرع في اعلان الرغبة في الشفعة شروط نجملها[1] :

– شكل اعلان الرغبة: لقد اشترط المشرع ان يكون الاعلان رسميا وإلا كان باطلا، وذلك ما نصت عليه المادة 801 ق م ج.

– الأشخاص الموجه اليهم اعلان الرغبة: اشترط المشرع ان يكون الاعلان في الرغبة موجه إلى كل من البائع والمشتري [2].

– ميعاد اعلان الرغبة: يجب على الشفيع ان يعلن الرغبة خلال 30 يوم من هذا الانذار.

---

[1]–احمد خالدي، الشفعة بين الشريعة والقانون المدني الجزائري ،الطبعة الاولى ،دار هومة، الجزائر ،2006، ص209–212.

[2]–انظر المادة 799 من ق م ج.

2 –رفع دعوى الشفعة :

بعد ان يستوفي الشفيع الاجراءات السابقة ،يجب ان يرفع دعوى الشفعة حسب ما نصت عليه المادة 802 من ق م ج على أنه يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري امام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في اجل ثلاثين يوما من تاريخ الاعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط الحق".

الفرع الثاني : حق الاسترداد

أولا : تعريف حق الاسترداد

نعني بحق الاسترداد حلول الشريك في المنقول الشائع أو في مجموع المال الشائع يحوي عقارا محل المشتري للحصة الشائعة ،التي باعها شريك غيره للأجنبي.

ثانيا: شروط حق الاسترداد

ان حق الاسترداد لا يرد إلا على منقول شائع قائم بذاته، اوفي مجموع من المال لو كان ضمن هذا المجموع عقار[1].وحتى يثبت للشركاء حق الاسترداد يجب توفر الشروط التالية:

ا– أن يصدر بيع من احد الشركاء في الشيوع (ان يكون البيع تاما وقد تم بالتراضي)

ب– ان يرد البيع على حصة شائعة في منقول أو مجموع مال

– ان يكون التصرف في حصة شائعة من منقول معين ،كالسيارة مثلا فهنا يثبت حق الاسترداد لباقي الشركاء.

– ان يكون تصرف الشريك في حصة الشائعة في المجموع من المال العقار والمنقول كالتركة التي تتكون من عناصر متعددة ،حيث نكون امام عدة اموال منفصلة عن بعضها البعض تدخل كلها ضمن الشيوع[2].

ج– ان يكون البيع لأجنبي

د– ان يكون المسترد هو احد الشركاء

[1]– السنهوري، الوسيط في القانون المدني، مجلد رقم 8 ط3 ،منشورات الحلبي الحقوقية ن بيروت، لبنان، 1997 ،ص 852.

[2]– السنهوري الوسيط في القانون المدني ،المرجع السابق، ص770 .

ثالثا: إجراءات الاسترداد

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 721 من ق م ج عن اجراءات لابد ان تتوفر ليثبت حق الاسترداد ،وذلك من اجل توفير الحماية اللازمة لحقوق الشركاء من جهة، وضمان استقرار المعاملات من جهة ثانية ،وهذه الاجراءات هي:

1-وقت الاسترداد:

ان طلب الاسترداد يجب ان يكون محددا بمدة زمنية معينة نصت عليها المادة 721 ق م ج وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ اعلامه.

ولا يشترط القانون ان يكون هذا الاعلان رسميا فيصح ان يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل أو حتى شفوي وأما اثبات الاعلان فيقع عبئه على كل من الشريك البائع والمشتري ويتم ذلك بكافة طرق الاثبات ،لان العلم بالبيع واقعة مادية[1].

2-حصول الاسترداد :

يقوم المسترد بإعلان رغبته بالاسترداد خلال المدة المذكورة ،ولكن اذا لم يتم الاسترداد بالرضى ،وجب اتمامه بالقضاء،حيث يختصم البائع والمشتري معا في كل مراحل الدعوى القضائية. والملاحظ ان المشرع لم ينص على قواعد خاصة بدعوى الاسترداد ،وهذا يعني ان مثل هذه الدعوى نخضعها للقواعد العامة ،ويكون على المسترد حينها تعويض المشتري عن كل ما انفقه من مصروفات.

[1]- السنهوري، الوسيط في القانون المدني، المرجع السابق ،ص859.

الفصل الثالث: مبدأ الرضائية والقيود الواردة عليه (عقد البيع الوارد على العقار نموذجا)

يعتبر عقد البيع العقاري من عقود المعاوضة ،ويتطلب لانعقاده صحيحا توافر مجموعة من الأركان نص عليها المشرع الجزائري ،حيث يؤدي انعدام اي ركن من هذه الأركان إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا وبما ان عقد البيع العقاري هو وجه من اوجه عقود البيع فهو يتطابق مع العقود الأخرى في وجوب توافره على الأركان الموضوعية العامة من تراضي ومحل وسبب بكل ما يتضمنه كل ركن من شروط والتي اوردها المشرع الجزائري في احكام القانون المدني . في حين يختلف معها في وجوب توافر ركن الرسمية الذي فرضه المشرع الجزائري ،حيث يجب ان يفرغ عقد البيع الوارد على العقار في شكل رسمي.

المبحث الأول: الأركان العامة لعقد البيع الوارد على عقار

يعد البيع في الاصل من العقود الرضائية التي تنعقد بمجرد حصول التراضي بين البائع والمشتري ،وطبقا للقواعد العامة فان اركان عقد البيع الوارد على عقار ثلاثة هي التراضي المحل والسبب،وسنتطرق لذلك كمايلي:

المطلب الأول: التراضي في عقد البيع الوارد على عقار

يشترط لانعقاد عقد البيع الوارد على عقار اقتران ارادتين متطابقتين اي وجود ايجاب معين وقبول مطابق له، فإذا كان وجود التراضي كافي لوجود العقد فانه لا يكفي لصحته ،فلكي يكون العقد صحيحا يجب ان يصدر من شخص ذي اهلية ولم تتعرض ارادة احد المتعاقدين لأي عيب من عيوب الإرادة.

الفرع الأول: وجود التراضي

لا ينعقد عقد البيع العقاري إلا بتطابق ارادتي البائع والمشتري تطابقا تاما، ويستوي في ذلك ان يصدر الايجاب من البائع أو المشتري،وهذا ما جاءت به المادة 59 من ق م ج بقولها "يتم العقد بمجرد ان يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية".

ويكون التعبير عن الإرادة باللفظ أو الكتابة أو الاشارة ،كما يكون باتخاذ موقف لا يدع اي شك في دلالته على مقصود صاحبه، ويمكن ان يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا مالم يوجد نص قانوني أو اتفاق بين الطرفين يقضي ان يكون صريحا [1].

ولكي يتحقق وجود التراضي يجب الاتفاق على العناصر الجوهرية للبيع التي تتمثل في طبيعة العقد والثمن والشيء المبيع. اما بالنسبة للعناصر الثانوية كمكان وزمان دفع الثمن ووقت تسليم المبيع ،فلا يجب الاتفاق عليها بل يكفي ان لا يحصل خلاف بين الطرفين بشأنها.

الفرع الثاني: صحة التراضي

نقصد بالاهلية في نطاق ركن التراضي هو اهلية الاداء،فهي ترتبط بقدرة الشخص على التمييز،هذه القدرة تختلف من شخص لأخر ،ويرجع ذلك إلى صغر السن، أو بالتأثر بعوارض الاهلية كالجنون والعته اللذان

يعدمان الأهلية السفه والغفلة اللذان ينقصان الاهلية.كما ان المشرع الجزائري ربط اهلية الأشخاص بسنهم ،فالشخص الذي لم يبلغ سن الثالثة عشر يعد عديم الاهلية وتكون تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا.

وقد اجاز المشرع الجزائري للصبي المميز الذي بلغ سن الثالثة عشرة سنة ولم يكمل التاسعة عشرة سنة حق التصرف في امواله في حدود شروط معينة،فقد نصت المادة 83 من قانون الاسرة الجزائري على انه " من بلغ سن التميز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة اذا كانت نافعة له وباطلة اذ اكانت ضارة به وتتوقف على اجازة الولي أو الوصي فيما اذا كانت مترددة بين النفع والضرر،وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

ولما كان البيع العقاري من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ،فانه يجوز للصبي المميز إبرامه،لكنه يبقى قابل للإبطال لمصلحته إلاّ إذا أجازه وليه أو وصيه أو أجازه القاصر نفسه بعد بلوغه سن الرشد.

[1]– انظر المادة 60 من ق م ج .

الفرع الثالث: خلو الإرادة من العيوب

يجب ان يكون الرضاء بالبيع والشراء الوارد على العقار كما هو الشأن في جميع التصرفات القانونية سليما من عيوب الرضا المعروفة ،وهي الغلط ،التدليس ،الاكراه والاستغلال.

لم تنص الإرادة التشريعية الجزائرية على هذه العيوب في قواعد البيع ،اكتفاءا بما اوردته في القواعد العامة في باب الالتزام من المواد 81 الى91 من ق م ج. فان تعرضت ارادة احد المتعاقدين لعيب من هذه العيوب جاز للطرف المتضرر ابطال عقد البيع.

يكتسي الغبن أهمية خاصة في عقود البع المنصبة على العقارات ،ويمكن اعتباره المظهر المادي للاستغلال ،حيث وضع المشرع الجزائري نصا خاصا بشان العقار متى وقع البائع في غبن يزيد عن الخمس من القيمة الحقيقية للعقار وقت البيع ،فيجوز للبائع تكملة الثمن إلى اربعة اخماس ثمن المثل. ويجب لتقدير ما اذا كان الغبن يزيد عن الخمس ان يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع[1]. ويجب ان ترفع دعوى تكملة الثمن خلال ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع [2]. ويشترط أيضا ألا يكون البيع قد تم بطريق المزاد العلني[3].

المطلب الثاني: المحل

ان البيع العقاري عقد يرتب التزاما على عاتق كل من البائع والمشتري وأهم التزام يقع على البائع هو نفل ملكية العقار ،ولذلك يعتبر العقار محلا في عقد البيع، اما أهم التزام يقع على المشتري هو دفع الثمن ولهذا يعتبر الثمن محلا ثانيا في عقد البيع الوارد على العقار .فالمحل هنا مزدوج يتكون من العقار والثمن [4]،وباعتبار ان العقار هو المحل الأول لعقد البيع ،يجب ان تتوافر فيه مجموعة من الشروط، وأول شرط ان يكون

---

[1]– انظر المادة 358 ق م ج.

[2]–انظر المادة 359 ق م ج.

[3]– انظر امادة360 ق م ج.

[4]–سي يوسف زهية، عقد البيع، دار الامل للطباعة والنشر والتوزيع ،تيزي وزو،الجزائر، الطبعة الثانية ،2008،ص65.

ملكا للبائع وان يكون موجودا وقابلا للوجود في المسقبل ومن امثلته البيع على التصاميم الذي تناول احكامه القانون رقم 04/11 المؤرخ في 17 فيفري 2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية [1]،حيث عرفته المادة 28 منه على انه"عقد البيع على التصاميم لبناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء، هو العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البنايات من طرف المرقي العقاري لفائدة المكتتب موازاة مع تقدم الأشغال، وفي المقابل يلتزم المكتتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز[2].

كما يجب أن يكون المحل معينا وهذا ما ورد في المادة 94 من ق م ج بقولها " إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا...". وتعيين العقار يكون بذكر موقعه ،حدوده ،مساحته ورقمه إذا شمله المسح العام للأراضي . كما يجب أن يكون المبيع مشروعا إذ توجد عقارات تخرج عن التعامل بحكم القانون كالعقارات الموقوفة، والعقار الموقوف هو المال المحبوس عن تملكه والتصرف فيه ،وجعله على وجه من وجوه البر والإحسان. كما لا يجوز التعامل في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم[3]. كما لا يجوز التعامل في التركات المستقبلية وذلك وفق لما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة92 من القانون المدني الجزائري " غير ان التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه،إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون".

اما الثمن باعتباره المحل الثاني في عقد البيع يجب أن يكون نقديا،يلتزم المشتري بدفعه للبائع مقابل التزام هذا الأخير بنقل ملكية العقار المبيع للمشتري، والاتفاق على الثمن يقتضي تعيينه أو بيان الأسس التي تؤدي إلى تقديره،وهذا ما نصت عليه المادة 356 ق م ج . كما يجب ان يكون الثمن حقيقيا أي جديا، وهو الذي يكون مقابلا حقيقيا للمبيع ،ويعتبر الثمن غير حقيقي اذا كان صوريا أو تافها.

---

[1]–ج ر ع 14 الصادرة في 6 مارس 2011.

[2]–عقد بيع عقار على التصاميم يرد على محل لم يتم انشاؤه بعد، وهذه الصفة التي يتميز بها محله هي التي تضفي على هذا العقد نوعا من الخصوصية تميزه عن بقية العقود.

[3]– انظر المادة 689 ق م ج .

المطلب الثالث: السبب

تنص المادة 97 من القانون المدني الجزائري " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا".

بناءا على هذا النص فان عقد البيع الوارد على عقار الذي يكون سببه غير مشروع أو مخالف للنظام العام أو الآداب يكون باطلا بطلانا مطلقا،كشراء منزل لاستعماله كمكان للدعارة أو القمار.

المبحث الثاني: القيود الواردة على مبدأ الرضائية (الشكلية)

تعتبر الملكية العقارية المجال الخصب لتطبيق الشكلية الرسمية في العقود التي تنشا في دائرتها وأهمها عقد البيع الواقع على العقار ،حيث اشترط المشرع الجزائري إفراغ الإرادة في شكل رسمي فنص في المادة 12 من قانون التوثيق[1] على ما يلي "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي فان العقود التي تتضمن نقل العقار أو حقوقا عقارية ... يجب تحت طائلة البطلان ان تحرر هذه العقود في شكل رسمي...". نفس النص كرسته المادة 324 مكرر1 من القانون المدني الجزائري.

وتجدر الإشارة أن البيع في بلادنا كان قبل صدور الأمر رقم91/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق خاضعا لأحكام القانون الفرنسي طبقا للقانون الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 1962 الذي مد آنذاك العمل بالقوانين الفرنسية متى لم يكن من شانها المساس بالسيادة الوطنية.

وعليه فان البيع الوارد على العقار كانت تسري عليه احكام القانون الفرنسي[2] التي تعتمد الرضائية اصلا في عقد البيع،بحيث يكفي لانعقاده تبادل الرضا بين البائع والمشتري على عقد البيع والمبيع والثمن دون الحاجة إلى افراغه في قالب رسمي سواء كان محله عقارا أو منقولا اذ يتم بكل عبارة دالة عليه أو كتابة عرفية أو رسمية.

---

[1]–الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15 سبتمبر 1970 والمتضمن تنظيم مهنة التوفيق ،ج ر ع 71.

[2] –larticle1582 du code civil français dispose que « la vente est une convention par laquelle l un s oblige a livrer une chose ,et l autre a la payer . elle peut être faite par acte authentique ou sous seing prive .

ولعل السب الذي دفع بالمشرع الجزائري إلى اعتبار البيع الوارد على عقار عقدا شكليا هو تمكين الدولة من مراقبة جميع التصرفات الواردة على العقارات نظرا لأهميتها في الحياة الاقتصادية للدولة مما يستدعي تدخل الدولة باستمرار لتنظيمها. كما ان الشكلية تقرر لصالح البائع والمشتري معا ،فبالنسبة للبائع يحاط علما بآثار البيع ويدرك أهمية تصرفه، اما بالنسبة للمشتري فانه يتأكد من اصل الملكية ومن اهلية البائع، فضلا عن ان المحرر الرسمي المتضمن عقد البيع يضع بين المتعاقدين سندا قابلا للتنفيذ مما يحقق استقرار المعاملات[1].

هذا ويقصد بالشكل الرسمي في عقد البيع الوارد على عقار افراغه في محرر رسمي الذي نتناوله من خلال تعريفه وكذا شروطه القانونية.

المطلب الأول: المحرر الرسمي

تختلف المحررات الرسمية باختلاف الجهة المختصة بإصدارها ،ونقتصر على دراسة المحرر الذي يحرره الموثق،ويهمنا من بين العقود التي يحررها الموثق عقد بيع العقار،فلكي يكون هذا العقد صحيحا منتجا لأثاره يجب ان يحرره الموثق في شكل خاص يورد في البيانات التي القانون.ولا يكون هذا العقد ذاته صحيحا باعتباره ورقة رسمية اذا تخلفت فيه الشروط اللازمة لتكوين هذه الورقة.

الفرع الأول: تعريف المحرر الرسمي

لقد تناول المشرع الجزائري تعريف العقد الرسمي من حلال المادة 324 ق م ج بقولها "العقد الرسمي هو عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ،ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه.

الفرع الثاني: شروط صحة المحرر الرسمي

من خلال نص المادة 324 ق م ج يمكن ان نستخلص الأسس التي من خلالها تستمد المحررات الناقلة للملكية العقارية الصبغة الرسمية والتي يمكن إجمالها فيما يلي :

[1]–محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري،ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة ،الجزائر،2005 ،ص 31.

أولا: صدور المحرر من موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة

لا يكتسب العقد صفة الرسمية إلا اذا كان محررا من طرف شخص مؤهل قانونا وهو اما الموظف الضابط العمومي، الشخص المكلف بخدمة عامة.

فالموظف العام هو كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة، فموظفو الولايات والبلديات والوزارات والإدارات العمومية ومدراء املاك الدولة لهم صلاحية تحرير المحررات الرسمية التي تتنوع حسب اختصاص كل واحد منهم ،فمثلا مدير املاك الدولة يبرز دوره في نقل الملكية العقارية للدولة باعتباره موظف الدولة.

اما الشخص المكلف بخدمة عامة هو الشخص الذي يخول له القانون هذه الصفة بسبب المهمة التي اسندت كالخبير الذي تعينه المحكمة ورؤساء المجالس الشعبية المنتخبة.

والضابط العمومي هو كل شخص يخوله القانون سلطة التصديق على المحررات وإعطائها الصبغة الرسمية بسبب المهنة ،كالمحضر القضائي والمترجم والموثق الذي يعود له الدور في تحرير عقود بيع العقارات.

ثانيا: سلطة واختصاص الموظف أو الضابط العمومي في تحرير العقد الرسمي

يقصد بالسلطة ان تكون للموظف أو الضابط العمومي اوالشخص المكلف بخدمة عامة الولاية والأهلية لتحرير الأوراق الرسمية، واذا كان الموثق أهلا لتحرير جميع الأوراق الرسمية التي تدخل في اختصاصه بما فيها البيوع الواردة على العقارات فانه وردت مع ذلك في المادتين 19 و21 من قانون التوثيق 02/06 المؤرخ في20 فيفري 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق[1] حالات تمنعه من تحرير بعض الأوراق الرسمية بحيث إن قام بها اعتبرت باطلة.

فلا يكون مختصا في تحرير العقود التي يكون له فيها مصلحة خاصة كما لو كان طرفا في العقد أو ممثلا أو مرخصا له بأية صفة كانت كان يكون وكيلا أو تتضمن تدابير لفائدته.

[1]–المنشور في ج ر ع 14 الصادرة في2006/03/08.

ولا يحرر العقود المتعلقة بأحد اقاربه وأصهاره حتى الدرجة الرابعة. كما يمنع عليه تحرير العقد الذي تكون فيه الجماعة التي هو عضو في مجلسها طرفا فيه دفعا مظنة المحاباة أو التأثير.

ولا يكفي لاكتساب المحرر صفة الرسمية ان يكون صدوره داخلا في حدود سلطة الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بالخدمة، وإنما يجب كذلك ان يكون هؤلاء الأشخاص مختصين بإصدارها اختصاصا نوعيا ومكانيا.

يشترط القانون ان يكون الموظف مختصا نوعيا من ناحية نوع الورقة التي يقوم بتحريرها، فيختص القاضي بإصدار الاحكام القضائية ،والموظف بتحرير السندات الرسمية كالقرارات والمقررات الادارية. وقد تناولت المادة الثالثة من قانون 02/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق الاختصاص النوعي للموثق فجعلته مختصا بتحرير جميع العقود الواردة على العقارات ومثالها البيع العقاري والرهن الرسمي.

كما يشترط القانون ان يتحدد اختصاص الموظف بمكان تواجد عمله ولا يتعداه إلى اختصاص جهة اخرى ،فضابط الحالة المدنية مثلا لا يجوز له ان يحرر شهادة الاقامة لشخص غير تابع لبلديته.

اما بالنسبة للموثق،فقد كان اختصاصه اقليمي في ظل الأمر 91/70 المتضمن قانون التوثيق القديم،يتحدد بدائرة اختصاص المحكمة التي يباشر فيها عمله . وحين صدر قانون التوثيق 27/88 المؤرخ في 12 جويلية 1988[1] اصبح الاختصاص الاقليمي لمكاتب التوثيق يمتد إلى كامل التراب الوطني، وهو ما اكده قانون 02/06 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق في المادة الثانية منه" تنشا مكاتب عمومية للتوثيق تسري عليها احكام هذا القانون والتشريع المعمول به ويمتد اختصاصها الاقليمي إلى كامل التراب الوطني".

[1]–المنشور في ج ر ع 28الصادرة في 1988/07/13.

ثالثا: وجوب تحرير العقد الرسمي وفقا للأشكال القانونية :

يقصد بذلك أنه يجب تحرير المحررات الرسمية وفقا لشكليات محددة بموجب التشريع المعمول به، لأن هذه الشكليات هي التي تضفي على المحررات طابعا رسميا فتكون بذلك صحيحة.

وبالتالي يعتبر البيع صحيحا إذا تم وفقا للأشكال القانونية طبقا لما نصت عليه المادة 324 من ق م ج وتبيان هذه الاشكال يقضي منا:

- تحديد البيانات الخاصة بالأشخاص المتدخلين في تحرير العقد
- تحديد البيانات الخاصة بشكل العقد
- تحديد البيانات الخاصة بموضوع العقد

1-تحديد البيانات الخاصة بالأشخاص المتدخلين في تحرير العقد

الأشخاص المتدخلين في تحرير عقد البيع العقاري هم الموثق، البائع المشتري والشهود.

الموثق: يجب على الموثق باعتباره ضابط عمومي يتولى تحرير العقود الرسمية المتعلقة بالعقار أن يذكر اسمه ولقبه ومقر اقامته، وفي الحالة التي ينوب عنه احد زملائه فانه يجب ان يشار إلى ذلك.

