جامعة قاصدي مرباح بورقلة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر في الحقوق
التخصص: قانون خاص – الفرع: قانون الشركات.

مقدمة من طرف الطالب : محمد كمال مكاوي.

بعنـــوان :

التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية

نوقشت يوم : 2015/06/04

أمام لجنة المناقشة المكونة من الأعضاء:

- الدكتور: صالحي عبد الرحيم– أستاذ محاضر (ب) بجامعة قاصدي مرباح بورقلة ..... رئيساً
- الدكتور: زرقون نور الدين– أستاذ محاضر (ب) بجامعة قاصدي مرباح بورقلة ..... مشرفا
- الأستاذ: عياض عماد الدين– أستاذ مساعد (أ) بجامعة قاصدي مرباح بورقلة ..... مناقشا

السنة الجامعية : 2014 📖 2015.

من هدي القرآن الكريم :

﴿ وَأَنزَلَ اللَّهُ عَلَيْكَ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ وَعَلَّمَكَ مَا لَمْ تَكُنْ تَعْلَمُ وَكَانَ فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكَ عَظِيمًا ﴾

قرآن كريم -صدق الله العظيم-

سورة: النساء ، الآية: 113 .

من الهدي النبوي الشريف :

اللهم إني أعوذ بك من علم لا ينفع، ومن قلب لا يخشع، ،ومن بطن لا يشبع

ومن دعاء لا يسمع ولا يستجاب له

-صدق رسول الله ﷺ-

حديث شريف

شكر

أشكر الله عز وجل وأحمده أن من علي بتوفيقه على إتمام هذه المذكرة ، وأغتنم هذه الفرصة لأتقدم بالشكر الجزيل للجنة المناقشة الموقرة **(الدكتور عبد الرحيم صالحي، والأستاذ عماد الدين عياض)** التي قبلت مناقشة هذا البحث المتواضع.

كما لا يسعني في هذا المقام إلا أن أتقدم بجزيل الشكر والعرفان للأستاذ الدكتور المشرف " **نور الدين زرقوق** " لتفضله بقبول الإشراف على هذه المذكرة، وعلى تعهده بالتصويب لها في جميع مراحل إنجازها ، وثمينا لعطائه وطول صبره، ، إذ لم يدخر جهدا في تشجيعي ومرافقتي وتقديم النصائح والتوجيهات القيمة، التي أنارت وقومت مساري في إنجاز هذا العمل المتواضع، فلقد أخذت الكثير من وقته وجهده رغم مشاغله وارتباطاته ، والذي أسأل الله العلي القدير أن يتقبل منه هذا العمل، وأن يجعله له في ميزان حسناته .

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى الدكتور عبد الكريم قريتي (عضو مجلس الأمة) لما قدمه لي من مساعدة بالحصول على نسخة من مشروع قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين، وإلى كل من الأساتذة : حسن طوايبية ومحمد بكراوتوش ومحمد البشير بالطيب (بجامعة قاصدي مرباح بورقلة)، على نصائحهم ومساعدتهم المتكررة وكذا على توجيهاتهم القيمة .

والشكر موصول كذلك لكل الأساتذة بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة قاصدي مرباح بورقلة .

والله من وراء القصد.

الطالب : محمد كمال مكاوي

إهْـدَاء

أهدي هذا الجهد المتواضع

إلى روح أمي الطاهرة، "**حياة النفوس غانم**" طيب الله ثراها وتغمدها برحمته الواسعة، وأسكنها الفردوس الأعلى من الجنة، وجمعني الله بها يوم القيامة في مقعد صدق عند مليك مقتدر، فلكم تمنت أن تراني متوجا بنهاية هذه المرحلة في دراستي، وقد انتظرت هذا اليوم بشوق وفارغ صبر -وهي تصارع الموت- حتى تسارك فرحتي ولم تبخل علي بدعائها، ولكن الموت كان أسبق منها إلى مناها، فاللهم اغفر لها، وارحمها رحمة من عندك تغنيها بها عن رحمة من سواك، يا رب العالمين...

إلى من تنحني هامتي تواضعا وإجلالا أمامه، والدي الكريم أطال الله في عمره وأمده بوافر الصحة والعافية فلقد بذل الكثير من أجل تربيتي وتعليمي، فاللهم جازه عني خير الجزاء...

إلى رفيقة دربي في هذه الحياة، زوجتي الغالية التي وقفت إلى جنبي ولم تدخر أي جهد من أجل توفير أسباب الراحة والسعادة لي حتى أتفرغ لطلب العلم، فسأبقى مدينا لها على هذه الوقفة ما حييت...

إلى فلذاتي كبدي أبنائي وبناتي: عامر، حياة النفوس، إسراء، هبة الرحمن (درصاف)، أحمد ياسين...

إلى من أشد بهم أزري، إخواني وأخواتي: نعيمة، العمورية، يوسف فاطمة الزهراء، زينب، محمد، بلقاسم.

إلى كل أفراد عائلة مكاوي... وإلى جميع الأصدقاء الذين لا تسعهم هذه الصفحة لذكر أسمائهم...

إلى كل من مد لي يد المساعدة في إنجاز هذه المذكرة وأخص بالذكر: محمد البشير بوقصة، عبد القادر، وجميع موظفي مكتبة جامعة قاصدي مرباح بورقلة، وإلى الأخ محمد بن عطا بالله بمكتبة بلدية ورقلة.

إلى كل من يعرف محمد كمال مكاوي...

إليكم جميعا أهدي هذا الجهد المتواضع

قائـمة المختصـرات

باللغة العربية

بد د ن = بدون دار النشر.

بد ر ط = بدون رقم الطبعة.

بد س ن = بدون سنة النشر.

ج = الجزء.

ج.ر.ج.ج.د.ش= الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

د م ج = ديوان المطبوعات الجامعية.

س = سنة.

ص = الصفحة.

ص ص = من الصفحة إلى الصفحة.

ع = العدد.

ق.أس.ج= قانون الأسرة الجزائري.

ق.ت.ت.إ.ج = قانون التوثيق والتوقيع الإلكتروني الجزائري.

ق.ت.ج = القانون التجاري الجزائري.

ق.ع.ج= قانون العقوبات الجزائري.

ق.م.ج = القانون المدني الجزائري.

ق.م.ع= القانون المدني العراقي.

ق.م.م= القانون المدني المصري.

م = المجلد.

مج = مجلة.

مج ق = المجلة القضائية.

باللغة الأجنبية

Ccf. = Code civil Français.

CNUDCI = Commission des Nations Units pour le Droit Commercial International

JORF= Journal Official de la République Française

Ibid. = Ibidem (au même endroit).

Op. Cit = Référence Précitée.

P = Page.

P.n.ed = Pas de numéro d’édition.

PP = Pages.

UNCITRAL = United Nation Commission on International Tread Law

قائمة الكلمات المفتاحية

باللغة العربية

- 1 التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني.
- 2 صور التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني.
- 3 الوسائل الحديثة للتعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني.
- 4 العدول عن الإيجاب في العقد الإلكتروني.
- 5 العدول عن القبول في العقد الإلكتروني.
- 6 السكوت عن التعبير في العقد الإلكتروني.
- 7 عيوب الرضا في العقد الإلكتروني.

باللغة الأجنبية

- 1 La manifestation de la Volonté par voie électronique.
- 2 Le Consentement dans le contrat électronique
- 3 Les nouveaux moyens de la manifestation de la volonté dans les Contrats électroniques.
- 4 l'offre électronique.
- 4 Le Droit de rétraction.
- 5 Le silence dans le contrat électronique.
- 6 Les vices du consentement dans le contrat électronique.

مُقَدِّمَة

من خلال الجوانب التي تحتويها التجارة الإلكترونية، حاولنا في هذا البحث القيام بتسليط الضوء حول مفهوم التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني التجاري، والإشكالات المترتبة عنه من وجهة نظر قانونية وتشريعية، وهذا نظرا لذيوع هذا مصطلح كوسيلة (العقد الإلكتروني) لإبرام التصرفات، وأبعاده القانونية بسبب ارتباطه بالوسائل الإلكترونية الحديثة.

وتهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على نظام حديث في التجارة من جهة، وإمكانية استفادة المتعاقد على شبكة الإنترنيت من التشريعات المنظمة للتجارة التقليدية، خصوصا تلك القواعد المتعلقة بإبرام العقد، مع العلم أن هذه القواعد قد صيغت لتنظيم العقود التقليدية لا العقود الإلكترونية المبرمة في العالم الافتراضي، وكذلك في أي الطرق التي يمكنها أن توفر أكبر الضمانات وأحسنها لحماية الأطراف المتعاقدة.

كما تهدف إلى إبراز المواضيع المشتركة بين العقد (التقليدي) العادي الذي يخضع لقواعد القانون المدني والذي تتصف قواعده ببعض الجمود وتقييد الإرادة وعدم فسح المجال لها للخروج على النص إلا في حدود ما يقرره القانون، وبين العقد (الإلكتروني) التجاري الذي يخضع لقواعد القانون التجاري والذي تتصف قواعده بالمرونة وفسح المجال واسعا أمام الأطراف، والتي يمكن إخضاعها للقواعد في انتظار سن المشرع لقانون خاص بالمعاملات التجارية والإلكترونية، وكذا الوقوف على المواضيع التي يمكن إخضاعها للقواعد العامة بسبب طبيعة وخصوصية التعامل التجاري في البيئة الإلكترونية.

والعقد لا ينشأ إلا بتوافر أركانه الأساسية الثلاثة وهي (التراضي، المحل، السبب)، وإن تحقق الرضا في أي عقد من العقود يشترط فيه توافر إرادة منتجة لآثارها القانونية، لأن التراضي يقوم أساس على توافق إرادتين تتجهان إلى إحداث أثر قانوني، ولا يكفي وجود الإرادة لوحدها، إذ يشترط القانون الإفصاح والتعبير عنها باتخاذ صاحبها (المتعاقد الأول) مظهرا من مظاهر التعبير، حتى يتعرف عليها الغير (المتعاقد الآخر)، كما يشترط أن تقترن هذه الإرادة بإرادة أخرى تتطابق معها بنفس الشروط.

ونذكّر أن موضوع الدراسة يرتكز على جزئية (لها من الأهمية) في تكوين العقد، دون الخوض في كل أركان العقد أو شروطه أو طرق إثباته، وتتعلق هذه الجزئية بركن من أركان العقد وهو التراضي، الذي يستدعي البحث في صور التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني، وستستبعد الدراسة النظريات المتعلقة بالإرادة والتعبير عنها.

ولأن وسائل الاتصال الحديثة أصبحت أكثر تداولا بين الأفراد، مما أفرز معاملات وتصرفات قانونية، دفعت الكثير من الباحثين بالتساؤل عن ترتيب مثل هذه المعاملات لآثارها القانونية، ومنه

يقتضي بالضرورة البحث فيها، وإسقاطها على القواعد العامة المنظمة لها، ومن ثمة تبرز أهمية موضوع الدراسة من حيث البحث عن مصطلح التعبير عن الإرادة من خلال وسائل الاتصال الحديثة عبر الإنترنت، ومدلول هذا البحث في النظم القانونية والتشريعية، وكذا مدى مشروعية التعبير عن الإرادة من خلال وسائل الاتصال الحديثة في العقود الإلكترونية.

وتبعا لما سبق ذكره، فإن ا استغلال وسائل الاتصال الحديثة عند التعبير عن الإرادة في إبرام العقد يثير العديد من الإشكالات حول مشروعية التعاقد باستعمال تلك الوسائل، مما يقودنا إلى طرح الإشكالية التالية:

هل القواعد العامة كفيلة بتنظيم التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني، أم هناك بعض الجوانب التي ما زالت تحتاج إلى سن قواعد خاصة؟

وقد اعتمدنا على المنهج التحليلي الوصفي ، الذي يتلاءم وطبيعة الدراسة التي تستدعي تقديم تفصيلات عن أهم جوانبه ا، من خلال تجميع ما تم تناوله في هذا الموضوع، وكذا من خلال تحليل النصوص القانونية والتشريعية التي نظمت موضوع الدراسة. ولكون التشريع الوطني لم يكن سباقا في تنظيم المسألة لحداثتها، لجأنا إلى المنهج المقارن أيضا، من أجل استعراض ما تم تناوله في التشريعات المقارنة، ومن ثمة محاولة لسد الفراغ في التشريع الوطني ولمسايرة تجربة الركب الدولي في هذا المجال.

وللإجابة على الإشكالية أعلاه، ارتأينا تقسيم الدراسة إلى فصلين، حيث نتعرض في الفصل الأول للتعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني، ونتناول فيه مشروعية الوسائل الإلكترونية للتعبير عن الإرادة، ومفهوم الإيجاب وكذا القبول الإلكتروني، وفي الفصل الثاني نتناول وجود الإرادة وصحة التعبير عنها، وذلك بربط فكرة التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني بفكرة أخرى وهي الأهلية القانونية المطلوبة للتعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني وشروطها، والعوارض والعيوب التي تعتري الأهلية.

الفصل الأول : صيغة التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني

يقوم العقد باعتباره أهم المصادر المنشئة للالتزام على (توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني)[1]، ولكي ينشأ العقد فإنه يجب أن تتوفر فيه الشروط اللازمة لوجوده أو الأركان الأساسية وهي: (التراضي، المحل، السبب).

والعقد الإلكتروني لا يخرج عن الإطار العام للعقود، فهو يخضع إلى الأحكام العامة للالتزامات، ولا يتمتع بأية خصوصية جوهرية عن العقد التقليدي، إلا ما تعلق منها بالجانب التقني وهو العنصر الإلكتروني، وقد عرف التوجيه الأوروبي 07/97 العقد الإلكتروني بأنه: (أي عقد متعلق بالسلع والخدمات التي يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد، الذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية حتى إتمام العقد)[2].

إذن وجود التراضي بين المتعاقدين ركن أساسي في العقد، ذلك لأن العقد يجب أن ينصب على إنشاء التزام أو حق، أو تعديل التزام، أو نقل التزام أو زواله، ومن ثمة فإنه يجب أن يكون التراضي بين الطرفين موجودا، فإذا تخلف ركن من تلك الأركان كما لو انعدم التراضي فإن العقد يكون باطلا.

وعليه فإن الحصول على الرضا باعتباره أحد أركان العقد الأساسية يتوجب أن توجد الإرادة المنتجة لآثارها القانونية عند التعاقد في كل طرف من أطراف العقد وهذا الشرط هو شرط وجود، وأن يصدر التعبير عنها حتى يتعرف عليها الطرف الآخر، ولإنشاء العقد يتوجب أن تتوافق إرادة طرفي العقد من خلال ارتباط الإيجاب بالقبول، وبناء على ما سبق نحاول تسليط الضوء بالدراسة على التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني من خلال:

– مشروعية الوسائل الإلكترونية الحديثة للتعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني في (المبحث الأول).

الإيجاب في العقد الإلكتر وني، حيث سنتعرض فيه إلى شروط ومقومات الإيجاب الإلكتروني وكذا الصور الحديثة للتعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني في (المبحث الثاني).

– القبول في العقد الإلكتروني، وصوره المختلفة، والسكوت ودلالته للتعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني، تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني في (المبحث الثالث).

---

[1] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، الجزء1، بدر ط، دار إحياء التراث العربي، بد س ن، بند 38، ص: 138.

[2] - المادة 2 من:

Directive Européenne n° 97/7/CE du 20 mai 1997, JO CE 04/06/1997 N°144.

المبحث الأول: مشروعية الوسائل الإلكترونية الحديثة للتعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني

إن استغلال وسائل الاتصال والمعلومات التكنولوجية، يثير العديد من الإشكالات عند التعبير عن الإرادة في إبرام العقد بين شخصين (غائبين مكانا)، والتساؤل الذي يطرح حول هذه المسالة:

ما هو نطاق اعتراف القانون المدني بهذه الوسائل الجديدة للتعبير عن الإرادة في مختلف التصرفات القانونية؟

إن مسألة اعتراف القانون المدني بالوسائل الحديثة للتعبير عن الإرادة جعلت الفقه غير مستقر حولها، خصوصا في الدول التي مازالت تعتمد نفس النظم التقليدية في التعبير عن الإرادة، مما أدى إلى انقسامه إلى رأيين، أولهما يرفض بمشروعية هذه الوسائل في التعبير عن الإرادة، والثاني يقر بذلك، وسيتم التعرض إلى هذين الرأيين فيما يلي :

المطلب الأول: الرأي الرافض لمشروعية استعمال الوسائل الإلكترونية كأداة للتعبير عن الإرادة

يرفض أصحاب هذا الاتجاه الاعتراف بمشروعية هذه الوسائل للتعبير عن الإرادة و لهم من التبريرات ما يؤيد موقفهم منها:

1- سكوت المشرع الجزائري على جواز استعمال الوسائل الإلكترونية كأدوات للتعبير عن الإرادة في نصوص القانون المدني بأحكامه الحالية، الذي يفرض علينا التقيد بالنص، بمعنى أنه لا يجوز تفسير نصوصه المتعلقة بالتعاقد عبر الهاتف أو أية وسيلة مشابهة تفسيرا واسعا ليشمل الصور الإلكترونية الحديثة للتعبير عن الإرادة، خاصة منها المادة 64 فقرة 2 من (ق م ج)، لأن المشرع لم يجزها، ولو أراد اعتمادها لنص عليها صراحة كما فعلت التشريعات المقارنة[3]، أو على الأقل تداركها عند تعديله للقانون المدني سنة 2005 بنص صريح.

2- إحجام بعض التشريعات على إقرار جواز استعمال الوسائل الإلكترونية في التعبير عن الإرادة له ما يبرره، حيث أن هذه الوسائل لا تمنح الضمانات الكفيلة في كل الحالات للوثوق من هوية ورضا كل طرف من أطراف العلاقة العقدية، وهذا ناجم عن طبيعة هذه الوسائل التي يتميز التعاقد من

---

[3] - قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم:83-2000، الصادر في: 2000/08/09.
- دبي، قانون منطقة دبي الحرة للتكنولوجيا والتجارة الإلكترونية والإعلام بموجب القانون رقم: 01 الصادر عام 2000.
- الإمارات، بموجب قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي رقم: 02 الصادر عام 2000.
- الأردن، بموجب قانون المعاملات الإلكترونية رقم: 85 الصادر سنة 2001.
- البحرين، بموجب قانون المعاملات الإلكترونية البحريني رقم: 28 الصادر عام 2002.
- مصر بموجب قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم:15 الصادر سنة 2004، والدليل التشريعي الخاص به.
- دولة فلسطين، بموجب مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكتروني الصادر سنة 2003، متوفر على الموقع:
www.pita-palestine.org/PITA%20files/ proposed%20e_commerce%20law.doc

خلالها بالافتراضية واللامادية، فلا أحد يضمن لمستخدم شبكة الإنترنت بأن ما وصله من معلومات إنما جاءته من مالك الموقع (القانوني) الذي يرغب فعلا في التعاقد معه هذا من جهة، كما أنه لا أحد يضمن له أيضا حقيقة الموقع ووجوده على شبكة الإنترنت، بسبب تنامي عمليات اختراق المواقع وإساءة استعمال أسماء الغير في ممارسة النشاط الإجرامي، وبالتالي فاستعمالها لا يخلو من المخاطر والاختراقات والقرصنة[4].

3- قيام المشرع الجزائري بتعديل بعض نصوص القانون المدني، خصوصا ما تعلق بالمادة 323 مكرر 1 أين اعتمد الكتابة في الشكل الإلكتروني كوسيلة من وسائل الإثبات، وهذا لا يعني إقراره بها كوسيلة للتعبير عن إرادة المتعاقدين، لأنها خاصة بالإثبات فقط لا غير ولا يمكن ليُّ النص، كما لا يعني بالضرورة أن المشرع قد أعطى الشرعية لهذه الوسائل للتعبير بها عن الإرادة لمجرد أنه أضاف وسيلة جديدة للإثبات بكتابة بنود عقد على دعامة إلكترونية وحفظ نسخة منه.

المطلب الثاني: الرأي المؤيد لمشروعية الوسائل الإلكترونية الحديثة للتعبير عن الإرادة

يذهب أصحاب هذا الرأي، على نقيض الرأي السابق، إلى الاعتقاد بأنه ورغم غياب نصوص صريحة في القانون المدني بشأن التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية الحديثة، إلا أن صلاحية أو مشروعية التعاقد تجد أساسها في القواعد العامة الواردة في القانون المدني ومنها:

1- مقتضيات المادة 60 من (ق.م.ج) التي كرست إعطاء الحرية الكاملة للمتعاقدين في اختيار الكيفية التي يعبران بها عن إرادتيهما، وبالتالي ما المانع من امتداد هذه الحرية لتطبيقها عند التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية، لأن الأصل في التعاقد حرية التراضي الذي يعكس مبدأ سلطان الإرادة[5].

2- مقتضيات المادة 64 من (ق.م.ج) التي تنص على أنه: (إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر الإيجاب فورًا، وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل)، فعبارة "بأي طريق مماثل" التي تضمنتها هذه المادة تفيد إلى أية وسيلة تقترب فنيا من الهاتف، ومن ثمة فإنه يمكن أن يمتد الحكم الوارد في النص ليشمل التعاقد بالوسائل الإلكترونية خاصة منها الإنترنت ، وذلك لإمكانية تحويل الاتصال على شبكة الإنترنت إلى هاتف عبر المحادثة الشفهية (Chatting Room)، كما أن البريد الإلكتروني والطرق الإلكترونية الأخرى أو الفاكس تشبه أيضا الطرق التقليدية للتعاقد للتعبير عن الإرادة مثل المراسلة.

---

[4] - إن ما يؤكد وجود أطراف العلاقة كان بفضل استحداث هيئة الوسيط في العلاقة العقدية عبر الوسائل الإلكترونية (التوثيق والتصديق الإلكتروني) بعد أن تم إيجاد حلول تقنية وقانونية لتلك المشاكل خصوصا فيما يتعلق بضمان تأكيد الاتصال وإثبات صحة صدور المعلومات من النظام التقني الصادرة عنه.

[5] - د. فيلالي علي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، بد ر ط، موفم للنشر- الجزائر، 2010، ص 81.

3- مقتضيات الفقرة 2 من المادة 60 من جواز التعبير الضمني خاصة إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون التعبير صريحا [6]، فمن خلال هذه الفقرة يستخلص أن المجال مفتوح لاستعمال أساليب (التعاقد الإلكتروني)، وبما أن شبكة الإنترنت تشتغل على مدار الساعة فإنه يمكن لأي فرد أن يقدم بعرض على موقعه في شبكة الإنترنت ليعلن فيه إلى العامة (جمهور الزائرين) في موقعه عن نيته التعاقد، فسلوكه هذا تعبير صريح عن إرادته مما لا يدع أي مجال للشك أو اللبس في دلالة قصده.

1 -بما أن المشرع الجزائري من خلال تعديله سنة 2005 للقانون المدني [7]، أصبح يعتد بالكتابة في الشكل الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني ضمن قواعد الإثبات في القانون المدني، ولو أن الأجدر به والأولى أن يوجد لها مكانا عند التعبير أثناء انعقاد العقد[8].

المطلب الثالث: الرأي التوفيقي

وعلى ضوء ما تقدم، وللخروج من الجدل الفقهي القائم، فإن مشروع القانون النموذجي(الأونسيترال) بشأن التجارة الإلكترونية، الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة[9]، يغني عن ذلك الجدل، فدعوته الدول الأعضاء باعتماد هذا المشروع عند إصدار القوانين الوطنية، هو اجتهاد من هذه الهيئة الدولية وحرصا منها على توحيد القواعد القانونية لتنظيم المعاملات الإلكترونية، وإقرار غير صحيح بأن طبيعة هذه تحتاج إلى سن قواعد قانونية تختلف عن القواعد العامة، وبسبب تأخر الكثير من الدول في سن مثل تلك القواعد، كانت الدعوة صريحة للاعتراف بقبول الوسائل الإلكترونية (رسائل البيانات) في التعبير عن الإرادة باعتبارها واقعا يفرض تحديات وإشكالات قانونية، وتنظيمها في القوانين الوطنية لتفادي المشاكل المنبثقة عن المعاملات الإلكترونية، ويتأكد ذلك من نص المادة 11 من قانون (الأونسيترال) على أنه: (في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات عن العرض وقبول العرض.

وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين عقد، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض)[10].

---

[6] - (ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا).

[7] - التعديل الأول للأمر رقم 75-58، المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل بالقانون رقم: 05-10 المؤرخ في 2005/06/20، (ج.ر، ع 44، ص 21)، من خلال نصي المادة 323 مكرر1، والفقرة 2 من المادة 327 (ق.م.ج).

[8] - التعديل الثاني للأمر رقم 75-58، والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 2007/05/13 (شمل المواد من 467 إلى 507 مكرر1)

[9] - القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية (الأونسيترال)، صدر هذا القانون في 12 جوان 1996 عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وبناء على توصية الجمعية العامة للأمم المتحدة تم إقراره تحت رقم 51-162 في 16 ديسمبر 1996، يتكون هذا القانون من 17 مادة قابلة للزيادة في المستقبل، وهذه المواد مقسمة إلى بابين، حيث يعالج الباب الأول موضوع التجارة الإلكترونية بصفة عامة في المواد من 1 إلى 10، أما الباب الثاني فيحتوي على فصل وحيد متعلق بعقود نقل البضائع والمستندات من خلال المادتين 16 و17 منه.
- هذا القانون وملاحقه المفسرة له متوفر على الموقع التالي: http://www.uncitral.org

[10] - أحمد آمانج رحيم، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت (دراسة تحليلية مقارنة)، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2006، ص 103.

كما أكدت المادة 12 من نفس القانون على أنه: (في العلاقة بين منشأ رسالة البيانات والمرسل إليه، لا يفقد التعبير عن الإرادة أو غيره من أوجه التعبير مفعوله أو صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه على شكل رسالة بيانات)، وحرصا من الدول الأعضاء بالمضي على خطى المشروع الأممي، فقد استجابت التشريعات المتطورة بقبول رسالة البيانات للتعبير عن الإرادة ونظمتها في قوانينها الوطنية لتكمّل الصُّوَرَ التقليدية المعروفة[11].

ويرى الباحث:

بالنسبة لأصحاب الرأي الرامي إلى نفي مشروعية اعتماد الوسائل الالكترونية كأداة للتعبير عن الإرادة، يجب التحفظ على الأدلة والحجج التي يستندون عليها، كون المشرع الجزائري في مطلع سنة 2015 صادق على القانون المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين[12]، الذي يعد خطوة جادة في دعم القانون المدني بنصوص خاصة بالمعاملات الإلكترونية، في انتظار سن قواعد مماثلة لتنظيم التعبير عن الإرادة إلكترونيا.

بالنسبة لأصحاب الرأي الثاني المؤيد لاعتماد الوسائل الالكترونية كأداة للتعبير عن الإرادة، على أنه ولو أن هذه الأدلة والحجج تبدو قوية مما يؤي د قبول القانون المدني بصيغته الحالية للوسائل الإلكترونية كأدوات للتعبير عن الإرادة، استنادا للقواعد العامة لإبرام العقود خاصة منها مبدأ الرضائية، ولكن القانون لم يعترف صراحة بشرعية هذا النمط للتعبير عن الإرادة هذا من جهة، ومن جهة ثانية إعاقته لتطور التجارة الإلكترونية في بلادنا بسبب عدم توفير المناخ القانوني لازدهارها.

كما أن تدخل المشرع لتنظيم التعبير عن الإرادة عند استعمال هذه الوسائل غير كاف من أجل توفير الحماية والأمن الكافية، مما سيعرض حماية المتعاقدين للمخاطر عند التعاقد بهذه الوسائل.

كما أنه وإن لم يُصرَّح بإجازة التعاقد عن طريق الوسائل الإلكترونية في القواعد العامة في كثير من التشريعات الوطنية، إلا أنها لم تتضمن أية نصوص تمنع ذلك، إضافة إلى أنه تم تدوين هذه النصوص بشكل يمكنها استيعاب هذه الوسائل وإعطائها المشروعية، وبالمقابل فإن عدم تنظيم مشرع أي بلد لمثل هذه المعاملات بالشكل الكافي، سيؤدي إلى عدم حماية المتعاقدين من هذه الوسائل حماية كافية، إضافة إلى إعاقة التجارة الإلكترونية في هذا البلد.

---

[11] - ومن بينها قانون المعاملات الإلكترونية الأردني بموجب المادة 13 التي تنص على أنه: "تعتبر رسالة البيانات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانونا لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي".
- كذلك القانون التونسي المتعلق بالمبادلات بالتجارة الإلكترونية في المادة 5 منه التي تنص: "تطبق أحكام هذا القانون على المعاملات التي يتفق أطرافها على تنفيذ معاملاتهم بوسائل إلكترونية ما لم يرد فيه نص صريح يقضي بغير ذلك.
لمقاصد هذه المادة لا يعتبر اتفاق بين أطراف معينة على إجراء معاملات محددة بوسائل إلكترونية ملزما لإجراء معاملات أخرى بهذه الوسائل".

[12] - القانون 15-04 المؤرخ في 2015/02/01، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين الصادر بـ(ج.ر.ج.ج.د.ش رقم 06 بتاريخ 2015/02/10).