البائع والمشتري: يجب على اطراف العقد في البيع العقاري ذكر الاسم واللقب الصفة بائعا كان أو مشتريا، والمسكن وتاريخ الميلاد ومقر الاقامة، وإذا كان احد الاطراف اوكلأهما عين موكلا لإبرام العقد فيجب أن يقدم الوكالة في شكل رسمي.

الشهود: يضمنون هوية المتعاقدين

يجب ذكر الاسم واللقب والصفة والمسكن

المترجم: وفي بعض الاحيان يكون أحد الاطراف أو كلأهما لا يعرف اللغة العربية، وفي هذه الحالة يجب اللجوء إلى مترجم باعتباره يلعب دورا في تحرير هذا العقد ن فإنه يجب لزوما ذكر اسمه ولقبه وموطنه .

2-البيانات الخاصة بشكل العقد :

بالرجوع إلى المواد 28/27/26 من قانون رقم 06-02 المتضمن قانون التوثيق فإذا حرر الموثق عقد في حدود اختصاصه وجب عليه احترام البيانات التالية :

- وجوب تحرير العقد باللغة العربية بطريقة واضحة
- يجب ألا يستعمل الاختصار، بل يجب كتابة الكلمات والأسماء كاملة
- يجب ألا يترك بياض، إذ يجب ملئ البياض بخط مستقيم
- يجب أن يكتب الثمن بالأحرف ولا مانع كتابته بالأرقام إلى جانب الاحرف
- يجب أن يكتب تاريخ تحرير العقد بالأحرف كذلك (السنة، الشهر، اليوم)
- يجب أن يوقع على ذلك كل من الموثق، الاطراف، الشهود بالأحرف الاولى من اسماءهم
- يجب حصر عدد الكلمات المشطوبة إن وجدت في النهاية، ويجب أن يتم المصادقة عليها من طرف الموثق، الاطراف، الشهود .

3-البيانات الخاصة بموضوع العقد :

فهي تتعلق بالتصرف القانوني الثابت في العقد، ففي عقد البيع العقاري يجب أن يذكر في العقد تاريخ إبرامه، ويحدد هذا التاريخ باليوم والشهر والسنة ومكان إبرامه.

كما يتعين ذكر طبيعة وحالة ومضمون وحدود العقار، وذكر اصل الملكية، بالنسبة لبائع العقار أي ذكر المالك السابق وذكر اكتساب البائع لهذا العقار، وهذا ما يتضح من نص المادة 324 مكرر 1 من ق م ج . ويذكر إلى جانب ذلك الثمن الذي تلقاه الموثق من المشتري طبقا لما تقضي المادة 324 مكرر1 ايداع 5/1 المبلغ بين يدي الموثق .

وبعد ذكر جميع البيانات وجب على الموثق قبل أن يوقع ذوو الشأن على العقد أن يتلوا عليهم الاحكام التشريعية الخاصة بالضرائب ليبين لهم الاثر القانوني المترتب على التصرف الذي يقدمون عليه. وقد جرت العادة على أن يقرأ الموثق أيضا النص الكامل للعقد الذي حرره حتى يكونو على دراية كاملة بمحتواه، فإذا تم وقع الموثق على العقد ووقع معه الاطراف والشهود، ووقع معهم

المترجم أن وجد بالنسبة للأطراف[1] والشهود، ويمكن أن يكتفى الموثق ببصماتهما اذا كان احدهما أو كلأهما لا يعرف القراءة أو لا يستطيع التوقيع .

[1]-انظر المادة 324مكرر 2 من ق م ج . وطبقا للمادة 256 ف1 من قانون التسجيل (الأمر 105/76 المعدل بموجب قانون المالية رقم 19-14 المتضمن قانون المالية لسنة 2020 فانه يتم دفع لزوما 5/1 من ثمن نقل الملكية، فاذا كان الثمن مؤجلا فانه يتم عند كل اجل الدفع بين يدي الموثق إلى غاية بلوغ الخمس المادة 256ف2 .

الفرع الثالث: جزاء تخلف الشكلية في عقد البيع الوارد على عقار

إن عدم اتباع احكام الشكل في عقد بيع العقار يؤدي إلى بطلانه بطلانا مطلقا، وهذا البطلان يتقرر لكل من له حق يتأثر بوجود العقد أو بزواله ن ويثبت هذا الحق للخلف العام والخلف الخاص ويجوز للمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها طبقا لأحكام المادة 102 من ق م ج .

وإذا بطل عقد البيع زالت كل اثاره وتعين إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ومن ثم يلزم المشتري برد العقار المبيع كما يلزم البائع برد الثمن الذي اخذه وإذا استحال الاسترداد حكم القاضي على من استحال عليه الرد بان يدفع إلى الطرف الاحر تعويضا معادلا[1].

إن ما يقال في بيع العقار من احكام خاصة بالبطلان يقال أيضا في الوعد بالبيع، فيجب ان يتوفر فيه الشكل الخاص الذي يجب توافره في العقد المنتظر طبقا لأحكام المادة 71 فقرة الثانية من ق م ج التي تنص: " إذا اشترط القانون لتمام العقد استفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد "

الفرع الرابع: حجية المحرر الرسمي :

إذا توفرت في المحرر الرسمي الشروط السالفة الذكر اكتسب صفة الرسمية وأصبحت له ذاتية في الاثبات، بحيث يطلب ممن ينكرها أن يقيم الدليل على بطلانها وليس له من طريقة لهذا الادعاء إلا الطعن بالتزوير .

تنص المادة 324مكرر 6 فـ1 من ق م ج " يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الاطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن ".

تنص المادة 324مكرر 5 "يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني ".

ويتضح من هاتين المادتين أن المحرر الرسمي يعتبر حجة على صحة ما دون فيه ولا تنتفى هذه الحجية إلا بإثبات تزويره. واعتبر المشرع الجزائري المحرر الرسمي حجة حتى يثبت تزويره. ويحتج به في مواجهة الاطراف والغير.

[1]– راجع المادة 103 ق م ج.

المطلب الثاني: النظام القانوني لتسجيل عقد بيع العقار

بعد أن يحرر الموثق عقد البيع الوارد على عقار في شكل رسمي يجب أن يقوم بتسجيله لدى مصالح مفتشية التسجيل والطابع المختصة اقليميا [1] ذلك أن التسجيل هو إجراء يتوسط مرحلة التوثيق والإشهار العقاري، ويعد اجراء ملزما، وأن حقوق التسجيل تدفع قبل القيام بهذا الاجراء طبقا للمادة 82 من قانون التسجيل التي تنص على ما يلي : " **رسوم العقود التي يجب تسجيلها تستخلص قبل اتمام الاجراءات** ".

الفرع الأول: تعريف التسجيل

يعرف التسجيل بأنه اجراء اداري يقوم به موظف عمومي مؤهل قانونا بتسجيل جميع التصرفات القانونية مقابل دفع حقوق التسجيل [2] انطلاقا من هذا التعريف يمكن استنتاج خصائص التسجيل وهي:

أولا: أن التسجيل اجراء اداري

يعتبر التسجيل بأنه اجراء إداري حيث أنه يتم على مستوى إدارة عمومية تابعة سلميا إلى وزارة المالية وهي مفتشية التسجيل والطابع ولها اختصاص اقليمي .

ثانيا: يقوم به موظف عمومي

يقصد بالموظف العمومي هنا مفتش التسجيل وهذا طبقا لنص المادة 180 من الأمر 105/76 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل [3].

---

[1]–تنص المادة 1/75 من قانون التسجيل على ما يلي: (لا يستطيع الموثقون أن يسجلوا عقودهم إلا في مصالح التسجيل التابعة للدائرة التي يوجد بها مكتبهم)

[2]–دوة آسيا ورامول خالد ،: الاطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري ،دار هومة، الجزائر ،الطبعة الثانية ،2009، ص20 .

[3]–التى تنص على أنه " لا يستطيع مفتشو التسجيل بأي حال ولو كان الأمر يتعلق بإجراء خبرة أن يؤجلوا تسجيل العقود ونقل الملكيات التي تم دفع رسومها حسب المعدلات المضبوطة بموجب القانون ج ر ع 81 الصادرة بتاريخ 1977/12/18

ثالثا: أن التسجيل اجراء بمقابل

يقوم مفتش التسجيل باقتطاع الحقوق في شكل نقدي إلا انه هذه الخاصية ليست مطلقة فهناك بعض التصرفات القانونية ليست مطلقة فهناك بعض التصرفات القانونية معفاة من حقوق التسجيل [1].

رابعا: أن التسجيل اجباري

يتولى المكلف بحقوق التسجيل بأدائها اجباريا بطرق ادارية ويتعرض المكلف بها في حالة التخلف عن دفعها لعقوبات جبائية بهدف إلزامه بدفعها، وهذا ما نصت عليه المادة 1/93من قانون التسجيل بقولها: "**إن الموثقين الذين لم يسجلوا عقودهم في الاجال المحددة تطبق عليهم العقوبات التأديبية من قبل السلطة المختصة التي يتبعونها من دون المساس بتطبيق العقوبات الاخرى المنصوص عليها في القوانين والأنظمة السارية المفعول عند الاقتضاء** ".

الفرع الثاني: أهمية التسجيل

يلعب التسجيل خاصة تسجيل العقارات أهمية مزدوجة تتمثل في الأهمية الجبائية والأهمية القانونية :

أولا: الأهمية الجبائية لتسجيل العقارات :

يتم التسجيل مقابل اقتطاع ضرائب غير مباشرة يؤديها الشخص الذي يود استعمال الخدمات الخاضعة للضريبة فتدفع بمناسبة واقعة أو تصرف قانوني فتأتي هذه الضريبة بأهداف مالية واقتصادية واجتماعي

1-الهدف المالي لتسجيل العقارات :

الهدف الأساسي لتسجيل العقارات هو هدف مالي تسعى من خلاله الدولة ملئ الخزينة العمومية وإعطائها وظيفة مالية بشكل مطلق، وهذا ما يساهم في تحقيق إيرادات الدولة حتى تستطيع هذه الأخيرة مواجهة نفقاتها المحدودة من اجل تسيير المرافق العامة .

[1]-تنص المادة 271 من قانون التسجيل على بعض الاعفاءات من حقوق التسجيل من بينها إعفاء الدولة من جميع رسوم التسجيل فيما يخص العقود المتعلقة بمبادلة وشراء الاموال وكذا المتعلقة باقتسام هذه الاموال مع الخواص

2-الهدف الاقتصادي لتسجيل العقارات :

يعد التسجيل احد أهم مصادر رأس المال حيث يهدف من ورائه اقتطاع حقوق تشكل ضريبة غير مباشرة، هذه الاخيرة تلعب دورا اقتصاديا مهما فهي تسعى إلى تحقيق التوازن والاستقرار الاقتصاديين عن طريق تشجيع الادخار وتحفيز الاستثمار .

3-الهدف الاجتماعي لتسجيل العقارات :

يرتكز النظام الجبائي على مبدأ العدالة ويسعى إلى تحقيقها باستخدام حقوق التسجيل من اجل المساهمة في توسيع الدخل الوطني لفائدة الفئة الفقيرة محدودة الدخل وعلى سبيل المثال تعفى من الرسوم المؤسسات العمومية الاستشفائية والمكاتب الخيرية علما أن الأموال التي ألت إلى الدولة عن طريق الهبة وكذا اقتطاع حقوق التسجيل تعتبر أداة من الأدوات التي تلجأ إليها الدولة لتحقيق الرفاهية العامة في الميادين الاجتماعية والاقتصادية[1].

ثانيا: الأهمية القانونية لتسجيل العقارات :

إن للتسجيل أهمية قانونية بالنسبة للعقود العرفية، بحيث أن التسجيل يعطى المحرر العرفي تاريخا ثابتا وذلك طبقا للمادة 328 الفقرة الاولى من القانون المدني الجزائري التى نصت على ما يلي: "**لايكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء من يوم تسجيله....**".

طبقا لهذه المادة يمنح التسجيل للمحرر العرفي تاريخا اكيدا وذلك لأنه يدل على أنه قد ابرم قبل ذلك التاريخ، فهنا توجد واقعة مادية شهد بها موظف التسجيل .

كما يعتبر التسجيل بالنسبة لنقل ملكية العقار اجراء وسط بين مرحلة التوثيق والإشهار ويعد اجراء ملزما إذ يجب أن تدفع حقوق التسجيل قبل القيام بهذا الاجراء طبقا لنص المادة 393 من ق م ج التي نصت على " **أن نفقات التسجيل والطابع ورسوم الاعلان العقاري وغيرها تكون على المشترى مالم تكن هناك نصوص قانونية تقضي بغير ذلك**".

---

[1]-دوة آسيا ورموال خالد، الاطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، المرجع السابق ص 23 .

الفرع الثالث: الشخص المؤهل بالتسجيل

منح القانون صلاحية المبادرة بتسجيل عقد بيع العقار للموثق باعتباره الشخص المؤهل قانونا بتحريره والزمه المشرع بضرورة دفع حقوق التسجيل لدى قابض الضرائب.[1]

وتجدر الاشارة إلى انه يجب التفرقة بين الموثق وهو المكلف القانوني بمباشرة اجراء التسجيل والمنتفع وهو المكلف الحقيقي بدفع المبلغ المستحق من امواله الخاصة باعتباره المستفيد فعليا من تمام التصرف القانوني.

الفرع الرابع: الآجال القانونية لتسجيل عقد البيع العقاري

يقصد بها الاجال القانونية الواجب مراعاتها من قبل المكلف القانوني بتسجيل العقد ولقد ربط المشرع الجزائري صحة ايداع العقد المراد تسجيله بضرورة احترام المواعيد التي حددها قانون التسجيل، الاصل في العقود ان التسجيل يكون في غضون شهر من تاريخ تحريرها. اما الاستثناءات فهي تختلف باختلاف طبيعة العقد وموضوعه من جهة، وحسب نوع الرسم الخاضع له من جهة اخرى،وذلك لان المشرع قد فرق بين العقود الخاضعة لرسم ثابت وتشمل هذه الحالة كل العقود التي لم يحدد قانون التسجيل تعريفها بمقتضى المادة 208 من قانون التسجيل [2].والواجب تسجيلها خلال شهرين كاملين من تاريخ تحريرها.

كما يجب تسجيل العقود الخاضعة لرسم نسبي والمتعلقة بالتصرفات المنصوص عليها بمقتضى نص المادة 4 من قانون التسجيل [3]،والتي يندرج في اطارها نقل الملكية العقارية عن طريق عقد البيع الذي يسجل خلال مدة شهر واحد ابتداء من تاريخ تحرير

---

[1]–المادة 10 من قانون التوثيق التي تنص " يتولى الموثق حفظ العقود التي يحررها أو يتسلمها للإيداع ويسهر على تنفيذ الاجراءات المنصوص عليها قانونا لاسيما تسجيل وإعلان ونشر وشهر العقود في الاجال المحددة قانونا"....

[2]–تنص المادة 208 من قانون التسجيل على مايلي " تخضع للرسم الثابت المقدر ب1500دج كل العقود التي لم تحدد تعريفته بأي مادة من هذا القانون، والتي لا يمكن ان يترتب عنها تحصيل رسم نسبي".

[3]–تنص المادة 04 من قانون التسجيل على مايلي " يؤسس الرسم النسبي أو الرسم التصاعدي بالنسبة لنقل الملكية أو حق الانتفاع.....".

العقد[1] طبقا للمادة 58 من قانون التسجيل التي تنص "**يجب ان تسجل عقود الموثقين في اجل شهر ابتداء من تاريخها باستثناء الحالة المنصوص عليها في المادة 64 ادناه. وتسجل على الخصوص في الاجل المنصوص عليه في المقطع اعلاه العقود التالية :**

1-العقود التي تتناول نقل الملكية أو حق الانتفاع للأموال العقارية والمحلات التجارية والزبائن أو التنازل عن الايجار أو عن الاستفادة بوعد الايجار يتضمن الكل أو البعض من العقار.....".

الفرع الخامس: مكان تسجيل عقد البيع العقاري

لم يكتف المشرع بتقييد عملية التسجيل بشرط الاجال فقط، بل اضاف شرطا اخر يتمثل في وجوب احترام المكاتب المختصة اقليميا للقيام بإجراء التسجيل، ولقد حددت مواد قانون التسجيل المكاتب المؤهلة قانونا في الباب الرابع تحت عنوان المصالح المختصة بتسجيل العقود ونقل الملكيات ،فالموثقون ملزمون بتسجيل عقودهم في مكتب التسجيل التابع للدائرة التي يوجد به مقر عمله ويمكنه أيضا التسجيل في مكتب الولاية التي يقع فيه مكتبه[2].

الفرع السادس: رسوم التسجيل

اخضع المشرع الجزائري العقود القابلة للتسجيل لرسم جبائي تختلف نسبة تقديره بحسب الطبيعة القانونية لكل عقد . وقد تطلب دفع نسبة 5 بالمائة بالنسبة لنقل الملكية العقارية بحيث يفرض اقتطاع هذه القيمة من ثمن البيع طبقا لأحكام المادة 252 من قانون التسجيل[3].

---

[1]-دوة اسيا ورمول خالد، الاطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري ،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع طبعة 2008،ص77.

[2]-تنص المادة 75 من قانون التسجيل على ما يلي "1) لايمكن للموثقين ان يسجلوا عقودهم إلا في مكتب التسجيل التابع للدائرة أو عند الاقتضاء في مكتب الولاية الذي يوجد بها مكتبهم...".

[3]-تنص المادة 252 من قانون التسجيل " تخضع لرسم قدره 5 مع مراعاة الاحكام الواردة في المادتين 255 و258 ادناه المزايدات والبيوع.....".

ويقدر الرسم بنسبة 3 بالمائة اذا كان العقار محل عقد البيع موجود في بلد اجنبي وهذا وفقا لنص المادة 255 من قانون التسجيل[1].

المطلب الثالث: النظام القانوني لشهر عقد البيع العقاري لدى المحافظة العقارية

يعد الشهر العقاري من ابرز الاجراءات والأنظمة التي تؤطر وتدعم الملكية العقارية وتوفر الحماية القانونية ،ويهدف إلى الاعلان عن التصرفات الواردة على العقار من اجل معرفة الوضع القانوني لها ،كما يراد به تنظيم هوية كل عقار بطريقة تشبه إلى حد كبير بطاقة الحالة المدنية للأشخاص، وهو الاجراء الجوهري في عملية انتقال الملكية وشرطا لنفاذها من اجل زرع الثقة واستقرار المعاملات العقارية .

الفرع الأول: أنظمة الشهر العقاري

يوجد في العالم نظامان أساسيان للشهر العقاري يتمثلان في نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني الذين عرفتهما الجزائر وطبقتهما في انتظار تعميم الشهر العيني.

أولا: نظام الشهر الشخصي.

هو اول نظام ساد في العالم وأخذت به فرنسا وحاولت تطبيقه في الجزائر واسمه يدل عليه ،بحيث يقوم على أساس شهر التصرفات العقارية بناء على اسماء المتصرفين، ضمن سجلات مخصصة لذلك ،دون النظر في العقار محل التصرف.[2]

يتم شهر التصرفات طبقا لأسماء الأشخاص في نوعين من السجلات سجلات شخصية وسجلات زمنية

- سجلات شخصية مرتبة ابجديا بترتيب اسماء الأشخاص اطراف المعاملة
- سجلات زمنية ترتبت فيها المعاملات حسب ورودها ترتيبا زمنيا

بحيث يقتصر دوره على اعلان التصرف دون تطهيره من العيوب والتي قد تؤدي إلى بطلانه أو فسخه بموجب دعوى لاحقة على الشهر.

---

[1]–التي تنص " تخضع لرسم قدره 3بالمائة حقوق التسجيل العقود التي تنقل ملكية عقارات توجد في بلدان اجنبية أو حق الانتفاع اوحق التمتع بها"

[2]–عمر حمدي باشا،ليلى زروقي،المنازعات العقارية،دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية عشر،2010 ،ص 42 .

ثانيا: نظام الشهر العيني :

يرتكز هذا النظام في شهر التصرفات العقارية على العين نفسها اي العقار محل التصرف ويتميز بمسك سجل خاص لدى مصلحة الشهر تخصص فيه صفحة أو اكثر لكل عقار تدون فيه كل التصرفات التي ترد عليه مع تحديد موقعه ،مساحته، رقمه وحدوده ويسمى العقار المعني بالوحدة العقارية وتعتبر البطاقة المخصصة له بمثابة بطاقة تعريفه ،فمن اراد الاطلاع على حالة العقار ومعرفة الحقوق، الالتزامات والارتفاقات التي تثقله بإمكانه ان يطلب هذه المعلومات من مصلحة الشهر .

ومن أهم المبادئ التي تحكم هذا النظام :

- **مبدأ التخصيص:** ومعناه اتخاذ من العقار أساسا ومحورا لقيد كل التصرفات الواردة على العقار ،تخصص لها صفحة أو عدة صفحات من السجل العقاري تتضمن وبدقة الحدود والمساحة ،وهذا المبدأ يجعل الموظف المكلف بالشهر يملك كل المعلومات التقنية المتعلقة بالعقار.

- **مبدأ القوة الثبوتية:** اذ يعد قرينة قاطعة على الملكية بالنسبة للعقار فالتصرفات التي تقيد في ظل نظام الشهر العيني يصبح قيدها قرينة على ملكية الحق العيني أو العقار المتصرف فيه،وان هذا التصرف يصبح سليما خاليا من العيوب،مما يوفر الائتمان في المعاملات والثقة بها.

- **مبدأ المشروعية:** مفاده ان يتحقق المحافظ العقاري من كل التصرفات المراد شهرها بدقة حتى لاتهدر حقوق الافراد نظرا للقوة الثبوتية للقيد، فيلزم بتفحص كل الوثائق والعقود ويتحقق من صحة التصرف وتوفر اهلية المتصرف وخلو ارادته من العيوب ومدى مشروعية المحل وجواز التعامل فيه ،

- **مبدأ عدم اكتساب الحقوق المقيدة بالتقادم:** يترتب عل قيد الحقوق في السجل العيني ان اصحاب هذه الحقوق يكونون في مأمن من كسب الغير لها بالتقادم، فلا يمكن لواضع اليد على عقار مهما طال اكتسابه بالتقادم في نظام الشهر العيني ان يطالب بتملكه اذا كان سند الملكية مشهر لأنه يتعارض مع مبدأ القوة الثبوتية المطلقة .

من مزايا هذا النظام حماية المتعاقدين في التصرفات المنصبة على العقارات لان كل حق مقيد يتمتع بحصانة تامة .كما يسهل التعرف على الحالة القانونية للعقار واصل

الملكية فيه وكل الاعباء التي تثقله ولايمكن بذلك اخفاؤها ،وتجنب خطر اكتساب الملكية بالتقادم أو تشابه في اسماء المالكين ولكن يعاب عليه انه نظام مكلف للغاية ،ويتطلب تطبيقه نفقا ت باهظة لمسح كل اراضي الوطن

الفرع الثاني: نظام الشهر العقاري في الجزائر

نظام الشهر الموروث من الاستعمار الفرنسي هو نظام الشهر الشخصي ،واستمر العمل به إلى غاية سنة 1975، تاريخ صدور الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن اعداد مسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري[1] ،حيث تبنى المشرع الجزائري صراحة نظام الشهر العيني.

ولان المسح العقاري عملية تقنية وقانونية ضخمة تتطلب جهودا كبيرة وإمكانيات مادية ضخمة، فان تعميمه على كافة التراب الوطني الذي يتسم بمساحة كبيرة جدا يتطلب وقتا طويلا،فان تطبيق نظام الشهر العيني يكون في المناطق التي تأسس فيها السجل العيني نتيجة اجراء المسح العقاري ،في حين المناطق التي لم يتم فيها اجراء المسح ولم يتأسس فيها سجل عيني للعقارات الموجودة ضمن اقليمها فان نظام الشهر الشخصي هو الذي سيبقى مطبقا بشكل مؤقت إلى غاية اخضاعها للمسح العقاري.

وبالتالي فالجزائر تطبق في الوقت الحالي ومنذ بداية 1975 نظام شهر مزدوج ،شهر شخصي في المناطق الغير ممسوحة وشهر عيني في المناطق الممسوحة.

الفرع الثالث: الهيئة المكلفة بالشهر العقاري في الجزائر

تتولى هيئة المحافظة العقارية في الجزائر عملية الشهر العقاري بنوعيه الشخصي والعيني، وقد تأسست سنة 1975، حيث تنص المادة 20 من الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتعلق بالمسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري على ما يلي: " تحدث محافظات عقارية يسيرها محافظون عقاريون مكلفون بمسك السجل العقاري واتمام الاجراءات المتعلقة بالإشهار الجديد المؤسس بموجب هذا الأمر " ويشرف على المحافظة العقارية محافظ عقاري وتزاول نشاطها تحت وصاية وزارة المالية.

[1]–جريدة رسمية عدد 82 المؤرخة في 18 نوفمبر 1975.

فالمحافظة العقارية هي هيئة ادارية عمومية يشرف عليها محافظ عقاري، يتولى مهمة مسك السجل العقاري وتنفيذ اجراءات الشهر العقاري . كما تعتبر خزان للمعلومات من خلال احتفاظها بالعقود والمعلومات الخاصة بالعقارات والأشخاص المالكين لها.

الفرع الرابع: إجراءات شهر عقد البيع العقاري

ان القانون لم يجعل للعقود الناقلة للملكية اثرا إلا من تاريخ اشهارها .فلا ينتج عن التصرفات التي تتضمنها تلك العقود والتي لم يتم اشهارها سوى التزامات شخصية بين اطراف العقد.

أولا: إيداع العقد التوثيقي للشهر

1-تعريف الإيداع:

الايداع هو عملية من العمليات الممهدة لتنفيذ اجراء الشهر، وهو اول اتصال بين طالب الشهر (الموثق) والمحافظة العقارية.

2-المحافظة العقارية المختصة :

يتم الايداع من خلال تقديم المحرر المطلوب شهره مرفقا بالوثائق المنصوص عليها قانونا في المحافظة العقارية الواقع بدائرة اختصاصها العقار محل العقد المراد شهره وذلك على مستوى قسم الإيداع وعمليات المحاسبة مع مراعاة الاجال المحددة لذلك.

3-اثبات الايداع :

يقوم المحافظ العقاري بتسجيل بيانات المحرر المودع فور تسلمه على احدى صفحات سجل الايداع ،وذلك بعد مراقبته وتأكده من قابلية ايداعه،ويسلم مقابل ذلك وصلا للموثق ،يبين ضمنه نوع السند المطلوب شهره والوثائق المرفقة به وتاريخ الإيداع باليوم والساعة.

ثانيا: إجراء الشهر

يجب على المحافظ العقاري خلال مدة (15) خمسة عشر يوم من تاريخ الايداع ان يقوم بعملية الشهر بعد التأكد من الايداع القانوني للوثائق العقارية الخاضعة للشهر ،الذي يأخذ تاريخه ابتداء من ذلك اليوم ،حيث ينتج عن ذلك انشاء البطاقات العقارية وتسليم الدفتر العقاري

1-التأشير على البطاقة العقارية :

طبقا للمادة 27 من الأمر 74 /75 المتضمن اعداد مسح الاراضي وتأسيس السجل العقاري ،فان المحافظ العقاري مكلف بمسك مجموعة البطاقات العقارية حسب الترتيب الابجدي لأصحاب الحقوق التي تم شهرها بشرط ان تشتمل كل بطاقة على البيانات الكافية لتعيين اصحاب الحقوق والعقارات محل التصرف عملا بنص المادة 44 من المرسوم رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري[1].

2-**التأشير على الدفتر العقاري:**

يعتبر الدفتر العقاري سندا قويا للملكية العقارية،ولايمكن ان يسجل اي اجراء في السجل العقاري دونه وكل تأشير في البطاقة العقارية العينية ينبغي ان ينقل على الدفتر العقاري حتى يرسم الوضعية القانونية للعقار. اما فيما يخص عملية التأشير على الدفتر العقاري فقد حددتها المادة 45 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري بحيث يكون مؤشر عليه بكيفية واضحة ومقروءة بالحبر الاسود الذي لا يمحى والبياض يشطب عليه بخط والجداول مرقمة وموقعة .

وتكتب الاسماء العائلية للأطراف بأحرف كبيرة والأسماء الشخصية بأحرف صغيرة. ويمنع التحشير والكشط والأغلاط أو السهو تصحح عن طريق الاحالات.

وان الكلمات والأرقام المشطوب عليها وكذلك الاحالات تكون مرقمة ومسجلة بعد التأشير الذي يعينها وموافق عليها من قبل المحافظ.

ويسطر خط بالحبر بعد كل اجراء، ويوضح المحافظ تاريخ التسليم والنص الذي بمقتضاه تم هذا التسليم.

ويشهد بصحة كل اشارة اوتاشير عن طريق توقيعه ووضع خاتم المحافظة.

[1]-جريدة رسمية عدد 30 المؤرخة في 04/13 1976 المعدل والمتمم.

الفصل الرابع: النظام القانوني للعقود الإلكترونية:

إن انتشار وسائل الاتصال الحديثة على وجه الخصوص الانترنت قد ألقى بظلاله على مناحي الحياة، فأصبحت الشبكة العنكبوتية الملجأ لكثير من الأنشطة التي يمارسها الإنسان في حياته، لما تقدمه هذه الشبكة من توفير للوقت والمال.

والتعاقد من أبرز النشاطات التي تأثرت بالتطور التقني لوسائل الاتصال بشكل مباشر، فبعد أن كان الإنسان بحاجة إلى الوجود الفعلي لإبرام العقود، وما يترتب على ذلك من وقت وجهد ومال، أصبح بإمكانه استخدام وسائل الاتصال الحديثة لإبرام تلك العقود.

وقد أثر انتشار ما يعرف بالتعاقد الإلكتروني إيجابا، في قدرة الفرد أيا كانت صفته تاجراً أم مستهلكاً على استخدام هذه الوسائل التي سهلت السبل أمام البشر لكونها غير محاطة بقيود زمانية أو مكانية.

ولما كانت التجارة الإلكترونية في حقيقتها معاملات وتصرفات قانونية تتمّ في بيئة إلكترونية بواسطة التعاقد الإلكتروني، ومن ثمّ وجب علينا أن نتعرض لماهية العقد الإلكتروني (المبحث الأول)، أطراف العقد الإلكتروني (المبحث الثاني)، إبرام العقد الإلكتروني (المبحث الثالث)، تنفيذ العقد الالكتروني (المبحث الرابع).

المبحث الأول: مفهوم العقد الإلكتروني

تشهد العقود الإلكترونية نموًا متزايدًا حيث باتت تمل نسبة هائلة من حجم التجارة الدولية والداخلية نتيجة تطورها التكنولوجي الهائل، ويرجع السبب في ذلك إلى سهولة وسرعة إبرام هذه العقود، وهو ما يدعونا إلى محاولة التعرف على ماهية العقد الإلكتروني من خلال تعريفه وتمييزه عن غيره من العقود وكذا تحديد طبيعته القانونية وخصائصه.

المطلب الأول: تعريف العقد الإلكتروني وتمييزه عن غيره من العقود:

يحتاج بيان مفهوم العقد الإلكتروني إلى تعريفه في ضوء الطريقة التي ينعقد به (أولا) ثم تمييزه من مختلف العقود (ثانيا)

الفرع الأول: تعريف العقد الإلكتروني:

لا يخرج العقد الإلكتروني عن المفهوم العام للعقود، وهو في حقيقته عقد عادي يكتسب خصوصية من الوسيلة التي ينعقد أو يتمّ إبرامه من خلالها.

أولا: التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني:

عرف الفقه العقد الإلكتروني وفقا للزاوية التي نظر من خلالها إلى هذا العقد، وينظر البعض إلى العقد الإلكتروني باعتباره عقداً من عقود المسافة، أي العقود التي تبرم عن بعد أو ينظر إليه البعض الآخر من جانب أنه عقد يتمم غالباً بالصفة الدولية، وجانب آخر يأخذ بالاعتبار الوسيلة التي يتمّ من خلالها، وهي وسائل الاتصال الحديثة والتي من بينها شبكة الانترنت[1].

وذهب جانب من الفقه إلى تعريف العقد الإلكتروني بأنه: "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل"[2].

يلاحظ أن هذا التعريف يركز على العقد يتمّ بين أطراف متباعدين لا يجمعهم مجلس واحد مع وجود معاصرة زمنية بين أطراف العقد، مما يشكل ميزة للعقد الإلكتروني عن غيره من العقود التي تبرم عن بعد، يكون فيها فارق زمني تبين الإيجاب والقبول.

وكذلك يوضح التعريف السابق الفرق بين العقد الإلكتروني والعقود التقليدية التي تبرم عن بعد، إلاّ أنه يؤخذ على هذا التعريف عدم توضيحه النتيجة المترتبة عن التقاء الإيجاب بالقبول[3].

وذهب جانب آخر من الفقه إلى تعريف العقد الإلكتروني بأنه: " العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات التي يعبر عنها بالوسائل التكنولوجية المتعددة وخاصة

---

[1] – علاء محمد الفواعير، العقود الإلكترونية، التراضي، التعبير عن الإرادة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2014، ص44.

[2] – مجاهد أسامة أبو مجاهد، التعاقد عبر الإنترنت، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2002، ص39.

[3] – إبراهيم، خالد ممدوح، حجية البريد الإلكتروني في الإثبات، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، 2008، ص52.

شبكة المعلومات الدولية من جانب أشخاص موجودين في دولة أو دول مختلفة. بقبول يمكن التعبير عنه من خلال الوسائط ذاتها لإتمام العقد"[1].

ويلاحظ أن هذا الجانب من الفقه قد ذهب إلى تعريف العقد اعتمادا على الصفة الدولية التي يتم بها التعقد الإلكتروني.

وقد عرف العقد الإلكتروني بالنظر إلى الوسيلة الإلكترونية التي يتمّ من خلالها الدّفع بأنه "العقد الذي ينطوي على تبادل الرسائل بين البائع والمشتري، وتكون قائمة على صيغ معدة سلفاً ومعالجة إلكترونية، وتنشئ التزامات تعاقدية"[2].

هذا وقد حاول جانب من الفقه ربك العقد الإلكتروني بالتجارة الإلكترونية باعتبارها المجال الذي يتمّ فيه العقد، فالمقصود

بالتجارة الإلكترونية بأنها جميع المعاملات التي تتمّ عبر الانترنت حتى ولو تتمتع بالصفة التجارية فمثل هذا الربط يضيق من نطاق العقد الإلكتروني لقصره على العقود التي تتمّ عبر شبكة الانترنت ولا يستوعب وسائل الاتصال الفوري الحديثة من تلكس وفاكس السابقة على وجود الانترنت[3].

ثانيا: التعريف القانوني للعقد الإلكتروني:

على الصعيد الدولي فإن القانون النموذجي الصادر عن هيئة الأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996 لم يعرف العقد الإلكتروني، إلاّ أنه نصّ في المادة 11 منه وتحت عنونا تكوين العقود وصحّتها على أنه في سياق تكوين العقود وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض وعند استخدام رسالة البيانات في تكوين العقد لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرّد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض[4].

---

[1] – علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص45.

[2] – خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الجامعية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، 2007، ص74.

[3] – لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2005، ص25.

[4] – هادي مسلم يونس البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2009، ص144.

كما لم يرد تعريف للعقد الإلكتروني في مشروع اتفاقية التعاقد الإلكتروني الذي أعدّ من قبل الفريق العامل المعني بالتجارة الإلكترونية التابع للجنة الأونسترال على الرغم من استخدام تعبير التعاقد الإلكتروني في المشروع ولكن يظهر من مداولات الفريق العامل بهذا الشأن أن تعبير التعاقد الإلكتروني يستخدم للإشارة إلى تكوين العقود بواسطة رسائل البيانات، وكان هناك تعريف مقترح للعقود الإلكترونية من قبل بعض العاملين لدى الفريق العامل، بأنها هي العقود المبرمة أو المثبتة باستخدام رسائل البيانات، ولكن انتقد هذا التعرف من قبل الآخرين بأنه لا يشترط أن يكون إبرام العقد الإلكتروني دائما بواسطة رسائل البيانات كليا بل من الممكن أن يتمّ عن طريق وسائط متعددة ومختلطة من الطرق التقليدية كاللفظ والكتابة ووسائل اتصالات إلكترونية كالفاكس والتيلكس[1].

ولما كان العقد الإلكتروني من طائفة العقود عن بعد، فقد عرفت المادة الثانية من التوجيه الأوروبي الصادر في 20 ماي 1997[2]، والمتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، المقصود بالتعاقد عن بعد contrat à distance بأنه "أي عقد متعلق بالسلع والخدمات يتمّ بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد، والذي يتمّ باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية Communication à distance، حتى إتمام التعاقد".

ولما كان العقد الإلكتروني يتمّ بواسطة الاتصالات الإلكترونية عن بعد، فقد عرفها التوجيه بأنها، "أية وسيلة تستخدم في التعاقد ما بين المورد والمستهلك بدون التواجد المادي والمتزامن لهما وذلك حتى إتمام التعاقد بين الأطراف[3].

---

[1] – آمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الانترنت، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2006، ص69.

[2] - Directive 97/7/CE du parlement européen et du conseil du 20mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, jo ce 04/16/1997, N°144, p19.

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

أمّا المشرع الجزائري فلم يكن بعيداً عن التعريفات السابقة فقد عرف العقد الإلكتروني بموجب المادة 06 من القانون رقم 18-05[1] المتعلق بالتجارة الإلكترونية كما يلي: "العقد الإلكتروني: العقد بمفهوم القانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادي الأولى عام 1425 الموافق ل23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ويتمّ إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني".

يتّضح من هذه المادة أن المشرع الجزائري قد عرف العقد الإلكتروني في جزء منه بالإحالة إلى أحكام القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان سنة 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية الذي عرف في المادة الثالثة منه في فقرتها الرابعة العقد بأنه ""كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلع أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه".

أمّا الجزء الآخر فقد اشترط فيه وجوب إبرامه عن بعد بدون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء إلى تقنية الاتصال الإلكتروني.

وعليه فإن موضوع العقد الإلكتروني حسب المادة السادسة من قانون 18-05 هو السلع والخدمات الذي يقتصر على التجار فقط وإنّما قد يكون أحد أطراف العقد شخص طبيعي أو معنوي، وهكذا يكون المشرع قد طبق المعيار الموسع بصدد حصر حدود المعاملات التجارية الإلكترونية سواء من حيث الأشخاص القائمين بهذه المعاملات، أو من حيث الوسيلة المتبعة في التعامل التجاري الإلكتروني[2].

---

[1] – القانون رقم 18-05 المؤرخ في 24 شعبان عام1439 الموافق ل10 ماي 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر ع 28 الصادرة بتاريخ 16 ماي 2018.

[2] – قردان لخضر، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2019-2020، ص106.

الفرع الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود:

يتطلب تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود تميزه عن العقد التقليدي ابتداءاً، كما أن نشأة العقد الإلكتروني في البيئة الإلكترونية تحدث خلطاً بين هذا العقد والعقود المبرمة في ذات البيئة.

أولا: تمييز العقد الإلكتروني عن العقد التقليدي:

يتمّ العقد التقليدي بين شخصين حاضرين من حيث الزمان والمكان، إذ يتمّ تبادل الإيجاب والقبول في مجلس العقد، أي أن انعقاد العقد على هذا النحو يتطلب التواجد المادي لطرفي العقد، وبذلك يكمن الفارق الجوهري بين العقد التقليدي والعقد الإلكتروني الذي يتمّ بين شخصين منفصلين من حيث المكان، ومن ثمّ انتفاء صفة الوجود المادي في العقد الإلكتروني التي تعدّ من ميزات العقد التقليدي.

ثانيا: تمييز العقد الإلكتروني عن العقود المحيطة به في البيئة الإلكترونية:

نتيجة التطور الذي شهده العالم في مجال التعاقد الإلكتروني، ظهرت أنواع جديدة من عقود التجارة الإلكترونية وأهم هذه العقود عقد الدخول إلى الشبكة وعقد الإيجار المعلوماتي وعقد المتجر الافتراضي.

1- عقد الدّخول إلى الشبكة Le contrat d'accès a l'internet

يعتبر عقد الدخول إلى الشبكة من أهم العقود الإلكترونية وأكثرها انتشاراً على الانترنت ذلك أن شبكة الانترنت تمثّل المجال الواسع للتحاور ما بين الأطراف الأمر الذي جعل هذا النوع من العقود يفرض نفسه بقوة.

ويقصد به ذلك العقد الذي يلتزم بمقتضاه مقدم خدمة الدّخول بتمكين العميل من الوسائل التي تتيح له الدّخول إلى الشبكة ومن أهم هذه الوسائل برنامج الاتصال الذي يتيح الربط بين جهاز الكمبيوتر وشبكة الانترنت، كما يلتزم بالقيام ببعض الخطوات الفنية اللازمة لتسجيل العميل الجديد، وذلك مقابل استيفاء رسم يسمى برسم الإدارة أو رسم الملف[1].

---

[1] – خالد صبري الجنابي، التراضي في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار قنديل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2013، ص31.

وتجدر الإشارة إلى أن من مستلزمات عقد الدخول إلى الشبكة تقديم خدمة المساعدة التليفونية التي يطلق عليها الخط الساخن hotline وتهدف هذه الخدمة إلى حلّ المشكلات الفنية التي قد تواجه المشترك بخدمة الانترنت ولا تدخل في نطاق العقد، إلاّ أنه ونظراً لأهميتها في تسيير العمليات الخاصّة بإبرام العقد الإلكتروني يستلزم توافرها من أجل عملية دخول سليمة إلى الشبكة[1].

2- عقد الإيجار المعلوماتي أو عقد الإيواء: Le contrat d'hébergement

يعرف هذا العقد بأنه عقد من عقود تقديم الخدمات بمقتضاه يضع مقدّم الخدمة تحت تصرّف المشترك بعض إمكانات أجهزته أو أدواته المعلوماتية، ويتمثّل ذلك غالباً في إتاحة انتفاعه بمساحة على القرص الصلب بأحد أجهزة الحاسوب الخاصّة به على نحو معين[2].

ولتوضيح هذه الخدمة يمكن أن نضرب مثلاً، وهو حالة قيام مقدم الخدمة بإتاحة الفرصة لمستخدم الانترنت أو العميل بإنشاء بريد إلكتروني على أحد مواقع الشبكة فمثل هذا التصرف يسمح للعميل بالتصرف بالمعلومات الموجودة على الموقع وحجز مكان له وهذا التصرف يكون بمقابل مادي يقوم العميل بدفعه لمقدّم الخدمة.

وفي حالة انتهاء المشترك من ذلك يكون من حقّ المالك استرداد كافة الأدوات والبيانات التي منحت للمستخدم[3].

3- عقد إنشاء المتجر الافتراضي La création de la boutique virtuelle

يعرف هذا العقد بأنّه العقد المبرم بين المشترك (التاجر) وصاحب المركز التجاري الافتراضي على الشبكة، بحيث يلتزم مقدّم الخدمة بتخصيص موقع محدد ومرخص لنوع محدد من التجارة، يفتح من خلال متجر خاص بالمشترك على شبكة

---

[1] – خالد صبري الجنابي، المرجع السابق، ص32.

[2] – أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعلومات الإلكترونية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، مصر، 2007، ص153.

[3] – لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص37.

الانترنت. فيقوم الأخير تبعاً لذلك باستخدام برنامج معين يباشر بمقتضاه تجارته عبر الشبكة، مقابل التزام التاجر بدفع مقابل مالي[1].

ولهذا العقد مكانة مهمّة في مجال التجارة الإلكترونية لأنّ التاجر لكي يستطيع القيام بالدعاية المطلوبة لبضاعته، فإنه لابدّ أن يكون له موقعاً تجارياً على شبكة الانترنت ومن أجل القيام بذلك لابدّ من تصميم هذا الموقع بما يتناسب وتطلعات صاحب العمل وماهية البضاعة المعروضة.

ثالثا: تمييز العقود الإلكترونية عن بعض العقود المبرمة عن بعد:

هناك تشابه بين العقد الإلكتروني وبين بعض صور التعاقد عن بعد من بعض الجوانب ولكن يبقى العقد الإلكتروني متميزاً عن هذه العقود من جوانب أخرى وتمثّل شبكة الانترنت وخدماتها المتعددة أهم وجه لإعطاء الخصوصية للعقد الإلكتروني لأنّ شبكة الانترنت وما توفره من خدمات تختلف عن بقية وسائل الاتصال الإلكترونية الأخرى التي ظهرت قبل دخول استخدامات شبكة الانترنت في مجال المعاملات المدنية والتجارية، ومنها على وجه التحديد الهاتف، التلكس، الفاكس والتلفزيون بغية تسليط الضوء على ذلك سنحاول فيما يلي:

إجراء مقارنة بين التعاقد الإلكتروني عبر شبكة الانترنت والتعاقد عن طريق هذه الوسائل.