المبحث الثاني: الإيجاب في العقد الإلكتروني

إنه ولما كانت مسألة الإيجاب والقبول من أدق وسائل العقد فلقد حظيت بعناية واسعة بالتنظيم في النظام المادي [13] إلا أنها لم تحظ بتنظيم كاف في التشريعات المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية، بحيث لم تتناول هذه التشريعات الأحكام التفصيلية المنظمة لها سوى قواعد عامة تفيد جواز التعبير عن الإيجاب والقبول في العقود الإلكترونية باستخدام المراسلات الإلكترونية[14].

ولكن هل يمكن للقواعد العامة أن تتصدى لتنظيم مثل هذه المسائل المستحدثة للتعبير عن الإرادة، وبالتالي قابلية انطباق القواعد العامة لحل كل الإشكاليات التي قد تُطرح؟

والإجابة على هذا التساؤل نحاول تعريف الإيجاب الإلكتروني، وتحديد شروطه من خلال المطلب الأول (شروط الإيجاب الإلكتروني)، والصور الحديثة للإيجاب الإلكتروني من خلال (المطلب الثاني).

المطلب الأول: شروط الإيجاب الإلكتروني

يقتضي التراضي عموما تبادل إرادتين لإحداث أثر قانوني عند إبرام التصرفات، وهذا يعني اتجاه الإرادة وعزمها على إجراء العملية القانونية محل التعاقد ، وتوافر الإرادة بهذا المعنى يستوجب أن يعقل الإنسان معنى التصرف الذي يبرمه ويقصده، ويترتب على ذلك قيام ثلاثة أمور، أولها المبادرة بتعبير من أحد طرفي العقد إلى الطرف الآخر، عن طريق عرض يدل على الرضا وهو الإيجاب، والثاني صدور تعبير يدل أيضا على رضا الطرف الثاني وهو القبول، والأمر الثالث وهو تبادل الإرادتين[15].

غير أن كثيرا من القوانين المدنية للدول العربية لم تعرف الإيجاب تعريفا واضحا، فما المقصود بالإيجاب الإلكتروني، وما هي شروطه؟

والإجابة على ذلك من خلال الفرعين الآتيين

الفرع 1: المقصود الإيجاب في العقد الإلكتروني

لقد جاءت تعريفات الإيجاب الإلكتروني (l'offre électronique)[16] متباينة بسبب طبيعته، إلا أن معظم التعريفات تغلب خصوصيته من حيث أنه يتم بوسيلة إلكترونية، ومن بين تلك التعريفات المنصبة في هذا التوجه، التعريف الذي جاءت به محكمة النقض المصرية بموجب القرار المؤرخ في

---

[13] - أحمد آمانج رحيم، المرجع السابق، ص 140.

[14] - المادة 11 فقرة1 من القانون النموذجي بقولها: (... في سياق تكوين العقود)، والمادة 10 فقرة 1 من قانون الأونسيترال لاتفاقية التعاقد الإلكتروني.

[15] - القانون المدني، المرجع السابق ، تنص المادة 59 منه على ما يلي: (يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية).

[16] - نص قانون مملكة البحرين في المادة 09 فقرة 1 منه على ما يلي: (في سياق تكوين العقود، وما لم يتم الاتفاق على غير ذلك من قبل الطرفين يجوز التعبير عن العرض وقبوله... بالكامل أو جزئيا عن طريق السجلات الإلكترونية).

1969/06/19 (في الطعن رقم 323 السنة 35)، بأنه: (عرض يعبر به الشخص على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد)[17].

كما عرفه المشرع العراقي بأنه: (الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عُرفا لإنشاء العقد، وأي لفظ صدر أولا فهو إيجاب والثاني قبول).

إذن فالتعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية، يتم عن بعد بواسطة دعامة غير تقليدية (وسيلة إلكترونية حديثة)[18]، مما يقتضي أن يكون الطرفان في مجلس العقد حكما حتى يتبادلا التعبير عن إرادتيهما، خصوصا إذا كان الشخص الموجه إليه الإيجاب مستهلكا، وهذا ما تضمنه التوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلكين(97/07/CEE)، في مثل هذه العقود، حيث يعرف الإيجاب بأنه: (كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان)[19].

إن هذا التعريف ينسجم مع طبيعة التجارة الإلكترونية، لأن الرسائل الإلكترونية المصحوبة بإعلان يتضمن مجموعة من البيانات (تتعلق بتحديد نوع المبيع، وثمنه، ومواصفاته في شكل صور أو وصلة فيديو ثلاثية الأبعاد، أو فلاش) على مواقع الإنترنت فهي لا تعدو أن تكون إلا مجرد إعلان أو دعوة للتعاقد، لأنه لا يتلاءم مع الواقع القانوني للإيجاب الذي يتوجب أن يقترن بنية المعلن الصريحة والجازمة والباتة للارتباط بالعقد، بما يفيد إبرام العقد الإلكتروني إذا اقترن بقبول المستفيد[20].

وفي غياب وجود تعريف خاص يميز الإيجاب الإلكتروني عن الإيجاب (التقليدي)، فإن كلاهما يخضعان للقواعد العامة للعقد، وليس ثمة اختلاف إلا ما تعلق بخصوصية الوسيلة المستعملة للتعبير عنه، إلا أن هذه الوسيلة ما هي إلا وعاء للإفصاح عن الإرادة، وإن تغيير هذا الوعاء الأصل أنه لا يؤثر على التعبير عن إرادة الموجب.

الفرع 2: شروط الإيجاب في العقد الإلكتروني

غير أنه وبالرجوع إلى القواعد العامة فإن الإيجاب يعني ذلك العرض الذي يتقدم به الشخص المتضمن التعبير النهائي الجازم والبات[21]، الصادر عن إرادة الطرف الأول في إبرام عقد معين والموجه

---

[17] - مشار إليه عند د. السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للالتزام ات- مصادر الالتزام، العقد والإرادة)، ج1، ط4، دار الهدى – عين مليلة، الجزائر 2006-2007، ص 103.
- القانون المدني العراقي.
- وعرفه المشرع السوداني من خلال المادة 14 فقرة1 بأنه: (العرض الصادر من شخص يعبر به عن وجه جازم عن قصد في إبرام عقد معين).

[18] - مثل جهاز المينيتل أو شبكات الإنترنت أو أجهزة الهواتف الذكية، أو اللوحات الإلكترونية.

[19] - صدر هذا التوجيه عن المجلس الأوروبي ودخل حيز التنفيذ اعتبارا من 1997/06/04، وذلك حتى تكيف بنوده في التشريعات الداخلية للدول الأعضاء في المجلس الأوروبي في غضون ثلاث سنوات من تاريخ تنفيذه.

[20] - أ. الراوي زياد طارق جاسم، التراضي الإلكتروني (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة كربلاء العلمية، م7، ع1، إنساني 2009، ص 66.

[21] - فيلالي علي، المرجع السابق، ص: 105.
- د. الفواعير علاء محمد، العقود الإلكترونية (التراضي – التعبير عن الإرادة، دراسة مقارنة)، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2014، ص: 124، عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج1، المرجع السابق، ص 171 وما بعدها، بند 72.

إلى الطرف الثاني والمتضمن عرضا بالتعاقد تحت شروط معينة، وبالتالي يكون التعبير عن الإرادة إيجابا فيعد أول مظاهر العقد والذي يتوجب أن تتوافر فيه[22]:

– الشروط المتعلقة بالإرادة[23]، أو النية المتجهة إلى إحداث أثر قانوني من وراء التعاقد.

– أن يشتمل الإيجاب على العناصر التي تجعله صالحا لإبرام العقد إذا ما صادفه قبول.

ولما كان الإيجاب عرضا باتا وجازما وتام لإنجاز العقد وفق شروط معينة، فإنه يشترط كذلك أن يكون موجها إلى شخص أو مجموعة أشخاص غير معينين بذواتهم [24]، فإنه يتعين أن يكون هذا الإيجاب التعبير دقيقا ومحددا وجازما ونهائيا، ويعبر فعلا عن إرادة صاحبه، كما تفرض بعض التشريعات [25] التزامات إضافية على الموجب (المحترف أو المهني) خاصة إذا كان الطرف الثاني مستهلكا، وذلك بوجوب توفير مجموعة من البيانات والمعلومات إلكترونيا ووضعها على ذمة المستهلك للاطلاع عليها في جميع مراحل المعاملة، ومن بين تلك التشريعات التي تعرضت لهذه المسألة نجد قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي بموجب المادة 25 منه[26].

---

[22] - فيلالي علي، المرجع السابق، ص: 105، يكون التعبير إيجابا متى توفر الشرطان الآتيان:
- أن يكون التعبير دقيقا ومحددا.- أن يكون باتا.
- أحمد آمانج رحيم، المرجع السابق، ص ، 144، و ص 157.

[23] - فيلالي علي، المرجع السابق، ص ص: 105- 106.

[24] - سعداوي سليم، عقود التجارة الإلكترونية – دراسة مقارنة، ط1، دار الخلدونية – الجزائر، 2008، ص: 39.

[25] - تناولت المادة 14 فقرة1 من مشروع اتفاقية (الأونسيترال) للتعاقد الإلكتروني بأنه: "يتوجب على أي طرف يعرض سلعا أو خدمات عن طريق نظام معلومات عامة يمكن وصول الجمهور إليها، هي الأطراف التي يمكنها الوصول إلى نظام المعلومات بأن يوفر لها المعلومات التالية:
-اسمه الطرف ومكان السجل التجاري الذي تم فيه قيده، أو السجل العام المماثل للسجل التجاري الذي تم فيه القيد والرقم، أو الوسائل المعادلة التي تتيح التعرف علي هذا الطرف في السجل.
-الموقع الجغرافي والعنوان الذي يوجد به مكان عمل هذا الطرف.
-بيانات مفصلة لهذا الطرف، بما في ذلك عنوان بريده الإلكتروني، والتي تسمح الاتصال به بسرعة، والتخاطب معه بطريقة فعالة ومباشرة.

[26] - قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم: 83 الصادر في: 2000/06/09، حيث تقضي المادة 25 منه على أنه: " يجب على البائع في معاملات التجارة الإلكترونية أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد المعلومات التالية:
-هوية وعنوان وهاتف البائع أو مزودي الخدمات.
-وصفا كاملا لمختلف مراحل إنجاز المعاملة.
-طبيعة وخاصيات وسعر المنتج.
-كلفة تسليم المنتج ومبلغ تأمينه والادعاءات المستوجبة.
-الفترة التي يكون خلالها المنتج معروضا بالأسعار المحددة.
-شروط الضمانات التجارية والخدمة بعد البيع.
-طرق إجراءات التطلع وعند الاقتضاء شروط القروض المقترحة.
-طرق وآجال التسليم وتنفيذ العقد ونتائج عدم إنجاز الالتزامات.
-إمكانية العدول عند الشراء وآجاله.
-كيفية إقرار الطلبية.
-طرق إرجاع المنتج والإبدال وإرجاع المبلغ.
-كلفة استعمال تقنيات الاتصالات حين يتم احتسابها على أساس مختلف عن التعريفات الجاري العمل بها.
-شرح العقد إذا كان لمدة غير محددة أو تفوق السنة.
-المدة الدنيا للعقد فيما يخص العقود المتعلقة بتزويد المستهلك بمنتج أو خدمة خلال مدة طويلة أو بصفة دورية.
ويتعين توفير هذه البيانات والمعلومات إلكترونيا ووضعها على ذمة المستهلك للاطلاع عليها في جميع مراحل المعاملة".

فهذه القواعد القانونية جاءت بصيغة قواعد آمرة تلزم كل طرف يعرض سلعا أو خدمات عبر المواقع الإلكترونية التقيد بتقديم جملة من المعلومات للطرف الثاني إذا كان مستهلكا على الخصوص[27].

ويتعين أيضا أن يتضمن هذا الإيجاب كافة العناصر الرئيسية للعقد [28]، وأن يتصل بعلم من وجه إليه، غير أن التعبير عن الإيجاب باستعمال الوسائل الإلكترونية يثير جملة من التساؤلات منها مشكلة تحديد هوية الأطراف المتعاقدة، وتحديد السلعة محل التعامل ووصفها، وأيضا تحديد ثمن السلعة، وكذا تحديد فترة سريان الإيجاب، فإلى أي مدى تصلح القواعد العامة المنظمة للعقد تقليديا لمعالجة مثل هذه المسائل في العقد الإلكتروني؟

وسنجيب على هذه التساؤلات، وفقا لما يلي:

أولا: تحديد شخصية الموجب: تثير مسألة تحديد شخص الموجب في العقد الإلكتروني بعض الإشكالات، حتى يمكن التأكد من أهلية المتعاقد ورضائه [29]، لأن صحة العقد تتوقف على معرفة أهلية الشخص المتعاقد كشرط من شروط تكوين العقد.

إذن فمسألة تحديد الأطراف تحديدا وافيا تبدو بالغة الأهمية في العقد الإلكتروني كبقية العقود العادية وما لم يتم ذلك، فإن العقد لا ينعقد أو لا ينعقد صحيحا خصوصا وأن التعبير عن الإرادة في هذه البيئة يتم بين طرفين غائبين عن مجلس العقد ماديا، لأن دخول الأشخاص القصر أو فاقدي الأهلية إلى الإنترنت تعد ممنوعة من القيام بالتصرفات القانونية [30]، فمسألة تحديد اسم وهوية الشخص المتعاقد وأهليته القانونية شرط ضروري وقت تحمل الالتزامات، والمشكلة كيف يمكن للمتعاقد التعرف على هوية الشخص المتعاقد على الإنترنت؟ وكيف يمكن لنا منع أو استبعاد عديمي الأهلية ومن في حكمهم من التعاقد معهم عبر الإنترنت؟ فإذا كان ذلك ميسرا من التثبت في العقود التقليدية من الشخص المتعاقد، فإن ذلك من الأمور الصعبة تتوقف على جهد الدولة المبذول في سن التشريعات والأنظمة [31] خصوصا ما تعلق منها بالتجارة الإلكترونية، فالشكوك تظل قائمة لتدخل الكثير من الوسطاء في وسائل الاتصال

---

[27] - أكدت ذلك المادة 14 فقرة2 من مشروع اتفاقية (الأونسيترال) للتعاقد الإلكتروني بأنه: "يتوجب على أي طرف يعرض سلعا أو خدمات عن طريق نظام معلومات عامة يمكن وصول الجمهور إليها، أن يكفل للأطراف التي يمكنها الوصول إلى نظام المعلومات، الحصول على المعلومات الواجب تقديمها بسهولة وبشكل مباشر وبصفة دائمة حسبما نصت عليه الفقرة الأولى من هذه المادة.

[28] - القانون المدني، المرجع السابق، تنص المادة 61 (ق.م.ج) على أنه: (ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم ما لم يقم الدليل على عكس ذلك.

[29] - مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، د ر ط، دار الهدى- عين مليلة ، الجزائر، 2009،، ص: 52.

[30] - أ. قارة مولود، بحث حول "التعبير عن الإرادة عقود التجارة الإلكترونية"، جامعة المسيلة، د ر ط، ص: 6.

[31] - وبموجب المادة 121-8 من قانون الاستهلاك الفرنسي، حيث فرض على الموجب أو المحترف بأن يدلي بكافة البيانات التي تحدد شخصيته بوضوح لا غموض فيها للمستهلك مثل: اسم الشركة، طبيعتها القانونية، عنوانها، مقرها الرئيسي إذا كان لها فروعا، وتوضيح بأنه مسؤول عن الإيجاب المعلن، وفي حالة الإخلال بتنفيذ هذا الالتزام يعاقب الموجب بغرامة،

Ordonnance n° 2001-741 du 23 Aout 2001, portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit de la consommation, (jorf n°196),

voir aussi la Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, relative à la consommation, (jorf n°006 du 18 mars 2014 page 5400).

الحديثة، ولو أن الكثير من العقبات لمعرفة شخص وصفة المتعاقد عرفت بعض الحلول التي تحيلنا مرة أخرى إلى الوسائل التقنية الحديثة كالتوقيع الإلكتروني، وسلطة التصديق.

وبناء على ما تقدم ولتخطي مثل هذه العقبات، يمكن الاستفادة من تجارب بعض الدول التي قطعت أشواطا في مجال التجارة الإلكترونية وتبني الحلول التي توصلت إليها قصد حماية مصدر الإيجاب وعدم السماح بالتلاعب أو التعديل في محتوى الإيجاب الإلكتروني من أجل إعطاء ضمانات أوسع في نسبة المحرر لصاحبه ودرءا لنشوب أي نزاع.

ثانيا: تحديد السلعة أو الخدمة محل التعامل ووصفها : إن علم الطرف الثاني "القابل أو المستهلك" بمحل العقد لا يتحقق إلا من خلال العلم الكافي به والنافي للجهالة فيه، ولذلك تقتضي القواعد العامة على الموجب عند التعبير عن إرادته أن يوصف السلعة أو المنتج أو الخدمة موضوع العقد وصفا دقيقا حتى يتحقق بذلك علم الطرف الثاني سواء من خلال صور ثلاثية الأبعاد أو مقطع فيديو [32]، حيث تنص المادة 352 من (ق.م.ج) بقولها: (يجب أن يكون المشتري عالما بالبيع علما كافيا، ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه.

وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالبيع سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إذا أثبت غش البائع).

واعتبارا من أن الإيجاب في العقد الإلكتروني يتم عن بعد، وأن العقد الإلكتروني التجاري يتصف في الغالب بطابعه التجاري والاستهلاكي، إذ يبدو وأن هذه الصفة جاءت من السمة الغالبة للعقد الإلكتروني، ولما كانت عقود البيع الإلكترونية تمثل الجانب الأكبر من مجمل العقود ، فلأنه غالباً ما يتم بين (تاجر) أو مهني ومستهلك ، ومن ثم فإنه يعتبر في الغالب من قبيل عقود الاستهلاك ، مما يترتب على ذلك أن العقد الإلكتروني يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك، ولذلك فلقد ألزمت بعض التشريعات والقوانين المورد ببعض الالتزامات تجاه المستهلك الإلكتروني، بحيث أخضعته للقواعد الخاصة بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد[33].

حيث يتضح ذلك جليا من خلال ما تضمنته قواعد القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش[34] وذلك بموجب المادة 17 فقرة1 منه، والتي تنص على ما يلي: (يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة)، وكذا المادة 18 من نفس القانون التي قضت بما يلي: (يجب أن تحرر بيانات الوسم وطريقة الاستخدام ودليل الاستعمال وشروط ضمان المنتوج وكل معلومة أخرى

---

[32] - د. الفواعير علاء محمد، المرجع السابق، ص: 136.

[33] - د.إبراهيم خالد ممدوح، إبرام العقد الإلكتروني، مقال منشور في 25 ديسمبر 2008، موقع الكنانة أون لاين، متوفر على الموقع التالي: http://kenanaonline.com/users/KhaledMamdouh/posts/77861

[34] - القانون رقم 09-03 المؤرخ في 2009/02/25، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الصادر بـ(ج.ر.ج.ج.د.ش، ع 15 بتاريخ: 2009/03/08).

منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساسا، وعلى سبيل الإضافة يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين، وبطريقة مرئية ومقروءة ومتعذر محوها)

كما نص على ذلك التوجيه الأوربي رقم 07-97 بِشأن حماية المستهلك، وكذا قانون الاستهلاك الفرنسي، بحيث تفرض هذه القواعد على التاجر المهني باعتباره الطرف القوي في التعاقد ، العديد من الواجبات والالتزامات القانونية تجاه المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العقد ، و لعل أهم تلك الالتزامات بهذا الخصوص ، الالتزام العام بالإعلام، المادة 113-3 من قانون الاستهلاك الذي يلزم كل شخص محترف السعي لإعلام المستهلك بكافة البيانات والمعلومات المتعلقة بسعر البيع و كذا كافة الشروط المحددة أو المعفية من المسؤولية[35].

هذا وقد أخذت تلك التشريعات بعين الاعتبار وجوب التفرقة بين الإيجاب الذي يخضع لهذه الالتزامات، وبين الإعلان الموجه إلى جمهور الزائرين أو الذين يصلون إلى هذه المتاجر الافتراضية، والذي لا يعدو أن يكون إلا دعاية وإشهارا للسلع والخدمات ولو تضمنت تفصيلا للأسعار والتي تأخذ حكم الدعوة إلى التفاوض[36]، لأن هذا العرض (الإعلان) لا يشكل إيجابا ما لم يبين صاحب العرض اتجاه قصده إلى اعتبار عرضه إيجاب[37].

ثالثا: تحديد ثمن السلعة أو مقابل الخدمة محل التعامل: لقد دأبت الكثير من المواقع التجارية على الإنترنت على تنفيذ الالتزام بالإعلام بأسعار السلع أو أداء ومقابل الخدمات، وما يلاحظ في هذه الجزئية أن الثمن أحيانا لا يكون مفصلا، ولذلك يتوجب أن يفصل الثمن الحقيقي للسلعة أو أداء الخدمة، وكذا مصاريف الضرائب أو الشحن، ومدة الضمان، أو ممدة سريان فترة الإيجاب ومن ثمة تدارك ذلك بفرض جزاءات الرادعة لكل من يخالف أو يتقيد بهذا الالتزام.

إلا أن التساؤل المطروح هنا هو: هل يمكن الأخذ بالقواعد العامة لتطبيقها على السلع والبضائع وكذا الخدمات المعروضة على مواقع الإنترنت؟ وهل يستطيع الموجب العدول عن إيجابه المعروض على موقعه في شبكة الإنترنت؟

إن تكييف بعض التشريعات المدنية والتجارية على أن عرض السلع والبضائع أو الخدمات، مع تحديد أسعارها وبيان تفصيلها على واجهة المحل (التقليدي)، تعتبر إيجابا من طرف المحترف أو المهني،

---

[35] - من بين تلك التشريعات، التوجيه الأوروبي (n° 97/7/CEE).

[36] -

Art. 6 § P.C : (Lorsqu'elles sont autorisées dans l'état membres ou le prestataire et établi, les offres promotionnelles telles que les rabais, les primes et les cadeaux doivent être identifiables comme telles et les conditions pour en bénéficier doivent être aisément accessible et présentées de manière précise et équivoque), Directive Européenne n° 2000/31/CE du 08 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services, de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieurs.

[37] - تنص المادة 9 فقرة 2 من مشروع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية على: (أنه في تعيين قصد طرف الالتزام في حالة القبول، يولى الاعتبار لجميع الظروف المتصلة بالحالة، ويفترض في عرض سلع أو خدمات عن طريق نظم حاسوبية مؤتمتة تسمح بانعقاد العقد أوتوماتيكيا وبدون تدخل بشري أنه يبين اتجاه قصد مقدم العرض إلى الالتزام به ما لم يبين مقدم العرض خلاف ذلك) ، قانون الأونسيترال النسخة العربية رقم: A/cn.9/528، بتاريخ 19 ماي 2003.

فقياسا على ذلك فإذا ما تم عرض السلعة أو الخدمة مرفقة ببيان أثمانها أو مقابل الخدمة على صفحة الويب أو الموقع الإلكتروني، فإنه يمكن القول بأن واجهة المحل التجاري المادي تشبه واجهة الموقع الإلكتروني (العارضة الافتراضية)، وعليه يمكن الأخذ بتطبيق القواعد العامة على الواجهة الإلكترونية، وهذا ما أخذت به بعض التشريعات[38].

ويتبين مما تقدم، أن من بين العناصر والمعلومات التي يجب أن يتضمنها الإيجاب الإلكتروني، هو تحديد الثمن الذي يتوجب على القابل دفعه مقابل التزامه، ولكن مع تضمين هذا الثمن لبيان مفصل حول الملحقات مثل أتعاب الشحن والنقل وغير ذلك من الأمور المتعلقة بالتسليم والوفاء[39].

وعليه فإن الإيجاب الإلكتروني يخضع لشروط ينبغي توافرها كتلك التي يجب توافرها في الإيجاب التقليدي والتي تقضي بها القواعد والأحكام العامة المنظمة للعقود وهي:

2 –أن يكون الإيجاب محددا ودقيقا وموجه إلى شخص أو أشخاص معينين، ويجب أيضا أن يحتوي على العناصر الجوهرية التي عينها الموجب لإبرام العقد.

3 –أن يكون الإيجاب باتا وجازما في اتجاه الإرادة إلى الارتباط قانونا بالعقد إذا ما قابل هذا الإيجاب قبولا من طرف من وجه إليه الإيجاب.

4 –استمرار الإيجاب قائما طيلة الفترة الملتزم بها حتى ينتج أثره إذا ما صادف قبولا مطابقا له.

وباختصار، وللتفرقة بين الإيجاب والدعوة إلى التعاقد، فإنه إذا تم تحديد السعر للبضاعة أو مقابل الخدمة المعروضة في الواجهة الإلكترونية على الموقع الإلكتروني، فإن هذا العرض يعتبر إيجابا، وإذا احتفظ صاحب الموقع بحقه في تحديد الثمن، فإن هذا العرض لا يعدو أن يكون دعوة للتعاقد وليس إيجابا تاما.

المطلب الثاني: الصور الحديثة للتعبير عن الإيجاب في العقد الإلكتروني

يعد استخدام الوسائط الإلكترونية[40] في التعاقد الإلكتروني من أهم مظاهر الخصوصية في في الإيجاب الإلكتروني عند التعاقد لاعتماد هعلى شبكة الاتصالات الإلكترونية، فالتعاقد الإلكتروني لا يختلف عن سائر العقود التقليدية، إلا من حيث طريقة إبرامه باستخدامه للوسائط الإلكترونية كدعائم لنقل التعبير عن الإرادة إلكترونيا[41]، ومن ثمة تحل الكتابة الإلكترونية محل الكتابة التقليدية التي تقوم على الدعائم الورقية، ولأن الغرض من التجارة الإلكترونية هو خلق مجتمع معاملاتي – إلكتروني لا ورقي، فإن

---

[38] - قانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 2 لسنة 2002، المادة 6 فقرة 1 منه، وكذا المادة 13 فقرة 1 منه.

[39] - المادة 14 من قانون الأونسيترال للتعاقد الإلكتروني، والمادة 5 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي. الذي سن المشرع التونسي بموجب القانون رقم: 83 بشان المبادلات والتجارة الإلكترونية في: 2000/05/09، وهو منشور في الرائد الرسمي للجمهورية التونسية رقم: 11 لسنة 2000، ومتوفر على الموقع التالي: http//www.arabegov.Com/news.asp.

[40] - بناء على المادة 13 من القانون رقم 85 لسنة 2001، المتضمن قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، فلقد أجاز المشرع الأردني التعبير عن الإرادة بالطرق الإلكترونية حيث جاء فيها ما يلي : (تعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانوناً لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي).

[41] - د. إبراهيم خالد ممدوح، إبرام العقد الإلكتروني، ط1، الدار الجامعية الإسكندرية، سنة 2007، ص 64.

ذلك أدى إلى اختفاء الوثائق الورقية التي كانت متبادلة عند إجراء أي معاملة، ولكن عند نشوء أي نزاع بين الطرفين بهذا الشأن فإن السند القانوني المتاح آنذاك يصبح المستند الإلكتروني من حيث الإثبات[42]، ولا تعد الكتابة دليلاً كاملاً للإثبات إلا إذا كانت موقعة توقيعا يدويا، أما العقد الإلكتروني فيتم إثباته عبر المستند الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني[43].

إن التراضي باعتباره توافق إرادتين كونه يعد ركنا أساسيا في تكوين العقد، فإنه يتوجب على صاحبها إظهار هذه الإرادة للغير حتى يمكن التعرف عليها بأية وسيلة مناسبة لكي يعتد بها القانون، وبموجب المادة 59 (ق.م.ج) التي نصت على أنه: (يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية)[44]، أي أنه يجب أن تكون الإرادة الحقيقية المعبر عنها مطابقة لما قصده التعبير، فما هي الوسائل المستعملة للتعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني؟

لقد وفرت التقنيات الحديثة للمعلوماتية والاتصالات مجالات أوسع لتنشيط المعاملات التجارية والإلكترونية، ووضعت بين يدي مستعملي التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت وسائل متنوعة للتعاقد وهي كالآتي.

الفرع 1: الإيجاب عن طريق رسالة البيانات الإلكترونية

إنه وبغرض السماح بزيادة التعاقد عن بعد مما سيوسع من حجم التجارة الإلكترونية، فإن هذا الواقع يفرض بالضرورة على المشرع سن قوانين تواكب هذه التقنيات للتعاقد عبر أجهزة الكمبيوتر والحواسيب دون دعائم ورقية، أو توقيعات بخط اليد، لذلك بادرت العديد من الدول إلى سن تشريعات في هذا المجال.

والواقع أن التعبير عن الإيجاب في العقود الإلكترونية لا يخضع فقط للقواعد العامة، بل تنظمه العديد من القوانين كما أنه يخضع لقوانين خاصة بالمعاملات الإلكترونية بعد أن أجازته بعض التشريعات الوطنية، كما أجاز ذلك قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي بموجب المادة 13 فقرة1 التي تنص على أنه: (... بغرض التعاقد، يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول جزئيا أو كليا بواسطة المراسلات الإلكترونية)، ونفس الإجازة نص عليها قانون المعاملات الإلكترونية الأردني من خلال نص المادة 13 منه على أنه: (تعتبر رسالة معلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانونا لإبداء الإيجاب والقبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي).