1- التعاقد عن طريق الهاتف:

إن التعاقد عن طريق الهاتف هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان ما لم تفصل مدة من الزمن بين صدور القبول وعلم الموجب به "لأن كلا من الطرفين المتعاقدين يسمع كلام الآخر في نفس اللحظة التي يصدر فيها الكلام، ومن هذه الناحية يشبه التعاقد عن طريق الهاتف مع التعاقد عبر خدمات شبكة الانترنت حيث يتمّ تبادل التعبير عن الإرادة في الزمن الحقيقي (Real Time) وهي خدمة يتحقق من خلالها التواصل والتزامن في تبادل التعبير عن الإرادة، ولكن يختلف التعاقد الإلكتروني عن التعاقد بواسطة الهاتف، لأنّ شبكة الانترنت لا تقتصر خدماتها على نقل الصوت فقط

[1] – أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق، ص156.

وإنّما توفر في نفس الوقت إضافة إلى الصوت الصورة والحركة والكتابة بشكل آني وتفاعلي[1].

ومن ناحية أخرى يعد الهاتف وسيلة للاتصال بين طرفين فقط في حين أن في التعاقد الإلكتروني قد يكون متاحاً لعدد غير محدد من الجمهور ولا يشترط في التعاقد الإلكتروني وجود أشخاص على طرفي الاتصال، حيث يستطيع المتّصل أن يحصل على ما يرغب فيه دون أن يشترط وجود شخص آخر ليزوده بالمعلومات التي يحتاجها.

هذا بخلاف الهاتف الذي لا يمكن التعاقد من خلاله إذا كان الهاتف عاطلاً أو مغلقا أي لابدّ من التزامن في وجود الطرفين على الخط الذي يقدم خدمة الاتصال[2].

2- التعاقد عن طريق التلكس والفاكس:

إن التعبير عن الإرادة من خلال التلكس يدخل ضمن التعبير بالكتابة في صيغتها الإلكترونية، ويختلف التعاقد عن طريق التلكس عن التعاقد الإلكتروني، حيث أنّ شبكة الانترنت تتيح خدمات متعددة إضافة إلى خدمة الكتابة الإلكترونية كما يتاح من خلال الشبكة التواصل والتفاعل مع أكثر من شخص واحد بل يمكن من خلالها تقديم العروض إلى عدد غير محدود من الجمهور من قبل التاجر، كما يستطيع طالب السلعة أو الخدمة أن يوجه بإيجابه إلى عدد من التجار.

أمّا الفاكس، فيعدّ جهازا الاستنساخ ينقل الرسائل بطريقة إلكترونية إلى المرسل إليه طبقا لأصلها الموجود لدى المرسل، ويعدّ التعاقد من خلال هذه الوسيلة تعاقداً بين من حيث الزمان والمكان، ويختلف الفاكس عن التعاقد الإلكتروني في أن إمكانيات الفاكس محدودة جداً حيث لا يمثّل ما يتمّ تسليمه من قبل المرسل إليه سوى نسخة مستنسخة من الرسالة الأصلية الموجودة لدى المرسل، فضلا أنّ الفاكس كالهاتف والتلكس هو وسيلة ذات استخدام واحد بخلاف شبكة الانترنت التي تتيح خدمات متعددة وبسرعة هائلة[3].

---

[1] – خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص93.

[2] – آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص77.

[3] – خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص96.

3- التعاقد عن طريق التلفزيون:

إنّ الدعوة الموجهة بواسطة التلفزيون لجمهور هي دعوى للتعاقد ويكون الإيجاب فيها موجهاً للجمهور، ووسيلة التعاقد فيها غير كاملة بل تحتاج لوسيلة أخرى، وهي إجراء اتصال هاتفي أو إرسال رسالة إلى العنوان الذي يحدده الموجب عبر الإعلان التلفزيوني.

وعليه فإن التعاقد عبر التلفزيون يخلو من التفاعل بين المتعاقدين في حين أن التعاقد عبر الانترنت ينشط ويساعد على التفاعل بين طرفي العقد، مما يسمح بحضور افتراضي متعاصر بين أطراف العقد وكذلك يسمح بالوفاء إلكترونيا عبر الشبكة عن طريق وسائل الدّفع الإلكترونية[1].

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني وخصائصه:

إن الخصوصية التي تتميز بها العقود الإلكترونية تستوجب علينا إمعان النظر فيها لتحديد طبيعتها القانونية من جهة (أوّلاً) والبحث في خصائصها من جهة أخرى (ثانيا).

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني:

إن البحث عن الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني يتطلب بيان موقع هذا العقد من تقسيم العقود فهل هو عقد مساومة يخضع لمبدأ سلطان الإرادة أم أنه يتّسم بعدم التوازن في المراكز الاقتصادية ومن ثمّ يمكن اعتباره عقد إذعان، حيث انقسم الفقه إلى ثلاث اتجاهات هي:

أولا: العقد الإلكتروني عقد مساومة:

إن عقود المساومة هي تلك العقود التي يمكن التفاوض في شروطها نتيجة المناقشة الحرة لاطرافها، وهذا ما يمكن تحقيقه أي التفاوض في العقود الإلكترونية، فللمستهلك مطلق الحرية في التعاقد مع أي منتج أو مورد إذا لم تعجبه الشروط المعروضة على شاشة الانترنت، ويستطيع التنقل من موقع إلى آخر، واختيار ما يشاء، وترك ما يشاء، أي أن الرضائية تسود في العقود الالكترونية[2].

---

[1] – خالد صبري الجنابي، المرجع السابق، ص37.

[2] – خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص88.

ثانيا: العقد الإلكتروني عقد إذعان:

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى اعتبار العقد الإلكتروني من قبيل عقود الإذعان، حيث يرى أنصار هذا الاتجاه أنه إذا كانت الشروط العامة للعقد كعقد البيع مثلاً باعتباره أكثر العقود انتشاراً. مذكورة على شبكة الانترنت، بحيث لا يكون أمام المشتري المتصفح للموقع أي خيار للمناقشة أو التفاوض، وله خيار القبول أو الرفض دون تفاوض، فإنّ العقد في هذه الحالة يكون عقد إذعان.

ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى أن العقود التي تبرم عبر الانترنت غالباً ما تكون عقود نموذجية تظهر في الموقع الإلكتروني للبائع على شكل استمارة إلكترونية، تتضمن تفاصيل التعاقد، وتوجه بشروط مماثلة إلى الجمهور على وجه العموم، ويكون فيها الإيجاب ملزماً لفترة طويلة، ولا يقبل المناقشة ولا التعديل[1].

بينما يرى اتجاه فقهي ثالث أن العقود الإلكترونية، قد تكون عقد إذعان، أو عقود مساومة حسب الوسيلة المستخدمة في إبرام العقد الإلكتروني، فإذا ما تمّ التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني، أو من خلال برنامج المحادثة، فإنّ العقد الإلكتروني يكون رضائيا، إذ يتمّ تبادل الطرفين لوجهات النظر عبر الرسائل الإلكترونية حيث يتمّ التفاوض بحرية حول شروط العقد.

أما في التعاقد عبر موقع الويب التي تستخدم غالباً عقوداً نموذجية تكون شروطها معدّة سلفا من قبل الموجب ولا تترك مجالاً للمساومة في هذه الشروط، وعليه، لا يكون المتعاقدون على قدم المساواة لأنها تتسم بعدم التوازن في المراكز الاقتصادية وعندها تكون أمام عقد إذعان[2].

الفرع الثاني: خصائص العقد الإلكتروني:

يتميّز العقد الإلكتروني عن العقد التقليدي بعدّة خصائص نذكر منها:

أولا: يتمّ إبرام العقد الإلكتروني بدون التواجد المادي لأطرافه فهو يتمّ بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي حيث يتمّ التعاقد عن بعد بوسائل اتصال تكنولوجية، وهذا ما

---

[1] – علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص62.

[2] – آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص82.

أشار إليه المشرع الجزائري في القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية في المادة السادسة منه بقولها: "... ويتمّ إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه..."

ثانيًا: يتمّ استخدام الوسائط الإلكترونية في إبرام العقد، ويعدّ ذلك من أهم مظاهر الخصوصية في العقد الإلكتروني، بل أنها أساس هذا العقد حيث يتمّ إبرامه عبر شبكة اتصالات إلكترونية فالعقد الإلكتروني يختلف عن العقد التقليدي من حيث طريقة إبرامه وكونه يتمّ باستخدام وسائط إلكترونية، وتلك الوسائط هي التي أدّت إلى اختفاء الكتابة التقليدية لتحلّ محلها الكتابة الإلكترونية[1].

وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري قد نصّ على هذه الخاصية في تعريفه للعقد الإلكتروني في المادة 6 من القانون رقم 18-05 بقولها "... باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني".

ثالثا: يطلب على التعاقد الإلكتروني الصفة التجارية والاستهلاكية لأنّ معظم عقود التجارة الإلكترونية هي عبارة عن عقود بيوع استهلاكية، لأنه غالباً ما تتمّ بين تاجر أو مهني ومستهلك[2].

وعليه فإن العقد الإلكتروني يخضع عادة للقواعد الخاصة بحماية المستهلك لا سيما منها ما جاء به التوجيه الأوروبي بشأن حماية المستهلك رقم 7/97 وكذا قانون الحماية المستهلك وقمع الغش 09-03 المعدّل والمتمّم، قانون الممارسات التجارية رقم 04-02 المعدّل والمتمّم وكذا الأمر رقم 03-03 المتعقل بالمنافسة المعدل والمتمم.

رابعا: يتّسم العقد الإلكتروني بالطابع الدولي غالبا، ذلك أن الطابع العالمي لشركة الانترنت وما يرتبه من جعل معظم دول العالم في حالة اتصال دائم على الخط يسهل العقد بين طرف في دولة والطرف الآخر في دولة أخرى.

إنّ البعد الدولي للعقد الإلكتروني يثير العديد من المسائل، كمسألة بيان مدى أهلية التعاقد وكيفية التحقق من شخصية المتعاقد الآخر ومعرفة حقيقة المركز المالي وتحددي

---

[1] – خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص75.

[2] – محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، مصر، 2003، ص19.

المحكمة المختصة وكذلك القانون الواجب التطبيق على منازعات المتعلقة بـإبرام العقد الإلكتروني[1].

وتجدر الإشارة إلى أن القانون 18-05 المتعلق بالتجارة لإلكترونية قد حدد نطاق تطبيق القانون الجزائري على العقود الإلكترونية من خلال المادة الثانية منه التي تنصّ "يطبق القانون في مجال المعاملات التجارية الإلكترونية في حالة ما إذا كان أحد أطراف العقد الإلكتروني، متمتعاً بالجنسية الجزائرية، أو مقيما إقامة شرعية في الجزائر، أو شخصاً معنوياً خاضعاً للقانون الجزائري، أو كان العقد محلّ إبرام أو تنفيذ في الجزائر".

المبحث الثاني: أطراف العقد الإلكتروني

تظهر أهمية تحديد أطراف العقد الإلكتروني في القواعد القانونية التي فرضتها أغلبية التشريعات باتجاه حماية مصلحة الطرف الضعيف الذي يكون أجدر بالرعاية وهو المستهلك باعتباره طالب السلعة أو الخدمة إلكترونيا (الفرع الأول)، والمورد الإلكتروني باعتباره البائع أو مقدم الخدمة الإلكترونية (الفرع الثاني).

المطلب الأول: المستهلك الإلكتروني:

حاول المشرع الجزائري تعريف المستهلك الإلكتروني من خلال قانونين وهما قانون حماية المستهلك وقمع الغش وقانون التجارة الإلكترونية.

الفرع الأول: تعريف المستهلك الإلكتروني من خلال قانون حماية المستهلك وقمع الغش:

لقد قدم المشرع الجزائري تعريفا للمستهلك الإلكتروني من خلال المادة الثالثة من القانون رقم 09-03 المؤرخ في 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بقولها: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجاناً سلع أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية الحاجات الشخصية أو تلبية حاجات شخص آخر أو حيوان متكفل به".

---

[1] – صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص34.

الفرع الثاني: تعريف المستهلك الإلكتروني من خلال قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية:

عرف المشرع الجزائري المستهلك الإلكتروني من خلال المادة 06 من قانون التجارة الإلكترونية على أنه "كلّ شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية من المورد الإلكتروني بغرض الاستخدام النهائي".

وتجدر الإشارة إلى أنّ هذا التعريف ينطبق في مضمونه مع التعريف السابق، غير أنّ المشرع نصّ على أنّ اقتناء السلعة أو الخدمة يكون عن طريق الاتصالات الالكترونية ومن المورد الإلكتروني:

كما اشترط لاعتبار الشخص مستهلك الكتروني أن يقوم باقتناء السلعة لغرض شخصي دون المهني سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين.

ويتّضح لنا مما سبق أن المستهلك الإلكتروني هو كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعة أو خدمة بهدف تلبية رغباته أو رغبات من يعولهم ويكون الغرض من السلعة أو الخدمة نهائيا وذلك باستعمال وسيلة اتصال الكترونية.

المطلب الثاني: المورد الإلكتروني:

يعتبر المورد الإلكتروني الطرف الثاني في العقد الإلكتروني ويعرف كذلك بالمهني أو المحترف وقد يظهر كشخص طبيعي وهو التاجر كما قد يكون شخص معنوي.

ولقد استعمل المشرع الجزائري عبارة المورد الإلكتروني في قانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية خلافا لما كان عليه من قبل في ظل قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش وكذا قانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية الذي استعمل عبارة البائع المحترف أو المتدخل.

ولقد عرفت المادة السادسة في فقرتها الرابعة من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية المورد الإلكتروني كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع أو الخدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية.

يتّضح من خلال هذه المادة أن المورد الإلكتروني قد يكون شخصاً طبيعيا أو معنوياً وله دور كبير في العقود الإلكترونية وذلك بضمان توفير السلعة أو الخدمة أو اقتراح توفيرها.

الفرع الأول: المقصود بعبارة تسويق أو اقتراح توفير السلع والخدمات

ويقصد بها أنّ المورد الإلكتروني يقوم بعرض سلعه وخدماته عبر مواقع الانترنت وذلك من أجل استقطاب المستهلكين. عن طريق الإشهار الإلكتروني حيث عرفته المادة السادسة في فقرتها السادسة أنه "كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع سلع أو خدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية".

الفرع الثاني: المقصود بالسلع والخدمات:

عرف المشرع الجزائري السلع والخدمات بموجب المادة الثالثة من قانون حماية المستهلك وقمع الغش واعتبر السلع "كل شيء مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجاناً.

يفهم من نص المادة أن السلعة قد تكون عقاراً أو منقولاً قابل للتنازل عنه سواء بعوض أو بدون مقابل.

أما الخدمات فهي كلّ عمل مقدم غير تسليم السلعة، حتى ولو كان هذا التسليم تابعا أو مدعماً للخدمة المقدمة مثل الخدمات المصرفية والاستشارات القانونية.

الفرع الثالث: المقصود بعبارة عن طريق الاتصالات الإلكترونية:

لقد عرّف المشرع الجزائري تقنية الاتصالات الإلكترونية بموجب القانون رقم 09-04[1] المتعلق بالقواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها في المادة الثانية في فقرتها السادسة على أنها "أي تراسل أو إرسال أو استقبال علامات أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو معلومات مختلفة بواسطة أي وسيلة إلكترونية".

[1] – قانون رقم 09-04 المؤرخ في 5 أوت 2009، يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج.ر.ع 47 المؤرخة في 6 أوت 2009.

كما عرّفها المشرع الجزائري في قانون 18-04[1] الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية في المادة 10 منه.

وعلى العموم يقصد بعبارة الاتصالات الإلكترونية تلك الاتصالات التي تتمّ انطلاقا من الموقع الإلكتروني للمورد أو صفحته الإلكترونية أو متجره الإلكتروني، التي تميزه عن غيره من العقود الأخرى المشابهة له.

المبحث الثالث: إبرام العقد الإلكتروني

بالرغم من خصوصية العقود الإلكترونية ،فإنها لا تختلف كليا من حيث الإبرام عن العقود التقليدية، فهي كمثلها لا تقوم إلاّ على عناصر أو أركان هي قوامها.

المطلب الأول: التراضي في العقود الإلكترونية:

التراضي هو تطابق الإيجاب والقبول كتعبيرين عن إرادتي طرفي العقد، ويلزم لتوافر الرضا بالعقد حتى ولو كان إلكترونيا، أن توجد الإرادة في كل من طرفيه وأن تتجه إلى إحداث الأثر القانوني المقصود منه، ويعدّ الإيجاب أول عناصر التراضي اللازمة لقيام العقد، فهو نقطة البداية وهو المنطلق الذي يؤسس عليه، فلكي ينعقد العقد من صدور إيجاب الكتروني من أحد المتعاقدين واقترانه بقبول الكتروني من المتعاقد الآخر.

الفرع الأول: الإيجاب الإلكتروني:

يعرف الإيجاب بصفة عامة[2]، بأنه التعبير البات عن إرادة شخص يعرض على آخر أنه يتعاقد معه.

وعليه لا يختلف الإيجاب الإلكتروني عن الإيجاب التقليدي من حيث المبدأ، وأنّ إضافة لفظ الكتروني إلى الإيجاب، لا ينال منه في إطار القواعد التقليدية، فالأمر ليس إلاّ مجرّد وصف يلحق بالإيجاب، وهو ناشئ عن اختلاف وسيلة التعبير عن الإرادة[3].

---

[1] – قانون 18-04 المؤرخ في 10 ماي 2018 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية، ج.ر.ع 27 مؤرخة في 13 ماي 2018.

[2] – عبيدات يوسف محمد، مصادر الالتزام في القانون المدني، ط1، دار المسيرة، عمان، 2009، ص58.

[3] – علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص124.

ويشترط في الإيجاب الإلكتروني، كما هو الحال في الإيجاب التقليدي أن يكون جازماً ومحددا وباتا لا رجعة فيه، بمعنى أن تتجه نية الموجب إلى إبرام العقد بمجرد اقتران القبول به، أما إذا احتفظ الموجب بشرط يعلق فيه أنه غير ملتزم بما عرضه في حالة القبول فلا يعتبر هذا إيجاباً بل مجرد دعوة إلى التعاقد[1].

وعليه فإن الإيجاب الإلكتروني هو تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد، حيث يتمّ من خلال شبكة دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية، ويتضمن كافة العناصر اللازمة لإبرام العقد بحيث يستطيع من يوجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة[2].

ولذلك فهو لا يختلف عن الإيجاب التقليدي إلاّ في الوسيلة المستخدمة فقط مع بقاء الجوهر نفسه.

أولا: خصائص الإيجاب الإلكتروني:

يخضع الإيجاب الإلكتروني لنفس القواعد التي تحكم الإيجاب التقليدي، إلاّ أنه يتميز ببعض الخصوصية التي تتعلق بطبيعته وكونه يتمّ من خلال شبكة عالمية للمعلومات والاتصالات:

- **الإيجاب الإلكتروني يتمّ عن بعد:** نظر لأن العقد الإلكتروني ينتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد ومن ثمّ فإنّ الإيجاب الإلكتروني ينتمي إلى تلك الطائفة.
- **الإيجاب الإلكتروني يتم عبر الوسيط الإلكتروني:** يتطلب الإيجاب الإلكتروني وجود وسيط إلكتروني هو مقدم خدمة الانترنت، فهو يتم من خلال الشبكة وباستخدام وسيلة مسموعة مرئية، وليس هناك ما يحول دون أن يكون الموجب هو نفسه مقدم خدمة الانترنت، والجدير بالذكر أن هناك آخرين[3] يشاركون في تقديم تلك الخدمة، إذ أن هناك عدّة أشخاص يتدخلون ويسأهم كل منهم بدور في إتمامه ومنهم عامل الاتصالات، ومورد المعلومة وغيرهم[4].

---

[1] – محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003، ص67.

[2] – محمد حسين منصور، المرجع نفسه، ص67.

[3] – محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية القانونية في مجال شبكات الانترنت، دار النهضة العربية، 2002، ص18.

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

- **الإيجاب الإلكتروني في الغالب إيجابا دوليا:** يتمّ الإيجاب باستخدام وسائط إلكترونية وعبر شبكة دولية للاتصالات والمعلومات لذلك فهو لا يتقيد بحدود الدولة السياسية والجغرافية، ويكون الإيجاب الإلكتروني تبعا لذلك إيجابا دوليا نظراً لما تتسم به شبكة الانترنت من الانفتاح والعالمية[1].

ثانيا: طرق التعبير عن الإيجاب الإلكتروني:

مكنت الخدمات المتنوعة التي توفرها الانترنت من عرض الإيجاب بطرق الكترونية مختلفة، سنوضّح أهمها في النقاط التالية:

1- الإيجاب عبر البريد الإلكتروني:

يتحقق الإيجاب من خلال البريد الإلكتروني وذلك من خلال استعمال الرسائل الإلكترونية، ويمتاز هذا الإيجاب بالدقة والخصوصية لأنه موجه لأشخاص محدّدين، ووصوله إلى صندوق بريد الكتروني محدد، فيعلم بالعرض عندما يفتح صندوق خطاباته الإلكترونية وابتداءًا من هذه اللحظة تبدأ فعالية الإيجاب، بحيث يكون للمرسل له الحرية في قبول العرض برسالة إلكترونية[2].

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد عرف البريد الإلكتروني في المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 257/98[3] المتعلق بضبط شروط وكيفية إقامة خدمات الانترنت واستغلالها على "أنه تبادل الرسائل الإلكترونية بين المستعملين".

2- الإيجاب عبر مواقع الشبكة (web):

لا شكّ أنه يتواجد على شبكة الانترنت مواقع الكترونية متنوعة وعديدة تصل إلى الملايين من المواقع، كلها تشترك في تقديم خدمات وعرض البضائع والسلع والمنتوجات على الموقع الإلكتروني، من خلال صور ثلاثية الأبعاد والرسومات على مدار الساعة.

---

[1] – حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر شبكة الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2012، ص187.

[2] – كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص410.

[3] – مرسوم تنفيذي رقم 257/98 المؤرخ في 25 أوت 1998، يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الانترنت واستغلالها، ج ر ع 3 الصادرة بتاريخ 26 أوت 1998، المعدّل والمتمم.

نشير أن المشرع الجزائري من خلال المرسوم التنفيذي 257/98 المذكور سابقا في مادته الثانية عرف خدمة الواب WEB على أنّها "خدمة تفاعلية للاطلاع أو احتواء صفحات متعددة الوسائط (نصوص، رسوم بيانات، صوت أو صورة) موصلة بينها عن طريق صلات تسمى نصوص متعددة.

3- الإيجاب عن طريق المشاهدة والمحادثة عبر الانترنت:

يمكن التعبير عن الإرادة من خلال مواقع خدمات الحوار المنتشرة على شبكة الأنترنت، وهذا النوع من الخدمة" يسمح للشخص بالتحدث والحوار مع شخص آخر بشكل مباشر وفوري، سواء أكان هذا التواصل بين الأشخاص، بالتحدّث كما هو شأن المحادثة الهاتفية، مع إمكانية إرسال صورة المتكلم عبر كاميرا فيديو ملحقة بجهاز الحاسوب، فضلاً عن ذلك يمكن للطرفين التعبير عن الإرادة كتابة.

ففي هذه الحالة يصدر إيجاباً من أحد الطرفين يقابله قبولاً من طرف آخر، فينعقد العقد بمجرّد تلافي الإيجاب والقبول، وهنا نكون أمام تعاقد بين حاضرين حكماً يقترن كثيرا من مجلس العقد الحقيقي[1].

لم يعرف المشرع الجزائري الإيجاب الإلكتروني بموجب القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية رغم تعريفه للعقد الإلكتروني كما رأيناه سابقا، غير أنه ذكر الإيجاب بصورة عرضية فقط في المادتين العاشرة والحادية عشر تحت عنوان "العرض التجاري الإلكتروني".

فنصّ في المادة 10 على أنه "يجب أن تكون معاملة تجارية إلكترونية مسبوقة بعرض تجاري الكتروني وأن توثق بموجب عقد إلكتروني يصادق عليه المستهلك الإلكتروني."

أمّا المادة 111 من نفس القانون فقد نصت على مجموعة من العناصر المهمة في العقد بقولها: " يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة

---

[1] – عتيق حنان، مبدأ سلطات الإرادة في العقود الإلكترونية، شهادة ماجستير في القانون تخصص قانون التعاون الدولي، المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، سنة 2012، ص49.

مرئية ومقروءة ومفهومة ويجب أن يتضمن على الأقل، وليس على سبيل الحصر المعلومات الآتية:

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

لهذا لابدّ من التطرّق إلى كافة المعلومات الأساسية التي يشملها العرض الإلكتروني لإبرام العقد وإلاّ اعتبر الإيجاب هنا مجرد دعوة للتفاوض والتعاقد.

الفرع الثاني: القبول الإلكتروني:

القبول هو التعبير الصادر عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب، ويفيد موافقته على الإيجاب الذي مما يزال قائماً، وهو التعبير الثاني عن الإرادة الذي يتكون العقد من اقترانه بإيجاب له اعتبار قانوني.

أولا: تعريف القبول الإلكتروني وشروطه:

والقبول الإلكتروني لا يخرج عن مضمون هذا التعريف سوى أنّه يتمّ عبر وسائط إلكترونية من خلال شبكة الانترنت، فهو قبول عن بعد، ولذلك فهو يخضع لذات القواعد والأحكام التي تنظّم القبول التقليدي، وإن كان يتميز ببعض الخصوصية التي ترجع إلى طبيعته الإلكترونية[1].

وهناك شروط عامّة يجب توافرها في القبول، فالقبول يخضع للشروط العامة المطلوبة في كل تعبير عن إرادة، فيجب أن يكون باتا ومحددا ومنصرفا لإنتاج آثار قانونية.

وأن يصدر القبول في وقت يكون فيه الإيجاب قائماً وأن يطابق القبول، وإذا كان القبول مطابقا للإيجاب ولا يتضمن أي تحفّظات إبرام العقد، فالقبول إذن يجب أن يطابق الإيجاب مطابقة تامة ولا يجوز أن يزيد فيه أو ينقص عنه وإلا اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً عملا بنص المادة 66 من القانون المدني الجزائري[2].

كما يجب أن يصدر القبول صريحاً واضحاً، سواء باستعمال اللفظ الدال مباشرة عن المعنى المقصود من خلال إجراء محادثة عبر الانترنت، أو من خلال الكتابة التي تتم عبر البريد الإلكتروني، أو مجرد الضغط على الزر في لوحة مفاتيح الحاسوب، أو على الخانة المخصصة للقبول في النموذج الذي يظهر على الشاشة.

فالقبول الإلكتروني يتم عن طريق أجهزة وبرامج إلكترونية تعمل آليا، وهذه الأجهزة لا يمكنها استخلاص أو استنتاج إرادة المتعاقد[3].

---

[1] – خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص340.

[2] – التي تنص لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلاّ إيجابا جديداً.

[3] –إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة، جامعة الكويت، الطبعة الأولى، 1995، ص93.

ثانيا: مدى صلاحية السكوت للتعبير عن القبول الإلكتروني:

قد يدور التساؤل حول مدى صلاحية السكوت للتعبير عن القبول الإلكتروني وهذا الأمر يستلزم منا الوقوف أولا عن طبيعة السكوت لمعرفة مدى صلاحيته في التعبير عن الإرادة في العقود التقليدية، فالسكوت في أصله هو عدم لا يفيد شيئاً، ولذلك فإن السكوت لا يصلح كأصل عام، للتعبير عن الإرادة[1] استناداً إلى القاعدة الفقهية المعروفة (لا ينسب إلى ساكت قول)

غير أن هذه القاعدة العامة ليست مطلقة، وإنّما ترد عليها بعض الاستثناءات، استنادا لقاعدة فقهية أخرى مفادها أن السكوت في معرض الحاجة بيان[2].

ومعنى ذلك أن السكوت إذا صاحبته ظروف وملابسات تدلّ على الرضى، فهنا يعتبر السكوت عن الرد قبولا، ويسمى هذا السكوت بالسكوت الملابس.

وقد نصت المادة 68 من ق م ج على ثلاثة أمثلة يصبح السكوت فيها دليلا على القبول، وهي واردة على سبيل المثال لا على سبيل الحصر وهذه هي الأمثلة:

1- إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غيره ذلك من الظروف، تدلّ على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحاً بالقبول، والمثال على ذلك تاجر جملة يرسل إلى تاجر تجزئة ما طلبه هذا الأخير من بضائع مرفقة ببيان أسعارها الجديدة، فسكوت تاجر التجزئة على هذه الأسعار يعتبر قبولا لها.

2- إذا ما وجد تعامل سابق بين المتعاقدين، يعتبر السكون قبولا إذا كان بين المتعاقدين تعامل سابق، واتصل الإيجاب بهذا التعامل السابق ففي هذه الحلة يكون سكوت من وجه إليه الإيجاب قبولا للعقد.

3- إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه، وفي هذه الحالة يكون الإيجاب نافعاً للطرف الآخر الذي وجه إليه الإيجاب.

---

[1] – نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الأزرايطة، مصر، 2004، ص97.

[2] – علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الخاصة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص32.

هذا عن دلالة السكون في القواعد العامة، أما بخصوص السكوت، في التعاقد الإلكتروني فقد اختلف حوله الفقه وانقسم إلى ثلاث اتجاهات.

ذهب رأي إلى القول بأن سكوت أحد المتعاقدين في العقد الإلكتروني بعد تعامل سابق بينهما يمكن اعتباره قبولاً، شأنه في ذلك شأن القبول في العقود التقليدية، حيث أن مجرد استعمال الوسيلة الإلكترونية في إبرام العقد لا ينبغي أن يمثل مبرراً للخروج عن القواعد العامة[1].

بينما ذهب رأي آخر إلى أن السكوت لا يصلح أن يكون تعبيراً عن الإرادة في العقد الإلكتروني، وذلك لأنّ من يتسلم رسالة إلكترونية عبر شبكة الدولة تتضمن إيجاباً إلكترونياً نص فيها على أن إذا لم يرد على هذا العرض خلال مدة معينة فإن ذلك يعدّ قبولا، فهذا معناه تجريد من وجه إليه الإيجاب من حقه في عدم الردّ على الرسالة وإجباره على أن يكون الرفض صريحاً، وهذا أيضا يتناقض مع حرية التعاقد وحرية التعبير عن الإرادة.

في حين يرى اتجاه فقهي ثالث بأنّ الحالات التي تعتبر فيها السكوت قبولاً لابدّ أن توصف دائما بأنها استثناء، كما يجب أن يتمّ التعامل معها بحذر في العقود الإلكترونية نظراً لجاثة التعاقد الإلكتروني، فلا يمكن القول أن العرف يلعب دورا هاماً وفعالاً في هذا المجال لعدم وجود معاملات كثيرة مستقرة تصل إلى مرحلة العرف[2].

أما النسبة للإيجاب الموجه لمنفعة الموجب إليه فهي حالة تتضمن عملاً من أعمال التبرع دن أن يقع التزام على عاتق من وجه إليه الإيجاب فهو فرض غير مألوف[3].

أمّا عن حالة التعامل السابق بين الطرفين، فإن هذا لا يمكن الاعتبار السكوت قبولاً إلاّ إذا كان هناك اتفاق مسبق بين الطرفين[4].

---

[1] – آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص167.

[2] – خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 344.

[3] – آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص168.

[4] – خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص345.

وهذا ما أخذ به التوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلكين رقم 97/7 الصادر في 20 ماي 1997 في البند التاسع منه على أن السكوت لا يعدّ قبولاً إذ يشترط أن يقترن بقبول الطرف الآخر.

وفي هذا الاتجاه أكدت المادة 12 من قانون رقم 18-05[1] المتعلق بالتجارة الإلكترونية في إطار الحديث على المراحل التي تمرّ بها طلبية المنتوج على ضرورة أن تؤكد الطلبية وأن يكون الاختبار الذي يقوم به المستهلك الإلكتروني معبر عنه صراحة وهذا ما لا يدع مجالاً للشك في القول أن المشرع قد استبعد فكرة اعتبار السكوت في مجال العقود الإلكترونية بمثابة قبول.

الفرع الثالث: صحة التراضي في العقود الإلكترونية:

لا يكون العقد صحيحا إلاّ إذا صدر عن طرفين تتوافر فيهما الأهلية القانونية للتعاقد، وأن لا يشوب إرادتهما عيب من عيوب الإرادة.

أولا: خصوصية الأهلية في العقود الإلكترونية:

تعرف الأهلية بأن صلاحية الشخص بأن تكون له حقوق وعليه التزامات وصلاحيته لصدور التصرفات القانونية على وجه يعتدى بها ويعتبر توافر الأهلية لدى الطرف المتعاقد شرطاً لصحة العقد. والأهلية التي نقصدها في مجال التعاقد هي أهلية الأداء وهي صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن تكسبه حقا أو أن تحمله التزامات على وجه يعتد به قانوناً[2].

---

[1] – حيث تنصّ المادة 12 على ما يلي: "تمرّ طلبية منتوج أو خدمة عبر ثلاث مراحل إلزامية:

- وضع الشروط التعاقدية في متناول المستهلك الإلكتروني، بحيث يتمّ تمكينه من التعاقد بعلم ودراية تامة.
- التحقق من تفاصيل الطلبية من طرف المستهلك الإلكتروني، لا سيما فيما يخص ماهية المنتوجات أو الخدمات المطلوبة، والسعر الإجمالي والوحدوي، والكميات المطلوبة بغرض تمكينه من تعديل الطلبية، وإلغائها أو تصحيح الأخطاء المحتملة.
- تأكيد الطلبية الذي يؤدّي إلى تكوين العقد.
- يجب أن يكون الاختيار الذي يقوم به المستهلك الإلكتروني معبّراً عنه بصراحة.
- يجب ألاّ تتضمن الخانات المعدة للملء من قبل المستهلك الإلكتروني، أية معطيات تهدف إلى توجيه اختياره."

[2] – محمد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، دار الهدى الجزائر، 2009، ص153.

إن مناط أهلية الأداء هو الإدراك والتمييز وتدور معه وجودا، وعدما، لأنّ فاقد التمييز يكون فاقدا للإرادة وبالتالي فاقدا للأهلية، وناقص التمييز يكون ناقصا للأهلية، وكامل التمييز يكون كامل الأهلية[1].

وتظهر الصعوبة في مسألة التأكد من مدى توافر أهلية الأداء لدى طرفي العقد عموماً، إذا كان التعاقد بين غائبين، وبما أنّ العقود الإلكترونية تدخل ضمن هذه العقود، لذلك تظهر أهمية مسألة التأكد من أهلية الأطراف في التعاقد الإلكتروني وخصوصاً إذا عرفنا بأنه لا توجد مواجهة حقيقية وفعلية بين الطرفين، لذلك فإنه من الصعب التأكد من أهلية المتعاقد، وحسب القواعد العامة للأهلية إذا كان المتعاقد صغيرا غير ميز أو قاصر فلا ينعقد العقد أصلاً أو يكون العقد موقوفا حسب مقتضى الحال[2].

حيث غالبا ما يظهر القاصر بمظهر البالغ ويتصرف على هذا الأساس عبر الانترنت، أو يستخدم القاصر بطاقات الائتمان الخاصّة بذويه دون الحصول على موافقتهم لتسديد ثمن ما تعاقد عليه، لذلك يتعذر في أغلب الأحوال على الطرف الذي يتعاقد على الشبكة مع القاصر أن يعرف السن الحقيقية للطرف الآخر ويتعاقد معه بحسن النية، لهذا ذهب جانب من الفقه من أجل التغلب على هذه المشكلة الأخذ بنظرية الوضع الظاهر لحماية المتعاقد حسن النية، فيجوز للتاجر أو مقدم الخدمة أن يتمسك أن القاصر توافرت به مظهر الشخص الراشد، فيتحمّل القاصر أو وليه المسؤولية القانونية عن هذا الضرر[3].

ثانيا: الوسائل التقنية للتحقق من الأهلية في العقد الإلكتروني:

تعدّ مسألة التحقق من أهلية المتعاقد في العقود الإلكترونية مسألة فنية دقيقة، ودفعت هذه المسألة العلماء التقنيين المتخصصين وفقهاء القانون المهتمين في مجال التعاقد الالكتروني إلى البحث عن وسائل تسأهم في إيجاد سبل تقنية وقانونية لحل هذه المشكلة.

---

[1] – آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص219.

[2] –آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص221.

[3] – أيسر صبري إبراهيم، إبرام العقد عن الطريق الإلكتروني وإثباته، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2015، ص100.

ولا توجد حتى الآن وسائل تقنية حاسمة في هذا المجال، إلاّ أنه توجد وسائل احتياطية وتحذيرية يمكن استخدامها للتحقق من شخصية المتعاقدين، ومحاولة منع ناقصي الأهلية من إبرام العقود، ويمكن تصنيف هذه الوسائل إلى:

1- البطاقات الإلكترونية:

هي عبارة عن بطاقات ذكية، تتمثل في رقائق الكترونية يتمّ تصنيعها من السليكون، يمكن من خلالها تخزين جميع البيانات الخاصة بحاملها مثل الإسم والسن، محلّ الإقامة والمصرف الذي يتمّ التعامل معه، وجميع المعاملات الخاصّة بهذه البطاقة، وتعدّ هذه البطاقة بمنزلة الحاسوب الشخصي المتنقل، باعتبارها تحتوي على سجلّ كامل من المعلومات والبيانات الشخصية والرقم السري لهذه البطاقة المزود بعدّة عناصر للحماية ضدّ عمليات التزوير وسوء الاستخدام من جانب الآخرين في حال سرقتها أو محاولة تقليدها نظراً لنوع الدائن المستخدمة والشريط الممغنط[1].

وعلى الرغم من الاحتياطات المتخذة من قبل المتعاملين يمثل هذه الوسيلة لتأمين المعلومات الخاصة ببطاقاتهم الإلكترونية، إلاّ أنّها لم تكن صعبة على أصحاب الدهاء الإلكتروني الذين يتفننون في ابتداع الطرق غير المشروعة لاختراق اتصالات عبر تقنيات هذه البطاقة واستحداث أساليب القرصنة الإلكترونية[2].

2- التوقيع الإلكتروني:

عرف المشرع الجزائري التوقيع الإلكتروني في القانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكتروني في المادة الثانية منه فقرتها الأولى بأنه عبارة عن بيانات في شكل إلكتروني مرفقة ببيانات إلكترونية أخرى تستخدم كوسيلة توثيق.

---

[1] – عجالي بخالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2014، ص213.

[2] – علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص175.

وعليه فإن وظائف التوقيع الإلكتروني هو تحديد هوية وشخصية الطرف المتعاقد، كما يعتبر شاهداً على نية المتعاقد على الالتزام بمضمون العقد الموقع عليه، وكذا على نية الإقرار بتحرير النص وربط نفسه بمضمونه[1].

إنّ توثيق التوقيع من طرف سلطات توثيق معتمدة سوق يمنح الثقة للمتعاملين في تحديد شخصية وهوية المتعاقد وهذا بدوره سوف يوفر الأمان في المعاملات التجارية الإلكترونية.

3- التصديق الإلكتروني:

هي طرف ثالثا محايد بين المتعاقدين سواء كانت هيئة عامة أم خاصة، مهمتها تنظيم العلاقة بين الطرفين على الخط، فتقوم بتحددي هوية الطرفين، وتتضح أهميتها القانونية بإصدار شهادات تثبت حقائق متعلقة بالتعاقد الذي يجري عبر الأنترنت.

وتؤدّي هذه الجهة دوراً وسطًا، أو همزة وصل بين المرسل والمرسل إليه، فكل طرف من أطراف المعاملة الإلكترونية يحتاج إلى شخص محلّ ثقة يؤكّد هوية المتعاقد معه، وصحة توقيعه الإلكتروني، وسلامة المعاملة ومشروعيتها وبعدها عن الغشّ والاحتيال[2].

وقد تمّ تنظيم عمل جهات التصديق الإلكتروني في الجزائر من خلال قانون رقم 15-04 المؤرخ في 1 نوفمبر 2015 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين في المادة الثانية فقرة 7 على أن شهادة التصديق الإلكتروني وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق مع التوقيع الإلكتروني والموقع[3].

4- الوسائل التحذيرية:

يتمّ من خلال هذه الوسيلة وضع وسائل تحذيرية على مواقع الانترنت تمنع دخول الانترنت إلاّ من خلال شخص يتمتع بالأهلية القانونية، ويلتزم هذا الشخص بالكشف عن

---

[1] – محمد عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص68.

[2] – علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص175.

[3] – قانون 15-04 المؤرخ في 1 فيفري 2015 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكتروني، ج ر ع 06 الصادر في 10 فيفري 2015.

هويته والإفصاح عن عمره من خلال ملء نموذج معلومات معروض على الأنترنت، فإذا كان الشخص متمتعا بالأهلية القانونية، فإنه يستطيع دخول الموقع وإبرام العقود، وعلى العكس من ذلك فهو لا يستطيع الدخول إلى الموقع إذا لم يقم بملء المعلومات، أو إذا اتضح منها عدم أهليته، وتعدّ هذه الوسائل التحذيرية من أكثر الوسائل استخداماً في الوقت الحاضر، إلاّ أنّها لا تخلو من مخاطر، إذ قد يقوم المستخدم بوضع بيانات تخالف الحقيقة بشأن أهليته، مما يؤدّي إلى إيجاد وسائل أخرى لحلّ هذه المشكلة[1].

وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري في قانون التجارة الإلكترونية الصادر في 2018 خال من أي نص بخصوص أهلية المتعاقد في التجارة الإلكترونية.

فرغم أنه وسع من مفهوم المستهلك ليأخذ بالمستهلك الإلكتروني في قانون حماية المستهلك وقمع الغش في 2009، إلاّ أنّه لم يشر إطلاقا إلى أهلية المستهلك الإلكتروني، بالتالي نكتفي بالقواعد العامة المنظمة للأهلية المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري.

ثالثا: عيوب الإرادة في التعاقد الإلكتروني:

على غرار العقود التقليدية يشترط لانعقاد العقود الإلكترونية توافر عنصر الرضا لأطراف العقد هذا الأخير لا يعتبر صحيحاً إلاّ إذا كان خاليا من عيوب الإرادة طبقا لأحكام التي نص عليها المشرع الجزائري من المواد 81 إلى 91 من القانون المدني الجزائري وهي الغلط، التدليس، الإكراه والاستغلال.

1- الغلط:

يعرف الفقه الفعل بصفة عامة بأنه وهم يقوم في ذهن المتعاقد فيصور له الأمر على خلاف الواقع، فالغلط حالة تقوم بنفس المتعاقد تصور له الأمر على غير حقيقته، وذلك بتصور واقعة على أنها غير صحيحة بينما هي صحيحة[2].

---

[1] – إلياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2009، ص128.

[2] – محمد صبري سعدي، المرجع السابق، ص162

إنّ الغلط الذي يعيب الإرادة هو ذلك الغلط الذي يقع في صفة جوهرية في الشيء محلّ الالتزام، أو في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته الجوهرية[1].

يشترط للتمسك بالغلط الذي يعيب الإرادة أن يقع أحد المتعاقدين في غلط جوهري، وأن يتّصل ذلك الغلط بعلم المتعاقد الآخر[2].

وعيب الغلط في التعاقد الإلكتروني أمر متصور الحدوث، فمثلاً قد يحتجّ أحد المتعاقدين وهو المشتري عند تسلمه المبيع أنه ليس متفقا مع ما توقعه، أو أنه غير صالح للاستعمال الذي اشتراه من أجله، وبالتالي يطالب بإبطال العقد استناداً لنظرية الغلط.

في مجال المعاملات الإلكترونية تعدّ صفة عدم الاحتراف أو عدم الخبرة، عنصرا جوهرياً في قبول اعتبار المتعاقد قد وقع في غلط جوهري، خاصة في الأشياء الفنية ذات التكنولوجيا المتطورة، فتلك الصفة تعدّ 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 في المتعاقد، ويكون ناتجا عن نقص في البيانات المتعلقة بالسلعة أو الخدمة أو المتعلقة بموجب نفسه[3].

على نفس المنوال ذهب المشرع الجزائري في قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية إلى التأكيد على ضرورة أن تكون كل معاملة تجارية إلكترونية مسبوقة بعرض تجاري إلكتروني[4] وأن يقدم هذا العرض بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة[5] وذلك حتى لا يقع المستهلك الإلكتروني في غلط، وأن يقوموا بعرض السلعة أو الخدمة

---

[1] – راجع نص المادة 82 من القانون المدني الجزائري.