---

[42] - من خلال المستند الإلكتروني فإنه هو الذي تتبلور فيه حقوق طرفي التعاقد، وهو المرجع للوقوف على ما أتفق عليه الطرفان، وتحديد التزاماتهما القانونية، ويأتي التوقيع الإلكتروني ليضفي الحجية على هذا المستند.
- بحث مقدم من طرف الدكتور أشرف توفيق شمس الدين بعنوان : "حماية المستند الإلكتروني" لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون المنعقد بدبي خلال الفترة من 10 إلى 12 ماي 2003.

[43] - صودق على هذا القانون في الجزائر مؤخرا، وصدر تحت رقم 15-04 بتاريخ 2015/02/01، في انتظار صدور المراسيم التطبيقية له، خصوصا إنشاء الهيئة رسميا التي ستوكل لها هذه المهمة، و التوثيق الإلكتروني أو الموثوقية (Authentication) جهاز يستحدث ليساعد المتعاملين بالتجارة الإلكترونية إلى التأكد من مصداقية الطرف الآخر في التعاملات، حتى يطمئن المتعامل من هوية المتعامل الآخر عند إبرام التصرفات مثلا.

[44] - القانون المدني، المرجع السابق، المادة 59 (ق.م.ج).

كما اكتفت بعض الدول بتعديل قوانينها مؤقتا بما يستجيب لهذه التطورات الحديثة[45] خصوصا بعد إصدار قانون (الأونسيترال) [46] النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليله التشريع سنة 1996، وترك الحرية لكل دول بإعادة تكييف بعض مواده بما تراه كل دولة مناسبا لضبطها[47].

وإن من أكثر الصور الشائعة للتعبير الإلكتروني عن الإرادة رسالة البيانات التي كانت محل اهتمام في معظم التشريعات المنظمة للمعاملات التجارية الإلكترونية[48]، حيث عرفت المادة 2 فقرة1 من قانون (الأونسيترال) النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية رسالة البيانات بأنها: (يراد بمصطلح رسالة بيانات المعلومات التي يمكن إنشاؤها أو إرسالها واستلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي).

والملاحظ أن تعريف رسالة البيانات، صيغ صياغة عامة تستوعب كل ما يتم عن طريق أجهزة الإعلام الآلي، مهما كان البلاغ الذي تتضمنه بحيث يكون إيجابا أو قبولا أو حتى دعوة إلى التعاقد، ومن ثمة فإنه لا يشترط فيها الكتابة بخط اليد أو تحريرها على دعامة ورقية أو دعامة أخرى، بل يشترط فقط أن تكون رسالة البيانات في شكل معلومات بصيغة رقمية حتى تفي بالغرض.

الفرع 2: الإيجاب عن طريق الإنترنت والموقع الإلكتروني

ومما تضمنته التجارة الإلكترونية اختفاء الاستخدام الورقي ليحل محله الرسائل الإلكترونية حيث يتم تخزين المعلومات بواسطة دعائم إلكترونية حديثة، وبالموازاة يختفي التوقيع التقليدي ويحل محله التوقيع الرقمي، وقد أصبح من الضروري توفير الأدوات والنصوص القانونية من أجل مسايرة هذه التحديات الجديدة.

وإن المقصود من مصطلح الموقع الإلكتروني "site web" هو كل مكان يمكن زيارته في العالم الافتراضي على شبكة المعلومات العالمية "www"[49]، التي تحتوي الملايين منها، ولكل موقع من هذه المواقع عنوانه الخاص كعميل "DNS"[50]، حيث يسجل كل عنوان بسلسلة أحرف أو أرقام أو هما معا ،

---

[45] - د. الفواعير علاء محمد، المرجع السابق، ص: 122.

[46] - وتسمى (Uncitral) اختصارا لتسميتها بالإنجليزية "United Nation Commission on International Tread Law"، حيث أنشأت الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة الأونسيترال في 1996/12/16، بناء على تقرير اللجنة السادسة (A/51/628)، وتسمى باللغة الفرنسية: CNUDCI، وهي اختصار لـ" Commission des Nations Units pour le Droit Commercial International "، متوفر على الموقع التالي :
http://www.uncitral.org/french/travaux/ecommerce/signatures/ travaux_signatures-index.html

[47] - د. الفواعير علاء محمد، المرجع السابق، ص: 122.

[48] - مثال ذلك قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكتروني، وتأخذ مصطلح (سجل إلكتروني) في قانون مملكة البحرين، وتسمية (رسالة المعلومات) في القانون الأردني و(سجل ومستند إلكتروني) في قانون إمارة دبي.

[49] - World Wide Web = WWW. ، والإنترنيت وهي شبكة متداخلة ومتشعبة تربط بين آلاف الشبكات، وتتيح الاتصال على شكل تبادل المعلومات الرقمية في إطار بروتوكول يضمن الاتصال بين الحواسيب والشبكات الموجودة في جميع أنحاء العالم ،
- BILL Gates & NATHAN Myhrvpld & PETER Rinearson, The Road Ahead, The penguin group, London-New York, 1995,)
ترجمة عبد السلام رضوان، المعلوماتية بعد الإنترنيت، عالم المعرفة، ع 321، سلسلة كتب ثقافية، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب الكويت، مارس 1998، ص: 165.

[50] - DNS = نظام أسماء النطاق "les noms de domaine" ولها نظامها الخاص وتخضع لبروتوكولات دولية.

بعد إنشاء الموقع وكذا الاشتراك في خدمة إنشاء صفحة خاصة بمتجره الافتراضي يُضَمِّن بداخلها ما شاء من بيانات مكتوبة أو مصورة أو أفلام، لعرض بضاعته أو سلعته أو خدماته ونشرها للجمهور للترويج والنشر [51] حتى يتعرف عليها.

ويكفي لزيارة أحد هذه المواقع تحرير هذا العنوان للتواصل مع هذا الموقع، ومن خلال صفحاته الأخرى التي يتضمنها الموقع يمكن للزائر الحصول على معلومات منها أو التعاقد حول السلعة أو الخدمة المعروضة عليها[52].

تتيح خدمة الويب للمستخدم من خلال حاسوبه الشخصي مكنة زيارة مختلف المواقع على شبكة الإنترنت وتصفح ما فيها من صفحات من أجل الوصول إلى معلومات معينة ، ومن أجل إبرام عقد مع أحد التجار الذي يعرض منتجاته عليها عبر ما يسمى بالعارضة الافتراضية (la Vitrine ou la Boutique Virtuel)[53].

ويتم التعبير عن الإيجاب أو القبول في هذه الحالة من خلال الموقع الإلكتروني بالكتابة، وببعض "الإشارات والرموز" التي أصبحت متعارفا عليها عن طريق هذه الشبكة، مثل إشارة (✓) أو (☺) للدلالة على الرضا ، أو إشارة (X) أو (☹)، وكل هذه الإشارات صادرة عن جهاز الكمبيوتر غير أنها تعبر عن إرادة الموجب له وليس عن إرادة الكمبيوتر لأنه أداة صماء، كما أن التعبير عن الإرادة عبر شبكة المواقع يمكن أن يمتد ليشمل المبادلة الفعلية الدالة على التراضي وذلك بأن يقوم الموجب له بإعطاء رقم بطاقة الائتمان العائدة له بغرض تسديد ثمن البضاعة أو السلعة التي اشتراها، أو خصم قيمة مقابل الخدمة المقدمة له من حساب رصيده فورا.

وهنا يثور السؤال التالي: ما طبيعة العروض التي يتلقاها المستخدم عبر شبكة الإنترنيت؟

والجواب: أنه يتوجب التمييز بينها عما إذا كانت هذه العروض تعتبر إيجاباً باتاً، فإن العقد ينبرم بها متى تلقت القبول المطابق لها فتنتج أثرها القانوني، أو أنها مجرد دعوى للتعاقد، وهذا ما سنبحثه من خلال الاتجاهين الآتيين:

أ - **الاتجاه الأول** : يرى أصحاب هذا الرأي أن إعلان البيع عبر الحاسوب ما هو إلا دعوة إلى التعاقد من جانب المعلن، بحيث يتطلب إيجابا من المستهلك ثم يتبعه قبول من جانب الشخص المعلن، ويستند أصحاب هذا الرأي في ذلك إلى تعريف الإعلان في القواعد الأوربية المعلقة بالتلفاز العابر للحدود والصادر في عام 1997 بأنه : (مجموعة الرسائل التي يبعثها شخص عام أو خاص في إطار نشاطاته التجارية أو الصناعية أو المهنية والتي يهدف من خلالها الترويج لمنتجاته أو خدماته)[54].

---

[51] - بن سعيد لزهر، المرجع السابق، ص 66.

[52] - د. مجاهد أسامة أبو الحسن، التعاقد عبر الإنترنيت، بد ر ط، دار الكتب القانونية، القاهرة، سنة 2002، ص9.

[53] - Réalisation d'un site vitrine, Votre conseiller note bleue, disponible sur: www.notebleue.com

[54] - أ. الرومي محمد أمين، التعاقد الإلكتروني عبر الانترنيت، ط1، دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية، 2004، ص: 95.

ب- الاتجاه الثاني : فمن وجهة نظر هذا الاتجاه يرى أصحابه بأن الإعلان بالبيع عبر شاشات الحاسوب ليس مجرد دعوة للتعاقد بل هو إيجاب تام، ويستند أصحاب هذا الرأي في ذلك إلى الصفات التي يمكن ملاحظتها في العروض على شبكة الإنترنيت وهي :

- الإعلان عن السلع والخدمات على الشبكة، والتي غالباً ما يقترن به شرط عدم الالتزام بالتعاقد في حالة نفاذ السلعة أو الكمية المطلوبة، وهذا الإعلان يعد إيجاباً معلقاً على شرط غير إرادي.
- الإعلان عبر الشبكة لا يراعىَ فيه الاعتبار الشخصي إلا في بعض الحالات[55].

الفرع 3: الإيجاب عن طريق الوسائل الإلكترونية الحديثة

إنه ومن أهم النتائج المترتبة عن تفاعل وسائل الاتصال الإلكترونية مع تكنولوجيا الإعلام الآلي ونظم الحاسوب، تلك الثورة الهائلة التي سرعت في ميلاد وسائل اتصالات حديثة، تجاوزت وسائل الاتصال الإلكترونية المعروفة كـ "المنيتيل" [56]، و"الهاتف المحمول" و"الفاكس"، و"التلغراف"، حيث أدى التطور التكنولوجي في وسائل الاتصال اللاسلكية خاصة في تسهيل عملية إرسال واستقبال وتبادل الرسائل والبيانات الإلكترونية، خاصة الأجيال الأخيرة وما توفره من خدمات متنوعة للزبائن والمتعاملين بما يضمن استغلالها في التعبير عن الإرادة عند قيامهم بإبرام تعاقداتهم ومن بين تلك الوسائل الحديثة:

أولا: التعبير عن الإرادة بواسطة البريد الإلكتروني "Déclaration de la volonté par voie e-mail électronique"

تعني كلمة " e mail" خدمة البريد الإلكتروني وهي اختصار لكلمة: " electronic mail"[57]، ويعرف البريد الإلكتروني بأنه "تلك المستندات التي يتم إرسالها أو استلامها بواسطة نظام اتصالات بريدي إلكتروني وتتضمن ملحوظات مختصرة.."[58].

تتيح تقنية خدمة البريد الإلكتروني كوسيلة اتصال مكنة استخدام التعبير عن الإرادة في نقل الرسائل الإلكترونية وتبادل الوثائق والمستندات عن طريق شبكة الإنترنت بسرعة فائقة وبأقل تكلفة.

إن هذه الخدمة لا تتأتى إلا عن طريق فتح صندوق بريد إلكتروني[59]، حتى يتمكن مستخدم الإنترنت من القيام بإرسال الرسائل "émission des courriers électroniques" التي تعبر عن إرادته أثناء إبرام العقود إلى أي شخص يملك هو الآخر بالمقابل بريدا إلكترونيا، كما يمكنه أيضا تلقي الرسائل "réception des courriers électroniques" المعبرة عن إرادة لأي مستخدم آخر للإنترنت عند التعاقد، ولا

---

[55] - مثل عدم بيع السجائر لمن تقل أعمارهم عن سن 18 سنة.

[56] - ظهر جهاز (Minitel.): في فرنسا في منتصف الثمانينيات وهو عبارة عن جهاز -قريب الشبه بالكمبيوتر- ووسيلة اتصال مرئية تنقل الكتابة دون الصورة من جهاز لآخر على الشاشة عبر شبكة اتصال داخلية، ويتوقف تشغيله على خط هاتف، وهو من وسائل إبرام العقود إلكترونيا، فمن خلاله يمكن توجيه أوامر بالشراء أو البيع شريطة الاشتراك في الخدمة، بن سعيد لزهر، المرجع السابق، ص ص 57-58.

[57] - رشيد إيناس هاشم، بحث حول "التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية" م 1، ع2، مج رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، كلية القانون، العراق، 2009، ص 187.

[58] - د. إبراهيم ممدوح خالد ، إثبات العقود والمراسلات الإلكترونية، ط1، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2010، ص 152.

[59] - بن سعيد لزهر، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2012، ص 63.

تستغرق عملية إرسال هذه الرسالة أو استقبالها إلا بضعة ثوان[60]، علما وأن هذه الخدمة تتم مجانا من طرف شركات تمنح هذه الخدمة لمستخدميها، ولا يشترط في الشخص الذي يريد التعاقد بهذه الوسيلة سوى فتح حساب بريد إلكتروني في جهاز الكمبيوتر الخاص به من خلال برنامج للبريد الإلكتروني، وبعد ذلك يمكنه تصفحه والاطلاع عليه هو وحده باستخدام كلمة سر للمرور.

وتتكون رسالة البريد الإلكتروني من عدد من العناصر[61] التي يشارك المستخدم بملئها وهي:

1 -عنوان مرسل الرسالة الإلكترونية (الإيميل)، وهي خانة محجوزة لإدخال عنوان بريد المرسل(De) بالفرنسية أو (From) بالإنجليزية، حيث يتوجب على المستخدم أن يكون مالكا لعنوان بالبريد الإلكتروني مثلا: (mmk_jur@yahoo.fr).

2 -عنوان مستلم الرسالة الإلكترونية، وهي خانة محجوزة لإدخال عنوان بريد المستلم بعد (A :) بالفرنسية أو (To :) بالإنجليزية، وتتم هذه العملية بإدخال عنوان البريد الإلكتروني للمرسل إليه في المجال المخصص وهي أمر إجباري لتحديد هوية الشخص المرسل إليه.

3 -موضوع الرسالة المرسلة، ويتم إدخال نص أو محتوى الرسالة بعد (Objet :) بالفرنسية أو (Subject:) بالإنجليزية، وهو أمر اختياري.

4 -النسخة الكربونية من الرسالة، وذلك في خانة (Cc).

5 -المرفقات المصاحبة للرسالة (Attachements)، والضغط في هذه الخانة يسمح بإرفاق مستندات أو صور أو جداول أو غيرها ضمن نفس الرسالة المرسلة إلى نفس الشخص ، ثم الضغط على أمر الإرسال "Envoyer"، ويمكن للشخص المرسل إليه من الاطلاع من خلال فتح البرنامج المتضمن حساب بريده الإلكتروني، وبعد ذلك يمكنه تحميل الرسالة الواردة إليه بواسطة صندوق بريده الإلكتروني الوارد، الذي يمكن المستخدم عادة بقائمة الرسائل تتضمن بيانا بالمرسلين مع التمييز بين الرسائل التي تم الاطلاع عليها وتلك التي لم يطلع عليها المرسل إليه بعد، ولقراءة أية رسالة ينبغي الضغط على موضوعها في القائمة المذكورة لتظهر للمرسل إليه على شاشة جهاز الحاسوب[62].

وبذلك فإن خدمة البريد الإلكتروني تقوم بإرسال واستقبال وتبادل المراسلات والوثائق والمستندات بين شخصين، وبذلك يستطيع المرسل إرسال تعبيره عن الإرادة إلى شخص محدد أو عدة أشخاص[63] في دول مختلفة وفي آن واحد في عالم افتراضي دون أن يلتقيا ماديا، وتفصل بينهما آلاف الكيلومترات[64]، وفي وقت قياسي جدا[65].

---

[60] - السنباطي عطا عبد العاطي ، الإثبات في العقود الإلكترونية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر، 2012، ص 182.

[61] - د. إبراهيم خالد ممدوح ، إثبات العقود والمراسلات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 155.

[62] - د. مجاهد أسامة أبو الحسن ، المرجع السابق، ص 8 و9.

[63] - خاصة إذا لم يكن الطرف الثاني محل اعتبار، ولذلك يكون موجها إلى الجمهور.

[64] - بهذه الصفات يكون البريد الإلكتروني، سوى اقتراب كبير من جهاز التيلكس، الذي يكون الاتصال فيه والرد بواسطة الكتابة.

[65] - كما أن قانون الأونسيترال النموذجي تناول تعريفا يقترب فيه من مفهوم التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني، حيث نصت الفقرة 2 فقرة "ب" أن التبادل والتعبير الإلكتروني يشمل أية وسيلة إبلاغ إلكترونية مثل إرسال البيانات من كمبيوتر إلى كمبيوتر آخر في شكل قياسي واحد عبر البريد الإلكتروني.

ثانيا: التعبير عن الإرادة عبر وسائل المحادثة والمشاهدة المباشرة

يقتضي التعبير عن الإرادة باستخدام أدوات المحادثة والمشاهدة المباشرة عبر شبكة الإنترنت ، ويتم بواسطة تبادل رسائل مقسمة على الشاشة حسب عدد الأشخاص، ويتحقق ذلك بقيام كل من الموجب والقابل بفتح الصفحة المعدة للتخاطب على جهازه في ذات التوقيت فينتقل كل ما يكتبه أحدهما إلى الآخر على نفس الصفحة ، كما قد يتضمن تبادلا مباشرا للكلام (chatting) عن طريق غرفة المحادثة التي تحاكي مفهوم مجلس العقد[66]، وقد يتطور حسب برنامج ووجود كاميرات فيديو، فيصبح حديثا بالمشاهدة الكاملة.

والخلاصة أن التعبير عن الإرادة باستخدام الوسائل التقنية (السمعية البصرية) يمكن أن يكون بالكتابة أو الكلام المباشر أو بالإشارة أو بالم تبادلة عن طريق برامج معدة خصيصا لذلك ومتاحة لكل شخص يطلبها وما عليه سوى تثبيتها على جهازه ، والملاحظ في هذه الصورة أنه يمكن أن نكون أمام مجلس عقد حكمي على أساس أن المتعاقدين يشاهدون ويسمعون بعضهم البعض مباشرة.

المطلب الثالث: حق الموجب في الرجوع عن الإيجاب في العقد الإلكتروني[67]

إنه وبالرجوع إلى ما تقتضيه القواعد العامة المنظمة لهذه المسألة، وبموجب القوة الملزمة للعقد ، فالأصل أن الإيجاب غير ملزم لصاحبه لأن مصدره يعود إلى إرادة الموجب المنفردة إلا إذا اقترن بميعاد، كما نص على ذلك المشرع الجزائري بموجب المادة 63 (ق.م) على أنه: (إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل. وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة.)، ولذلك فتحديد أجل للقبول قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا، وقد يستخلص من طبيعة المعاملة[68].

وعليه فإنه يتوجب على الموجب أن يلتزم بالبقاء على إيجابه مدة من الزمن تكفي لتمكين من وجه إليه الإيجاب من الرد [69]، وإذا لم تحدد مدة للقبول لا صراحة ولا ضمنا، فإن الإيجاب لا يكون ملزما ولا ينعقد العقد بعد سقوط الإيجاب ولو صدر القبول.

وبتطبيق القواعد العامة المنظمة للعقد التقليدي على العقد الإلكتروني، و نظراً لأن المستهلك في هذا العقد ليس لديه الإمكانية الفعلية لمعاينة السلعة أو الإلمام الكافي بخصائص الخدمة قبل إبرام العقد، وبسبب التعاقد الذي يتم عن بعد، فإن التشريعات الحديثة تضمن للطرف الضعيف في العقد الإلكتروني الحق في العدول عنه وفقا لشروط معدة مسبقًا[70]، لأن خصوصية التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت وما

---

[66] - مناني فراح، المرجع السابق، ص: 92.

[67] - Le droit de rétraction du client en matière de vente en ligne, voir BENARAB Armel, Commerce & juridiques), s n ed, l'Harmattan, Paris, France, 2O12, p. 33. Internet (Comprendre les règles

[68] - سليمان علي علي، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، ط3، د.م. ج- الجزائر، 1992، ص 40.

[69] - السنهوري عبد الرزاق أحمد، ج1، المرجع السابق، ص 265 .

[70] - BENARAB Armel, op cit, p. 33, (Art : 1369-5 du Ccf).

تفرضه بعض التشريعات في هذا المجال بوجوب إعلام الطرف الثاني (المستهلك) [71]، كما تفرض على الموجب الالتزام بتحديد الوقت اللازم لبقاء الإيجاب متاحا على الشبكة [72]، كما يبقى حق الموجب في الرجوع عن إيجابه بشرط:

- أن يعلن عن نيته في العدول عن إيجابه إذا لم يكن مقترنا بأجل.
- أن يقوم بسحب إيجابه من متجره في موقعه على شبكة الإنترنت،
- يجب أن يختفي الإيجاب من الموقع حتى لا يكون متاحا للجمهور بعد سحبه من موقع

الموجب، ولو احتفظ بعد ذلك مزود الخدمة بنسخة من الإيجاب لأن السحب يوقف أثر هذا الإيجاب[73].

المبحث الثالث: القبول في العقد الإلكتروني

يبدو القبول في العقد الإلكتروني صورة جديدة للتعبير عن الإرادة، وذلك بسبب استخدامه لوسائل تقنية جديدة وحديثة نتيجة التطور المتلاحق في ثورة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، وذلك عند إعلان القبول لإبرام العقود الإلكترونية.

فالعقد الإلكتروني –كباقي العقود– لا ينعقد مباشرة بعد صدور الإيجاب من الموجب، بل يُشترط فيه أن يتبع هذا الإيجاب قبول مطابق له [74]، لأن القبول تصرف يصدر عن الشخص الذي وجه إليه الإيجاب وهو الموجب له، أي أنه تعبير عن إرادة الطرف الثاني في العقد [75] (La manifestation de la volonté).

وبناء على ما تقدم، هل تتطلب المعاملات الإلكترونية شكلا معينا ليتم به التعبير عن القبول في العقد الإلكتروني؟ وما هي شروط التعبير عن القبول في العقد الإلكتروني ؟ وما هي دلالات السكوت للتعبير عن الإرادة؟

وللإجابة على هذه التساؤلات سوف نتعرض لـ: سمات ومظاهر القبول وطرق التعبير عنه، والسكوت ودلالاته للتعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني في (المطلب الأول)، واقتران وتطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني (المطلب الثاني).

---

[71] - Id, op cit, pp. 33-34.

[72] - Art: 1369/1(Ccf) “l’auteur de l’offre reste engage par elle tant qu’elle est accessible par voie électronique de son fait”.

[73] - أبو الليل إبراهيم الدسوقي ، بحث بعنوان: "إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن" إلى مركز الدليل الإلكتروني للقانون العربي، ص: 21، البحث متاح على عنوان الموقع الإلكتروني: www.arablawinfo.com

[74] – لحلالمة نصار محمد ا، الإلكترونية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2008، ص 220.

[75] - سعداوي سليم، المرجع السابق، ص 43.

المطلب الأول: مظاهر القبول وطرق التعبير عنه في العقد الإلكتروني

التجاري يعتبر القبول في العقد الإلكتروني (l'acceptation électronique) [76] هو الإرادة الثانية في العقد التي تصدر عن متلقي الإيجاب (القابل)، والتي يشترط فيها الإفصاح عن النية الباتة والقاطعة دون أي تحفظ أو شرط لقبول إبرام العقد، فما هي سمات هذا القبول في التعاقد الإلكتروني؟

الفرع 1: سمات القبول في العقد الإلكتروني

فبمقتضى القواعد العامة في القانون المدني، فإن المشرع الجزائري لم يشترط مظهرا معينا أو طريقة خاصة للتعبير عن الإرادة، ولا يخرج عن أحد الصورتين:

أولا: **التعبير الصريح (l'Expression de la volonté par voie Express)**، وهو الذي يقصد به صاحبه الكشف عن إرادته بطريقة مباشرة للتعبير عن إرادته، فيكون بالكتابة أو الكلام أو إشارة معينة، أو اتخاذ موقف معين يدل دلالة واضحة على موقف صاحبه، ومما لا يدع أي مجال للشك أو اللبس للكشف عنها، وذلك طبقا لنص المادة 60 فقرة1 من (ق.م.ج) على أن: (التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه)[77].

ثانيا: التعبير الضمني (l'Expression de la volonté par voie Tacite)، ويتم ذلك من خلال تفسير وجود تلك الإرادة، كأن يتخذ المعبر مظهرا يدل بطريقة غير مباشرة عن نيته مثل: (قيام شخص ببيع شيء عرض عليه لكي يشتريه ، فهذا التصرف يستنتج منه قبوله عقد الشراء)[78]، بحيث يستنتج من سلوك الشخص وأفعاله بافتراض وجودها ، وهذا ما أشار إليه نص المادة 60 فقرة2 من (ق.م.ج) على أنه: (.. ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا)[79].

ولقد سكتت بعض التشريعات العربية لإعطاء تعريف جامع للتعبير عن القبول (التقليدي)، كما أن التشريعات المنظمة للتجارة الإلكترونية هي الأخرى لم تعطِ تعريفا واضحا ومحددا التعبير عن القبول الإلكتروني، حيث اكتفت بجواز التعبير عن القبول من خلال رسالة البيانات سعيا منها إلى إضفاء الصبغة القانونية على تلك الوسائل باعتبارها واقعا [80]، ولم تحدد مفهوم القبول الإلكتروني ولا كيفية التعبير عنه، كما جاء ذلك في نص المادة 11 فقرة1 من قانون (الأونسيترال) بقولها: (يجوز استخدام

---

[76] - مناني فراح، المرجع السابق، ص: 88.

[77] - د. يدير جمال الدين ، محاضرات في مقياس (اللغة الأجنبية)، ألقيت على طلبة الماستر 2، تخصص: شركات، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح بورقلة، السنة الجامعية 2014-2015.

[78] - قدادة خليل أحمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص 98.

[79] - ومن الحالات التي يتوجب أن يكون فيها التعبير عن الإرادة صريحا ما جاء في نص المادة 331 من (ق.م.ج) أن: (لا تكون للدفاتر المنزلية والأوراق المنزلية حجية على من صدرت منه إلا في الحالتين الآتيتين:
- إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى دينا،
- إذا ذكر فيها أنه قصد بما دوّنه في هذه الدفاتر والأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقا لمصلحته).

[80] – د. الفواعير علاء محمد، المرجع السابق، ص 143.

رسائل البيانات للتعبير عن القبول)، كما نصت المادة 6 فقرة1 من قانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية على أنه: (ليس في هذا القانون ما يتطلب من شخص أن يستخدم أو يقبل معلومات بشكل إلكتروني، إلا أنه يجوز استنتاج موافقة الشخص من سلوكه الإيجابي)[81].

ولقد عرف المشرع الأردني القبول في القانون المدني بأنه: (الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفا لإنشاء العقد، وأي لفظ صدر أولا فهو الإيجاب والثاني قبول) [82]، أي اللفظ الثاني الذي يشتمل عرضا لإنشاء العقد، كما أعطى تعريفا آخر للقبول، وذلك بموجب المادة 13 من قانون المعاملات الإلكترونية والتي جاء فيها ما يلي: (تعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة لإبداء الإيجاب والقبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي).

ويعرف القبول الإلكتروني بأنه: (التعبير الصادر عن إرادة الموجب له يصدره إلى الموجب ليعلمه بموافقته عن الإيجاب)، بمعنى الإعلام بالموافقة على عرض الموجب[83].

غير أن التعبير عن القبول في العقد الإلكتروني عند تصديره للموجب يتميز ببعض الخصوصية المرتبطة بالبيئة الإلكترونية (شبكة الإنترنت)، إلا أنه لا يختلف عن القبول التقليدي، وقياسا على ذلك فإنه لا مانع عندئذ لإخضاع على العقد الأول لنفس الأحكام والقواعد التي تنظم التعبير عن القبول في العقد الثاني [84].

ويفهم من خلال ما تضمنته النصوص السابقة، أن الأصل هو جواز التعبير عن القبول صراحة أو ضمنا [85]، وبالتالي فإن صلاحية وسائل التعبير عن الإرادة المستخدمة في العقد التقليدي تصلح كوسائل للتعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني.