[2] – السنهوري، المرجع السابق، ص390.

[3] – بلقاسم حامدي إبراهيم، العقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014، 2015، ص133.

[4] – أنظر المادة 10 من القانون 18-05 المتضمن قانون التجارة الإلكترونية، المصدر السابق.

[5] – أنظر المادة 116 من قانون 18-05، المصدر السابق.

على العميل بالتفصيل الدقيق[1] لأنّ المستهلك الإلكتروني لا يمكن له معاينة السلعة والتأكد من سلامتها وملاءمتها لحاجاته.

2- التدليس:

التدليس هو استعمال شخص طرقا احتيالية بقصد إيقاع شخص آخر في غلط يدفعه إلى التعاقد، أو هو الاتجاه إلى الحيلة بقصد إيهام المتعاقد بغير الحقيقة، والتأثير على رضائه لحمله على التعاقد، فالتدليس على هذا النحو هو غلط يقع فيه المتعاقد نتيجة الحيل التي لجأ إليها المتعاقد الآخر، فهو إذن ليس غلطاً تلقائياً، يقع فيه المتعاقد، وإنّما غلط مدبر يقع فيه المتعاقد بفعل المتعاقد الآخر، ونتيجة لما لجأ إليه الآخر من وسائل وطرق احتيالية[2].

إنّ التدليس في العقد الإلكتروني لا يختلف عن التدليس في العقد التقليدي، بل أنه متصور أكثر في العقود الإلكترونية نتيجة الإعلانات الكاذبة والدعايات الإلكترونية طالما تجاوزت الحدّ المألوف وكان مؤثرا في إرادة المدلس عليه ودافعا إلى التعاقد، ويعطي للمدلس عليه الحقّ في طلب إبطال العقد[3].

ومن أهم صور التدليس الإلكتروني، استعمال العلامة التجارية لشخص آخر وتعمد نشر بيانات ومعلومات غير صحيحة على الموقع عن سلع أو خدمات بقصد ترويجها.

ومن أشهر طرق الغش والتدليس المستخدمة عبر الأنترنت هو إنشاء وقع وهمي لا وجود له الإطلاق، وهو أمر متصور الوقوع في المعاملات الإلكترونية إلاّ أنه يمكن الحدّ من ظاهرة الغش والتدليس في التعاقد الإلكتروني عن طريق تنشيط دور جهات التوثيق الإلكتروني أو مقدم خدمة التوثيق، فدورها ليس قاصرا على مجرّد التأكد من صحة ونسبة صدور الإرادة التعاقدية الإلكترونية إلى منشئها، بل التأكد من جدية هذه الإرادة وبعدها عن وسائل الغش والتدليس[4].

---

[1] – أنظر المادة 12 من القانون 18-05، المصدر السابق.

[2] – السنهوري، المرجع السابق، ص342.

[3] – خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص182.

[4] – خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص183.

وتجدر الإشارة إلى أن بعض مشرعي الدول عند إصدارهم قوانين تنظيم العقود والمعاملات الإلكترونية نصوا على أحقية المستهلك في إرجاع المنتج خلال المدة المحددة، وهذا ما أقره المشرع الجزائري في قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية حيث أعطى للمستهلك الحقّ في إرجاع المنتوج خلال المدة المحددة قانوناً إذا أثبت أنه وقع في غشّ أو تحايل دفعه إلى إبرام العقد[1].

3- الإكراه:

الإكراه عيب ثالثا في الإرادة يجعل المتعاقد يبرم عقد تحت سلطان صرف حال أو إجبار شخص على إبرام عقد ما دون رضاه، بمعنى أنه الإكراه، الذي يعدّ عيبا من عيوب الإرادة هو الإكراه المعنوي وليس الإكراه المادي، ذلك أن هذا الأخير من شأنه أن يعدم الإرادة بحيث لا ينشأ العقد وتكون هذه الرهبة هي الدافع إلى التعاقد.

ويعتبر وقوع الإكراه في العقود الإلكترونية أمراً مستبعداً وغير متصور، لأنها عقود تتمّ بين طرفين يفصل بينهما مكان، ومجلس العقد الذي يجمعهما هو مجلس عقد حكمي وليس حقيقي، وإن كان من الممكن حدوثه أحيانا بسبب التبعية الاقتصادية، حيث يضطرّ المتعاقد إلى إبرام العقد تحت ضغط الحاجة الاقتصادية، ويمكن تصوّر ذلك بصدد توريد المنتج واحتكار إنتاجه ثم بيع قطع غياره بشروط مجحفة ويضطرّ العميل إلى قبولها حيث لا بديل أمامه سوى قبول ذلك[2].

وعلى الرغم من التصور السائد من أنه يصعب تصور الإكراه في العقود الإلكترونية، إلاّ أنه يمكن تصور حدوث الإكراه في العقود الإلكترونية وأمثلة ذلك كثيرة نورد بعضها على النحو الآتي:

- التعاقد الإلكتروني الذي يتمّ من خلال غرف المحادثة المزودة بكاميرا، بحيث يستطيع كل من المتعاقدين رؤية الآخر من خلال الكاميرا، حيث يستخدم المتعاقد بيانات وثائق تحت يده، ويراها، المتعاقد الآخر، ويكرهه على إبرام العقد[3].

---

[1] – أنظر المادة 23 من قانون 18-05، المصدر السابق.

[2] – محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص75.

[3] – وسيلة لزعر، التراضي في العقود الإلكترونية، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، 2018-2019، ص101.

- يتصور حدوث الإكراه في العقد الإلكترونية النموذجية التي تكون معدّة مسبقا على المواقع الإلكترونية[1].

4- الاستغلال:

يعرف عيب الاستغلال بأنه انتهاز أحد المتعاقدين لحالة الضعف في إدارة المتعاقد الآخر ليبرم معه عقداً بعيب فاحش، بحيث يكون اختلالاً فادحاً بين التزامات كلا الطرفين، مقدّراً وقت إبرام العقد، وما كان المتعاقد المغبون ليبرم هذا العقد لولا هذا الضعف في إرادته[2].

ولقد نصّ المشرع الجزائري على الاستغلال كعيب يشوب الإرادة في المادة 90 من القانون المدني الجزائري، ويترتب على الاستغلال قابلية العقد للإبطال لمصلحة من وقع فيه على أن ترفع دعوى إبطاله خلال سنة من يوم إبرام العقد[3].

ويمكن تصور تطبيق الاستغلال في مجال العقود الإلكترونية، حينما يكون المتعاقد قد وقع ضحية طيش بين وهواه الجامح، ويدخل في علاقات تعاقدية لمجرد أنها في طرفها الآخر شخصية اجتماعية بارزة، فإذا استغلّ الطرف الآخر ضعف المتعاقد نفسه، قام العقد مختلاً اختلالاً فادحا بين قيمة المبيع والثمن، ونكون هنا بصدد عيب الاستغلال الذي يشوب الإرادة ويقصد العقد[4].

كما أن تباعد المتعاقدين وانتشار الإعلانات الكاذبة المفترضة في العقود الإلكترونية، وتباين الخبرات الفنية، توسع من دائرة الاختلال الفادح في التزامات الطرفين، واستغلال طيش المتعاقدين في التعاقد الإلكتروني واندفاعه نحو الإعلانات الكاذبة والسلع المفترضة كمجال خصب لمثل هذا العيب[5].

---

(1) – علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص206.

(2) – محمد سعيد جعفور، التصرف الدائر بين النفع والضرر في التقنين المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، طبعة 2002، ص90.

(3) – راجع المادة 90 من القانون المدني الجزائري.

(4) – علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص209.

(5) – لزعر وسيلة، المرجع السابق، ص104.

وبسبب خطورة إبرام التصرفات القانونية عبر الانترنت وعدم امتلاك المتعاقدين الثقافة اللازمة لاستعمالها، كأن يتسرع أحدهم في النقر على الموافقة دون قراءة الصفحة أو التأكد من شروط العقد جيداً، كل هذا يجعل من المستخدم المتعاقد عبر شبكة الانترنت عرضة للاستغلال[1].

المطلب الثاني: المحلّ في العقد الإلكتروني:

يعدّ المحلّ الركن الثاني في العقد الإلكتروني فهو لا يختلف كثيراً عن المحلّ في العقد التقليدي إلاّ في بعض أوجه الخصوصية، فهو يتضمن نفس الشروط المنصوص عليها في القانون المدني وهي أن يكون موجوداً أو ممكناً وأن يكون معينا أو قابلاً للتعيين وأن يكون مشروعاً في المواد 92 إلى غاية 95.

فيجب أن يكون المحلّ موجوداً أثناء الاتفاق أو قابل للوجود فيما بعد إذا عين تعيينا دقيقا وصحيحاً، وفي التعاقدات الإلكترونية يكفي عرض الشيء المبيع، فإذا كان محلّ العقد الإلكتروني غير قابل للتجسيد على أرض الواقع كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً.

ولكي يكون محلّ العقد الإلكتروني معينا أو قابلاً للتعيين، يجب أن يتمّ وصف المنتج أو الخدمة عبر الأنترنت بصورة دقيقة وواضحة، مع تجنّب الإعلانات الخادعة أو المضللة[2]، وهذا ما أكدته المادة 11 في فقرتها الثالثة من قانون التجارة الإلكترونية 05-18 بقولها "يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة، ويجب أن يتضمن على الأقل ولكن ليس على سبيل الحضر المعلومات الآتية: طبيعة وخصائص وأسعار السلع أو الخدمات المقترحة....إلخ".

أمّا عن مشروعية محلّ العقد الإلكتروني فهو يعتبر أهم شرط يجب توافره نظراً لكثرة المواقع الممارسة للتجارة غير المشروعة، مثل المخدرات، وانتحال صفة الغير وممارسة القمار عبر الأنترنت، غير أن هناك صعوبة في السيطرة على النظام العام كلما تعلّق الأمر بالعقود المبرمة عن بعد، وبالرجوع إلى المادتين الثالثة والخامسة من القانون

---

[1] – قردان لخضر، المرجع السابق، ص182.

[2] – قردان لخضر، المرجع السابق، ص174.

رقم 18-05 المتضمن قانون التجارة الإلكترونية نجد أنه استثنى بعض المعاملات الإلكترونية من دائرة التعامل حيث تنصّ المادة 03 منه على ما يلي "تمارس التجارة الإلكترونية في إطار التشريع والتنظيم المعمول بهما.

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

- ✓ لعب القمار والرهان اليانصيب.
- ✓ المشروبات الكحولية والتبغ.
- ✓ المنتجات الصيدلانية.
- ✓ المنتجات التي تمسّ بحقوق الملكية الفكرية أو الصناعية أو التجارية.
- ✓ كل سلعة أو خدمة تستوجب إعداد عقد رسمي..."

أما المادّة 5 من قانون 18-05 فقد نصت على ما يلي: "تمنع كل معاملة عن طريق الاتصالات الإلكترونية في العتاد والتجهيزات والمنتجات الحساسة المحددة عن طريق التنظيم المعمول به، وكذا كل المنتجات أو الخدمات الأخرى التي من شأنها المساس بمصالح الدفاع الوطني والنظام العام والأمن العمومي".

المطلب الثالث: السبب في العقد الإلكتروني:

لا يتصور أن تتحرك الإرادة دون سبب، إذ لا يقدم الشخص على الالتزام بمحض إرادته إلاّ إذا كان هناك غرض معين يسعى إلى تحقيقه.

فهناك إذن علاقة وثيقة بين السبب والإرادة، ويمكن القول بأن السبب هو الغرض الذي تتجه الإرادة إلى تحقيقه، غير أن المتعاقد يقصد من وراء التزامه تحقيق غايتين، إحداهما قريبة والأخرى بعيدة، فهل تعتبر الغاية القريبة هي السبب أم أنها تلك الغاية البعيدة؟

لم يتّفق الفقه في تحديد مفهوم السبب وانقسم في هذا الشأن إلى اتجاهين أولهما يأخذ بالنظرية التقليدية وثانيهما يأخذ بالنظرية الحديثة.

السبب في النظرية التقليدية هو الغرض المباشر أو الغاية المرجوة التي يريد الملتزم تحقيقها بالتزامه وهو ما يسمى بالسبب القصدي[1]، أما النظرية الحديثة فتعتمد على الباعث الدافع للتعاقد في تحديد مفهوم السبب[2].

ويشترط في السبب باعتباره ركن من الأركان المكونة للعقد بصفة عامة والعقد الإلكتروني بصفة خاصّة، أن يكون مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة وهذا ما نصت عليه المادة 97 من القانون المدني الجزائري بقولها "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع، أو لسبب مخالف للنظام العام والآداب كان العقد باطلاً".

أمّا العقود الإلكترونية والتي قد تتضمن مثلا أفعالاً خادشة للحياء، فإنّها تكون باطلة لكون السبب غير مشروع، غير أن مفهوم النظام العام والآداب العامة يتطوّر من زمن لآخر ويختلف من دولة لأخرى، فما يعتبر من النظام العام والآداب العامة في دولة ما قد لا يكون كذلك في دولة أخرى، لكن يمكن القول أن السبب كركن من أركان العقد لا يثير أي إشكال في العقود الإلكترونية، وتبقى النظرية العامة للعقد هي المطبّقة في إطار التعاقد الإلكتروني[3].

واستنادا لما سبق، فإنّ مفهوم السبب في العقد الإلكتروني هو نفسه مفهوم السبب في العقد التقليدي، وبالتالي يترتب على انعدامه بطلان العقد الإلكتروني[4].

المبحث الرابع: تنفيذ العقد الإلكتروني

تنقسم العقود الإلكترونية من حيث كيفية تنفيذها إلى نوعين: منها ما يبرم عبر الانترنت وينفذ خارجها، حيث يشمل هذا النوع العقود التي يكون محلّها الأشياء المادية التي يقتضي تسليمها في بيئة عادية، والنوع الآخر من هذه العقود ما يبرم وينفذ عبر شبكة الاتصال، حيث يتضمن العقود التي يكون محلّها الأشياء غير المادية وتقديم

---

[1] – عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص451.

[2] – علي علي سليمان، المرجع السابق، ص75.

[3] – قردان لخضر، المرجع السابق، ص175.

[4] – الياس ناصيف، المرجع السابق، ص150.

الخدمات ومنها عقود الاشتراك في الأنترنت وعقود الاشتراك في بنوك المعلومات وعقود الإعلانات وغيرها[1].

وغالباً ما يتمّ دفع مقابل السلعة أو الخدمة عبر هذه الشبكات أيضا لذلك سوف نتطرق في هذا المطلب إلى التزامات المورد الإلكتروني (المطلب الأول) ثم نتبعه بدراسة التزامات المستهلك الإلكتروني (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التزامات المورد الإلكتروني:

يلتزم البائع في العقد الإلكتروني بنفس الالتزامات المترتبة عليه في العقد التقليدي، إلاّ أنّ الخصوصية التي يتميز بها ألقت على عاتقه التزامات أخرى سوف نتطرق إليها في الفروع التالية:

الفرع الأول: التسليم الإلكتروني:

لم يقم المشرع الجزائري بتعريف التسليم الإلكتروني في قانون 18-05 المتضمن قانون التجارة الإلكترونية لهذا نرجع في تعريفه إلى أحكام القانون المدني وذلك من خلال نص المادة 367 في فقرتها الأولى بقولها "يتمّ التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسلماً مادياً ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك".

ويقصد بالالتزام بالتسليم وفقا لعقد البيع التقليدي هو وضع المبيع تحت تصرف المشتري ليتمكن من قبضه والانتفاع به دون عائق[2].

أما الالتزام بالتسليم الإلكتروني فهو يتميز بمجموعة من الخصائص وهو أن يتمّ التسليم عن بعد بحيث يستطيع المورد تنفيذه من أي مكان قد يتواجد فيه، كما يمكن للمستهلك أن يتسلمه من أي موقع يكون فيه وفي وقت قصير

كما يختلف التسليم الإلكتروني عن التسليم التقليدي من حيث موضوع التسليم أي السلعة المتفق عليها في العقد فقد تكون سلعة ذات كيان معنوي ليس لها وجود مادي كبرامج الكومبيوتر وقواعد البيانات وغيرها ففي هذه الحالة يكون التسليم من خلال

---

[1] – قردان لخضر، المرجع السابق، ص185.

[2] – زاهية حورية سي يوسف، الواضح في عقد البيع، دراسة مقارنة باجتهادات قضائية وفقهية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص175.

تجسيدها على وسط أو دعامة كالأسطوانة أو عن نقلها كطاقة عبر شبكة الأنترنت، وقد يكون موضوع التسليم ذو كيان مادي محسوس كالأجهزة الكهربائية ففي هذه الحالة يتمّ اللجوء إلى الطرق التقليدية في التسليم[1].

أولا: كيفية التسليم:

نظراً لخصوصية التسليم في العقد الإلكتروني الذي يتضمن أشياء ذات كيانات معنوية ليس لها وجود مادي، مثل برامج الكومبيوتر وقواعد البيانات فيمكن أن يكون التسليم بالوسائل الإلكترونية، بحيث يمكن لنا الاستغناء عن الطرق التقليدية في التسليم[2].

1- التسليم الفعلي:

لقد تناول المشرع الجزائري التسليم الفعلي في المادة 367 من القانون المدني المذكورة سابقا، حيث يتّضح من خلال هذه الأخيرة أن التسليم المادي إما أن يتمّ بوضع البائع الشيء المبيع تحت تصرف المشتري، بحيث يتمكن من حيازته وحتى إن لم يحوزه فعلاً، فيكفي أن يكون متمكنا منه دون أي عائق، لأنه إذا كان التسليم على عاتق البائع، فإنّ التسلم هو التزام على عاتق المشتري، وإما بقيام البائع بإعلام أو إخطار المشتري أن المبيع وضع أو سيوضع تحت تصرفه وعلم المشتري بذلك، والإخطار لا يتطلب كل محدد إنما يكون بأي وسيلة من وسائل الاتصال[3].

2- التسليم الحكمي:

لقد نصت عليه المادة 367 في فقرتها الثانية من القانون المدني بقولها "قد يتم التسليم بمجرد تراضي الطرفين على البيع، إذا كان المبيع موجودا تحت يد المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر لا علاقة له بالملكية".

يتّضح لنا من خلال هذه المادة أن التسليم الحكمي يختلف عن التسليم الفعلي في أنّه يتمّ بتراضي الطرفين (المورد، المستهلك)

---

[1] – محمد حسين منصور، المرجع الساق، ص97.

[2] – منافي فراح، العقد الالكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2009، ص208.

[3] – قردان لخضر، المرجع السابق، ص188.

ولقد نصت المادة 13 من قانون رقم 18-05 المتضمن قانون التجارة الإلكترونية على ضرورة أن يتضمن العقد الإلكتروني على الخصوص المعلومات المتعلقة بكيفية التسليم وشروطه وترك المجال مفتوحا لحرية الاتفاق بين أطراف العقد الإلكتروني.

ثانيا: زمان ومكان التسليم:

إنّ مسألة زمان ومكان التسليم من المسائل المهمة التي يجب الاتفاق عليها في العقد فبتعيين زمان ومكان التسليم يمكن من معرفة ما إذا كان التسليم قد حصل، وانتقلت تبعة الهلاك للمشتري أم لا، والبيئة الإلكترونية قد غيرت من القواعد العامة التي كانت تحكمها وفيما يلي سنعرض الخصوصية في هذه المسألة.

إن زمان التسليم في التجارة الإلكترونية يعدّ من البيانات الإلزامية التعاقدية التي يتضمنها العقد ويجب على المورد إعلام المستهلك بها، وهذا ما نصت عليه المادة 22 من قانون 18-05 المتضمن قانون التجارة الإلكترونية بحيث أجاز للمستهلك إرجاع المنتوج على حاله، في حالة ما إذا لم يحترم المورد أجال التسليم في أجل أقصاه 4 أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج، دون المساس بحقّه في المطالبة بالتعويض عن الضرر، لهذا يجب على المورد الإلكتروني أن يرجع إلى المستهلك الإلكتروني المبلغ المدفوع والنفقات المتعلقة بإعادة إرسال المنتوج خلال أجل 15 يوماً ابتداءا من تاريخ استلامه المنتوج[1].

ويتّضح مما سبق، أن ميعاد التسليم يجب أن يكون محدداً باتفاق الطرفين استنادا لمبدأ حرية الأطراف في العقد الإلكتروني، ويجب أن يكون هذا الاتفاق صريح وواضح في العقد، وفي حالة عدم وجود اتفاق يجب أن يكون التسليم فوراً بعد تمام العقد وفقا للقواعد العامة، ذلك أن السرعة في إبرام العقد الإلكتروني يتطلب السرعة في التسليم[2].

أمّا فيما يخصّ مكان التسليم في العقد الإلكتروني، فإنّ القوانين المتعقلة بالتجارة الإلكترونية لم تنظم هذه المسألة لهذا يجب الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني حيث تنصّ المادة 282 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كان محلّ الالتزام شيئاً

---

[1] – راجع نص المادة 22 من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، المصدر السابق.

[2] – أرجيلوس رحاب، الإطار القانوني للعقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار 2017-2018، ص127.

معينا بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز مؤسسته إذا كان الالتزام متعلقا بهذه المؤسسة".

كما أشارت المادة 368 من القانون المدني الجزائري إلى مكان التسليم بقولها: "إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري فلا يتمّ التسليم إلاّ إذا وصل إليه ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك"[1].

فيتّضح من خلال هذه المادة أن التسليم يتمّ حيث يوجد موطن طبقا للقواعد العامة، ويترتب على ذلك أن تبعة الهلاك أثناء الطريق تكون على البائع وليس على المشتري لأنّ التسليم لم يتم بعد.

من خلال ما سبق، نصل إلى أن مكان التسليم الإلكتروني يختلف عن التسليم التقليدي كونه يتمّ عبر وسيط إلكتروني في حالة ما إذا كان محلّ التسليم من الأشياء اللامادية، أين يمكن تسليمها عبر شبكة الانترنت كتحميل برامج أو كتب، أمّا إذا كان محلّ التسليم من الأشياء المادية فهنا يتمّ التسليم في المكان الذي تمّ الاتفاق عليه من قبل المتعاقدين، ويتحمّل البائع تبعة الهلاك ما دام الشيء المبيع لم يتمّ تسلمه من قبل المشتري.