وبناء على ما تقدم نطرح التساؤل الآتي: ما هي الشروط المطلوبة في التعبير عن القبول في العقد الإلكتروني حتى ينتج هذا التعبير أثره القانوني؟

الفرع 2: الشروط المطلوبة للتعبير عن القبول في العقد الإلكتروني

إن التعبير عن القبول في العقد الإلكتروني لا ينتج أثره إلا إذا صدر عن الإرادة الواعية المتجهة إلى ترتيب الأثر القانوني المطلوب [86] لأن المبدأ العام في انعقاد العقد هو الرضائية، ولذلك لا يشترط في تصدير القبول أي مظهر خاص حتى ينعقد العقد، إذ يصح أن يتم التعبير بواسطة الطرق التقليدية

---

[81] - قانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 2 سنة 2002.
[82] - نص على ذلك بموجب المادة 91 فقرة1 من القانون المدني.
[83] - د. إبراهيم خالد ممدوح، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 340، الرافعي أميرة حسن ، التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإلكترونية، رقم الإيداع 2012/3361، منشأة المعارف جلال حزي وشركاه- الإسكندرية، ص 149.
[84] - بن سعيد لزهر، المرجع السابق، ص 85.
[85] - أحمد آمانج رحيم، المرجع السابق، ص 159. د. الفواعير علاء محمد، المرجع السابق، ص ص: 135 – 136، سليم برهم نضال، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، ط1 إصدار ثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 2009، ص 62.
- بعض الفقهاء يرون أن التفرقة بين التعبير الصريح وبين التعبير الضمني عن الإرادة لا ترتب أية نتيجة قانونية، أما المشرع الجزائري فيأخذ بالتعريف التقليدي (فالتعبير الصريح حسب رأي د. فيلالي علي يتم باللفظ أو الكتابة أو الإشارة ويبقى التعبير الضمني منحصرا في دلالة الموقف الذي لا يدع مجالا للشك، المرجع السابق، ص ص 99- 100.
[86] - صبري الجنابي خالد، التراضي في عقود التجارة الإلكترونية، ط1، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 2013، ص 79.

للقبول أو عن طريق الوسائط الإلكترونية [87]، فكل الوسائل المتاحة على العموم تكفي لجعل الرد مقبولا على الإيجاب من خلال موافقة الموجب له على عرض الموجب، ومن ثمة ينتج القبول أثره القانوني.

فالمشرع الجزائري لم يشترط في تصدير القبول أي شكلية أو طريقة خاصة ليعبر بها الشخص عن إرادته، بل قد يكون التعبير عن الإرادة إما باللفظ أو الإشارة المتداولة عرفا أو باتخاذ الشخص لأي أي موقف يدل على مقصوده مما لا يدع أي مجال للشك فيه[88].

وبالتالي فإن التعبير عن القبول في العقد الإلكتروني لا يخرج عن مضمون القواعد العامة المنظمة للعقود إلا في بعض الخصوصية المتعلقة بطبيعة المعاملات الإلكترونية، فهو يخضع إذن لنفس الأحكام والقواعد التي يخضع لها التعبير عن القبول التقليدي وهي:

أولا)- أن يصدر التعبير عن الإرادة في القبول موافقا للإيجاب بلفظ: " **oui**" عند القبول وبلفظ: "**non**" عند الرفض[89]، بحيث يتطابق الإيجاب مع القبول وأن لا يتضمن القبول أية تحفظات أو تقييد أو تعديل سواء بالزيادة أو النقصان، فهذا التصرف يعتبر رفضا من الموجب له على الإيجاب الموجه إليه [90]، ومن ثمة فهو يعد إيجابا جديدا[91].

فلا يكون التعبير عن القبول منتجا لآثاره إلا إذا كان التعبير باتا وجازما، كما يشترط في ذلك النية الباتة والقاطعة دون أي تحفظ أو شرط ما لم يشترط الموجب إصدار القبول في شكل معين، ففي هذه الحالة لا ينعقد إلا بالشكل الذي اشترطه الموجب [92]، بحث يكون إصدار القبول بنفس الطريقة التي تم بها وصول الإيجاب وإلا فلن يكون العقد صحيحا.

ثانيا)- أن يكون التعبير عن الإرادة في القبول محددا وذا مظهر خارجي: لأن الإرادة عمل نفسي، ولذلك يتوجب وضوح الدلالة في نية الموجب له إما لغة أو عرفا، والمتجهة إلى إبرام العقد، هذا من جهة وأيضا وضوح الوسيلة المستخدمة في التعبير فإما بطريق الدلالة الحقيقية (تعبيرا حقيقيا) أو بطريق الدلالة المجازية (تعبيرا ضمنيا) من جهة أخرى.

ثالثا)- أن يصدر التعبير عن القبول في الوقت الذي يكون فيه الإيجاب قائما قبل سقوطه [93]، وأن يتطابق القبول مع الإيجاب، أي أنه يشترط لتمام التطابق بين الإيجاب والقبول أن يتم الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية والتفصيلية في العقد مع إمكانية إرجاء المسائل الأخرى غير المختلف فيها.

---

[87] - الرافعي أميرة حسن، المرجع السابق، ص 149.
[88] - القانون المدني، المرجع السابق، المادة 60 فقرة 1 (ق.م.ج).
[89] - د. الفواعير علاء محمد، المرجع السابق، ص 143، مناني فراح، المرجع السابق، ص 89.
[90] - السنهوري عبد الرزاق أحمد، ج1، المرجع السابق، ص 212، بند 107.
[91] – القانون المدني، المرجع السابق، تنص المادة 66 منه على أنه: (لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا).
[92] - المادة 70 من (ق.م.ج)، ولذلك يعتبر العقد الإلكتروني من عقود الإذعان ، أيضا إبراهيم خالد ممدوح، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 341.
[93] - نص عليه المشرع الأردني في المادة 96 من (ق.م) بقوله: (والمتعاقدان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس، فلو رجع الموجب بعد الإيجاب وقبل القبول أو صدر من أحد المتعاقدين من قول أو فعل يدل على الإعراض يبطل الإيجاب ولا عبرة للقبول الواقع بعد ذلك).

الفرع 3: طرق التعبير عن القبول في العقد الإلكتروني

لقد فرضت طبيعة التعامل الإلكتروني استخدام وسائل حديثة للتعبير عن القبول، حيث استحدثت تقنيات التجارة الإلكترونية طرقا جديدة للتعبير عن القبول في العقد الإلكتروني والتي أخذت صورا غير مألوفة في العالم المادي [94]، كالقيام بتحميل وتنزيل البرمجيات والمنتجات الإلكترونية (Téléchargement)، أو النقر عن طريق مؤشر رأس الفأرة على شاشة الحاسوب(Click)، أو قيام القابل بإرسال المعلومات المتضمنة في بطاقة الائتمان الخاصة إلى الموجب، أو ملامسة القابل لمفتاح (Entrée) بالضغط على أيقونة (Ok)[95].

وأما المرحلة التي بلغت فيها التجارة الإلكترونية أو ذروتها فقد تجاوزت قيام التاجر بفتح موقع إلكتروني لعرض سلعه ومنتجاته أو خدماته، حيث أصبح التاجر يقوم بإرسال عروض خاصة في شكل عقد نموذجي تظهر بشكل مفاجئ أمام مستخدم الحاسوب وتنتظر فقط الموافقة أو رفض العرض من القابل.

والسؤال المطروح: كيف يمكن أن يتحقق أو ينعدم التعبير عن القبول بمجرد اللمس أو النقر أو الضغط على مربع الموافقة –بالنسبة للعروض المفاجئة– ولو كان ذلك عن طريق الخطأ؟ وكيف يمكن التأكد من المتعاقد الآخر المعني أو من غيره عند إبرام العقد؟

إن القبول في العقد الإلكتروني هو التعبير الثاني الصادر عن إرادة من وجه إليه الإيجاب فهو بذلك يُعبِّر عن رضا الموجب له لإبرام العقد حسب الشروط التي بينها الموجب في عرضه، وقد يأخذ إحدى الصور الآتية:

أولا: التعبير بالنقر عن طريق مؤشر رأس الفأرة (Click)

من التساؤلات التي تثيرها هذه المسألة: هل أن مجرد ملامسة المستخدم أو مستعمل الحاسوب لمفتاح الإدخال (**Entrée**) أو (لإيقونة القبول) (**d'acceptation Icône**) أو الضغط عليها يعتبر قبولا منه على التعاقد وينتج أثره القانوني ولو لم تتجه إرادته إلى إبرام العقد؟

الجواب: إن هذا الموضوع لو بحث من الناحية القانونية فإنه يعتبر قبولا، ولكن المحاكم لن تقتنع بصحة هذا القبول إلا بعد التأكيد على القبول، وذلك خوفاً من حدوث اللمس عن طريق السهو أو الخطأ (المحتمل) [96].

إذن فالقبول لا يتم إلا بالنقر على أيقونة القبول بعد أن تظهر على شاشة الحاسوب، ورغم ذلك فإن النقر مرة واحدة على الأيقونة (Simple Click) لا يرتب أي أثر بشأن التعبير لإبرام العقد، لذلك

---

[94] - أحمد آمانج رحيم، المرجع السابق، ص ص 160-161.

[95] - هناك جدل فقهي حول القيمة القانونية لتأكيد القبول بين فريقين، فالفريق الأول ينفي وجود القبول بمجرد لمس الأيقونة، ومن ثمة يشترط التأكيد، والفريق الثاني يميز فيما إذا كان البرنامج المعد في الحاسوب يسمح بانعقاد العقد عند صدور التأكيد أو بعده، أو يشترط البرنامج تأكيد القبول دون أن يمنع انعقاد العقد دون الحصول على هذا التأكيد.

[96] - د. مجاهد أسامة أبو الحسن، المرجع السابق، ص 99.

أصبح يشترط الموجب في العرض كإجراء احتياطي التأكد من صحة القبول، بحيث يتم القبول بالنقر على أيقونة القبول مرتين (Double Click)[97]، وفي هذه الحالة فإن القبول الثاني هو الذي يرتب أثره على عاتق الموجب دون القبول الأول[98].

أما إذا انصرفت نية القابل إلى عدم الارتباط بهذا الإيجاب فإنه يتوجب عليه أن يخطر عن عدم قبوله أو رفضه في الأيقونة الثانية بعبارة (أرفض القبول)، في الوقت المناسب[99]، فإذا تأخر في الأخطار فإن هذا التأخير يصبح منسوباً إلى خطئه، وعليه يعتبر القبول أنه قد وصل في الوقت المناسب[100].

ثانيا: التعبير عن القبول بواسطة التحميل (Téléchargement)، أو التنزيل (Down load)

يثير تحميل البرامج عن طريق الإنترنت جملة من الإشكالات القانونية، والتي من بينها: الأثر القانوني المترتب عن قيام الشخص بتحميل تطبيق أو برنامج على حاسوبه، فهل يعبر هذا التصرف عن إرادته بقبول التعاقد، وبالتالي فهل نحن أمام عقد صحيح مكتمل الأركان؟

إن قيام الشركات بعرض منتجاتها على موقعها في شبكة الإنترنت من خلال التعاقد على الخط فهل أن قيام مستعمل الإنترنت بالضغط على أيقونة القبول (J'accepte l'Offre) أو (I Agree)[101] أو (d'Accord) يعني أنه عبر حقيقة عن إرادته بالموافقة وبقبوله لشروط العقد ولشروطه التي سوف تكون نافذة في حقه بعد انعقاد العقد؟

وقد لجأ المبرمجون إلى استعمال أسلوب الضغط على أيقونة الموافقة للدلالة على القبول [102]، ففي مثل هذه الحالات يكون الكبس على أيقونة الموافقة وسيلة قانونية تفيد التعبير عن القبول إذا اتضح منها اتجاه إرادة مستعمل الإنترنت الجازمة نحو التعاقد.

والمسألة الثانية: إذا تمسك مستعمل الإنترنت بعدم علمه المسبق ببعض الشروط العقدية، ولكنه ضغط على أيقونة القبول سهوا أو من غير قصد، فهل يكون مستعمل الإنترنت قد عبر على نحو صحيح عن إرادته وقبوله للتعاقد؟

إنه وفي مثل هذه الحالات ينبغي أن تواجه هذه المسألة وفقا لما استقر عليه الأمر بشأنها من أحكام بصفة عامة[103]، لأن النقر على أيقونة الموافقة سيؤدي إلى انعقاد العقد دون أن يتصور مستعمل الإنترنت تبعات هذا التصرف، وفي بعض الأحوال يرتب عليه القانون التزامات قانونية.

---

[97] - نصت المادة 6 من العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية المنقح سنة 2005 على أنه: (يبرم العقد بصفة نهائية بين الأطراف عندما يعين المستهلك قبوله للعقد بنقرتين).

[98] - إبراهيم خالد ممدوح، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 342.

[99] - أحيانا يطلب التأكيد من خلال رقم الفاكس، أو عن طريق البريد الإلكتروني.

[100] - القانون المدني، المرجع السابق. المادة 68 منه.

[101] - أحمد آمانج رحيم، المرجع السابق، ص 97 و ص 165.

[102] - د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 23.

[103] - يصطلح على مثل هذا التعاقد باتفاقيات الرخص التي ترافق البرامج، وهي على شكلين، الأول، رخص تظهر على الشاشة أثناء عملية تنزيل البرنامج على الجهاز، وعادة لا يقرأها المستخدم، بل يكتفي بمجرد الضغط (أنا أقبل j'accepte)، وهي العقد الإلكتروني الذي يجد وجوده في واجهة أي برنامج ويسبق عملية التثبيت (installation)، أما الصورة الثانية وهي التي يطلق عليها اسم رخصة فض العبوة التي تكون مع حزمة البرنامج المعروض للبيع، وتظهر عادة تحت الغلاف البلاستيكي على الحزمة وغالبا ما تبدأ بعبارة (إنك

ثالثا: التعبير عن القبول بواسطة البريد الإلكتروني (e-mail)

أضحى استعمال البريد الإلكتروني عند مستعملي الإنترنت من بين الأمور التي لا يمكن الاستغناء عنها نظرا للحاجة الملحة إليها في إرسال وتسلم الرسائل والخطابات وتبادل المستندات والوثائق والمعلومات[104]، وأيضا لما توفره من سرعة التواصل والدقة في الوصول بين الأشخاص عند مستعملي الإنترنت، وهذه التقنية متوفرة وسهلة الحصول عليها من مزودي الخدمات على الإنترنت وتمنح حرية الاختيار للمستخدم في تكوين عنوانه البريدي والاشتراك فيها مجاني في كثير من الأحوال، لكن من الناحية القانونية هل لهذه الوسيلة الإلكترونية أية قيمة قانونية في نقل التعبير عن القبول عند إبرام العقود؟

إنه بالعودة إلى القواعد العامة، نجد (ق.م.ج) وبموجب المادة 323 مكرر يقر ضمنيا بحجية البريد الإلكتروني، فهو يتمتع بنفس حجة البريد العادي حيث نص على أنه: (ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها).

رابعا: التعبير عن القبول عن طريق غرف المحادثة الإلكترونية

يتخذ القبول في العقد الإلكتروني صورة أخرى للتعبير القبول باللفظ عبر غرف المحادثة (Chatting Room) بما يفيد موافقة الطرف الثاني على العقد [105]، عن طريق التخاطب لفظا باستخدام برنامج المحادثة(IRC)[106]، حيث يتم تبادل التعابير الإرادية بين الموجب و القابل في وقت واحد في الزمن الحقيقي(Real Time)، ويشترط لإتمام عملية التخاطب أن يكون الطرفان متصلان بخدمة (IRC)، فمن خلال هذا البرنامج تقسم الصفحة الرئيسية في شاشة الحاسوب إلى جزئين ويدون كل طرف ما يشاء في جزئه الخاص ليظهر مباشرة في شاشة الطرف الثاني فيكون التعبير عن الإرادة بالكتابة، وقد يزود الحاسوب "بكاميرا رقمية" فتسمح الجلسة بأن يسمع ويرى كل طرف الطرف الثاني ففي هذه الحالة يكون التعبير عن الإرادة باللفظ أو بالإشارة[107].

خامسا: التعبير عن القبول بواسطة العقود النموذجية الإلكترونية.

قد يأخذ القبول في العقد الإلكتروني صورة أخرى للتعبير عن إرادة الموجب له وذلك عن طريق ما يعرف بالعقود النموذجية أو (عقود الويب)، حيث لجأت تلك المواقع إلى إعداد عقود نموذجية تتضمن الأمور المطلوبة من الطرفين، حيث يشترط في صياغتها اللغة السهلة المفهومة[108].

بمجرد فض هذه العبوة، فأنت موافق على الشروط الواردة في هذه الرخصة)، أ. يونس عرب العقود الالكترونية، أنظمة الدفع والسداد الالكتروني، متوفر على موقع: www.arablaw.org.

- [104] « Méthode permettant d'échanger des messages écrits entres différents postes d'un réseau Informatique ».

يمكن مراجعة الموضوع في الصفحة 14 من هذه المذكرة (حول الصور الحديثة للإيجاب الإلكتروني).

[105] - إبراهيم خالد ممدوح، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 341.

[106] - Internet Replay Chat.

[107] - إبراهيم خالد ممدوح، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 171.

[108] - الحلالمة نصار محمد، المرجع السابق، ص 255.

وبغية إيجاد تنظيم مسبق لإجراء المعاملات فإن إعداد مثل هذا النوع من العقود كثيرا ما يتم بالاستعانة بالعقود النموذجية التي أقرتها بعض التشريعات الوطنية أو الدولية [109]. ولن يتأتى ذلك إلا من خلال تصفح المتاجر الافتراضية عبر مواقع الإنترنت من خلال محركات البحث للعثور على السلعة أو الخدمة المنشودة يقوم بانتقائها، وبعد أن تظهر على شاشة الحاسوب القائمة النهائية يتوقف مواصلة المستخدم انتقاء الشيء الذي يبحث بما يتوافق ورغباته والتعبير عن رفضه أو قبوله يكون بالموافقة على بنود العقد النموذجي بالنقر على أيقونة الموافقة (أقبل) أو العدول (الرفض)، فإذا تمت الموافقة فإنه سرعان ما يجد المستخدم نفسه أما عقد معد سلفا في حالات كثيرة [110]، والمعروف بالعقود النمطية (Contrats type)[111]، حيث تتضمن هذه العقود كل المسائل والشروط المضمنة في العقد، وفي هذه الخطوة لا يملك المستخدم الكتابة لتعديل أو تغيير بنود العقد، أو إضافة أو إنقاص من شروط العرض مما يجعل المناقشة

والمساومة منعدمة في العقد[112]، ويبقى خيار المستخدم إما:

– التعبير عن إرادته بالموافقة على كل البنود والشروط الواردة في هذا العقد وذلك بالنقر على الأيقونة التي تحمل عبارة (print and click) وبالتالي فإن القيام بهذا السلوك هو تعبير إرادة المستخدم (المستهلك) عن القبول والموافقة فينعقد العقد.

– أو التعبير عن إرادته با لرفض وذلك بالنقر على الأيقونة التي تحمل عبارة (Escape)، للخروج من صفحة العقد النموذجي.

وقد يكون التعبير عن الإرادة في صورة أخرى وذلك عن طريق ملء استمارة إلكترونية (أي عن طريق الكتابة) كما هو الحال في العقد التقليدي، حيث يقوم الموجب له بإدخال بياناته الشخصية ومكان إقامته ورقم بطاقته الائتمانية كمظهر للتعبير عن الإرادة بالقبول أو إدراج التوقيع الشخصي، وذلك من أجل استقبال الطلبية التي يعبر عنها (أمر الشراء – bon de commande)[113]، وهو ما يعد سلوكا إيجابيا عن إرادة المستخدم (المستهلك) عن القبول، فقيام الموجب له بملء الاستمارة الإلكترونية وإعادة إرسالها إلى الموجب هو تأكيد يعبر عن إرادة الموجب له بنية التعاقد.

سادسا: التعبير عن القبول بواسطة النظام المؤتمت.

لقد ظهر الوسيط الإلكتروني كنظام في المعاملات الإلكترونية نتيجة التطور الهائل في ثورة الاتصالات والمعلومات، لأن التعبير في العقد التقليدي كان يتم بين إنسان وإنسان آخر، ولكن التعبير في

---

[109] - مثل العقد النموذجي الفرنسي الذي تم إعداده من طرف الاتحاد الفرنسي للتجارة التبادلية غرفة التجارة والصناعة في باريس سنة 1998، وكذلك مشروع القانون النموذجي للمعاملات الإلكترونية (الأونسيترال).

[110] - إبراهيم خالد ممدوح، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص ص 30-31.

[111] - نفس المرجع السابق، ص 342.

[112] - هذه العقود تكاد تطيح بحرية التعبير عن إرادة الطرف الذي ينضم إليها، لأن المتعاقد يفاجأ بها على شاشة الحاسوب في اللحظة التي يبرم فيها العقد فتفقده فرصة الإطلاع على الشروط المتضمنة فيها، وكذا حرية الترجيح بين العروض لانتقاء الأفضل.

[113] - سعداوي سليم، المرجع السابق، ص 45.

العقد الإلكتروني يختلف، لأن نصوص القانون المدني الحالية في أغلب التشريعات تنظم العقد التقليدي فقط، ونظرا لعدم وجود أحكام قانونية تنظم التعاقد من خلال الوسيط الإلكتروني هذا من جهة، ومن جهة أخرى استغناء بعض التعاملات في هذه البيئة الإلكترونية عن تدخل الإنسان بخدمة ما يسمى "الوسيط أو الوكيل الإلكتروني" والمعروفة بالتعاقد عن طريق (النظام المؤتمت) [114] أو الوسائط الإلكترونية المؤتمتة[115]، فإن بعض التشريعات استجابت لدعوة مشروع قانون (الأونسيترال) بتضمين الأحكام المقترحة لتنظيم ضمن القوانين الوطنية.

ومن خلال هذا النظام يمكن للشخص أن يبرم عقدا مع جهاز حاسوب بل وبين حاسوب وحاسوب آخر من خلال شبكة الإنترنت وفقا لمعلومات مبرمجة مسبقا في ذاكرة أجهزة الحاسوب، حيث يقوم جهاز الحاسوب الأول بإصدار الإيجاب ويقوم جهاز الحاسوب الثاني بإصدار القبول بصورة تلقائية اعتمادا على العناصر والمعلومات المبرمجة في الحاسوب مسبقا [116]، حيث أصدرت قانون ينظم المعاملات الإلكترونية بهذا الشأن وهو ما يطرح العديد من الإشكاليات والتحديات من الناحية القانونية خصوصا وأن المشرع بين من هم الأشخاص التي يعتد بإرادتهم قانونا بموجب المادة (ق.م.ج) [117]، وعليه يطرح السؤال التالي:

يبدو وأننا سنكون أمام شخص ثالث (جوازا هو الشخص الإلكتروني) بالإضافة إلى الشخص الطبيعي والشخص المعنوي، فهل يصح إبرام العقد مع هذا الشخص؟ وكيف نظم المشرع التعبير عن الإرادة من خلال أجهزة الحاسوب؟

تعد هذه الطريقة غير مألوفة وتثير الشكوك في أغلب الأحيان حول مدى اعتبارها طريقة معترف بها للتعبير عن الإرادة لأحد الطرفين أو كلاهما، ومن هنا تظهر أهمية النصوص القانونية من أجل طمأنة المتعاقدين عند استخدام الوسائل الحديثة للاتصال وتوفير اليقين للتعبير عن إرادتهم بشكل مريح، وقد أصبح النظام المؤتمت صورة أخرى للتعبير عن القبول في العقد الإلكتروني من طرف الموجب له، فلقد أجازت بعض التشريعات الوطنية إمكانية إبرام العقد الإلكتروني فيما بين الإنسان والآلة –عن

---

[114] - ظهر هذا المصطلح لأول مرة في قانون (الأونسيترال) ضمن وثائق لجنة الأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية، وبذلك يعتبر مصطلح جديدا في قواميس اللغة العربية، ويقصد به الوسيط أو الوكيل الإلكتروني في المعاملات الإلكترونية.

[115] - هذا اللفظ ليس عربيا لأنه مشتق من اللفظ الفرنسي (Automatique)، ويسمى بالنظام الحاسوبي المؤتمت ترجمة للمفردة الإنجليزية (Automated Computer System) أو الوكيل الإلكتروني (Electronic Agent)، حيث تستعمل الأنظمة المؤتمتة للتعبير عن الإرادة في التعاقد عن طريق الوسائل الالكترونية بأحد الصورتين:
- تعاقد بين شخص طبيعي ووسيط الكتروني: وذلك بالأصالة عن نفسه أو بوصفه الممثل القانوني لأحد الأشخاص الاعتبارية العامة.
- تعاقد مابين وسيط الكتروني مؤتمت، ووسيط الكتروني مؤتمت آخر: يبدو أن كلا الوسيطين منسوب إلى شخص طبيعي أو اعتباري يتملك ذلك النظام.
- د. حجازي عبد الفتاح بيومي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الأول نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنيا، دار الفكر الجامعي، 2002، ص 233.

[116] - عرف القانون التجاري الأمريكي الموحد برنامج الحاسوب بأنه: (مجموعة الإرشادات أو التعليمات التي تستخدم بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في نظام معالجة المعلومات لكي تحدث نتيجة معينة) كما جاء في النص الأصلي:
" Computer program : means a set of statements or instructions be used directly an information processing system in order to bring about a certain result ".

[117] - القانون المدني، المرجع السابق، الباب الثاني: الأشخاص الطبيعية والاعتبارية، المواد من: 25 إلى: 50 منه.

طريق نظام إلكتروني– أو بين آلة وآلة، كما جاء في المادة 5 لمشروع الاتفاقية الخاصة بالعقود الدولية المبرمة برسائل بيانات إلكترونية أن المقصود بالوكيل الإلكتروني: (برنامج حاسوبي أو وسيلة إلكترونية أو وسيلة مؤتمتة أخرى تستخدم للبدء في عمل أو للاستجابة كليا أو جزئيا لرسائل بيانات دون مراجعة أو تدخل من شخص طبيعي...) [118].

وعرفت المادة 6 فقرة2 القسم رقم 401 من القانون الأمريكي الموحد للمعاملات الإلكترونية الوكيل الإلكتروني (E A) بأنه: (برنامج حاسوبي أو إلكتروني أو أية وسيلة إلكترونية أخرى أعد لكي يبدأ أو الرد تسجيلات إلكترونية أو أداء معين بصفة كلية أو جزئية بدون الرجوع إلى شخص طبيعي)[119].

وبناء على ما تقدم يتضح أن هذه التعريفات اتفقت على جواز التعبير عن الإرادة سواء بين شخص طبيعي ووكيل إلكتروني (جهاز حاسوب) أو بين جهازين مؤتمتين (حاسوب وحاسوب آخر) عبر شبكة الإنترنت من خلال (M.V)[120] بعد برمجتها مسبقا للقيام بالتعاقد، وإن الوسيط الإلكتروني لا يخرج مبدئيا عن إطار القواعد العامة في هذا المجال لأنها تجيز التعبير عن الإرادة بأية وسيلة في دلالتها على التراضي أي ظرف للشك.

وعلى كل فإن القبول الالكتروني يتخذ صورا وأنماطا عديدة من حيث طريق التعبير عن هذه الإرادة، وباختلاف تلك الصور تتحدد الإجابات الشافية عن مشروعية الوسائل الحديثة للتعبير عن القبول، وبالتالي فإن التعبير عن القبول في العقد في صورته الإلكترونية يخضع لذات القواعد العامة المنظمة للتعبير عن القبول التقليدي، وليس هناك من فرق بينهما حيث يختلفان في الوسيلة المستعملة لتصديره فقط، لأنه التصرف الذي يعلن من خلاله الموجب له (القابل) إلى الموجب عن إرادته الباتة بموافقته على الإيجاب القائم حسب الشروط المتضمنة فيه، والقبول[121].

---

[118] - نصت 11 فقرة1 من القانون البحريني للمعاملات الإلكترونية على أنه: (يجوز صياغة عقد عن طريق تواصل ما بين وكيل إلكتروني وشخص ما أو من خلال تفاعل وكلاء إلكترونيين).
- كذلك نص قانون إمارة دبي من خلال نص المادة 2 على أن الوسيط الإلكتروني هو: (برنامج أو نظام إلكتروني لحاسب آلي يمكن أن يتصرف أو يستجيب لتصرف بشكل مستقل كليا أو جزئيا دون إشراف أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتم فيه التصرف أو الاستجابة له)، وعرف نفس القانون المعاملات الإلكترونية المؤتمتة بأنها: (معاملات يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة وسائل أو سجلات إلكترونية والتي لا تكون فيها هذه الأعمال أو السجلات خاضعة لأية متابعة أو مراجعة من قبل أي شخص طبيعي كما في السياق العادي لإنشاء وتنفيذ العقود والمعاملات).

[119] - « Electronic agent : means a computer program or an electronic or other automated means used independently to initiate an action or respond to electronic records or performances in whole in part, without review or action by an individual ».

[120] – وهي المعروفة اصطلاحا بـ: .«Vending Machines»

[121] - د قادیري مولاي حفيظ علوي، بحث بعنوان: " التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني"، ع: 69 لكلية الحقوق مراكش، ص 25، البحث متوفر على موقع القانونية: http://www.alkanounia.com

الفرع 3: السكوت ودلالاته كوسيلة للتعبير عن القبول في العقد الإلكتروني.

تقضي المادة 68 فقرة2 من (ق.م.ج) على أنه: (.. ويعتبر السكوت في الرد قبولا، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاملين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه)، حيث تقضي القواعد العامة المنظمة للتعبير عن الإرادة في العقد التقليدي بأن السكوت لا يصلح أن يكون تعبيرا عن القبول، فالأصل في السكوت أنه سلوك سلبي وهذه القاعد تقتضي أن يكون التعبير صريحا، واستثناء من هذه القواعد فقد يعتبر السكوت قبولا ضمنيا إذا اقترن بظروف معينة، أو باتخاذ صاحبه موقفا معينا يفهم منه قصده، لأن القاعدة العامة فقهيا وقانونيا تقتضي بأن (لا ينسب لساكت قول)[122]،

والإشكال أو التساؤل الذي يطرح بسبب ذلك الاستثناء هو: ما مدى تصور صلاحية السكوت ليكون تعبيرا عن القبول في العقود التي تبرم بالوسائل الإلكترونية؟

لقد اختلف الفقه حول مسألة اعتبار السكوت قبولا في العقد التقليدي إلا في حالات محددة، لكأن ينص القانون على اعتبار السكوت قبولا كما نصت على ذلك المشرع الجزائري بقوله: (في البيع على شرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه وعلى البائع أن يمكنه من التجربة فإذا رفض المشتري المبيع يجب عليه أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليه ا فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا)[123].

فالقاعدة العامة فقهيا وقانونيا أنه (لا ينسب لساكت قول)، وأما الاستثناء الوارد على هذه القاعدة وهو محصور في بعض الحالات المقترنة بظروف معينة كما نص على ذلك المشرع الجزائري (إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب)، [124]، أو إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين حيث يمكن استنتاج رضا المتعاقد دون الانتظار للحصول على تعبير صريح منه بحيث يعتبر سكوته قبولا متى وجدت تعاملات سابقة بين الطرفين، أو إذا كان الإيجاب في مصلحة من وجه إليه [125] طبقا للقاعدة الفقهية المعروفة عند الشافعية: (السكوت في معرض الحاجة إلى بيان بيان)، وهو خروج عن الأصل بخصوص التعبير عن الإرادة.

والسؤال الذي يطرح حول هذه المسألة: هل يمكن وصف السكوت في التعاقد الإلكتروني (عبر شبكة الإنترنت) تعبيرا عن الإرادة بوصفه قبولا؟

---

[122] - تبنى المشرع الأردني هذه القاعدة في نص المادة: 95 الفقرة 1 من القانون المدني.
[123] - القانون المدني، المرجع السابق، المادة 355 فقرة1 منه.
[124] - نفس المرجع السابق، المادة 68 فقرة1 ق.م.ج. منه، وهي تقابل نص المادة 98 من القانون المدني المصري.
[125] - نفس المرجع، المادة 68 فقرة2 ق.م.ج. منه: (ويعتبر السكوت عن الرد قبولا، إذا اتصل بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه).

فالإجابة على ذلك، وبتطبيق القواعد العامة على العقد الإلكتروني، فإن الجدال الفقهي انتقل إلى العقد الإلكتروني في حين هذا الجدل لا زال قائما في العقد التقليدي، ولذلك نجد الآراء مختلفة حول هذه المسألة.

فالرأي الأول يرى أن تغيير الوسيلة للتعبير عن القبول لا يعطي أي مبرر للتخلي عن القواعد العامة، إذ يصح أن يعتد بالسكوت عند حالة التعاملات السابقة فيستخلص من القبول ولو تم عبر وسائل الاتصال الحديثة وبالتالي فالقبول الإلكتروني مثل القبول التقليدي.

الرأي الثاني ينفي أن يصلح السكوت للتعبير عن القبول، فقد يستلم المستخدم عرضا على الإنترنت (إيجابا) ويحق للموجب أن لا يرد عليه ولو تضمن هذا الإيجاب شرطا بحيث أنه إذا لم يتم الرد خلال مدة محددة اعتبر السكوت قبولا من الموجب له [126]، وبالتالي هل يعتبر سكوت الموجب له في هذه الحالة دليل على قبوله؟

إن ترجيح السكوت على أنه قبول غير وارد، بل ولا يعول عليه لأنه لم يجر العمل بمثلها في المعاملات الإلكترونية.

ويرى الباحث، أنه يجب التوخي في ذلك بالنظر إلى ملاءمة تلك الحالات التي يثار التساؤل فيها حول: مدى ملاءمة مختلف الحالات الاستثنائية التي يكون فيها السكوت تعبيرا عن القبول في العقود المبرمة بالوسائل الإلكترونية؟

والجواب أن تلك الحالات الاستثنائية يجب التعاطي معها بمنتهى الحذر خاصة بـ:

1- بالنظر إلى العرف: حيث لا يمكن للعرف أن يلعب دورا فعليا –في الوقت الحاضر– للتعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني، وبالتالي يستبعد تطبيق هذه القاعدة وذلك نظرا لحداثة هذا الشكل من أشكال التعاقد ولطبيعة التعاملات الإلكترونية في حد ذاتها.

2- بالنظر إلى مصلحة من وجه إليه الإيجاب : إذا صدر الإيجاب لمصلحة من وجه إليه، فهي حالة تتضمن عملا من أعمال التبرع وهو بذلك لا يرتب أي التزام على عاتق من وجه إليه الإيجاب، وهو تصرف غير مألوف في العقود الإلكترونية كون أغلب العقود الإلكترونية هي عقود تجارية، وبالتالي يستبعد تطبيق هذه القاعدة على اعتبار السكوت قبولا في العقد الإلكتروني.

3- بالنظر إلى التعامل السابق: أما التعامل السابق بين المتعاقدين فهي الحالة الأكثر حدوثا في التعاقد عبر الإنترنت، ومثال ذلك اعتياد الزبون على شراء بعض السلع من أحد المتاجر الافتراضية، سواء بالبريد الإلكتروني أو عن طريق مواقع الويب .

وإنه وبالرغم من وجود العلاقة السابقة بين الطرفين، فإنه لا يمكن استنتاج القبول لمجرد سكوت الزبون (من وجه إليه الإيجاب) كما لو كان ذلك بواسطة رسالة إلكترونية متضمنة شرط وهو أن عدم الرد

---

[126] - رشيد إيناس هاشم، المرجع السابق، ص 194.

خلال مدة زمنية معينة بمثابة قبول، فهذا السلوك مرفوض وغير جائز إلا إذا اقترن بعامل آخر حتى يرجح دلالة سكوت الزبون على أنه قبول منه [127]، وهنا يمكن القول بأن هذه الحالة تعد حالة من الحالات النموذجية للتعاقد السابق، وبالتالي يجوز ترجيح دلالة السكوت على قبول للتعاقد[128].

ويخلص الباحث إلى القول أن السكوت (المجرد من أي ظرف) لا يكفي للتعبير عن القبول في العقد الإلكتروني كقاعدة عامة، لأن السكوت يفيد العدم مما يستحيل مع هذا السكوت استنتاج قبول الموجب له، والاستثناء الوارد على هذه القاعدة وهي حالة إقرار القانون، وحالة السكوت الملابس [129]، كما أنه يصعب الأخذ بتلك الاستثناءات للعمل بها في مجال المعاملات الإلكترونية، لعدم استقرار العمل بها، وندرة وجود أعمال التبرع فيها[130].

وإن التعبير عن الإرادة سواء كان صريحا أو ضمنيا فإنه ينتج أثره القانوني الذي اتجهت الإرادة إلى إحداثه إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، وهذا ما نصت عليه المادة 61 من (ق.م.ج)[131] حيث يستوي في ذلك إذا كان التعبير عبارة عن إيجاب فإن هذا الإيجاب لا ينتج أثره القانوني إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه هذا الإيجاب والأمر كذلك إذا كان التعبير عن الإرادة قبولا.

ثم إن بعض التشريعات أقرت في قوانينها الوطنية بالوسائل المتنوعة والمتعددة التي وفرتها شبكة الإنترنت للتعبير عن الإرادة بشكل سهل وصريح [132]، واستخلاص القبول مسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

المطلب الثاني: العدول عن القبول في العقد الإلكتروني.

إنه وبمقتضى القوة الملزمة في العقد، فإن أي طرف من أطراف العقد (كما سبق ذلك في العدول عن الإيجاب) لا يمكنه التحلل أو الرجوع عن العقد بعد أن استكمل كل قواعد تكوينه، لأن التقاء الإيجاب بالقبول يعني قيام العقد، إلا أن بعض التشريعات مكنت المتعاقد على شبكة الإنترنت من حق العدول عن القبول إذا تمسك به، نظرا لعدم تمكنه من معاينة السلعة أو الخدمة التي تعاقد عليها، ولعدم توافر الخبرة الفنية المطلوبة للتعامل في البيئة الإلكترونية وصعوبة إلمامه بكل عناصر موضوع العقد.

---

[127] - مثل وجود اتفاق (صريح أو ضمني) سابق بين الطرفين على أن السكوت يعتبر قبولا.

[128] - القبول في هذه الحالة مجرد افتراض لا يستند إلى وجود إرادة قطعية، وإنما يستند إلى ظروف العقد والمسألة متروكة لسلطة التقديرية، د. مجاهد أسامة أبو الحسن، المرجع السابق، ص 87.

[129] - د. السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للالتزام ات- مصادر الالتزام، العقد والإرادة)، الجزء الأول، ط4، دار الهدى – عين مليلة، الجزائر 2006-2007، ص 85.

[130] - دودين بشار محمود، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت(وفقا لقانون المعاملات الإلكترونية وبالتأصيل مع النظرية العامة للعقد في القانون المدني)، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 2010، ص 118.

[131] - القانون المدني، المرجع السابق، المادة : 61 منه، التي تقضي بأن: "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك".

[132] - طعن بالنقض رقم 1081 س 50 ق، بتاريخ 1984/02/09، عن محكمة النقض المصرية (مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمس سنوات من سنة 1980 إلى سنة 1985، ص 860، مشار إليه عند د. إبراهيم خالد ممدوح ، إثبات العقود والمراسلات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 155. الهامش (4)، ص 70.

المطلب الثالث: اقتران وتطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني.

تقضي القواعد العامة للعقد بأن التعبير عن إرادة واحدة غير كاف لميلاد العقد أو لتكوينه[133]، إذ يتوجب لإنشاء العقد توافر إرادة ثانية، بحيث تقترن وتتطابق إرادة الموجب مع إرادة القابل، كما نص على ذلك المشرع المدني الجزائري بنص المادة رقم 59 من (ق.م.ج) [134]، ثم تتجهان إلى إحداث أثر قانوني[135]، بمعنى أنه يجب أن يكون هذا القبول مطابقا للإيجاب، خصوصا الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية في العقد، وعدم الاختلاف في المسائل التفصيلية [136] ولو أن كلا من الموجب والقابل كانا بعيدين عن بعضهما البعض في المكان بسبب طبيعة هذا النوع من التعاقد.

والسؤال الذي يثار حول هذه المسألة هو: هل الاتفاق على المسائل الجوهرية كاف لاعتبار العقد تاما؟

والإجابة على هذا السؤال تكون باقتراح أحد الحلين الآتيين، وهما:

الفرع1: توافق الإرادتين عبر شبكة الإنترنت وفقا لما هو متبع في العقد التقليدي

غير أن الإرادتين –كما يبدو لنا– عند إسقاط هذا النص على التعاقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت، تتوافقان إما بـ:

إنه وحسب رأي د. علي علي سليمان حول نص المادة 65 من (ق.م.ج)، فإن هذا النص يضعنا أمام حالتين يجب التفرقة بينهما وهي:

- الحالة الأولى، وجود اتفاق بين أطراف العقد يشترطان فيه عدم إتمام العقد إذا لم يحصل اتفاقهما على المسائل التفصيلية، والحكم المترتب على ذلك اعتبار العقد غير قائم.
- الحالة الثانية، عدم اشتراطهما في العقد عن الجزاء المترتب حال اختلافهما على المسائل التفصيلية، فيبقى خلافهما مستمرا بشأن تلك المسائل، وعند حدوث النزاع تفصل المحكمة فيه، وهذا ما قضت به المادة (65 من ق.م.ج)، ومن ثمة ينبرم العقد بمقتضى حكم المحكمة[137].

وعملية تطابق الإرادتين عبر شبكة الإنترنت، لا تتم إلا مع الأخذ بعين الاعتبار خصوصية البيئة الإلكترونية، بحيث يكون الطرفان بعيدان عن بعضها فيكون تبادل التعبير عن بعد وهذا ما يثير الكثير من المشاكل والخلافات، وبالتالي فإن التطابق بين الإرادتين لا يتأتى إلا بتوافر شروط فنية وأخرى قانونية.

---

[133] - د. الفواعير علاء محمد، المرجع السابق، ص 122.
[134] - القانون المدني، تنص المادة 59 منه على ما يلي: (يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية).
[135] - سليمان علي علي، المرجع السابق، ص 28.
[136] - السنهوري عبد الرزاق أحمد، ج1،المرجع السابق، ص ص 217 – 218، بند 111.
[137] - سليمان علي علي، المرجع السابق، ص 40 مكرر.

أولا: الشروط الفنية (التقنية)، وهو ضرورة:

1 –وجود نظام معلوماتي يضمن انتقال وتدفق المعلومات من جهاز حاسوب إلى جهاز حاسوب آخر، وكذا وجود خطوط اتصال هاتفية تسهل عملية ربط الموجب والقابل شبكة الإنترنت.

2 –توافر شروط الأمان لضمان سلامة معاملات الأطراف لتفادي المشاكل المتوقعة جراء استخدام شبكة الإنترنت.

ثانيا: الشروط القانونية ، وهي الشروط التي يتطلبها القانون عند توافق الإرادتين في كل العقود التقليدية، وتطبيق هذه الشروط في العقد الإلكتروني ممكن لإتمام عملية تلاقي الإرادتين للوصول إلى اقتران الإيجاب الصادر عن المتعاقد الأول مع القبول الصادر عن المتعاقد الثاني، ولكن مع مراعاة خصوصية وطبيعة التعاقد الإلكتروني بسبب الوسيلة التي يستعملها عند التعبير كما سيأتي شرحه لاحقا[138].

ولقد اشترط القانون المدني الجزائري بموجب المادة 65 منه لتطابق القبول مع الإيجاب[139]، أن يتم الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية والتفصيلية في العقد [140]، حيث يقصد بالمسائل الجوهرية في العقد أركان العقد الثلاثة اللازمة لقيامه وهي: (التراضي، المحل، السبب)، وكذا شروطه التي يرى المتعاقدان وجوب الاتفاق عليها أولا، مع إمكانية إرجاء المسائل الأخرى غير المختلف فيها[141].

وبتطبيق هذه القواعد على تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني، نخلص إلى القول بأن الطرفان قد يتفقان على الشيء المبيع من خلال شبكة الإنترنت، وذلك بعد تحديد أوصافه وثمنه، ولكنهما لم يتفقا بعد حول مسألة تسديد الثمن لتخوف أحدهما من القرصنة[142]، بخلاف العرض الذي يوجهه شخص من خلال موقعه الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت إلى شخص آخر بإبرام عقد ما، فإنه لا يعتبر إيجابا إلا إذا تضمن هذا العرض الإلكتروني: – الشروط الجوهرية وهي الأركان الثلاثة للعقد، وإلا فإنه لا يرقى إلى الإيجاب المنتج لأثره القانوني، بل يعد مجرد دعوى للتفاوض.

الفرع2: توافق الإرادتين عبر شبكة الإنترنت وفقا لاتفاقيات الإطار الدولية (العقد الإطار).

إن تعاظم التعامل التجاري من خلال تبادل البيانات والمعلومات عبر وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة وبالخصوص شبكة الإنترنت، دفع بالكثير من المنظمات الدولية والإقليمية المهتمة بالتجارة الدولية التدخل من خلال سن قواعد قانونية موحدة تسري على كافة المتعاقدين المستخدمين لهذه

---

[138] - دودين بشار محمود، المرجع السابق، ص 123.

[139] - تنص المادة 65 من (ق.م.ج) على أنه: (إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد مبرما. وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون، والعرف، والعدالة.)، وهذه المادة تقابل المادة 100 من (ق.م) الأردني.

[140] - طعن بالنقض رقم 27 لسنة 49 ق، بتاريخ 1980/02/27، الصادر عن محكمة النقض المصرية، القسم المدني، مشار إليه عند د.إبراهيم خالد ممدوح، إثبات العقود والمراسلات، المرجع السابق، ص 79.

[141] - الحلالمة نصار محمد، المرجع السابق، ص 97.

[142] - أ. مناني فراح، المرجع السابق، ص 220.

الوسائل، وذلك بهدف تيسير إجراء تلك المعاملات من خلال تبادل المعلومات ومن ثمة إضفاء الثقة عليها، ومن بين تلك القواعد المعتمدة بهذا الشأن، القواعد التي تضمنها مشروع القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية (الأونسيترال) الصادر عن لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة، وكذا القواعد التي وضعتها غرفة التجارة بباريس.

وبالتالي يمكن تطبيق هذه القواعد على الرسائل الإلكترونية المتبادلة من خلال شبكة الإنترنت فيما يتعلق بالتنظيم التقني للوسيلة المستعملة عند تبادل الرسالة وليس فيما يتعلق بمضمونها[143].

ونخلص أخيرا إلى القول حول مسألة الاتفاق على المسائل الجوهرية، أن القانون المدني الجزائري لم ينص صراحة على شرط الاتفاق على المسائل الجوهرية والمسائل التفصيلية معا، إذ اكتفى بالمسائل الأساسية عند التعاقد، وأما المسائل الجزئية الأخرى فتركها للسلطة التقديرية للقاضي بحسب ظروف الحال وطبيعة المعاملة.

خلاصة الفصل الأول:

إذا جاز الحديث عن استقلال التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني ببعض الخصوصية، إلا أن هذا التعبير على العموم لا يخرج في مفهومه عن التعبير في العقد التقليدي، لأن العقد مهما كان يخضع لأحكام القواعد العامة المنظمة للعقود، وبالتالي فإنه يخضع لذات القواعد المنظمة للعقد التقليدي ومهما يكن هذا التعبير صريحا أو ضمنيا، فإنه يجب أن يعبر عن إرادة الشخص البات والنهائية والمنتجة لآثرها القانونية في التعاقد.

والإيجاب والقبول سواء تم التعبير عنهما باستعمال الوسائل الإلكترونية أو وفق الطرق التقليدية للتعاقد، فهو لا يختلف من حيث المبدأ، وينشأ الاختلاف بسبب وسيلة التعبير المستخدمة والمعتمدة على التكنولوجيا المتطورة لوسائل الاتصال الحديثة، والتي يختفي فيها الوجود المادي لطرفي العلاقة ، خاصة مجلس العقد الذي أصبح عالما افتراضيا يتحقق فيه الاتصال السمعي والبصري معا، وفي وقت قياسي.

وعليه فإن الإيجاب الإلكتروني يخضع لشروط ينبغي توافرها كتلك التي يجب توافرها في الإيجاب التقليدي والتي تقضي بها القواعد والأحكام العامة المنظمة للعقود وهي:

- أن يكون الإيجاب محددا ودقيقا وموجه إلى شخص أو أشخاص معينين،
- أن يحتوي على العناصر الجوهرية التي عينها الموجب لإبرام العقد،
- وأن يكون الإيجاب باتا وجازما في اتجاه الإرادة إلى الارتباط قانونا بالعقد،
- وأن يظل هذا الإيجاب قائما طيلة الفترة الملتزم بها حتى ينتج أثره متى ما صادف قبولا مطابقا له.

[143] - نفس المرجع السابق، ص 151.

الفصل الثاني : وجود الإرادة وصحة التعبير عنها في العقد الإلكتروني.

إن وجود ركن التراضي بين المتعاقدين لا يكفي لوحده لإتمام العقد حتى ينتج الآثار المترتبة عنه، لأن القواعد العامة تقتضي أن يكون التراضي (التعبير عن الإرادة) صحيحا، ولن يكون كذلك إلا إذا كان هذا الرضا صادرا من شخص يتمتع بالأهلية الكاملة للتعاقد، وأن لا يشوب الرضا أي عيب من غلط أو إكراه أو غبن أو تدليس.

فصحة التراضي إذن مبنية على صحة رضا كل من إرادة الموجب وإرادة القابل (الموجب له)، أي شرط صحة إرادتين مجتمعتين، هذا بالإضافة إلى باقي شروط انعقاد العقد، وسواء كان ذلك في العقد التقليدي أو في العقد الإلكتروني.

ولما كانت صحة التراضي من مستلزمات صحة العقود بشكل عام ومنها العقد الإلكتروني، سنتطرق إلى وجود الإرادة في العقد الإلكتروني (في المبحث الأول)، وإلى عيوب الإرادة في العقد الإلكتروني (في المبحث الثاني).

المبحث الأول: وجود الإرادة في العقد الإلكتروني.

إن قدرة الشخص على القيام بالتصرفات القانونية الصحيحة تتوقف على حسب درجة إدراكه وتمييزه حتى يعتد القانون بها، ولقد بين المشرع الجزائري القواعد العامة التي تحكم الأهلية في القانون المدني من خلال المواد من: 42 إلى 44، وذكر شروطها، كما أخذ ببعض الحلول التي أقرتها الشريعة الإسلامية في هذه المسألة [144]، وعليه سنبحث في الأهلية اللازمة للتعاقد (في المطلب الأول)، وإلى موانع وعوارض الأهلية في العقد (في المطلب الثاني).

المطلب الأول: الأهلية اللازمة للتعاقد.

بالعودة إلى القواعد العامة المنظمة العقد التقليدي، فإن مقتضيات أحكام هذه القواعد تقتضي التمتع بالأهلية القانونية لدى المتعاقدين، وقد نظمها المشرع الجزائري في عدة مواضع وتطرق لها الفقه بشكل أوسع، إلا أنه في العقد الإلكتروني نجد أن معظم التشريعات لم تتطرق إلى الأهلية اللازمة للتعاقد الإلكتروني مما يحيلنا إلى البحث عن القواعد التي تحكمها في القواعد العامة، ومحاولة إسقاطها على العقد الإلكتروني.

إن المقصود بأهلية المتعاقد للتعبير عن إرادته هو أن يكون مدركا لما هو مقدم عليه ، وبالتالي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية وتحمل آثار الالتزامات المترتبة في ذمته، أي صلاحية

[144] - فيلالي علي، المرجع السابق، ص 85.

الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات، ولذلك ربط المشرع بين الإدراك والتمييز من جهة، وبين القانون والتمييز من جهة ثانية.

الفرع 1: الأهلية المطلوبة للتعاقد وفقا للقواعد العامة

فإذا كان الشخص عديم الإدراك فلا شك أنه سيكون فاقدا للتمييز [145]، والأهلية نوعان: أهلية وجوب (capacité de jouissance)، نظمها المشرع الجزائري بالمادة 25 من (ق.م.ج) [146] وهي تخرج من مجال دراستنا، وأهلية أداء (capacité d'exercice) –وهي التي سنركز عليها في دراستنا هذه– وهي صلاحية الشخص للقيام بالتصرفات القانونية، أي لاستعمال الحق، ومناطها سلامة العقل وقدرته على الإدراك والتمييز [147]، فأهلية الأداء لا يتمتع بها الإنسان بمجرد ولادته، بل تثبت لديه بعد فترة من حياته، ولا تكتمل إلا بتمامه سنا معينا وهي تتدرج على أربعة مراحل، تتراوح فيها أهلية أدائه ما بين العدم والكمال وهي:

أولا: مرحلة الجنين، حيث تثبت له أهلية وجوب ناقصة، وتنعدم لديه أهلية الأداء.

ثانيا: مرحلة الصبي غير المميز ، تبدأ من الولادة إلى بلوغ سن الثالثة عشر، حيث يفترض القانون الجزائري فقدان التمييز عند الصبي، وانعدام أهلية الأداء لديه يؤدي إلى بطلان جميع تصرفاته، ويتولى مباشرة التصرفات بدلا عنه وليه أو الوصي عليه، وبذلك فالتصرفات في المجال الإلكتروني لا يمكن للصبي غير المميز مباشرتها إلا من خلال وليه أو الوصي عليه[148].

ثالثا: مرحلة الصبي المميز، تبدأ من بلوغه أهلية الاغتناء[149]، فتصح منه تصرفاته النافعة له نفعا محضا فقط وتنعدم عنده أهلية الافتقار [150]، وبناء على ذلك فإن التصرفات القانونية المتعلقة بالأهلية بالنسبة للصبي المميز تنقسم إلى ثلاثة طوائف كما اتفق عليها الفقه وهي:

- ✓ الطائفة الأولى: التصرفات النافعة نفعا محضا للمتعاقد (الصبي المميز)، وهذه التصرفات تزيد في غناه وإثراء ذمته المالية، وتسمى بأعمال الاغتناء، كتقبل الهبات، أو إعفائه من التزاماته دون مقابل.
- ✓ الطائفة الثانية: التصرفات الضارة ضررا محضا للمتعاقد (الصبي المميز)، وهذه التصرفات يترتب عنها افتقار ذمته المالية، وتسمى بأعمال الافتقار، كالتبرع، أو إبراء الدائن للمدين، وهذه

---

[145] - السعدي محمد صبري، المرجع السابق، ص 77.

[146] - القانون المدني، المرجع السابق، تنص المادة 25 من التقنين المدني: (تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته. على أن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حيا)..

[147] - السعدي محمد صبري، المرجع السابق، بند 146، ص 268.

[148] - القانون المدني، المرجع السابق، تنص المادة 42 فقرة2 منه على أنه: "... يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشرة سنة".

[149] - عقود الاغتناء هي عقود يغتني من باشرها دون أن يدفع عوضا لذلك مثل الهبة بالنسبة للموهوب له أ حمد، أشار إليها د. السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع السابق، ص 268، بند 146.

[150] - حيث نصت المادة 83 من (ق.أس.ج) رقم 84-11، المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27، على أنه: (من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء).

التصرفات تعد باطلة في التعاقد الإلكتروني لمصلحة الصبي المميز.

✓ الطائفة الثالثة: التصرفات الدائرة بين النفع والضرر وتشمل عقود المعاوضة[151] ، وفي مثل هذه التصرفات يأخذ كل طرف من أطراف العقد مقابلا لما يعطي، وهي تحتمل الربح والخسارة وهي التصرفات الأكثر انتشارا في مجال التعاقد الإلكتروني وأغلبها يدور حول التجارة الإلكترونية، وهذه التصرفات قابلة للإبطال في التعاقد الإلكتروني وتخضع لإجازة وليه أو الوصي عليه أو لموافقة الصبي المميز بعد بلوغه[152].

رابعا: مرحلة البالغ الراشد ، إن هذه الأهلية المطلوبة هنا لإتمام التعاقد (القيام بالتصرفات القانونية) تبدأ بتمام الشخص سن التاسعة عشر وفقا لما نص عليها القانون المدني الجزائري في المادة 40 فقرة2 بقوله: (... وسن الرشد تسعة عشر " 19" كاملة)، حيث يستكمل المتعاقد أهليته ويصبح أهلا لمباشرة التصرفات القانونية، شريطة أن يكون متمتعا بكامل قواه العقلية[153].

الفرع 2: صعوبة التأكد من الأهلية المطلوبة في التعاقد التجاري الإلكتروني والآثار المترتبة عنها

يثير العقد الإلكتروني مشكلة التحقق من أهلية المتعاقد الآخر–الذي يتم بين طرفين بعيدين عن بعضهما البعض مسافات كبيرة جدا– لأن التعامل على شبكة الإنترنت يقوم في الأصل على مبدأ حسن النية بين طرفيه خاصة الحرفي أو المهني [154]، مما قد يعرض أحد الأطراف إلى مخاطر التعاقد مع ناقصي الأهلية أو فاقديها، ولذلك نجد بعض الفقه يدعو إلى التوسع عند الأخذ بنظرية الظاهر عند معالجة المسائل المتعلقة بالأهلية في التعاقد الإلكتروني.

ويتجلى تعاقد التاجر مع شخص ناقص الأهلية عند إبرام العقد الإلكتروني عن طريق وسائل الاتصال الحديثة عبر شبكة الإنترنت، خصوصا وأن الإمكانات الإلكترونية أتاحت الفرصة لكل الأشخاص لاستخدام هذه الوسائل بغض النظر عن عمر المستخدم، بالإضافة إلى تعرض هذه الوسائل للقرصنة والسطو على بطاقات إئتمان الغير، وإبرام التصرفات أو المعاملات باسم أصحابها بطريقة غير مشروعة، وقد يصل الأمر بدخول شخص غير كامل الأهلية في علاقة عقدية والتعاقد مع تاجر حسن النية باستعمال البطاقة المصرفية الخاصة بوالده لتسديد بعض مقتنياته، مما يدفع بالطرف الآخر المحترف أو المستهلك أن يتمسك بأن القاصر عند استخدامه للبطاقة يكون قد توفر فيه مظهر صاحبها[155]، ولذلك فإن الاستعانة بـ(هيئة التوثيق أو التصديق الإلكتروني) من أجل التصدي لمثل هذه المشاكل، والكشف مسبقا عن هوية الشخص المستخدم عند القيام بأية معاملة أو تعاقد إلكتروني.

---

[151] - هذه العقود نوعان: عقود إدارة ترد على الشيء لاستغلاله كالإيجار بالنسبة للمؤجر، وعقود تصرف: ترد على الشيء المتصرف فيه بعوض كالبيع بالنسبة لكل من البائع والمشتري.