ثالثا: تأدية خدمة:

إن الخدمات التي تقدمها شبكة الانترنت كثيرة ومتنوعة حيث يتم تنفيذها إلكترونيا وكقاعدة عامة فإنّ الالتزام وتقديم خدمة هو التزام بتحقيق نتيجة ما لم يتّضح من نصوص العقد أن هذا الالتزام يتعلق ببذل عناية لذا لا يستطيع المورد التخلص من المسؤولية إلاّ بإثبات السبب الأجنبي[2] المتمثل في خطأ المضرور أو القاهرة أو الغير، لذلك يجب على المورد الإلكتروني الالتزام بتقديم المعلومة بصفة دقيقة وبطريقة مرئية

---

[1] – المادة 368 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

[2] – مناني فراح، المرجع السابق، ص210.

ومقروءة ومفهومة والحفاظ على معطيات الزبائن الشخصية والخدمات المقدمة لهم، وفي حلة الإخلال بالخدمة المتفق عليها يجوز للمستهلك أن يطلب التعويض.

رابعا: جزاء الإخلال بالتسليم الإلكتروني:

إن المشرع الجزائري من خلال قانون 18-05 المتضمن قانون التجارة الإلكترونية قد ألقى المسؤولية على المورد الإلكتروني وذلك من خلال نص المادة 11 منه في التنفيذ الحسن للالتزامات المترتبة عنه، وأن أي مخالفة لهذه الالتزامات كتسليم مفتوح أو تقديم خدمة لم يطلبها المستهلك الإلكتروني، فلا يمكنه المطالبة بدفع الثمن أو التكفل بمصاريف التسليم".

كما أوجبت المادة 23 من قانون 18-05 المتضمن قانون التجارة الإلكترونية على المورد الإلكتروني في حالة تسليمه لغرض غير مطابق للطلبية أو كان المنتوج معيبًا باستعادة سلعته، وتحمل تكاليف إعادة الإرسال، وفي المقابل يقوم إما بتسليم جديد موافق للطلبية أو إصلاح المنتوج المعيب، أو استبدال المنتوج بآخر مماثل أو إلغاء الطلبية وإرجاع المبالغ المدفوعة وتعويض المستهلك الإلكتروني في حالة وقوع ضرر، كما يجب عليه إرجاع المبالغ المدفوعة خلال أجل 15 يوماً من تاريخ استلام المنتوج[1].

الفرع الثاني: ضمان المورد الإلكتروني للعيوب الخفية.

يقصد بالعيب الخفي كل ما ينال من صلاحية المنتج ويعيق الانتفاع به على نحو يخالف الغرض من التعاقد.

وقد أوجب المشرع الجزائري لاعتبار العيب خفيا منشأ للضمان أن يكون هذا العيب قديماً، أن يكون مؤثرا وخفياً غير معلوم للمشتري[2].

وعليه لكي تقوم مسؤولية المورد الإلكتروني بضمان العيوب الخفية يجب أن لا يعلم المستهلك بوجوده، وإنّما تمّ اكتشافه بعد تفحصه للمنتج بعد إبرام العقد، ليقوم حينئذ وخلال مدة معقولة أو فور ظهوره بإخطار المورد الإلكتروني لتنفيذ التزامه بالضمان وإلاّ اعتبر سكوته قبولاً للمنتج.

---

[1] – راجع المواد 21، 22، 23 من القانون 18-05 المتضمن قانون التجارة الإلكترونية، المصدر السابق.

[2] – أنظر المادة 379 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الثالث: ضمان المورد الإلكتروني التعرض والاستحقاق.

ويقصد به أن المورد يضمن عدم التعرض للمستهلك في الانتفاع بالمبيع كلّه أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل غيره حتى ولو كان له وقت العقد حقّ على محلّ العقد أو أن هذا الحقّ ثبت له بعد العقد.

ويظهر التعرض الشخصي في العقد الإلكتروني حين يقوم المورد بعمل مادي أو تصرف قانوني يعيق انتفاع المستهلك القانوني بمحلّ العقد، كأن يقوم المورد الإلكتروني بزراعة فيروس في البرنامج حتى يمنع المستهلك من الاستفادة كليا أو جزئيا منه ويصنف ضمن التعرض المعنوي[1].

وقد يمنع الغير المستهلك من الانتفاع بمحلّ العقد من خلال قيامه بأي تصرف قانوني ليثبت من خلاله أحقيته على المبيع كأن يدعي الغير ملكيته للبرنامج، ففي هذه الحالة يتدخّل المورد الإلكتروني لردّ مثل هذا الادعاء.

الفرع الرابع: الالتزام بالإعلام الإلكتروني:

يعرف الالتزام بالإعلام بأنه التزام سابق على التعاقد يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدّم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل متنور على علم بكافة تفصيلات هذا العقد[2].

وقد عرّف المشرع الجزائري الالتزام بالإعلام الإلكتروني من خلال المادة 17 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على أنه "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكلّ المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يصنعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأي وسيلة أخرى مناسبة تحدد الشروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

كما نصت المادة 18 من نفس القانون على إلزامية إعلام المستهلك بقولها "يجب أن تحرر بيانات الوسم وطريقة الاستخدام ودليل الاستعمال وشروط ضمان المنتوج وكل

---

[1] – قالية فيروز، التزامات المورد الإلكتروني في ظل قانون 18-05 يتعلق بالتجارة الإلكترونية، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أدرار المجلد 08، العدد 02، سنة 2022، ص394.

[2] – خليفي مريم، الالتزام بالإعلام الإلكتروني وشفافية التعامل في مجال التجارة الإلكترونية، جامعة بشار، دفاتر السياسة والقانون، العدد الرابع، جانفي 2011، ص205.

معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساساً، وعلى سبيل الإضافة، يمكن استعمال اللغة أو عدّة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين وبطريقة مرئية ومقروءة ومتعذر محوها".

فقام المشرع الجزائري طبقا للمادة 17 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بإصدار المرسوم التنفيذي رقم 13-378 الذي يحدد شروط وكيفية إعلام المستهلك[1]، حيث تنصّ المادة 02 من المرسوم على ما يلي: " يطبق هذا المرسوم على كل السلع والخدمات الموجهة للاستهلاك، مهما كان منشؤها أو مصدرها ويحدد الأحكام التي تضمن حقّ المستهلكين في الإعلام".

إنّ المشرع الجزائري عند تنظيمه لأحكام الالتزام بالإعلام بموجب هذا المرسوم لم يغفل عن الإعلام الإلكتروني وذلك بالاستعانة بوسائل الاتصال عن بعد، حيث نصّ على المقصود بالالتزام بالإعلام في المادة الثالثة في فقرتها الخامسة بقولها "كل معلومة متعلقة بالمنتوج موجهة للمستهلك على بطاقة أو أي وثيقة أخرى بما في ذلك الطرق التكنولوجيا الحديثة أو من خلال الاتصال الشفهي".

وبالرجوع إلى قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية نجد أنّ المشرع قد نصّ على الالتزام بالإعلام الإلكتروني من خلال المادتين 10 و11 سابقتي الذكر، كما ألزم المشرع المورد الإلكتروني بضرورة إعلام المستهلك الإلكتروني أثناء فترة التعاقد بكل المعلومات التي تساعده على تنوير إرادة المستهلك وذلك تحت طائلة إبطال العقد مع حق المستهلك في التعويض إذا لحقه ضرر[2].

الفرع الخامس: الالتزام بمنح المستهلك نسخة من الفاتورة والعقد الإلكتروني:

لقد نصت على هذا الالتزام كل من المادتين 19 و20 من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية حيث يشترط على المورد الإلكتروني أن يقوم بإرسال نسخة إلكترونية من العقد إلى المستهلك الإلكتروني[3]، وإعداد فاتورة تسلم للمستهلك

---

[1] – المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المؤرخ في 09 نوفمبر2013 الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، جريدة رسمية، العدد 58 الصادرة في 18 نوفمبر 2013.

[2] – أنظر المادة 13 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، المصدر السابق.

[3] – راجع المادة 19 من القانون رقم 18-05، المصدر السابق.

الإلكتروني، تعدّ طبقا للتشريع والتنظيم المعمول به، كما يمكن للمستهلك الإلكتروني أن يطلب الفاتورة في شكلها الورقي[1].

الفرع السادس: الالتزام بحماية المعطيات الشخصية للمستهلك الإلكتروني:

في مجال التجارة الإلكترونية يقوم المورد بجمع المعطيات الشخصية للزبائن من خلال تسجيلها أو الاحتفاظ بها، فهو الذي بوظيفة المسؤول عن المعالجة، وبهذه الصفة يكون هو المسؤول عن حماية المعطيات الشخصية للمستهلكين.

ويقصد بالمعطيات الشخصية تلك المعلومات التي تتعلق بالشخص الطبيعي دون المعنوي وترتبط به بشكل مباشر أو غير مباشر فتعرّفه كالإسم واللقب والصورة وكذا بيانات التعريف التي لا تكشف عن هوية الشخص وإنّما هي مرتبطة به كرقم الهاتف أو الضمان الاجتماعي، بصمات الأصبع، تاريخ الميلاد، عنوان البريد الإلكتروني[2].

ألزم المشرع الجزائري بموجب المادة 26 من قانون رقم 18-05 المورد الإلكتروني الذي يقوم بجمع المعطيات ذات الطابع الشخصي للزبائن والزبائن المحتملين أن لا يجمع إلاّ البيانات الضرورية التي تقتضيها طبيعة المعاملة التجارية بعد أن يكون قد حصل على موافقة مسبقة منهم، على أن يتولى المورد ضمان أمن وسرية هذه المعلومات وفقا لما نص عليه القانون[3].

---

[1] – راجع المادة 20 من القانون رقم 18-05، نفس المصدر.

[2] – إنّ القانون رقم 18-05 لم يحدد المقصود بالمعطيات الشخصية وإنما أحاله إلى القانون 18-07 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، والذي عرفها بأنها "كل معلومة بغض النظر عن دعامتها المتعلقة بشخص معرّف أو قابل للتعرف عليه والمشار إليه أدناه، الشخص المعني بصفة مباشرة أو غير مباشرة، لا سيما بالرجوع إلى رقم التعريف أو عنصر أو عدّة عناصر خاصة بهويته البدنية أو الفيزيولوجية أو الجينية أو البيومترية أو النفسية أو الاقتصادية أو الثقافية أو الاجتماعية"، المادة 01/03 من القانون 18-07 المؤرخ في 10 جوان 2018، يتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، ج ر ع 34.

[3] – تنص المادة 26 من القانون رقم 18-05 على ما يلي "ينبغي على المورد الذي يقوم بجمع المعطيات ذات الطابع الشخصي ويشكّل ملفات الزبائن والزبائن المحتملين، ألاّ يجمع إلاّ البيانات الضرورية لإبرام المعاملات التجارية كما يجب عليه: * الحصول على موافقة المستهلكين الإلكترونيين قبل جمع البيانات.

* ضمان أمن نظم المعلومات وسرية البيانات.

* الالتزام بالأحكام القانونية والتنظيمية المعمول بها في هذا المجال.

* يتمّ تحديد كيفيات تخزين المعطيات ذات الطابع الشخصي وتأمينها وفقا للتشريع المعمول بهما".

المطلب الثاني: التزامات المستهلك الإلكتروني:

يترتب على عاتق المستهلك الإلكتروني مجموعة من الالتزامات أهمها التزامه بدفع الثمن، حيث ظهرت عدّة وسائل حديثة لدفع الثمن عن طريق استخدام وسائل الاتصال الحديثة خصوصاً شبكة الأنترنت ما يسمى بالدّفع الإلكتروني (الفرع الأول) تم الالتزام بالتسلم الفعلي للمنتوج أو تأدية الخدمة موضوع العقد الإلكتروني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التزام المستهلك بدفع الثمن المتفق عليه في العقد الإلكتروني

تنصّ المادة 16 من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية على التزام المستهلك بدفع الثمن بقولها "ما لم ينص العقد الإلكتروني على خلاف ذلك، يلتزم المستهلك الإلكتروني بدفع الثمن المتفق عليه في العقد الإلكتروني بمجرد إبرامه".

كما نص الفصل السادس من نفس القانون على وسائل الدفع في المعاملات التجارية وعن كيفياته وشروطه حيث نصت المادة 27 منه "يتمّ الدفع في المعاملات التجارية الإلكترونية إما عن بعد أو عند تسليم المنتوج، عن طريق وسائل الدفع المرخص بها، وفقا للتشريع المعمول به.

عندما يكون الدفع الكترونيا، فإنه يتمّ من خلال منصة دفع متخصصة لهذا الغرض، منشأة ومستغلة حصريا من طرف البنوك المعتمدة من قبل بنك الجزائر وبريد الجزائر وموصولة بأن نوع من أنواع محطات الدفع الإلكتروني عبر شبكة المتعامل العمومي للمواصلات السلكية واللاسلكية يتمّ الدّفع في المعاملات التجارية العابرة للحدود حصريا عن بعد عبر الاتصالات الإلكترونية".

نخلص مما سبق أن المشرع قد حدّد طريقتين للوفاء هما:

- الوفاء عن بعد.
- الوفاء عند تسليم لمنتوج.

وكلا الحالتين اشترط المشرع أن يتمّ عن طريق وسائل الدّفع المرخص بها والتزام المستهلك بالوفاء ما هو إلاّ التزامًا مقابلاً لالتزام البائع بتسليم المبيع، ويجوز المورد أن يمتنع عن هذا التسليم ما دام المستهلك لم يعرض الوفاء.

أولا: مفهوم الدفع الإلكتروني:

يتمّ الدّفع الإلكتروني من خلال عدّة وسائل، تخضع لأحكام القواعد العامة في الوفاء، إضافة إلى قواعد خاصة تتماشى وخصوصيتها. والدفع الإلكتروني له طابع خاص يجعلنا نبحث عن مفهومه من خلال تعريفه وبيان خصائصه.

1- تعريف الدفع الإلكتروني:

لقد عرف المشرع الجزائري الدفع الإلكتروني في المادة السادسة فقرة 5 من قانون التجارة الإلكترونية على أنها "كلّ وسيلة دفع مرخص بها طبقا للتشريع المعمول به تمكن صاحبها من القيام بالدفع عن قرب أو عن بعد عبر منظومة إلكترونية".

فالدّفع الإلكتروني يقصد به قيام المستهلك الإلكتروني بأداء ثمن البيع بوسيلة إلكترونية عن طريق شبكة الأنترنت، وعليه يكون الدّفع الإلكتروني متماشيا مع مقتضيات التجارة الإلكترونية[1].

إنّ الالتزام بالدفع الإلكتروني يعدّ مسألة جوهرية، ويتمّ تنظيم أحكامه بشكل واضح باعتباره يتمّ عن بعد[2]، كما يتمّ الدّفع بالعملة المتفق عليها، وفي حالة عدم الاتفاق فالدفع يتمّ بعملة دولة المدين[3].

2- خصائص الدفع الإلكتروني:

يقوم الدفع الإلكتروني على مجموعة من الخصائص يمكن إجمالها فيما يلي:

- يعتبر وسيلة لتسوية المعاملات التي تتمّ عن بعد، حيث يتم إبرام العقد بين الأطراف المتباعدين في الأماكن ويتمّ الدفع عبر الانترنت.
- يعتبر الدفع الإلكتروني وسيلة وفاء مقبولة عالميا، نتيجة لدولية شبكة الانترنت.
- يقوم الدفع الإلكتروني مقام الدفع الحقيقي للنقود وذلك باستخدام وسائل الدفع الإلكترونية وهي ذات قيمة نقدية.

---

(1) – بشار محمد دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت وفقا لقانون المعاملات الإلكترونية وبالتأصيل مع النظرية العامة للعقد في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص198.

(2) – مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الانترنت، دار الكتب القانوني، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010، ص391.

(3) – محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص118.

- تضمن وسائل الدفع الإلكترونية قدرًا من الأمان عند إتمام عملية التسوية.
- يتطلب الدفع الإلكتروني وجود نظام مصرفي يعمل كوسيط بين طرفي المعاملة الإلكترونية.

ثانيا: وسائل الدفع الإلكتروني:

من أجل وفاء المستهلك بقيمة المنتجات التي تعاقد حولها عن بعد لابدّ من أن تتاح له وسائل دفع تتلاءم مع طبيعة العقود الإلكترونية المبرمة سواء بتطوير وسائل تقليدية تتناسب والدفع عن بعد أو خلق وسائل جديدة تسهل وتحفز المستهلك وتزيد من إقباله على عقود التجارة الإلكترونية وهذه الوسائل هي:

1- التحويل الإلكتروني:

يقصد تأمين عملية التحويل من حساب المدين إلى حساب الدائن ليتم الوفاء، وذلك بإعطاء أمر مصرفي يتضمن تحويل مبلغ محدد من المال من حساب إلى حساب آخر ويتمّ ذلك عبر الانترنت أو من خلال جهاز الصرف الآني التي تكون مرتبطة بشبكة البنوك وتسمح بالتحويل الداخلي أو من بنك لآخر[1].

2- بطاقات الدّفع الإلكترونية:

تعتبر بطاقات الدفع الإلكتروني إحدى أهم وسائل الدفع الإلكتروني التي انتشرت عبر العالم انتشاراً واسعا، وهي عبارة عن بطاقات بلاستيكية مستطيلة ممغنطة تصدرها البنوك لعملائها للتعامل بها بدلاً من النقود، تحمل اسم المؤسسة المصدرة لها، وشعارها وتوقيع حاملها بشكل بارز على وجه البطاقة ورقمها، واسم حاملها، ورقم حسابه وتاريخ انتهاء صلاحيتها، كما تتضمن الرقم السري الذي يتكون من أربعة أرقام.

ومن أهم بطاقات الدفع نذكر بطاقة السحب الآلي (cash carol) بطاقة الشيكات (checks card) بطاقة الدّفع (debit card) بطاقة الائتمان (credit card) بطاقة الصرف البنكي (change card)، البطاقة الذكية (smart card) بطاقة الموندكس (mondex card).

---

[1] – فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية، دراسة تطبيقية لعقود الأنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص

3- الوسائط الإلكترونية المصرفية:

هناك عدّة وسائط إلكترونية مصرفية نذكر منها:

الهاتف المصرفي (Phone bank)، الانترنت المصرفي، خدمات المقاصة الإلكترونية المصرفية(bankers automated clearning services)

4- النقود الإلكترونية:

تعرف النقود الإلكترونية على أنّها مجموعة من البروتوكولات والتوقيعات الرقمية تتيح للرسالة الرقمية أن تحلّ محل تبادل العملات التقليدية، فهي المكافئ الإلكتروني للنقود التقليدية التي اعتدنا تداولها[1].

وتتميز النقود الإلكترونية بمجموعة من خصائص تتمثل في أنها قيمة نقدية وأداة وفاء فلها نفس وظيفة النقود العادية وتتمثل وظيفتها في الوفاء[2]، كما أنّها لا تخضع للحدود، يمكن تحويل النقود الإلكترونية من أي نقطة في العالم وفي أي وقت[3]، ضف إلى ذلك تعتبر النقود الإلكترونية وسيلة أمان وسرية وخصوصية.

أما عن صور النقود الإلكترونية فلها صورتان تتمثلان في حاملة النقود الإلكترونية ومحفظة النقود الإلكترونية.

الفرع الثاني: التزام بتسلم المبيع:

يعتبر التزام المشتري بالتسلم مقابلاً لالتزام البائع بالتسليم ويتم تسلم المبيع بالاستيلاء عليه ماديا، وهذا عندما يكون محلّ البيع سلع مادية أما تسليم الخدمات فيتمّ بوصول الخدمة إلى المستهلك سواء عن طريق مكالمة هاتفية أو عن طريق الفاكس أو عن طريق البريد الإلكتروني.

والتسلم كأصل عام يعبر عن القبول ومطابقة موضوع العقد للمواصفات المتفق عليها، ويتأكد ذلك في حالة القبول الصريح بعد الفحص وإجراء التجارب السابقة.

---

(1) – منير وممدوح محمد الجنبيهي، الشركات الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008، ص80.

(2) – حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص435.

(3) – لزعر وسيلة، تنفيذ العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص95.

ولقد نص المشرع الجزائري على الالتزام المستهلك بتسلم المبيع في المادة 394 من القانون المدني الجزائري التي تقضي بما يلي: "إذا لم يعين الاتفاق والعرف مكانا أو زمانا لتسلم المبيع، وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع، وأن يتسلمه دون تأخير باستثناء الوقت الذي تتطلبه عملية التسلم".

يفهم من خلال هذه المادة أن زمان تسلم المبيع ومكانه هو زمان تسلم المبيع ومكانه المحددين في العقد، فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف بصدد ذلك وجب أن يتم التسلم بمجرد التسليم من البائع مع مراعاة ما تتطلبه العملية من زمن في نقل المبيع.

والتسلم في مجال المعاملات الإلكترونية يتمّ بالنسبة للخدمات فوراً ومباشرة على الخط حسب وسيلة الاتصال ويكون زمن التسلم هو وقت دخول الخدمة لموقع المشتري بينما مكان التسليم هو مكان وصول رسالة البيانات الإلكترونية، أما بالنسبة للتسلم في مجال السلع فيتمّ بطريقة مادية في مكان إقامة المستهلك ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك.

كما يقع على عاتق المستهلك التزامه بتوقيع وصل الاستلام عند الاستلام الفعلي للمنتوج أو تأدية الخدمة مع عدم إمكانية رفض التوقيع وهذا ما نصت عليه المادة 17 من قانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية بقولها " يجب على المورد الالكتروني أن يطلب من المستهلك الإلكتروني توقيع وصل استلام عند التسليم الفعلي للمنتوج وتأدية الخدمة موضوع العقد الإلكتروني.

لا يمكن المستهلك الإلكتروني أن يرفض توقيع وصل الاستلام، تسلم نسخة من وصل الاستلام وجوبًا للمستهلك الإلكتروني".

قائمة المراجع :

القرآن الكريم

الاية رقم: 01 سورة المائدة.

الاية رقم: 34 سورة الاسراء.

الكتب

1. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة، جامعة الكويت، الطبعة الأولى، 1995.
2. ابراهيم خالد ممدوح، إبرام العقد الإلكتروني، دار الجامعية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، 2007.
3. إبراهيم خالد ممدوح، حجية البريد الإلكتروني في الإثبات، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية ،مصر 2008.
4. احمد خالدي، الشفعة بين الشريعة والقانون المدني الجزائري ،الطبعة الاولى ،دار هومة، الجزائر ،2006.
5. احمد رفاعي ،الحماية المدنية للمستهلك ازاء المضمون العقدي ،دار النهضة العربية ،القاهرة 1994.
6. أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعلومات الإلكترونية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى.
7. إلياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1،2009.
8. آمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الانترنت، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2006.
9. أيسر صبري إبراهيم، إبرام العقد عن الطريق الإلكتروني وإثباته، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى،2015.