[152] - السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع السابق، ص 275، بند 153.

[153] - سنتناول هذا الموضوع بشيء من التفصيل في المطلب الأول من المبحث الثاني، الفصل الثاني من هذا البحث.

[154] - أ. بن سعيد لزهر، المرجع السابق، ص 95.

[155] - د. إلياس ناصيف، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2009، ص 125.

والتساؤل الذي يثار هنا حول صحة مثل هذا العقد بين تاجر حسن النية وبين شخص ناقص الأهلية أو فاقدها بسبب أحد العوارض التي تعتري أهليته؟

إنه وكمبدأ عام يفترض في الشخص كمال أهليته إذا رغب في التعاقد وهو الأصل العام المعتمد عند تقييم التصرفات، ويبقى الاستثناء وهو عدم اكتمالها مما يؤدي إلى بطلان العقد بحجة عدم اكتمال أهليته أحد الأطراف في العقد، ويترتب عن ذلك أيضا تنازع مصلحة القاصر في إبطال التصرف استنادا إلى ما تقرره القواعد العامة في هذا الشأن بحق القاصر في إبطال التصرف من جهة، وبين مصلحة التاجر عبر الإنترنت في التمسك بإبقاء العقد لأنه ليس بمقدوره التيقن من كمال أهلية الطرف الثاني في العقد، وهي مشاكل ما زالت قائمة في العقد التقليدي وإثارتها في العقد الإلكتروني تزيد الأمر تعقيدا[156].

ويرى الباحث أن الحل يكون بدون تغليب مصلحة طرف على طرف، لأن الضرورة تدعو إلى إيجاد توازن بين أطراف العلاقة في العقد.

فإذا ما ثبت حسن نية التاجر ، فإنه يتوجب توفير الحماية القانونية التي أقرتها القواعد العامة لإتمام التصرفات التي أنشأها، حتى لا يكون ا لتاجر حسن نية عرضة لغش أو تلاعب شخص ناقص الأهلية أو فاقدها، أو أحد المراهقين، ثم يلجأ إلى حالة القاصر حتى تتوفر له الحماية القانونية للوصول إلى إبطال التصرف، ولذلك فإن بعض التشريعات –كالقانون المدني الفرنسي الذي يأخذ بنظرية الظاهر وطبقا للمادة 1307 (ق.م.)، يقضي بأن: (القاصر الذي يخدع الغير بإخفائه نقص أهليته، لا يحق له استرداد ما دفعه تنفيذا لما تعهد به) [157]، وبالتالي قبول التعويض بالنسبة لتصرفات فاقد الأهلية رغم بطلانها[158]، وكذا القانون الإنجليزي الذي يفرق في هذه المسألة بين:

العقد البسيط الذي يبرمه القاصر عبر وسائل الاتصال الحديثة، وكان محل العقد من الضروريات، كشراء كتاب، فهذا العقد فيه منفعة للقاصر، فالأصل في ذلك أن له أهلية إبرام العقد، وبالتالي تكون تصرفاته صحيحة.

العقود ذات القيمة أو ارتكاب القاصر للغش ، كأن يخفي سنه الحقيقي أو التصريح بسن أكبر، ولم يكن محل العقد من الضروريات، مما يترتب عن ذلك استرداد البضاعة، ويكون العقد باطلا أو قابلا للإبطال ولو أنها تلحق الضرر بالطرف الآخر حسن النية.

ووفقا لما تقتضيه القواعد العامة يجوز للطرف الثاني (المحترف) المتضرر من بطلان العقد جراء انخداعه بأهلية القاصر خصوصا إذا بذل العناية في ذلك، ولكنه إذا اعتقد أن من يتعاقد معه كامل الأهلية، يجوز له ملاحقة ولي القاصر أو ذويه على أساس المسؤولية التقصيرية لا العقدية، لأن إطلاق

---

[156] - أحمد آمانج رحيم، المرجع السابق، ص 222.

[157] -

Art 1307 du Code civil Française stipule : « La simple déclaration de majorité, faite par le mineur, ne fait point obstacle à sa restitution ».

[158] - د. إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 126.

الحرية للقاصر الدخول على شبكة الإنترنت، يقيم عليهم مسؤولية مراقبة أبنائهم القصر من الناحية القانونية ، وتحمل تبعات تصرفاتهم تجاه الطرف الآخر حسن النية[159].

والمشرع الجزائري وبمقتضى المادة 42 فقرة2 من (ق.م.ج)[160] بين سن التمييز للصبي ببلوغ ثلاثة عشرة سنة، وابتداء من هذه السن فإن أهلية الصبي المميز تجيز له القيام بالتصرفات (أعمال الاغتناء) التي تكون نافعة نفعا محضا له، وذلك بخلاف أهلية الافتقار حيث تكون هذه الأهلية منعدمة، أما التصرفات الواقعة بين النفع والضرر حيث تكون هذه الأهلية موجودة غير أنها تكون ناقصة، فإن تصرفاته تكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر[161].

ويشير الباحث هنا، إلى أن العقد الإلكتروني لا يشترط توافر أهلية خاصة غير تلك الأهلية التي تقررها القواعد العامة، وإن المقصود بالأهلية في هذا الجانب هي أهلية الأداء، التي تثبت قدرة الشخص لمباشرة التصرفات القانونية، بحيث تنتج آثارها بتحمل هذا الشخص تبعات الالتزامات والتصرفات التي رتبها على ذمته، ولذلك فمن الصعب التثبت من الهوية الحقيقية والأهلية اللازمة لمباشرة التعاقد الصحيح في العقد الإلكتروني، بخلاف التيسير الموجود في العقد التقليدي للتأكد من أهلية المتعاقدين عند تحديد كمال الأهلية ونقصها أو انعدامها، وذلك من خلال بطاقة التعريف الوطنية للشخص الطبيعي، أو مستخرج من شهادة التسجيل في السجل التجاري للشخص الاعتباري كالشركات مثلا [162]، ومثل هذه المكنة غير حاسمة إلا من خلال تطويع التقنية الإلكترونية الجديدة لتكون في خدمة القانون، بإيجاد وسائل تحذيرية يمكن استخدامها للتأكد من شخصية المتعاقدين أو التعرف على أهليتهم، في محاولة لمنع ناقصي الأهلية أو القصر من الإقدام لمباشرة التصرفات القانونية عند دخولهم إلى شبكة الإنترنت [163].

المطلب الثاني: موانع وعوارض الأهلية

من المسائل التي تثار عند التعبير عن الإرادة (في العقد التقليدي) تعرض أهلية الشخص في بعض الحالات إلى عوارض يصل فيها الأمر إلى أن تنعدم الإرادة فيها، فكيف تعالج مثل هذه المسائل عند التعبير عنها(في العقد الإلكتروني)؟

قد تعتري الشخص البالغ بعض العوارض التي تؤدي إلى نقص أهليته أو تعدمها في بعض الأحيان، وقد نظم القانون هذه المسائل، بنص المادة 78 من (ق.م.ج) على ما يلي: (كل شخص أهل

---

[159] - د. الفواعير علاء محمد، المرجع السابق، ص 169، كذلك أحمد آمانج رحيم، المرجع السابق، ص 222.
[160] - القانون المدني، المرجع السابق، تنص المادة 42 فقرة2 على أنه: "... يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة".
[161] - السعدي محمد صبري، المرجع السابق، ص 155.
[162] - الفواعير علاء محمد، المرجع السابق، ص 167.
[163] - قد يكون ذلك ممكنا من خلال:
-اعتماد هيئات التصديق والتوثيق الإلكتروني، وهي طرف ثالث محايد بين المتعاقدين قد يكون هيئة عامة أو هيئة خاصة تتولى مهمة تنظيم العلاقة بين الطرفين على الخط (همزة الوصل بين المرسل والمرسل إليه)، وتقوم بتحديد هويتهم، وتتجلى أهميتها القانونية بإصدارها شهادات تثبت حقائق حول التعاقد الم برم عبر الإنترنت.
-ضبط التعامل وكل التصرفات التعاقدية باستخدام البطاقات الذكية (بطاقة الهوية الإلكترونية، حيث تستخدم هذه البطاقات في الدول الأوروبية، وفي الولايات المتحدة الأمريكية.

للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون)[164]، وهذه العوارض تقوم على الفكرتين كالآتي:

- فكرة العوارض، وتشمل: الجنون، السفه، العته، الغفلة.
- فكرة الموانع، وتشمل: الموانع الصحية، الموانع القانونية.

الفرع 1: فكرة العوارض.

وتصنف هذه الفكرة إلى أربعة مجموعات:

أولا: الجنون، ويعرف بأنه تلك الحالات العنيفة من الاضطرابات التي تصيب العقل، فالمجنون هو شخص مصاب باضطراب عقلي مما يؤدي إلى إعدام الإدراك والتمييز عند صاحبه بصفة كلية، وعليه فإن حكم تصرفات المجنون تكون باطلة بطلانا مطلقا لانعدام ركن التراضي عنده.

ثانيا: السفه ، (وهو التبذير وإسراف المال من غير تدبير)، والإصابة بهذا العارض تنقص الإدراك لدى صاحبها ولو أنه في كامل قواه العقلية، ذلك لأن السفيه مغلوب على هواه فيعمل بخلاف موجب العقل[165].

ثالثا: الغفلة ، ذو الغفلة هو وصف يطلق على الشخص الذي لا يجيد المعاملات الرابحة، فيكون عرضة للغبن في تصرفاته، ولذلك فإن مشكلة السفه والغفلة عند الشخص تشتركان في علة ضعف الملكات الضابطة في النفس، مما تؤدي به سوء تدبيره، لكنهما يختلفان من حيث:

أن السفه يؤدي إلى تبذير المال بسبب الإسراف في غير مقتضى لذلك شرعا أو قانونا، أما الغفلة فتؤدي إلى الغبن في المعاملات بسبب سوء التقدير للشخص، وهو بذلك يأخذ نفس الحكم الذي تقرر للمعتوه وللصبي المميز وهو نقص الأهلية طبقا لما قضت به المادة 43 من (ق.م.ج) بقولها: (...وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون)، ومن ثمة يعتبر رضاه معيبا ويترتب عليه قابلية العقد للإبطال، وهو نفس الحكم الذي ينطبق على التعاقد إلكترونيا.

رابعا: العته، ويعرف بأنه تلك الحالات من الاضطرابات التي تصيب العقل، فالمعتوه هو أيضا شخص مصاب باضطراب عقلي أي أن العته نوع من الجنون، والإصابة به لا تؤدي إلى فقد صاحبه الإدراك والتمييز كلية ولكن بصفة جزئية. كيف ذلك؟

لأن حالة المعتوه هي كحالة الصبي المميز، فهو يدرك بعض الأمور دون غيرها ومن ثمة فهو يتمتع بأهلية الاغتناء، فتكون أعمال وتصرفات الشخص المعتوه صحيحة في هذه الحالة متى كانت تلك التصرفات نافعة له نفعا محضا (كما سبقت الإشارة إليه آنفا)، ولما كانت أهلية الافتقار عند المعتوه معدومة فإن الأعمال والتصرفات التي يبرمها تكون باطلة، ومن ثمة فإنه يأخذ نفس الحكم المفروض لهذه

---

[164] - القانون المدني، المرجع السابق، عدلت هذه المادة بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 2005/06/20.
[165] - نفس المرجع السابق، ص 165.

الأهلية، وعليه تأخذ التصرفات التي يبرمها الشخص المعتوه نفس حكم المجنون [166]، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد رتب لحالة المعتوه حكمان:

-الحكم الأول، بموجب نص المادة 42 فقرة1 من (ق.م.ج)[167]، حيث يأخذ حكم المجنون.

-الحكم الثاني، بموجب نص المادة 43 من (ق.م.ج)[168]، حيث يأخذ حكم السفيه، والغفلة[169].

وبناء على ما سبق بيانه، يمكن القول بأن انعدام الإدراك والتمييز المترتب عن العاهة التي تلحق عقل الإنسان من الجنون والعته، فإنها لا شك وأنها تعدم أهلية الأداء للشخص، فلا يستطيع إبرام أي عقد ولو أجازه الولي أو الوصي عليه، سواء كان ضارا ضررا محضا أم نافعا نفعا محضا، أم دائرا بين النفع والضرر[170]، وهذا الحكم نفسه ينطبق على العقد الإلكتروني.

الفرع 2: فكرة الموانع (الأمور التي تعيق تدبير الإنسان)، وتشمل مجموعتان وهي:

أولا: الموانع الصحية

-ذو العاهتين: وهي كل عاهة التي تصيب الإنسان فتلحق به عجزا (جسمانيا) مع تمتعه بكامل أهليته، إلا أن تلك العاهة تمنعه عند القيام بإبرام التصرفات من التعبير عن إرادته تعبيرا صحيحا [171]، وخوفا من وقوع ذي العاهة في الغلط تدخل المشرع لحمايته بموجب قانون نظام المساعدة القضائية، حيث يقرر له القانون تعيين المساعد القضائي -بعد إجازة المحكمة، وهي سلطة تقديرية للقاضي- لمعاونة هذا الشخص عند قيامه بتصرفاته بشرط أن يجمع الشخص بين عاهتين على الأقل من أصل ثلاث عاهات وهي: (الصم، البكم، العمى)، ومن ثمة فإن عدم حضور المساعد مع الشخص الذي تقررت مساعدته قضائيا تجعل من تصرفاته أنها قابلة للإبطال[172].

ثانيا: الموانع القانونية، وهي الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون، كأن يمنع القانون طائفة ما من مباشرة بعض التصرفات القانونية، كمنع رجال القضاء وأعوانهم من شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كانت تدخل في دائرة اختصاص المحاكم التي يباشرون أعمالهم في دائرتها، وقد نص القانون المدني على ذلك في المادة: 402 من (ق.م.ج)[173].

---

[166] – القانون رقم 84-11، المعدل والمتمم ، المرجع السابق، نصت المادة 107 منه على أنه: (تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها).

[167] - القانون المدني، المرجع السابق، تنص المادة 42 فقرة1 (المعدلة بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 2005/06/20)، على أنه: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون".

[168] - القانون المدني، المرجع السابق، تنص المادة 43 (المعدلة بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 2005/06/20)، على أنه: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

[169] - فيلالي علي، المرجع السابق، ص 85.

[170] - الفواعير علاء محمد، المرجع السابق، ص 165.

[171] - د. السعدي محمد صبري، المرجع السابق، ص 158.

[172] - القانون المدني، المرجع السابق ، تنص المادة 80 منه على أنه: "إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته.
ويكون قابلا للإبطال كل تصرف عين من أجله مساعد قضائي إذا صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة".

[173] - القانون المدني، المرجع السابق، تنص المادة 43 منه على أنه: "لا يجوز للقضاة ولا المدافعين القضائيين ولا المحامين ولا الموثقين، ولا لكتاب الضبط أن يشتروا بأنفسهم مباشرة ول بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع في كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلا".

- **المسجون**[174]: حيث يفقد الشخص الأهلية بحكم القانون، وذلك بمجرد صدور الحكم عليه بعقوبة جنائية فيصبح فاقدا الأهلية، ويترتب عن ذلك أنه أثناء تنفيذ العقوبة يمنع عليه قانونا مباشرة حقوقه المالية أو القيام بأي تصرف[175].

- **الغائب والمفقود:** وهاتان الحالتان تناولهما المشرع الجزائري بمقتضى المادتان 109 و 110، من قانون الأسرة الجزائري[176].

ويتضح مما سبق، وكقاعدة عامة أن كل شخص يعتبر كامل الأهلية ما لم يقض القانون سلبها منه أو الحد منها، ومن يدعي أمام القضاء انعدام الأهلية أو نقصها فإنه يقع عليه عبء إثبات انعدام الأهلية أو نقصها، شريطة أن لا يكون قد احتال على الطرف الآخر بأن يخفي عنه نقص أهليته، مما يعطي الحق للطرف الآخر في مطالبة ناقص الأهلية بالتعويض عن الضرر في حالة الإبطال[177].

إنه وفي غياب النصوص الخاصة (خارج قواعد القانون المدني) المتعلقة بالتجارة الإلكترونية فإنه يمكن إسقاط هذه الأحكام على التعبير في العقود الإلكترونية،

المبحث الثاني: عيوب الإرادة في العقد الإلكتروني

إنه وعلى ضوء ما جاء في التقنين المدني، كما أوجب أن يأتي التعبير عن الإرادة خاليا من أي عيب من عيوب الرضا ليعتد به القبول، تقضي القواعد العامة كذلك أن يصدر الرضا بالتعبير عنه بإرادة سليمة، غير أنه قد تلحق إرادة أحد المتعاقدين بعض العيوب فتفسده دون أن تؤدي إلى إعدامه بسبب أوهام أو ضغوط، وهي التي تعرف بعيوب الرضا (Les vices du consentement).

ولذلك سنبحث في أهلية الأداء الكاملة (في المطلب الأول)، وإلى خلو الإرادة من العيوب (في المطلب الثاني).

---

[174] - الأمر رقم 66-156، المرجع السابق، تنص المادة 09 مكرر المعدلة بالقانون 06-23 المؤرخ في 2006/12/20، من (ق.ع) على ما يلي: "في حالة الحكم بعقوبة جنائية، تأمر المحكمة وجوبا بالحجر القانوني الذي يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية. تتم إدارة أمواله طبقا للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي".

[175] - فيلالي علي، المرجع السابق، ص 86.

[176] - تنص المادة 109 من (ق.أس.ج) على أن: "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته، ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم"، أما المادة 110 من نفس القانون فتقضي بأن: "الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة، وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود".

[177] - قرار رقم 43476 بتاريخ 1986/06/29، م.ق، س 1993، ع1، ص 14.

المطلب الأول: أهلية الأداء الكاملة (سن الرشد)

تشترط القواعد العامة لإتمام العقد أنه يتوجب وجود إرادتين متطابقتين عن تراض صحيح ينصب حول إيجاب معين وقبول مطابق له، وإن هذا التراضي لا يكون صحيحا إلا إذا كانت إرادة أحد الأطراف أو كلاهما صادرة عن ذي أهلية مكتملة وخالية من العيوب.

إن هذه الأهلية المطلوبة هنا لإتمام التعاقد (القيام بالتصرفات القانونية)، وهي التي تبدأ بتمام الشخص سن التاسعة عشر وفقا لما نص عليها المشرع المدني الجزائري طبقا للمادة 40 فقرة2 (وسن الرشد تسعة عشر " 19" كاملة)، حيث يستكمل الصبي أهليته وتستمر حتى وفاته، شريطة أن يكون متمتعا بكامل قواه العقلية كما قضت بذلك المادة 86 من (ق.أس.ج)[178].

ومن القواعد العامة في هذا الشأن، أن أحكام الأهلية تعتبر من النظام العام، بمعنى أنها قواعد لا يجوز مخالفتها وكل اتفاق على شيء من ذلك يكون باطلا، والأصل أنه لا يجوز حرمان شخص من أهلية موجودة عنده أو الانتقاص منها، كما لا يجوز إعطاء شخص أهلية غير متوافرة عنده، ولا أن يوسع عليه فيما نقص عنده منها، وهذا ما قضت به المادة 45 من (ق.م.ج)، والتي جاء فيها: (ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا لتغيير أحكامها).

ولذلك فإن بعض التشريعات حرصت على ضبط مسألة التحقق من هوية المتعاقدين، حيث سعت إلى إلزامية قيام المتعاقدان بذلك، وفي هذا الشأن أوجبت أحكام التوجيه الأوروبي رقم: 97-07 إلزامية الإفصاح وتحديد الهوية عند إبرام العقد عن بعد عبر تقنيات الاتصال [179]، وبيان الأهلية القانونية للأطراف المتعاقدة[180]، كما أكد التوجيه الأوروبي رقم 2000-31، بشأن التجارة الإلكترونية ذلك، من أجل تحقيق الثقة المتبادلة في المعاملات التجارية خصوصا الإلكترونية التي تتم عن بعد، لما تكتنفه من تعقيدات فنية في حالة إبطال العقد.

وبالإضافة إلى ذلك، فلقد أقر المشرع المدني الجزائري بتمتع الشخص الاعتباري بالأهلية القانونية منذ نشأتها وبجميع الحقوق التي يمنحها له القانون، وذلك طبقا لنص المادة 50 فقرة3 منه[181].

---

[178] - القانون رقم: 84-11، المرجع السابق.
[179] - Directive n° 97/7/CEE, op, cit.
[180] - نفس المرجع السابق، المادة 4 فقرة1.
[181] - والتي تقضي بما يلي: (يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان وذلك في الحدود لتي يقررها القانون. يكون لها خصوصا:
- ذمة مالية،
- أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي يقررها القانون،
- موطن وهو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها،
- الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها، في نظر القانون الداخلي في الجزائر،
- نائب يعبر عن إرادتها،
حق التقاضي".

المطلب الثاني: خلو الإرادة من العيوب

تقضي القواعد العامة أن يصدر الرضا بالتعبير عنه بإرادة سليمة، غير أنه قد تلحق إرادة أحد المتعاقدين بعض العيوب فتفسده دون أن تؤدي إلى إعدامه، بحيث يصبح العقد قابلا للإبطال لأن القوة الملزمة للعقد كثيرا ما تتأثر بالإرادة، ذلك أن الإرادة قد تكون موجودة ولكنها مشوبة بعيب لأنها لم تصدر عن بيّنة أو اختيار [182] بسبب أوهام أو ضغوط، وهي التي تعرف بعيوب الرضا، فتكون التصرفات الصادرة عن هذه الإرادة صحيحة ولكنها قبلة للإبطال، والفرق واضح بين إرادة موجودة ولكنها مشوبة بعيب وبين إرادة معدومة أصلا، وقد حصر المشرع الجزائري هذه العيوب في أربعة صور نص عليها في التقنين المدني بموجب المواد من 81 إلى 91، وهي:

الفرع 1: عيب الغلط (L'erreur)

يقوم الغلط على توهم غير الواقع، أو اعتقاد خاطئ في ذهن المتعاقد فيدفعه إلى التعاقد، كأن يتوهم المتعاقد صحة واقعة وهي واقعة غير صحيحة أو العكس [183]، والغلط درجات كل حسب تأثيره على الإرادة، فمنه:

– ما لا يؤثر في الإرادة فيكون غلط غير مؤثر، وهو الذي يقع في صفة عرضية أو ثانوية للشخص كالغلط في الشيء المادي (الغلط في الحساب مثلا)، ففي مثل هذه الحالة يبقى العقد صحيحا بعد تصحيح الغلط، وهذا النوع هو من أكثر صور الغلط وقوعا في العقود الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الإنترنت، وبذلك تقضي المادة 84 من (ق.م.ج)، على أنه: (لا تؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب، ولا غلطات القلم ولكن يجب تصحيح الغلط).

– ومنه ما يعدم الإرادة فيكون غلطا مانعا، وهو الغلط الذي يحول دون انعقاد العقد، ولما كان هذا الغلط يمس بوجود أحد أركان العقد أو يمس بماهيته، فإنه يترتب عليه بطلان العقد، غير أن الغلط يكون مانعا حسب ما اتفق عليه الفقه في حالات محددة[184].

---

[182] - أحمد آمانج رحيم، المرجع السابق، ص 224.

[183] - السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع السابق، ص 289، بند 162.

[184] - حيث يكون الغلط في ماهية العقد، نتيجة لعدم توافق الإرادتين فإنه يمنع التراضي وبالتالي نشوء العقد.
- أو يكون الغلط في ذاتية العقد، أي أن الغلط المانع ينصب على ركن المحل للعقد، وهنا لا ينعقد العقد نتيجة لعدم تطابق الإرادتين.
- أو يكون الغلط في سبب الالتزام، فيكون العقد باطلا لنتيجة لوقوع غلك في وجود سبب الالتزام.
- أو يكون الغلط في التعاقد عن طريق الوسيط الإلكتروني (النظام المؤتمن) وذلك نتيجة لوقوع المتعاقد في غلط أثناء تعاقده مع جهاز مؤتمت ولم يكن بمقدوره تدارك هذا الغلط أو تصحيحه، بحيث يكون هذا العقد باطلا طبقا للمادة 12 فقرة 3 من مشروع اتفاقية (الأوسيترال) للتعاقد الإلكتروني، وهذا بخلاف المادة 11 فقرة 2 من قانون مملكة البحرين للمعاملات الإلكترونية، والتي جاءت به بحكم مخالف حيث يكون العقد قابلا للإلغاء فقط.

– ومنه ما يعيب إرادة المتعاقد، بحيث يتوافر رضا الطرفين في العقد ولقيام غلط فإن هذا العقد لا يكون صحيحا، ذلك أنه لو علم من وقع في الغلط (بالحقيقة) لأعرض عن التعاقد، فهذا الغلط إذن يعيب الرضا لكنه لا يعدمه.

فاستنادا إلى القانون المدني الجزائري وبموجب نص المادة 81 من (ق.م.ج)[185]، فإن الغلط الذي يقع في أمر جوهري مرغوب فيه في العقد، حيث لا يقوم رضا المتعاقد بدونه، فإنه يترتب عنه المطالبة بإبطال العقد، فهذه الصورة من الغلط الذي يعيب الرضا (أي يصيب الإرادة عند تكوين العقد)، وهو الذي يعنينا في هذه الدراسة باعتبار أن الغلط عيبا من عيوب الإرادة في العقد الإلكتروني[186].

ويشترط في الغلط المعيب للرضا شرطان هما:

أولا: يجب أن يكون الغلط جوهريا ، أي أن يكون الغلط الجوهري هو الدافع الرئيسي (essentielle) للتعاقد (la raison principale et déterminante)[187]، كما نص على ذلك المشرع الجزائري في المادة 82 فقرة1 من (ق.م.ج) بقوله: (يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط)، والمعيار المعتمد لتقدير درجة أهمية الشيء (جوهرية الغلط) هو معيار ذاتي، يقوم على تقدير المتعاقد في ذلك للشيء الذي يبلغ في نظره درجة من الأهمية وكانت الدافع لإقدامه على التعاقد[188].

فالغلط الجوهري يقع في صفة جوهرية في الشيء محل الالتزام، أو في ذات المتعاقد أو صفة جوهرية من صفاته، أو يجب اعتبارها جوهرية نظرا للظروف التي تم فيها العقد، ولحسن النية الذي ينبغي أن يسود التعامل بين الناس[189]، وتطبيق هذه القواعد على العقد الإلكتروني يترتب عليه مطالبة المتعاقد الذي وقع في غلط جوهري بإبطال العقد[190].

ثانيا: أن يتصل المتعاقد الآخر بالغلط ، فبالإضافة إلى شرط وقوع أحد المتعاقدين في غلط جوهري، فإنه يشترط كذلك أن يتصل المتعاقد الآخر بهذا الغلط حتى يكون العقد موقوفا، بمعنى أنه لا يمكن للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري أن يطلب ببطلان العقد إلا إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في الغلط، أو كان من السهل عليه أن يتبينه، أو كان في وسعه أن يعلمه أو كان على علم به[191].

والسؤال المطروح: ما هي درجة تأثير الغلط في مجال العقود الإلكترونية؟ وما هو الحكم المترتب على وقع الغلط فيها باعتباره الأكثر وقوعا في المعاملات الإلكترونية؟

---

[185] - القانون المدني، المرجع السابق ، المادة 81 التي تنص على أنه: " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله ".

[186] - القانون المدني، المرجع السابق، المادة 40 فقرة2.

[187] - السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع السابق، ص 296، بند 168.

« Le rapport principal sous lequel la chose été envisagée dans le contrat ».

[188] - د. الفواعير علاء محمد، المرجع السابق، ص 195، أيضا أحمد آمانج رحيم، المرجع السابق، ص 232.

[189] - سليمان علي علي، المرجع السابق، ص 57.

[190] - القانون المدني، المرجع السابق ، المادة 82 فقرة2 والتي تنص على أنه: " ويعتبر الغلط جوهريا في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهري، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية ".

[191] - أحمد آمانج رحيم، المرجع السابق، ص 233.

استنادا إلى الشروح المقدمة من طرف فقهاء القانون حول أهمية الغلط بوصفه عيبا من عيوب الإرادة، يبدو أن لا أهمية عملية لاعتبار الغلط عيبا من عيوب الإرادة، لأن حق المتعاقد الثاني (خصوصا إذا كان المشتري) مضمون بموجب حق الرجوع المقرر في القوانين المتعلقة بحماية المستهلك على الخصوص بإرجاع المنتج في العقود المبرمة عن بعد دونما حاجة لإثبات الغلط، كما أن الادعاء بعدم الخبرة أو الاحتراف في المعاملات الإلكترونية، يعد سببا جوهريا في قبول ادّعاء المتعاقد بأنه وقع في غلط جوهري، خاصة المقتنيات التكنولوجية المتطورة التي تحتاج إلى خبرة متخصصة في هذا المجال[192].

وبالرجوع إلى القواعد العامة، فإن الحكم المترتب على العقد المبرم عبر وسائل الاتصال الحديثة (الإنترنت) المقترن بغلط جوهري، والذي اتصل به علم المتعاقد الآخر، يكون عقدا موقوفا (استنادا إلى القواعد العامة)، هذا بخلاف المشرع الجزائري الذي نص على كل متعاقد وقع في غلط دفعه إلى التعاقد أن يطلب إبطال العقد ولو كان المتعاقد غير مشترك، ولو حسن النية، غير أنه لم يجز الإصرار على طلب إبطال العقد لمن وقع في الغلط بحجة وقوعه في الغلط، خصوصا إذا كان المتعاقد الآخر فيه حسن النية، وأظهر استعداده لجبر ما وقع فيه من تعاقد، وهذا ما قضت به المادة 85 من (ق.م.ج)، بقولها: (ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية.

ويبقى بالأخص ملزما بالعقد قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر لتنفيذ هذا العقد) [193]، فبقاء الطرف المتعاقد مصرا على طلب إبطال العقد بسبب وقوعه في الغلط، هو في الحقيقة تعسف في استعمال الحق لا يجيزه القانون، وذلك طبقا لنص المادة 124 مكرر من (ق.م.ج)[194].

الفرع 2: عيب التدليس[195] (Le dol)

وهو التجاء المتعاقد إلى الحيل الخداعية بإيهام المتعاقد المدلس عليه بغير الحقيقة، أو قيام المتعاقد بتضليل المتعاقد الآخر عن قصد لحمله على التعاقد، كما عرفه الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري بأنه: (إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد) [196]. إذن فهو وهم بفعل المتعاقد نحو المتعاقد الثاني لتغليطه حتى يحمله على التعاقد معه، ومن ثمة فإنه يقترب من الغلط، لأن التدليس أو الخداع يؤدي إلى إيقاع المتعاقد في الغلط بإعطاء بيانات كاذبة [197]، كأن يبين المتعاقد في إيجابه

---

[192] - د. الفواعير علاء محمد، المرجع السابق، ص 196.
[193] - القانون المدني، المرجع السابق، المادة 85 منه.
[194] - القانون المدني، المرجع السابق ، هذه المادة أضيفت بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 2005/06/20، وقبل التعديل كانت ضمن أحكام المادة 41 التي ألغيت بعد التعديل فأصبح النص الجديد بعد التعديل كالآتي: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ جسيما لاسيما في الحالات الآتية:
- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".
[195] - القانون العراقي يسميه: التغرير، وأما القانون اللبناني فيسميه: الخداع.
[196] - د. السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع السابق، بند 179، ص 318.
[197] - د. السعدي محمد صبري، المرجع السابق، ص 176، بند 166، أيضا أحمد آمانج رحيم، المرجع السابق، ص 224.

الإلكتروني عبر الموقع الإلكتروني بأن السلعة محل العقد انقطع استيرادها، فيصدق المتعاقد الآخر فيسرع لشرائها خوفا من افتقادها ولحاجته الماسة إليها، ليتبين له لاحقا أنه كان ضحية خداع أو تغرير[198].

وقد عرفت الغرفة التجارية الدولية، الاحتيال بأنه: (تمكن أي طرف من الأطراف المتعاقدة في صفقة تجارية سواء بوصفه البائع أو المشتري أو المصرف أو السمسار أو الوكيل، بأن ينجح دون وجه حق وبطريق غير مشروع في الحصول على نقود أو سلع من طرف آخر يكون في ظاهر الأمر قد تعهد له تحديدا، بالتزامات تجارية أو التزامات مالية، وأحيانا ما تتواطأ أطراف عدة في الاحتيال على الطرف الآخر)[199].

ولما كان التدليس في العقد الإلكتروني يعيب الرضا فيجعله مشوبا بالغلط، مما يستنتج وأن التدليس ليس هو العيب الذي يعيب الإرادة، وإنما هو الغلط الذي يثيره التدليس أو الخداع في ذهن المتعاقد، حتى يرغبه في الشيء المعقود عليه فيدفعه إلى التعاقد.

ولقد نظم المشرع الجزائري أحكام التدليس بموجب المادتين 86 و 87 من (ق.م.ج)، وبناء على التعريفات السابقة، فإن إبطال العقد بسبب التدليس باعتباره عيبا في الرضا يشترط توافر ثلاثة عناصر أساسية، وهي:

أولا، القيام بوسائل وطرق احتيالية، (وهو العنصر الموضوعي): وذلك بغرض إيقاع المتعاقد الآخر في الغلط، ولا يتحقق هذا التدليس إلا عن طريق وسائل أخرى كالتضليل والتغرير والاحتيال، ويراعى أن لا تصل هذه الحيل من الجسامة إلى الحد الذي تقوم عليه جريمة النصب جنائيا طبقا للمادة 372 من (ق.ع.ج)[200].

والأصل في الكذب لوحده أنه لا يكفي لتكوين عنصر الحيلة في التدليس [201]، كامتداح التاجر لبضاعته قصد الترويج لها فيبالغ في مدحها (إلى حد الكذب)، إذا كان ذلك مألوفا في التعامل لدى الناس، بخلاف الكذب الذي تقتضي طبيعة المعاملة تجنبه لخطورته لأنه يخرج عن المألوف في التعامل.

وبناء على ما تقدم فإنه يشترط لقيام التدليس، أن تستعمل في مواجهة المتعاقد المدلس عليه طرق احتيالية بقصد تضليله لتحقيق غرض غير مشروع.

ثانيا، أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد (وهو العنصر النفسي): ويقوم العنصر النفسي في التدليس على وجود النية لدى المدلس قصد التضليل (intention de trompe) للوصول إلى غرض غير مشروع، بحيث يكون التدليس هو الدافع حتى يشوب الرضا، فإذا لم يتوافر هذا القصد لم نكن بصدد

---

[198] - وهو كثير الوقوع في التصرفات التي تعتمد على الثقة والصدق والتي لا يسمح فيها بأي غش.

[199] - رحيم أحمد آمانج، المرجع السابق، ص 240.

[200] - قانون العقوبات، المعدل والمتمم، حيث تنص المادة 372 فقرة1 منه على أنه : "كل من توصل إلى استلام أو تلقي أموال أو منقولات أو سندات أو تصرفات أو أوراق مالية أو وعود أو مخالصات أو إبراء من التزامات أو الحصول على أي منها أو شرع في ذلك وكان ذلك بالاحتيال لسلب كل ثروة الغير أو بعضها أو الشروع فيه إما باستعمال أسماء أو صفات كاذبة أو سلطة خيالية أو اعتماد مالي خيالي أو بإحداث الأمل في الفوز بأي شيء أو في وقوع حادث أو أية واقعة أخرى وهمية أو الخشية من الوقوع فيها يعاقب بالحبس من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر وبغرامة مالية من 500 د.ج إلى 20.000 د.ج.".

[201] - د. السعدي محمد صبري، المرجع السابق، ص 178، بند 168.

تدليس، ولذلك لا تعتد القواعد العامة بالطرق الاحتيالية إلا إذا بلغت حدا من الجسامة، بحيث تؤثر في إرادة المتعاقد فتحمله على إبرام العقد، وبذلك تقضي المادة 86 فقرة1 من (ق.م.ج) بأنه: (يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد).

ولما كانت الطرق الاحتيالية هي التي تدفع المتعاقد المدلس عليه إلى التعاقد فإنها تعد مسألة وقائع، وبالتالي فهي تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

ثالثا، صدور التدليس من المتعاقد الآخر أو أن يكون على علاقة به: القاعدة العامة أن التدليس يصدر من أحد المتعاقدين أو من نائبه، والاستثناء إمكانية وقوع التدليس من الغير، وبالتالي فإن مجرد استعمال الطرق الاحتيالية من طرف المتعاقد تكفي للتأثير على إرادة المتعاقد المدلس عليه، فإن وقوع التدليس من الغير لا يؤثر في صحة العقد إلا أثبت المتعاقد المدلس عليه، أن المتعاقد الأخر كان على علم حقيقي، أو أنه يسهل عليه أن يعلم بهذا التدليس عند تكوين العقد[202]، وبتطبيق القواعد العامة على العقد الإلكتروني، فإن حكم التدليس في القانون المدني الجزائري بمقتضى نص المادة 87 من (ق.م.ج) فإنه: (إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس)[203].

وفيما يتعلق بالمعاملات الإلكترونية عبر شبكات الإنترنت، كثيرا ما يحدث الغش والاحتيال في جميع أنواع التعاقد، حتى أصبح الأمر عاديا بالنسبة للشركات والجمعيات من أجل الدعاية والترويج بمختلف الصور والوسائل للسلع والبضائع التي يعرضونها عن طريق المواقع الإلكترونية، يزعمون أن أسعار سلعهم لا تقبل المزاحمة، وكثيرا ما يكون ذلك نوع من الكذب المخالف للحقيقة، ولكنه يعتبر نوعا من الدعاية المألوفة ولو أن هذه البيانات كاذبة، وبسبب طبيعة العقود الإلكترونية فإنه يصعب اعتبارها تغريرا.

ولقد سهلت وسائل الاتصال وتكنولوجيا الحاسوب استخدام طرق احتيالية متطورة، مما يزرع الشك ويزعزع الثقة العامة للمتعاملين من خلالها، مثل لجوء المستخدم (المحترف، أو المهني) عبر موقعه الإلكتروني إلى المتعاقد الآخر (المستهلك)، باستخدام طرق غير نزيهة بإعطائه بيانات غير صحيحة، كأن يتعلق الأمر ببيانات محددة، وقد يتصور حدوث الاحتيال مثلا من خلال إدعاء المتعاقد الآخر بأن مكان بلد منشأ البضاعة أو السلعة المباعة هي من دولة أوروبية، في حين أنها مصنوعة في الصين، ولكن بشرط توافر نية الخداع والتضليل للوصول إلى التعاقد، حيث تقوم هذه الشركات بعرض بضائع أو خدمات بأسعار جد مغرية تشجع المستهلك من شرائها، أو بإيهامه بكفاءة وجودة السلعة المعروضة لدفعه

---

[202] - د. السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع السابق، ص 321، بند 181، حيث قسم الأدوات والوسائل إلى:
- جانب مادي، هو الطرق المادية التي تستعمل للتأثير في إرادة الغير.
- جانب معنوي، هو نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع.

[203] - القانون المدني، المرجع السابق، المادة 87 منه.

إلى التعاقد، فيقوم المستهلك بشرائه، فيظهر للمتعاقد المدلس عليه على غير حقيقته ويجد نفسه أنه وقع ضحية تدليس بسبب رداءة السلعة وانتفاء كفاءتها وأن ذلك الإيجاب كان كاذبا وبالتالي أن إرادته كانت مشوبة بعيب التدليس والتغرير مما يترتب عنه إبطال العقد[204].

وعلى كل حال فإذا ما توافرت الشروط المطلوبة للاعتداد بالتدليس كعيب يصيب الإرادة، فإنه ينتج أثره مما ينتج عنه جعل العقد قابلا للإبطال[205].

الفرع 3: عيب الإكراه (La Violence) والصحيح هو (La Contrainte)[206]

وهو عيب يجعل المتعاقد يبرم العقد تحت تهديد غير مشروع، أو تحت سلطان خوف حال (ليس الخطر)، فالإكراه تهديد أو ضغط أو خوف يولد رهبة في نفس المتعاقد فيدفعه إلى التعاقد، فيختار إبرام العقد لاتقاء ذلك الشر الذي يخشاه وهو أهون الضررين.

ولقد عرف المشرع الجزائري الإكراه من خلال نص المادة 88 من (ق.م.ج)، على أنه: (يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق.

وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو، أو أحد أقاربه، في النفس أو الجسم أو الشرف...)[207].

كما عرفه المشرع العراقي في المادة 112 فقرة1 من (ق.م.ع) بأنه: (إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملا دون رضاه)[208].

ومن خلال التعاريف السابقة نستنتج أن إرادة المتعاقد موجودة عند التعاقد ولكنها غير حرة، فالذي يعيب الإرادة ليس الإكراه، وإنما الرهبة التي تتولد عن الإكراه الذي يصيب الحرية وإرادة الاختيار، إذ أن المتعاقد المكره لم يكن ليتعاقد لو كان حرا، ولكن الرهبة هي التي دفعته إلى التعاقد، غير أن الإكراه إذا بلغ إلى درجة من الجسامة فإنها تؤدي إلى إعدام الإرادة، ومن ثمة فإن العقد يصبح باطلا بطلانا مطلقا لا بطلانا نسبيا.

ويتضح مما سبق أن الإكراه باعتباره عيبا في الرضا يشترط فيه توافر ثلاثة عناصر أساسية، وهي:

أولا، التعاقد تحت سطوة الرهبة (وهو العنصر المادي): وبذلك قضت المادة 88 فقرة 1 من (ق.م.ج)[209]، حيث أن المقصود بالرهبة هو الخشية من وقوع الأذى الذي يشوب رضا المتعاقد المكره فتدفعه إلى القيام بتصرف، ما كان ليقوم به لو لم تكن تلك الرهبة المتولدة عن الإكراه موجودة، وأن يعقد العقد تحت ضغط هذه الرهبة.

---

[204] - أحمد آمانج رحيم، المرجع السابق، ص 237.
[205] - قرار المحكمة العليا (الجزائر) رقم 233625 بتاريخ 2001/01/17، مج ق، س 2001، ع 2، ص 109.
[206] - سليمان علي علي، المرجع السابق، ص 64.
[207] - القانون المدني، المرجع السابق، المادة 88 منه الفقرتان 1 و2.
[208] - القانون المدني العراقي، المرجع السابق، المادة 112 منه الفقرة1.
[209] - القانون المدني، المرجع السابق، المادة 88 منه الفقرتان.

إذن فهي عامل ذهني تصور في ذهن المتعاقد المكره بتعرضه لخطر جسيم، أو محدق به يهدده هو أو قريبا لديه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال، طبقا لما جاء في نص 88 فقرة 2 من (ق.م.ج)، بقولها: (وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو، أو أحد أقاربه، في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال) [210]، ويتضح من هذا النص أنه حتى يعتد القانون بالخطر الجسيم فإنه يشترط أن يقع على المتعاقد نفسه أو أحد أقاربه، ولا تقوم حالة الرهبة إلا بوجود وسائل ضغط أو تهديد جادة، وتشكل خطرا جسيما حتى تتولد الرهبة لدى المتعاقد المكره فيفسد الرضا مما يخول له الحق في إبطال العقد[211].

ثانيا، الرهبة والخوف الدافعة إلى التعاقد، (وهو العنصر المعنوي): كما يشترط كذلك أن تكون الرهبة سببها وسيلة الإكراه المستعملة، باعتبارها الدافع لخضوع المتعاقد المكره إلى التعاقد، ولولا هذا الإكراه لما أقدم المكره على التعاقد مما يجعل رضاءه مشوبا.

وقد يتساوى الإكراه مع التدليس والغلط إن لم يثبت وقوع التهديد ضد المتعاقد بل يثبت العكس، بحيث أن المتعاقد كان سيقبل التعاقد دون وقوع التهديد عليه، مما يترتب عنه عدم إفساد الإكراه لرضا المتعاقد.

ثالثا، اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر: حيث إنه وبالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني الجزائري، فإنه لا يجوز إبطال العقد لإكراه مصدره الغير، إلا إذا ثبت أن المتعاقد الآخر كان سيء النية، ففي هذه الحالة يجوز إبطال العقد لأن المتعاقد الآخر كان يعلم بالإكراه وقت وقوعه، أو كان باستطاعته أن يعلم به، بخلاف ما إذا كان المتعاقد الآخر حسن النية.

واستنادا إلى القواعد العامة المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية في القانون المدني، فإنه يمكن للمكره رفع دعوى التعويض بالرجوع على الغير الذي مارس عليه الإكراه.

ولقد عالج المشرع الجزائري ذلك من خلال نص المادة 89 من (ق.م.ج) [212]، التي تقضي بأنه: (إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المكره أن يبطل إبطال العقد، إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه).

ويتضح من هذا النص، أنه يشترط وجود علاقة بين المتعاقد الآخر الذي يتعاقد مع المكره، حتى يتحقق الاتصال بين المكره والمتعاقد الآخر، ولكي يتقرر الإبطال لهذا السبب، يكفي علم المتعاقد الآخر بالإكراه، أو افتراض العلم به إن كان قد وقع من الغير، كأن يستغل الظروف التي ولدت الرهبة في نفس المكره فيكون هذا العقد باطلا، غير أنه لا يمكن الطعن في التصرف على أساس الإكراه إذا لم يكن المتعاقد الآخر على علم بهذه الرهبة، أو أنه لم يخالف ما يقضي به حسن النية ونزاهة التعامل[213].

---

[210] - نفس المرجع السابق.
[211] - د. السعدي محمد صبري، المرجع السابق، ص 189، بند 179.
[212] - القانون المدني، المرجع السابق، المادة 89 منه.
[213] - د. السعدي محمد صبري، المرجع السابق، ص 192، بند 181.

وبمقتضى القواعد العامة فالأصل في الإرادة سلامتها ومن يدعي غير ذلك (عدم سلامة إرادته) وكان ضحية إكراه شاب إرادته فوقع في التقاعد نتيجة الرهبة المتولدة على الإكراه، فإنه يقع عليه عبء إثبات وسيلة الضغط غير المشروع المستخدمة ضده بكافة الطرق، وتبقى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع لتقدير تأثير الإكراه أو انتفاء تأثيره على إرادة المدعي، بخلاف تقدير مشروعية أو عدم مشروعية الوسيلة فإنه يخضع لرقابة المحكمة العليا.

ويخلص الباحث إلى أن الإكراه عيب يشوب الإرادة، مما يترتب عنه جواز أو قابلية العقد للإبطال لمصلحة المتعاقد المكره، وللمكره حق المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به من طرف المتعاقد الآخر (الذي مارس الإكراه) باعتباره عملا غير مشروع، هذا بالإضافة إلى أنه يمكن للمكره رفع دعوى التعويض بالرجوع على الغير الذي مارس عليه الإكراه، وذلك استنادا إلى القواعد العامة المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية.

وبتطبيق القواعد العامة في هذه المسألة على العقد الإلكتروني، قد يكون الإكراه بمسك يد المستعمل من طرف شخص آخر، للتأكيد بالنقر على الخانة التي تفيد الموافقة على التعاقد، خاصة في العقود النموذجية المرسلة للمستخدم بغرض الاطلاع عليها، والتي تتضمن بنود العقد رغم وجود خانة أخرى تفيد الرفض، مما يفيد قبول المتعاقد المكره للإيجاب المرسل إليه، فالإرادة هنا انتزعت عنوة، مما يترتب على هذا الإكراه تعييب الإرادة الذي يؤدي إلى بطلان العقد.

الفرع 4: عيب الغبن والاستغلال (L'exploitation et la lésion)

يقصد بالغبن(**La lésion**) بأنه عدم التكافؤ بين ما يأخذه المتعاقد وبين ما يعطيه، وينعكس ذلك على الفارق وهو الخسارة المحققة مستقبلا والتي سيتحملها أحد المتعاقدين، ولذلك لا يثير الغبن أية مشكلة إلا عند إنشاء العقد في تكافؤ الأداءات وبالضبط عقود المعاوضة، كما أنه لا يعتد بالغبن إلا إذا بلغ درجة من الفحش[214]، ولما كانت مسألة التساوي التام للبدلين في عقود المعاوضة من النادر حدوثها مما يتوجب التسامح في هذه المسألة لصعوبة الاحتراز منه[215].

وأما **الاستغلال**(**L'exploitation**)، فهو تحين فرصة ضعف المتعاقد المستغَل، لطيش بين أو هوى جامح قصد الحصول منه على إبرام تصرف يؤدي إلى غبن فادح.

ولقد تطرق المشرع الجزائري لذلك بموجب المادة 90 فقرة 1 من (ق.م.ج) [216]، التي نصت على أنه: (إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن

---

[214] - العبرة في تقدير الشيء بقيمته الشخصية بالنسبة إلى المتعاقد لا بقيمته المادية.
[215] - د. السنهوري عبد الرزاق أحمد ، المرجع السابق، بند 202، ص ص 355-356.
[216] - القانون المدني، المرجع السابق، المادة 90 منه "معدلة بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 2005/06/20".

المتعاقد الآخر قد استغل طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد...).

ومما يستفاد من نص المادة 90 السالف ذكرها (ق.م.ج)، الشروط التي وضعها المشرع لقيام الاستغلال وجوب توافر شرطين أساسيين وهما:

أولا، أن يكون هناك عدم التكافؤ الفادح بين ما يأخذه المتعاقد وبين ما يعطيه [217] **(وهو العنصر الموضوعي):** وذلك بغرض إيقاع المتعاقد الآخر في الغلط، ولا يتحقق هذا التدليس إلا عن طريق وسائل أخرى كالتضليل والتغرير والاحتيال، ويراعى أن لا تصل هذه الحيل من الجسامة إلى الحد الذي تقوم عليه جريمة النصب جنائيا طبقا للمادة 372 من (ق.ع.ج)[218].

ثانيا، أن يكون عدم التكافؤ نتيجة استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح للمتعاقد المغبون (وهو العنصر النفسي): حيث أن الاستغلال لا يكون معيبا للرضا إلا إذا كان الغبن مرتبطا باستغلال الطيش البين للمتعاقد المغبون، أو هوى جامحا في الظرف المغبون.

ولا يكفي الطيش وحده في المتعاقد المغبون حتى يكون الاستغلال من عيوب الرضا، إذ يشترط أن يستغل المتعاقد الآخر ضعف المتعاقد المغبون فيدفعه إلى إبرام التصرف، وبالتالي فمن يدعي أنه كان ضحية استغلال، إثبات ما يدعيه بكافة الطرق، ويختص قاضي الموضوع بتقديره [219]، ومتى توافر في الاستغلال الشرطان السابقان جاز للمتعاقد المغبون طلب إبطال التصرف بسبب هذا العيب.

وتطبيق القواعد العامة في هذه المسألة على العقد الإلكتروني قد لا تجد تطبيقا لها إلا نادرا خاصة فيما يتعلق باستغلال عدم خبرة المستهلك في التعامل الإلكتروني، كأن تقوم شركة بتسويق منتجاتها على موقعها على شبكة الإنترنت وتقدمه من خلال مشاهد ثلاثية الأبعاد أو "كاتالوق"، وقد يقترن هذا العرض بشهادة المختصين للتأكيد على فعالية المنتج ومواصفاته المتميزة، حيث استغلت بعض الشركات هذه التقنية بممارسات تضر بالمستهلكين، مما تجلب المستهلك لدفع مبالغ باهظة في سبيل الحصول على المنتج، وسرعان ما تظهر له الحقيقة بأنه وقع في غبن في مقابل ما دفع من أموال[220].

وهذا ما دفع ببعض التشريعات المنظمة للتجارة الإلكترونية أن تسعى جاهدة لمنع استغلال فضاء شبكة الإنترنت، وحماية المستهلك بسن أحكام قانونية وقواعد قانونية آمرة توفر حماية أكبر من تلك التي توفرها القواعد العامة لمنع إلحاق الضرر بالمستهلكين [221]، ولفرض التزامات على المحترف أو المهني من خلال الالتزام ببيان شروط العقد، وتقديم المعلومات إلى المستهلك قبل التعاقد، والالتزام

---

[217] - أي الاختلال الفادح (disproportion choquante).

[218] - مشار إليه في الهامش 200 من هذه المذكرة.

[219] - د. السنهوري عبد الرزاق أحمد ، المرجع السابق، بند207، ص 366.

[220] - أحمد آمانج رحيم، المرجع السابق، ص 241.

[221] - قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم: 83، المرجع السابق، تقضي المادة 50 منه على أنه: "يعاقب كل من استغل ضعف أو جهل شخص في إطار عمليات البيع الإلكتروني بدفعه للالتزام حاضرا أو آجلا بأي شكل من الأشكال بخطية تتراوح مابين 1000 و 20.000 دينار تونسي، وذلك إذا ثبت من ظروف الواقعة أن هذا الشخص غير قادر على تمييز أبعاد تعهداته أو كشف الحيل والخدع المعتمدة بالالتزام، أو إذا ثبت أنه كان تحت ضغط مع مراعاة أحكام المجلة الجنائية".

بالإعلام والالتزام بالتحذير من خلال جملة من البيانات، حتى يكون على بينة عند قيامه بالتصرف دون أن يشوب رضاءه أي عيب، كما قضت بذلك المادة 25 الفقرة الأخيرة من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم: 83[222].

خلاصة الفصل الثاني

ويخلص الباحث في هذا الفصل إلى القول بأن العقد الإلكتروني لا يشترط توافر أهلية خاصة غير تلك الأهلية التي تقررها القواعد العامة، وهي أهلية الأداء التي تثبت قدرة الشخص لمباشرة التصرفات القانونية وتنتج آثارها بتحمل هذا الشخص تبعات الالتزامات والتصرفات المترتبة على ذمته.

ولذلك من الصعب التثبت من الهوية الحقيقية والأهلية اللازمة لمباشرة التعاقد الصحيح في العقد الإلكتروني، بخلاف التيسير الموجود في العقد التقليدي للتأكد من أهلية المتعاقدين عند تحديد كمال الأهلية ونقصها أو انعدامها، ولا ذلك ممكنا إلا من خلال تطويع التقنية الإلكترونية الجديدة لتكون في خدمة القانون، بإيجاد وسائل تحذيرية يمكن استخدامها للتأكد من شخصية المتعاقدين أو التعرف على أهليتهم، في محاولة لمنع ناقصي الأهلية والقصر من مباشرة التصرفات القانونية عند إبرام العقود.

وأما بالنسبة لعيوب الإرادة في العقد الإلكتروني، فإنه يمكن القول أن البيئة الإلكترونية استحدثت مشاكل وتحديات قانونية خاصة فيما يتعلق بـ(نظرية عيوب الإرادة)، وتجد تطبيقاتها في العالم الافتراضي لأهميتها كما هو الحال في العالم المادي، ولكن الطبيعة الخاصة للوسائل المستعملة في شبكة الإنترنت تحتم على مستخدميها الوقاية من الوقوع في عيوب الإرادة، لتفادي المشاكل ونشوب النزاعات القانونية والقضائية التي قد تتجاوز الحدود الوطنية، خاصة إذا كان أحد أطراف العلاقة عنصرا أجنبيا، وذلك أمر مفترض ولا مفر منه كون شبكة الإنترنت مفتوحة على كل دول العالم، مما يحتم على مستخدمها التمتع بثقافة المستهلك الإلكتروني الواعي، والانتباه إلى خطورة إبرام التصرفات القانونية عبر شبكة الإنترنت لتفادي الوقوع في الغلط أو الاستغلال أو الغبن.

[222] - تنص المادة 25 على أنه: "يتعين توفير المعلومات إلكترونيا ووضعها على ذمة المستهلك للاطلاع عليها في جميع مراحل المعاملة.

الخاتمة.

نخلص من خلال هذه الدراسة في البحث حول التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني التجاري، وبعد الوقوف على ما تضمنته القواعد العامة في القانون المدني الجزائري وقانون حماية المستهلك الجزائري، والقانون التجاري، مقارنة ببعض التقنينات العربية والتشريعات الدولية، في محاولة إلى إسقاط القواعد العامة على التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني، في ظل غياب تقنين خاص ينظم معاملات التجارة الإلكترونية على غرار ما ذهبت إليه بعض التشريعات العربية.

أنه وفي ظل سكوت المشرع عن إعطاء تعريف للتعبير الإرادة في العقد التقليدي رغم تعديل التقنين المدني سنة 2005، حيث اكتفى ببيان أحكامها، فلقد حاولنا وضع تعريف للتعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني وهو " التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني، هو كل عرض يتقدم به أحد المتعاقدين عبر وسائل الاتصال الإلكترونية بنية التعاقد، بحيث يكون العرض الأول إيجابا و يكون العرض الثاني قبولا".

كما خلصنا إلى القول بأن تحقق الرضا في أي عقد من العقود يشترط فيه توافر إرادة منتجة لآثارها القانونية، لأن التراضي يقوم أساس على توافق إرادتين تتجهان إلى إحداث أثر قانوني، ولا يكفي وجود الإرادة لوحدها، إذ يشترط الإفصاح والتعبير عنها باتخاذ صاحبها (المتعاقد الأول) مظهرا من مظاهر التعبير حتى يتعرف عليها الغير (المتعاقد الآخر)، كما يشترط أن تقترن هذه الإرادة بإرادة أخرى تتطابق معها بنفس الشروط.

والتعبير في العقد الإلكتروني أيضا لا يخرج عن مضمون القواعد العامة المنظمة للعقود إلا في بعض الخصوصية المتعلقة بطبيعة المعاملات الإلكترونية، فهو يخضع لذات الأحكام والقواعد التي تحكم وتنظم التعبير في العقد التقليدي وهي:

أولا)- أن يصدر التعبير عن الإرادة في القبول موافقا للإيجاب بحسب الوسيلة المستعملة في العقد الإلكتروني، بحيث يتطابق الإيجاب مع القبول في العقد الإلكتروني، وأن التعبير عن الإرادة لا يكون منتجا لآثاره إلا إذا كان باتا وجازما، ودون أي تحفظ أو شرط أو تعديل سواء بالزيادة أو النقصان، وإلا اعتبر هذا التصرف رفضا للإيجاب الموجه إليه، ومن ثمة فهو يعد إيجابا جديدا.