10. بشار محمد دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت وفقا لقانون المعاملات الإلكترونية وبالتأصيل مع النظرية العامة للعقد في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
11. بلحاج العربي ،الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية ،دار هومة ،الجزائر2014.
12. حسام الدين كامل الاهوائي، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، دار السلاسل، الكويت.
13. حمدي محمد اسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدا سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي دار الفكر الجامعي للنشر، الاسكندرية، 2007.
14. حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر شبكة الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2012.
15. خالد صبري الجنابي، التراضي في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار قنديل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 201.
16. دريد محمد علي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الثانية، سنة 2012.
17. دوة آسيا ورامول خالد، الاطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري ،دار هومة، الجزائر ،الطبعة الثانية ،2009.
18. زاهية حورية سي يوسف، الواضح في عقد البيع، دراسة مقارنة باجتهادات قضائية وفقهية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.
19. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، احكام الاالتزام، الجزء الرابع ،ايريني للطباعة مطبعة السلام، دار الكتاب الحديث،الطبعة الثانية، مصر ،1992.
20. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2008.

21. عبد الحميد اخريف، الدليل القانوني للمستهلك، عقود الاستهلاك (البيع في المواطن، التعاقد عن بعد، العقد الالكتروني) ط1 مطبعة اميمة، فاس المغرب، 2006.

22. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، مجلد رقم 8 ط3 ،منشورات الحلبي الحقوقية ن بيروت، لبنان، 1997.

23. عبيدات يوسف محمد، مصادر الالتزام في القانون المدني، ط1، دار المسيرة، عمان، 2009.

24. عدنان باقي لطيف، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية ــ دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر 2012 .

25. علاء محمد الفواعير، العقود الإلكترونية، التراضي، التعبير عن الإرادة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2014.

26. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الخاصة، ديوان المطبوعات الجامعية , الجزائر، 2003.

27. عمر حمدي باشا،ليلى زروقي،المنازعات العقارية،دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية عشر،2010 .

28. فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية، دراسة تطبيقية لعقود الأنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.

29. فيلالي علي، الالتزامات ،النظرية العامة للعقد،موفم للنشر، الجزائر،سنة 2001.

30. كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2014.

31. لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2005.

32. مجاهد أسامة أبو مجاهد، التعاقد عبر الإنترنت، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2002.
33. محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية، منشورات بغدادي، الجزائر، 2010 .
34. محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري،ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة ،الجزائر،2005 .
35. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، مصر.
36. محمد سعيد جعفور، التصرف الدائر بين النفع والضرر في التقنين المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، طبعة 2002
37. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة ،دار الهدى، الطبعة الرابعة، الجزائر ،2009.
38. محمد عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2009.
39. محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية القانونية في مجال شبكات الانترنت، دار النهضة العربية، 2002.
40. مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الانترنت، دار الكتب القانوني، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010.
41. منافي فراح، العقد الالكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2009.
42. منير وممدوح محمد الجنبيهي، الشركات الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008.
43. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج1، دار الجامعة الحديثة،الازاريطة، مصر، 2004.

44. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الأزرايطة، مصر، 2004.
45. نبيل عمر ،سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية ،دار منشاة المعارف، الاسكندرية، 1988 .
46. هادي مسلم يونس البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2009.
47. يوسف زاهية حورية، الواضح في عقد البيع دراسة مقارنة مدعمة باجتهادات قضائية وفقهية ،دار هومة، الجزائر.

الرسائل الجامعية

1. احمد خريجي، قواعد الممارسات التجارية في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة باتنة، السنة الجامعية 2016/2015
2. أرجيلوس رحاب، الإطار القانوني للعقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار 2017-2018.
3. بلقاسم حامدي إبراهيم، العقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة،2014–2015.
4. بن قري سفيان، ضبط الممارسات التجارية على ضوء القانون رقم 02/04 مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2009 .
5. حنان مريني ،النظام العام الاقتصادي وتأثيره على العلاقة العقدية،رسالة ماجستير،كلية الحقوق والعلوم الادارية، جامعة الجزائر2003،2004/1.
6. سميحة علال، جرائم البيع في قانون المنافسة والممارسات التجارية، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة قسنطينة 2005/2004.
7. عتيق حنان، مبدأ سلطات الإرادة في العقود الإلكترونية، شهادة ماجستير في القانون تخصص قانون التعاون الدولي، المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، سنة 201

8. عجالي بخالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2014.
9. عليان عدة ،فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الاسلامي ،اطروحة دكتوراه في القانون الخاص ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة ابي بكر بلقايد ،تلمسان السنة الجامعية 2016–2017.
10. قارة سليمان محمد خليد، الممارسات التجارية التدليسية وقانون المنافسة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان / 2017/2016 .
11. قردان لخضر، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2019-2020.
12. مجاهدين خالد ،مفهوم النظام العام في العقد، اطروحة دكتوراه ،كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ،جامعة الحسن الثاني ،عين الشق ،الدار البيضاء ،السنة الجامعية 2004–2005.
13. مجيدة الزياني، الحماية الجنائية لتكوين العقود المدنية، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، المغرب، 2007/2006 .
14. محمد بوكماش ،سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني والفقه الاسلامي، رسالة دكتوراه ،كلية العلوم الانسانية والاجتماعية والعلوم الاسلامية، قسم العلوم الاسلامية ،جامعة الحاج لخضر ،باتنة ،2012.
15. مندي اسيا ياسمينة، النظام العام والعقود، مذكرة الماجستير، الحقوق،الجزائر، 2009.
16. وسيلة لزعر، التراضي في العقود الإلكترونية، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، -2019 2018.

المقالات

1. بختة موالك، مبادئ المنافسة في الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، مطبوعة محاضرات القيت على طلبة الماجستير، فرع قانون الاعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2004 .
2. خليفي مريم، الالتزام بالإعلام الإلكتروني وشفافية التعامل في مجال التجارة الإلكترونية، جامعة بشار، دفاتر السياسة والقانون، العدد الرابع، جانفي2011.
3. قالية فيروز، التزامات المورد الإلكتروني في ظل قانون 18-05 يتعلق بالتجارة الإلكترونية، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أدرار المجلد 08، العدد 02، سنة 2022.
4. هجيرة دنوني، قانون المنافسة وحماية المستهلك، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جزء 39 رقم 01/ 2002.

النصوص القانونية

القوانين والاوأمر

1. الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15 سبتمبر 1970 والمتضمن تنظيم مهنة التوثيق ،ج ر ع 71.
2. الأمر 74-58 المؤرخ في 30 جانفي 1974 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن حوادث المرور، والمعدل والمتمم بالقانون 88-31 المؤرخ في 19 جويلية 1980، ج رع 15.
3. أمر75-58 المؤرخ 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني ج رقم 78 مؤرخة في 30سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.
4. الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر1975 المتضمن اعداد مسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري ،جريدة رسمية عدد 82 المؤرخة في 18 نوفمبر 1975.
5. الأمر 105/76 المعدل بموجب قانون المالية رقم 19-14 المتضمن قانون المالية لسنة 2020.

6. قانون 90-11المؤرخ في 21 افريل1990 يتعلق بعلاقات العمل ج رع17 لسنة1990.
7. القانون رقم 11/91 المؤرخ في 27 افريل 1991 يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من اجل المنفعة العمومية .ج ر ع 21 الصادرة في 08 ماي 1991.
8. الأمر 95-07 المؤرخ في يناير 1995 المتعلق بالتأمينات، ج رع 13 المعدل والمتمم بالقانون 06-04 المؤرخ في 20 فيفري 2006، ج رع 15
9. قانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ج ر ع 41 المؤرخة في 27 يونيو 2004 المعدل والمتمم
10. قانون 09-03 المؤرخ في 25 فبراير2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ج رع15 المؤرخة في 18 مارس 2009.
11. قانون رقم 09-04 المؤرخ في 5 أوت 2009، يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج.ر.ع 47 المؤرخة في 6 أوت 2009.
12. قانون رقم11-04 المؤرخ في 17-02-2011 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية ج ر ع 14 الصادرة في 6 مارس 2011.
13. قانون 15-04 المؤرخ في 1 فيفري 2015 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكتروني، ج ر ع 06 الصادر في 10 فيفري 2015.
14. قانون 18-04 المؤرخ في 10 ماي 2018 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية، ج.ر.ع 27 مؤرخة في 13 ماي 2018.
15. القانون رقم 18-05 المؤرخ في 24 شعبان عام1439 الموافق ل10 ماي 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر ع 28 الصادرة بتاريخ 16 ماي 2018.
16. القانون 18-07 المؤرخ في 10 جوان 2018، يتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، ج ر ع 34.
17. الأمر رقم 20-02 المؤرخ في30 أوت 2020 يعدل ويتمم القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018 المتعلق بالصحة ج رع50 الصادرة في 30 أوت 2020.

المراسيم

1. المرسوم رقم76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري جريدة رسمية عدد 30 المؤرخة في 04/13 1976 المعدل والمتمم.
2. مرسوم تنفيذي رقم 257/98 المؤرخ في 25 أوت 1998، يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الانترنت واستغلالها، ج ر ع 3 الصادرة بتاريخ 26 أوت 1998، المعدّل والمتمم.
3. المرسوم التنفيذي رقم06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر2006 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية ،ج رع56،سنة2006.
4. المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المؤرخ في 09 نوفمبر2013 الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، جريدة رسمية، العدد 58 الصادرة في 18 نوفمبر 2013.

مراجع باللغة الفرنسية:

Directive 97/7/CE du parlement européen et du conseil du 20mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, jo ce 04/16/1997, N°144, p1

الفهرس:

المقدمة: 1

الفصل الأول: مبدأ سلطان الإرادة في العقود والقيود الواردة عليه 4

المبحث الأول: مبدأ سلطان الإرادة 4

المطلب الأول: نشأة مبدأ سلطان الإرادة 4

المطلب الثاني: النتائج التي تترتب على مبدأ سلطان الإرادة 5

الفرع الأول: حرية التعاقد 5

الفرع الثاني: ضرورة احترام العقد (القوة الملزمة للعقد) 6

الفرع الثالث: مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد 6

المبحث الثاني: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة 6

المطلب الأول: القيود الواردة بفعل المشرع 7

الفرع الأول: النظام العام 7

الفرع الثاني: الإجبار والمنع من التعاقد كقيد وارد على حرية الإرادة... 10

المطلب الثاني: تدخل القاضي في تعديل العقد لإعادة التوازن المفقود 11

الفرع الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تكوينه 11

أولا: الغبن الناتج عن الاستغلال ودور القاضي في رفع اللاتوازن العقدي : 12

ثانيا: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقود الاذعان 13

الفرع الثاني: سلطة القاضي في مرحلة تنفيذ العقد 16

أولا: سلطة القاضي في تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة 17

ثانيا: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي 18

ثالثا: سلطة القاضي في تعديل اجل التنفيذ : 20

الفصل الثاني: مبدأ حرية التعاقد والقيود الواردة عليه (عقد البيع نموذجا) 22

المبحث الأول: مبدأ حرية التعاقد في عقد البيع 22

المطلب الأول: حرية التعاقد في المرحلة السابقة للتعاقد 23

الفرع الأول: حرية التفاوض 23

الفرع الثاني: حرية اختيار المتفاوض معهم 23
الفرع الثالث: الالتزام بالإعلام..... 24
المطلب الثاني: حرية التعاقد في مرحلة إبرام التعاقد..... 25
الفرع الأول: حرية التعاقد وعدم التعاقد 25
الفرع الثاني: حرية التعبير عن الإرادة 25
الفرع الثالث: حرية تحديد مضمون العقد..... 26
المبحث الثاني: القيود القانونية الواردة على حرية البيع والشراء 27
المطلب الأول: منع البيع (البيع المحظور)..... 27
الفرع الأول: حظر البيع بالمكافأة..... 27
أولا: مفهوم البيع بالمكافأة :..... 28
ثانيا: الاستثناءات الواردة على حظر البيع أو الخدمة بالمكافأة (حالات إباحة البيع بالمكافأة). 29
الفرع الثاني: حظر البيع المتلازم (البيع المشروط)..... 30
أولا: أحكام البيع المشروط :..... 30
ثانيا: شروط مشروعية البيع المشروط (الاستثناءات الواردة على حظر البيع المشروط)..... 32
الفرع الثالث: حظر إعادة البيع بخسارة 33
أولا: أحكام إعادة البيع بالخسارة :..... 33
ثانيا: الاستثناءات الواردة على حظر إعادة البيع بالخسارة..... 34
الفرع الرابع: رفض بيع سلع بدون مبرر شرعي 35
أولا: أحكامها :..... 35
ثانيا: شروط حظر رفض بيع سلعة دون مبرر شرعي 35
المطلب الثاني: تنظيم الممارسات التجارية (تنظيم البيوع أو البيوع المقننة) 36
الفرع الأول: البيع بالتخفيض les soldes..... 36
أولا: تعريف البيع بالتخفيض 36
ثانيا: السلع المعنية بالبيع بالتخفيض :..... 37

ثالثا: الفترة التي يجب فيها البيع بالتخفيض :..... 37
رابعا: طريقة الإعلان عن البيع بالتخفيض 37
خامسا: ملف طلب ممارسة البيع بالتخفيض 38
الفرع الثاني: البيع الترويجيles ventes promotionnelles 38
أولا: تعريف البيع الترويجي 38
ثانيا: السلع المعنية بالبيع الترويجي..... 38
ثالثا: طريقة الاعلان عن البيع الترويجي..... 38
رابعا: شروط البيع الترويجي 38
خامسا: الملف المطلوب لممارسة البيع الترويجي..... 39
سادسا: مجانية المشاركة في سحب القرعة إذا كان البيع الترويجي متضمنا جوائز عن طريق سحب القرعة..... 39
الفرع الثالث: البيع في حالة تصفية المخزونات les ventes en liquidation de stocks..... 39
أولا: تعريف البيع في حالة تصفية المخزونات 39
ثانيا: طريقة الاعلان عن حالة البيع في حالة تصفية المخزونات... 40
ثالثا: شروط البيع في حالة تصفية المخزونات..... 40
الفرع الرابع: البيع عند مخازن المعامل les ventes en magasins d'usines 41
أولا: تعريف البيع عند مخازن المعامل 41
ثانيا : شروط البيع عند مخازن المعامل..... 41
ثالثا: الملف المطلوب لممارسة البيع عند مخازن المعامل..... 41
الفرع الخامس: البيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود les ventes au déballages 42
أولا: تعريف البيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود ... 42
ثانيا: شروطه:..... 42
ثالثا: الملف المطلوب لممارسة البيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود: 42

الفرع السادس: المخالفات والعقوبات 43
أولا: البيع بالتخفيض 43
ثانيا : البيع الترويجي 43
ثالثا: البيع في حالة تصفية المخزونات..... 43
رابعا: البيع عند مخازن المعامل 43
خامسا: البيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود..... 44
الفرع السابع: الترخيص القضائي للبيع..... 44
المطلب الثالث: الالتزام بالبيع..... 45
المطلب الرابع: حق الشراء لبعض الأشخاص دون الآخرين..... 47
الفرع الأول: حق الشفعة 47
أولا: تعريف حق الشفعة 47
ثانيا: الحالات التي تثبت فيها الشفعة 47
ثالثا : شروط الشفعة..... 48
رابعا: اجراءات الشفعة..... 48
الفرع الثاني : حق الاسترداد 49
أولا : تعريف حق الاسترداد..... 49
ثانيا: شروط حق الاسترداد 49
ثالثا: إجراءات الاسترداد 50
الفصل الثالث: مبدأ الرضائية والقيود الواردة عليه (عقد البيع الوارد على العقار نموذجا) 51
المبحث الأول: الأركان العامة لعقد البيع الوارد على عقار..... 51
المطلب الأول: التراضي في عقد البيع الوارد على عقار 51
الفرع الأول: وجود التراضي 51
الفرع الثاني: صحة التراضي..... 52
الفرع الثالث: خلو الإرادة من العيوب 53
المطلب الثاني: المحل 53

المطلب الثالث: السبب 55
المبحث الثاني: القيود الواردة على مبدأ الرضائية (الشكلية) 55
المطلب الأول: المحرر الرسمي..... 56
الفرع الأول: تعريف المحرر الرسمي 56
الفرع الثاني: شروط صحة المحرر الرسمي..... 56
أولا: صدور المحرر من موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة 57
ثانيا: سلطة واختصاص الموظف أو الضابط العمومي في تحرير العقد الرسمي 57
الفرع الثالث: جزاء تخلف الشكلية في عقد البيع الوارد على عقار..... 61
الفرع الرابع: حجية المحرر الرسمي : 61
المطلب الثاني: النظام القانوني لتسجيل عقد بيع العقار 62
الفرع الأول: تعريف التسجيل..... 62
أولا: أن التسجيل اجراء اداري 62
ثانيا: يقوم به موظف عمومي 62
ثالثا: أن التسجيل اجراء بمقابل 63
رابعا: أن التسجيل اجباري 63
الفرع الثاني: أهمية التسجيل 63
أولا: الأهمية الجبائية لتسجيل العقارات : 63
ثانيا: الأهمية القانونية لتسجيل العقارات : 64
الفرع الثالث: الشخص المؤهل بالتسجيل..... 65
الفرع الرابع: الآجال القانونية لتسجيل عقد البيع العقاري 65
الفرع الخامس: مكان تسجيل عقد البيع العقاري 66
الفرع السادس: رسوم التسجيل..... 66
المطلب الثالث: النظام القانوني لشهر عقد البيع العقاري لدى المحافظة العقارية 67

الفرع الأول: أنظمة الشهر العقاري 67
أولا: نظام الشهر الشخصي. 67
ثانيا: نظام الشهر العيني : 68
الفرع الثاني: نظام الشهر العقاري في الجزائر 69
الفرع الثالث: الهيئة المكلفة بالشهر العقاري في الجزائر 69
الفرع الرابع: إجراءات شهر عقد البيع العقاري 70
أولا: إيداع العقد التوثيقي للشهر..... 70
ثانيا: إجراء الشهر 70
الفصل الرابع: النظام القانوني للعقود الإلكترونية:..... 72
المبحث الأول: مفهوم العقد الإلكتروني..... 72
المطلب الأول: تعريف العقد الإلكتروني وتمييزه عن غيره من العقود:..... 72
الفرع الأول: تعريف العقد الإلكتروني: 73
أولا: التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني: 73
ثانيا: التعريف القانوني للعقد الإلكتروني:..... 74
الفرع الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود: 77
أولا: تمييز العقد الإلكتروني عن العقد التقليدي: 77
ثانيا: تمييز العقد الإلكتروني عن العقود المحيطة به في البيئة
الإلكترونية: 77
ثالثا: تمييز العقود الإلكترونية عن بعض العقود المبرمة عن بعد: . 79
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني وخصائصه: 81
الفرع الأول: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني: 81
أولا: العقد الإلكتروني عقد مساومة:..... 81
ثانيا: العقد الإلكتروني عقد إذعان: 82
الفرع الثاني: خصائص العقد الإلكتروني: 82
المبحث الثاني: أطراف العقد الإلكتروني 84
المطلب الأول: المستهلك الإلكتروني: 84

الفرع الأول: تعريف المستهلك الإلكتروني من خلال قانون حماية المستهلك وقمع الغش: 84
الفرع الثاني: تعريف المستهلك الإلكتروني من خلال قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية: 85
المطلب الثاني: المورد الإلكتروني: 85
الفرع الأول: المقصود بعبارة تسويق أو اقتراح توفير السلع والخدمات 86
الفرع الثاني: المقصود بالسلع والخدمات: 86
الفرع الثالث: المقصود بعبارة عن طريق الاتصالات الإلكترونية: 86
المبحث الثالث: إبرام العقد الإلكتروني..... 87
المطلب الأول: التراضي في العقود الإلكترونية: 87
الفرع الأول: الإيجاب الإلكتروني: 87
أولا: خصائص الإيجاب الإلكتروني: 88
ثانيا: طرق التعبير عن الإيجاب الإلكتروني: 89
الفرع الثاني: القبول الإلكتروني: 92
أولا: تعريف القبول الإلكتروني وشروطه: 92
ثانيا: مدى صلاحية السكوت للتعبير عن القبول الإلكتروني: 93
الفرع الثالث: صحة التراضي في العقود الإلكترونية: 95
أولا: خصوصية الأهلية في العقود الإلكترونية: 95
ثانيا: الوسائل التقنية للتحقق من الأهلية في العقد الإلكتروني: 96
ثالثا: عيوب الإرادة في التعاقد الإلكتروني: 99
المطلب الثاني: المحلّ في العقد الإلكتروني: 104
المطلب الثالث: السبب في العقد الإلكتروني: 105
المبحث الرابع: تنفيذ العقد الإلكتروني..... 106
المطلب الأول: التزامات المورد الإلكتروني: 107
الفرع الأول: التسليم الإلكتروني: 107
أولا: كيفية التسليم: 108

ثانيا: زمان ومكان التسليم: 109
ثالثا: تأدية خدمة: 110
رابعا: جزاء الإخلال بالتسليم الإلكتروني:..... 111
الفرع الثاني: ضمان المورد الإلكتروني للعيوب الخفية..... 111
الفرع الثالث: ضمان المورد الإلكتروني التعرض والاستحقاق. 112
الفرع الرابع: الالتزام بالإعلام الإلكتروني:..... 112
الفرع الخامس: الالتزام بمنح المستهلك نسخة من الفاتورة والعقد
الإلكتروني: 113
الفرع السادس: الالتــزام بحماية المعطيات الشخصية للمستهلك
الإلكتروني: 114
المطلب الثاني: التزامات المستهلك الإلكتروني: 115
الفرع الأول: التــزام المستهلك بدفع الثمن المتفق عليه في العقد
الإلكتروني..... 115
أولا: مفهوم الدفع الإلكتروني:..... 116
ثانيا: وسائل الدفع الإلكتروني: 117
الفرع الثاني: التزام بتسلم المبيع: 118
قائمة المراجع :..... 120
الفهرس:..... 129