ثانيا)- أن يكون التعبير عن الإرادة في القبول محددا وذا مظهر خارجي، ولذلك يتوجب وضوح الدلالة في نية الموجب له إما لغة أو عرفا، والمتجهة إلى إبرام العقد هذا من جهة، وأيضا وضوح الوسيلة المستخدمة في التعبير فإما بطريق الدلالة الحقيقية (تعبيرا حقيقيا) أو بطريق الدلالة المجازية (تعبيرا ضمنيا) من جهة أخرى، وهي ضيقة إن لم تكن مستبعدة في مثل هذه العقود.

ثالثا)– أن يصدر التعبير عن القبول في الوقت الذي يكون فيه الإيجاب قائما قبل سقوطه، وأن يتطابق القبول مع الإيجاب، ويشترط لتمام التطابق بين الإيجاب والقبول أن يتم الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية والتفصيلية في العقد مع إمكانية إرجاء المسائل الأخرى غير المختلف فيه.

كما بين الباحث الصور الحديثة المستعملة للتعبير عن الإرادة، باستعمال وسائل الاتصال الإلكترونية، واعتماد التعبير على هذه الدعائم مما جعلت العقد الإلكتروني يتمتع بطبيعة أو خصوصية بسبب ذلك الترابط مما أثار مشكلة جديدة في ذلك وهي، مدى مشروعية تلك الوسائل للاعتداد بها كوسيلة للتعبير عن الإرادة، وتعرض الباحث إلى الآراء الفقهية المؤيدة والمعارضة من خلال صحة أو نفي وجهة نظر كل منهما، وبين الباحث رأيه في ذلك.

ثم تعرض الباحث لحق المتعاقد في العقد الإلكتروني العدول عن تعبيره، والذي لم يكن جائزا في القواعد العامة، وذلك للمحافظة على استقرار المعاملات، وتوصل الباحث إلى عدم إعمال القواعد العامة في هذا المجال، وذلك بسبب تدخل التشريعات الدولية والإقليمية وأحيانا القوانين الوطنية، والأخذ بالقواعد الخاصة التي أجازت للمتعاقد عن بعد (المستهلك الإلكتروني) الحق في العدول عن تعبيره استنادا إلى قواعد حماية المستهلك، وذلك لعدم إمكانية المتعاقد من معاينة المنتج أو الخدمة المعروضة من جهة، ونقص الخبرة المطلوبة لديه عند التعامل التجاري في العقود الإلكترونية.

كما يخلص الباحث إلى عدم انسجام بعض القواعد العامة في التعاقد التقليدي، والتي لا يمكن إعمالها أو الأخذ بها في بعض جوانب من القبول في العقد الإلكتروني، خاصة فيما يتعلق منها "مشكلة السكوت" للاعتداد به قبولا، لأن السكوت تصرف سلبي وبالتالي لا يصلح كتعبير، حيث أثار الكثير من الجدل في القواعد العامة بين من يقر به وبين رافض له، وطرف آخر يرفضه كأصل ويأخذ ببعض الاستثناءات المرتبطة بظروف معينة.

وتوصل الباحث إلى أن الإيجاب والقبول سواء تم التعبير عنهما باستعمال الوسائل الإلكترونية، أو وفق الطرق التقليدية للتعاقد، فهو لا يختلف من حيث المبدأ، وينشأ الاختلاف بسبب وسيلة التعبير المستخدمة التي تعتمد على التكنولوجيا المتطورة لوسائل تقنيات الاتصال الحديثة، التي تختفي فيها مظاهر الوجود المادي لطرفي العلاقة، خاصة مجلس العقد الذي يتم في العالم الافتراضي، حيث يتحقق فيه الاتصال السمعي والبصري معا وفي وقت قياسي.

أن القانون المدني بصياغته الحالية، لم يعترف صراحة إلى الآن بشرعية هذا النمط (الوسائل الإلكترونية كأدوات للتعبير عن الإرادة) رغم تعديل القانون المدني سنة 2005، فتعديل المادة 324 مكرر منه كانت في معرض طرق الإثبات وليس في معرض تبيان الوسائل المستعملة في التعبير.

كما أن تدخل المشرع لتنظيم التعبير عن الإرادة عند استعمال هذه الوسائل غير كاف، من أجل توفير الحماية والأمن لمثل هذه المعاملات بالشكل الكافي، مما سيعرض حماية المتعاقدين للمخاطر عند التعاقد بهذه الوسائل، خصوصا وأن مثل هذه المعاملات أمر موجود في أرض الواقع يستدعي تدخل قانون مستقل لتنظيمها، ولكن المشرع لم يبادر بالتدخل.

إن تدخل المشرع بإصداره للقانون المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين رقم 15-04 في مطلع هذه السنة (2015)، يعد خطوة جادة في دعم القانون المدني بنصوص خاصة بتوثيق المعاملات الإلكترونية، في انتظار سن قواعد مماثلة لتنظيم التعبير عن الإرادة إلكترونيا، ولكن هذه الخطوة كانت سابقة لأوانها، فلقد كان الأجدر بالمشرع الجزائري إصدار قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية قبل ذلك، فالمبادرة بإصدار هذا القانون تكون الأولى من إصدار القانون المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، لتنظيم المعاملات والتصرفات التي تمارس في الواقع، وإن عدم تدخل المشرع في الوقت المناسب سيؤدي إلى إعاقة تطور التجارة الإلكترونية في بلادنا، بسبب عدم توفير المناخ القانوني لازدهارها.

- التوصيات:

وبناء على ما النتائج التي سبق بيانها يوصي الباحث:

1. أن يتدخل المشرع ويسرع بسن تقنين مستقل عن القانون المدني والقانون التجاري، يكون تقنينا خاصا بالمعاملات التجارية الإلكترونية فقط، يتضمن قواعد خاصة تختلف عن القواعد العامة لخصوصية وطبيعة هذه المعاملات، بناء على القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية (الأونسيترال)، الذي اعتمدته لجنة التجارة الدولية التابعة لهيئة الأمم المتحدة سنة 1996، لأن القواعد العامة لم تعد تستجيب لبعض المتطلبات في المعاملات التي تتم باستعمال الوسائل التكنولوجية الحديثة، وتجاوز الزمن لبعض القواعد والنصوص التي سنت مع مطلع السبعينيات من القرن الماضي.

2. تحيين قواعد القانون التجاري، وقانون حماية المستهلك، وقانون المنافسة بما يتوافق ومستجدات المعاملات التجارية الإلكترونية، حتى لا يبقى تقنين المعاملات التجارية الإلكترونية عاجزا للتصدي أمام بعض الحالات المغفل عنها، أو لأنها لا تعد من الأولويات في الفترة الراهنة، لأن المعاملات التجارية لا تتحمل التقييد بفعل القواعد العامة، فهي أساسا تقوم على مبدأ الحرية والمنافسة كما كفلها دستور 89 المعدل والمتمم بالقانون 08-19 بتاريخ 15 نوفمبر 1996[223]، وذلك بموجب المادة 37، لأن كل تأخر في ذلك سيضيع الكثير من الفرص على الدولة للالتحاق بركب الدول، فلقد تخلفت الجزائر عن سن مثل هذا التقنين لأكثر من عشـ20ـرين سنة منذ اعتماد قانون (الأونسيترال) من طرف الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة.

[223] – التعديل صدر بـ(ج.ر.ج.ج.د.ش، ع 63، في 2008/11/16، ص 8).

3. الاستنارة بالحلول التي توصلت إليه بعض التشريعات الأجنبية عند معالجتها لبعض المشاكل في هذا الموضوع (خصوصا التوجيهات الأوروبية الصادرة بهذا الشأن)، من خلال العمل الميداني.

4. لتفادي عيوب الإرادة، فالأفضل أن لا يتم التعبير عنها في العقد الإلكتروني بمجرد الضغط على مفتاح (لـEntrée)، أو النقر على خانة الموافقة بمؤشر الفأرة، وذلك لخطورة بعض التصرفات وحماية الطرف المتعاقد بالضغط أو النقر سهوا على هذا المفتاح، أو على الأيقونة المخصصة للموافقة عند التعبير عن الإرادة خصوصا في العقود الإلكترونية الفورية، ولتوفير أمان أكثر عند التعامل يفرض اعتماد التأكيد من خلال البريد الإلكتروني أو الفاكس، أو من خلال استعمال البطاقة الذكية بإدخال معلومات المستخدم ثم الرقم السري الخاص بالمرور، أو عن طريق تدخل هيئة التوقيع والتصديق الإلكترونيين للتوثق من شخصية الأطراف المتعاقدة، وسن قواعد قانونية لتنظيم هذه المسألة.

5. ضرورة إيجاد توازن حقيقي بين طرفي العقد، وعدم الميل لمصلحة طرف على الطرف الآخر، خصوصا إذا ثبت حسن نية المتعامل الآخر، وذلك بتوفير الحماية القانونية بسن قواعد تضبط المعاملات التجارية الإلكترونية، التي تتم عبر الإنترنت، كتلك التي منحتها بعض التشريعات (للمستهلك الإلكتروني، من أجل إتمام العقود والتصرفات التي أنشأها المتعاقد (التاجر)، حرصا على الثقة المتبادلة والمطلوبة عند التعبير عن الإرادة في إبرام التصرفات، واستقرار المعاملات الإلكترونية من عبث ممارسات القصر، ولم لا ملاحقة القصر أو أوليائهم، أو الأوصياء عليهم، أو ذويهم ليس على أساس المسؤولية العقدية بل على أساس المسؤولية التقصيرية من خلال سن قانونية بذلك.

- الاقتراحات:

1. يقترح الباحث بأن يكون مجلس العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، أحد البحوث القادمة في مذكرات شهادة الماستر، يسلط الضوء حول طبيعته والجوانب القانونية المتعلقة به، والنظريات والمواقف الفقهية والتشريعية المختلفة، كون (مجلس العقد) مصطلح فقهي أكثر منه قانوني، وكذا زمان ومكان إبرام العقد مع أهم النظريات المتعلقة بذلك، حيث أن هذه الدراسة لم تسعه لتشعبه من جهة، واحتراما للإطار المحدد لعدد صفحات البحث المطلوبة في البحث من جهة ثانية.

قائمة ثبت المراجع :

1)- المصـــادر

أولا: المعاهدات والاتفاقيات الدولية.

1 - قانون الأونسيترال (Uncitral)، المتعمد بموجب القرار الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي A/CN/.9/429 المؤرخ في 1996/06/14.

2- Directive Européenne n° 84/450/EEC du 10 septembre 1984, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des états membres en matière de publicité trompeuse.

3- Directive Européenne n° 97/7/EC du 20 mai 1997, JO CE 04/06/1997 N°144, concernant la protection des consommateurs en matière de contrat à distance.

4- Directive Européenne n° 2000/31/CE du 08 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services, de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieurs.

ثانيا: القوانين واللوائح التنظيمية.

5 - دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 89 المعدل في 1996/11/28.

6 - القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27، ط1، منشورات دار الأستاذ، 2006.

7 - القانون رقم 09-03 المؤرخ في 2009/02/25، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الصادر بـ(ج.ر.ج.ج.د.ش، ع15 بتاريخ: 2009/03/08).

8 - القانون رقم 15-04 المؤرخ في 2015/02/01، المتضمن القواعد العامة للتوقيع والتصديق الإلكترونيين ، الصادر بـ (ج.ر.ج.ج.د.ش، ع06 بتاريخ 2015/02/10).

9 - الأمر رقم 66-156، المعدل بالقانون 06-23 المؤرخ في 2006/12/20، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

10 - الأمر رقم 75-58، المؤرخ في: 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 الصادر بـ (ج.ر.ج.ج.د.ش، ع44).

11 -الأمر رقم 75-59، المؤرخ في: 1975/09/26، المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-02، المؤرخ في: 2005/02/09، الصادر بـ (ج.ر.ج.ج.د.ش، ع11).

12 -قانون الأونسيترال النسخة العربية رقم: A/cn.9/528، بتاريخ 19 ماي 2003.

13 -قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم: 83 الصادر في: 2000/06/09، منشور في الرائد الرسمي للجمهورية التونسية رقم 11 لسنة 2000.

14 -قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي رقم 02 الصادر عام 2000.

15 -قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 الصادر سنة 2001.

16 -قانون المعاملات الإلكترونية البحريني رقم 28 الصادر عام 2002.

17 -قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 الصادر سنة 2004 والدليل التشريعي الخاص به.

18 -مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكتروني الفلسطيني الصادر سنة 2003.

19 -القانون الفرنسي المؤرخ في: 1970/01/10، المتضمن حماية المستهلك.

20- Code civil Français disponible au:
(http://www.cjoint.com/15fe/EBerEsPTb66_codecvil2015.pdf)

21- Ordonnance n° 2001-741 du 23 Aout 2001, portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit de la consommation, (jorf n°196).
22- voir aussi la Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, relative à la consommation, (jorf n°006 du 18mars 2014 page 5400).

2)- الاجتهادات القضائية.

23 -طعن بالنقض رقم 27 لسنة 49 ق، بتاريخ 1980/02/27، الصادر عن محكمة النقض المصرية، القسم المدني.
24 -طعن بالنقض رقم 1081 لسنة 50 ق، بتاريخ 1984/02/09، عن محكمة النقض المصرية (مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمس سنوات من سنة 1980 إلى سنة 1985.
25 -قرار رقم 43476 بتاريخ 1986/06/29، المجلة القضائية، العدد1، سنة 1993.
26 -قرار المحكمة العليا (الجزائر) رقم 233625 بتاريخ 2001/01/17، المجلة القضائية، العدد2، سنة 2001.

3)- الكتب المتخصصة:

أ)- باللغة العربية.

27 -أحمد آمانج رحيم، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت - دراسة تحليلية مقارنة، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 2006.
28 -الجمال سمير حامد عبد العزيز ، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة ، دار النهضة العربية ، ط2، سنة 2007.
29 -الجنابي خالد صبري، التراضي في عقود التجارة الإلكترونية، ط1، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان- الأردن،2013.
30 -الحلالمة نصار محمد، التجارة الإلكترونية في القانون، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، سنة 2008.
31 -الرافعي أميرة حسن، التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإلكترونية، رقم الإيداع 2012/3361، منشأة المعارف جلال حزي وشركاه- الإسكندرية.
32 -الرومي محمد أمين، التعاقد الالكتروني عبر الانترنيت، ط1، دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية، سنة 2004.
33 -الرومي محمد أمين، النظام القانوني للتوقيع الالكتروني، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى – مصر، سنة 2008.
34 -الزيدي وليد، التجارة الإلكترونية – الموقف القانوني، ط1 ، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، سنة 2004.
35 -السالمي علاء عبد الرزاق، والسالمي حسين علاء عبد الرزاق، شبكات الإدارة الإلكترونية، ط1، دار وائل للنشر- عمان الأردن، سنة 2005.
36 -السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام- العقد والإرادة المنفردة)، الجزء 1، ط4، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2006-2007.
37 -السنباطي عطا عبد العاطي، الإثبات في العقود الإلكترونية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر، 2012.
38 -السنهوري عبد الرزاق أحمد ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد -نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)-، الجزء1، بدط، دار إحياء التراث العربي، بدس ن.

39 -السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – العقود التي تقع على الملكية والمقايضة، الجزء4، د.ط، دار إحياء التراث العربي، د س ط.
40 -الفواعير علاء محمد، العقود الإلكترونية (التراضي – التعبير عن الإرادة، دراسة مقارنة)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 2014.
41 -سليم برهم نضال، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، ط1، الإصدار 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، سنة 2009.
42 -بن سعيد لزهر، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2012.
43 -إبراهيم ممدوح خالد ، إثبات العقود والمراسلات الإلكترونية، ط1، الدار الجامعية، الإسكندرية، سنة 2010.
44 -إبراهيم ممدوح خالد، إبرام العقد الإلكتروني، ط1، الدار الجامعية، الإسكندرية، سنة 2007.
45 -إبراهيم ممدوح، لوجيستيات التجارة الإلكترونية، ط 1، دار الفكر الجامعي - الأزاريطة ، الإسكندرية، سنة 2008.
46 -حجازي عبد الفتاح بيومي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الأول نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنيا، دار الفكر الجامعي، 2002.
47 -حوى فاتن حسين، المواقع الإلكترونية وحقوق الملكية الفكرية، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع- الأردن، سنة 2010.
48 -خالد كوثر سعيد عدنان، حماية المستهلك الإلكتروني، د ر ط، دار الجامعة الجديدة للطبع- الإسكندرية، سنة 2012.
49 -دودين بشار محمود والمحاسنة محمد يحيى، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، ط 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، سنة 2010.
50 -رضوان رأفت، عالم التجارة الإلكترونية، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر، سنة 1999.
51 -روب سميث، التجارة الإلكترونية، ترجمة خالد الغامدي، دار الفاروق للنشر، ط 1، سنة 2000.
52 -سعداوي سليم ، عقود التجارة الإلكترونية – دراسة مقارنة، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
53 -سليمان علي علي، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، ط3، د.م. ج- الجزائر، 1992.
54 -شمس الدين أشرف توفيق بحث بعنوان: "حماية المستند الإلكتروني" مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون المنعقد بدبي خلال الفترة من 10 إلى 12 ماي 2003.
55 -عزب رانيا صبحي محمد ، العقود الرقمية في قانون الإنترنت (دراسة تحليلية مقارنة في الفقه والتشريعات العربية والأمريكية والأوروبية)، بد ر ط ، دار الجامعة الجديدة- الأزاريطة، الإسكندرية، 2012.
56 -غنام شريف محمد، التوزيع الإلكتروني للسلع والخدمات- أثر الإنترنيت وقانون المنافسة على شبكات التوزيع، دار الجامعة الجديدة- الأزاريطة، الإسكندرية، سنة 2012.
57 -فيلالي علي، الالتزامات – النظرية العامة للعقد، بد ر ط، موفم للنشر- الجزائر، 2010.
58 -قدادة خليل أحمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ط2، د.م.ج، الجزائر، سنة 2005.
59 -مجاهد أسامة أبو الحسن، التعاقد عبر الإنترنيت، بد ر ط، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2002.

60 -السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، العقد والإرادة)، الجزء الأول، ط 4، دار الهدى – عين مليلة، الجزائر 2006-2007.
61 -مطر عصام عبد الفتاح ، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزاريطة - الإسكندرية، سنة 2009.
62 -مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، د ر ط، دار الهدى- عين مليلة ، الجزائر، 2009.
63 -ناصيف إلياس، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، ط 1، منشورات الحلبي، بيروت- لبنان، 2009.
64 -يدير جمال الدين، محاضرات في مقياس (اللغة الأجنبية)، ألقيت على طلبة الماستر 2، تخصص: شركات، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح بورقلة، السنة الجامعية 2014-2015.

ب)- باللغة الفرنسية.

65- BENARAB Armel, commerce & internet (comprendre les règles juridiques, s.n.ed l'Harmattan, Paris, France, 2012

ثالثا : المقالات.

أ)- بالعربية

66 -أشرف توفيق شمس الدين، بحث بعنوان : "حماية المستند الإلكتروني" مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، المنعقد خلال الفترة من 10 إلى 12 ماي 2003 بدبي.
67 -الدسوقي أبو الليل إبراهيم، بحث بعنوان: "إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن" إلى مركز الدليل الإلكتروني للقانون العربي، البحث متاح على عنوان الموقع الإلكتروني:(www.arablawinfo.com).
68 -الصالحين محمد أبو بكر العيش، الشكلية في عقود الانترنيت والتجارة الإلكترونية، بحث منشور على الموقع الالكتروني: (www.tashreaat.com).
69 -إبراهيم خالد ممدوح، إبرام العقد الإلكتروني، مقال منشور في 25 ديسمبر 2008، موقع الكنانة أون لاين، متوفر على الموقع التالي: (www.arablaw.org).
70 -بن ساسي إلياس، بحث بعنوان "التعاقد الإلكتروني والمسائل القانونية المتعلقة به"، مقال منشور بمجلة الباحث، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، ع2، سنة 2003.
71 -رشيد إيناس هاشم، بحث حول "التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية" م1، ع2، مج رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، كلية القانون، العراق، 2009.
72 -قاديري مولاي حفيظ علوي، بحث بعنوان: " التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني"، ع: 69 كلية الحقوق مراكش، البحث متوفر على موقع القانونية: (http://www.alkanounia.com).
73 -قارة مولود، بحث حول "التعبير عن الإرادة عقود التجارة الإلكترونية "، جامعة المسيلة، ع 3، سبتمبر 2008.
74 -مرزوق نور الهدى، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، بعنوان: "التراضي في العقود الإلكترونية"، فرع: المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري – تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مدرسة الدكتوراه "القانون الأساسي والعلوم السياسية"، تاريخ المناقشة: 2012/05/08.

75 -ناجي الزهرة، مداخلة بعنوان: "التجربة التشريعية الجزائرية في تنظيم المعاملات الإلكترونية المدنية والتجارية"، مقدمة إلى المؤتمر العلمي المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، المنعقد في الفترة من 28 إلى 29 أكتوبر 2009، بأكاديمية الدراسات العليا "طرابلس"، ليبيا.
76 -يونس عرب، طبيعة الإنترنيت وأثرها على القواعد القانونية، بحث بعنوان: البناء القانوني لعصر المعلومات – مدخل تحليلي لقانون الكمبيوتر والإنترنيت، إصدار المركز العربي للقانون والتقنية العالية، أيار 2000، متوفر على موقع (arablaw.org).
77 - يونس عرب، مداخلة بعنوان: منازعات التجارة الإلكترونية -الاختصاص والقانون الواجب التطبيق وطرق التقاضي البديلة - مقدمة إلى مؤتمر التجارة الإلكترونية التي أقامته منظمة الإسكوا/ الأمم المتحدة، في الفترة ما بين: 08 إلى: 10 تشرين الثاني 2000، بيروت- لبنان. البحث متوفر على موقع : المركز العربي للقانون والتقنية العالية: (http://informationstudies.net/images/pdf/34.pdf).
78 -محمد بن بوزيان، عائشة بلحرش، بحث مدون في موقع جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان (http://www.univ-tlemcen.dz).
79 - الراوي زياد طارق جاسم، التراضي الإلكتروني (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة كربلاء العلمية، م7، ع1، إنساني، 2009.

ب)- بالفرنسية

80- Blandine Poidevin, Le consentement et le commerce électronique, disponible au: (http://www.jurisexpert.net/le-consentement-et-le-commerce-electronique).
81- Lionel THOUMYRE,L'échanchange des consentements dans le commerce électronique, disponible au: (http://www.lex-electronica.org/docs/articles_169.htm#ftn1).
82- Martin Schulz, une nouvelle ère de consentement électronique, disponible au: (http://www.journaldunet.com/ebusiness/expert/56714/une-nouvelle-ere-de-consentement-electronique.shtml).
83-BILL Gates & NATHAN Myhrvpld & PETER Rinearson, The Road Ahead, The penguin group, London-New York, 1995,
ترجمة عبد السلام رضوان، المعلوماتية بعد الإنترنيت، عالم المعرفة، العدد 321، سلسلة كتب ثقافية، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب- الكويت، مارس 1998.
84- Le gouvernement de l'Ontario, Commerce électronique: ce qu'il faut savoir pour vendre et acheter en ligne, guide de commerce électronique.

خامسا : المصادر الإلكترونية (من مواقع الإنترنت).

85 -بسام نور، التجارة الإلكترونية، كيف متى أين؟، الموسوعة العربية للكمبيوتر، متوفر في الموقع: (www.c4arab.com).
86 -كمال رزيق، مسدور فارس، التجارة الإلكترونية وضرورة اعتمادها في الجزائر في الألفية الثالثة، بحث منشور في موقع الجمعية العلمية - نادي الدراسات الاقتصادية، جامعة الخروبة، الجزائر، متوفر في الموقع: (www.clubnada.jeeran.com).
87 -مدونة الدكتور زياد عبد الوهاب النعيمي، تحت عنوان: التنظيم الدولي للتجارة الإلكترونية - دراسة قانونية متوفر في: (http://www.alnoor.se/article.asp?id=139850).
88 -قانون (Uncitral) الأونسيترال النموذجي، A/CN/.9/429, p16، بشأن التجارة الالكترونية الصادر في 12 حزيران/يونيه 1996، (مع المادة الإضافية 5 مكرر بصيغتها المعتمدة في عام 1998) متوفر في: (http://www.uncitral.org/uncitral/index.html).

89 -وثيقة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الجوانب القانونية من التجارة الإلكترونية، الدورة 38، من: 12 إلى: 13 مارس 2001، ص3، (عدد خاص نوفمبر/ ديسمبر 2011، متوفر في: (www.fr.wikipedia.org/OHADA.pdf).

فهرس

الموضوع	الصفحة
شكر	أ
الإهداء	ب
قائمة المختصرات	i
قائمة الكلمات المفتاحية	ii
مقدمة	01
الفصل الأول: صيغة التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني	03
المبحث الأول: مشروعية الوسائل الإلكترونية الحديثة للتعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني	04
المطلب الأول: الرأي الرافض لمشروعية التعبير عبر الوسائل الإلكترونية الحديثة للتعبير عن الإرادة	04
المطلب الثاني: الرأي المؤيد لمشروعية التعبير عبر الوسائل الإلكترونية الحديثة للتعبير عن الإرادة	05
المطلب الثالث: الرأي التوفيقي لمشروعية التعبير عبر الوسائل الإلكترونية	06
المبحث الثاني: الإيجاب في العقد الإلكتروني	08
المطلب الأول: شروط الإيجاب الإلكتروني	08
الفرع 01: المقصود بالإيجاب في العقد الإلكتروني	08
الفرع 02: شروط الإيجاب في العقد الإلكتروني	09
أولا: تحديد شخصية الموجب	11
ثانيا: تحديد السلعة أو الخدمة محل التعامل ووصفها	12
ثالثا: تحديد ثمن السلعة أو مقابل الخدمة محل التعامل	13
المطلب الثاني: الصور الحديثة للتعبير عن الإيجاب في الإلكتروني	14
الفرع 01: الإيجاب عن طريق رسالة البيانات الإلكترونية	15
الفرع 02: الإيجاب عن طريق الإنترنت والموقع الإلكتروني	16
الفرع 03: الإيجاب عن طريق الوسائل الإلكترونية الحديثة	18
أولا: التعبير عن الإرادة بواسطة البريد الإلكتروني	18
ثانيا: التعبير عن الإرادة بواسطة وسائل المحادثة والمشاهدة المباشرة	20
المطلب الثالث: حق الموجب في العدول عن إيجابه في العقد الإلكتروني	20
المبحث الثالث: القبول في العقد الإلكتروني	21
المطلب الأول: مظاهر القبول وطرق التعبير عنه في العقد الإلكتروني	22
الفرع 01: سمات القبول في العقد الإلكتروني	22
أولا: التعبير الصريح	22
ثانيا: التعبير الضمني	22
الفرع 02: الشروط المطلوبة للتعبير عن القبول في العقد الإلكتروني	23

الفرع 03: طرق التعبير عن القبول في العقد الإلكتروني 25
أولا: التعبير بالنقر عن طريق مؤشر رأس الفأرة 25
ثانيا: التعبير عن طريق القبول بواسطة التحميل 26
ثالثا: التعبير بواسطة البريد الإلكتروني 27
رابعا: التعبير عن القبول عن طريق غرف المحادثة الإلكترونية 27
خامسا: التعبير بواسطة العقود النموذجية 27
سادسا: التعبير بواسطة النظام المؤتمت 28
الفرع 03: السكوت ودلالته للتعبير عن القبول في العقد الإلكتروني 31
المطلب الثاني: العدول عن القبول في العقد الإلكتروني 33
المطلب الثالث: اقتران وتطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني 34
الفرع 01: توافق الإرادتين عبر شبكة الإنترنت وفقا لما هو متفق عليه في العقد التقليدي 34
أولا: الشروط الفنية (التقنية) 35
ثانيا: الشروط القانونية 35
الفرع 02: توافق الإرادتين في شبكة الإنترنت وفقا لاتفاقية الإطار الدولية 35

الفصل الثاني: وجود الإرادة وصحة التعبير عنها في العقد الإلكتروني 37
المبحث الأول: وجود الإرادة في العقد الإلكتروني 37
المطلب الأول: الأهلية اللازمة للتعاقد 37
الفرع 01: الأهلية المطلوبة للتعاقد وفقا للقواعد العامة 38
الفرع 02: صعوبة التأكد من الأهلية المطلوبة في التعاقد في العقد الإلكتروني والآثار المترتبة عنها 39
المطلب الثاني: موانع وعوارض الأهلية 41
الفرع 01: فكرة العوارض 42
أولا: الجنون 42
ثانيا: السفه 42
ثالثا: الغفلة 42
رابعا: العته 42
الفرع 02: فكرة الموانع 43
أولا: الموانع الصحية (ذو العاهتين) 43
ثانيا: الموانع القانونية (المسجون، الغائب، المفقود) 43
المبحث الثاني: عيوب الإرادة في العقد الالكتروني 44
المطلب الأول: أهلية الأداء الكاملة (سن الرشد) 45
المطلب الثاني خلو الإرادة من العيوب 46
الفرع 01: عيب الغلط 46
أولا: أن يكون الغلط جوهريا 47
ثانيا: أن يتصل المتعاقد الآخر بالغلط 47
الفرع 02: عيب التدليس 48
أولا: القيام بوسائل وطرق احتيالية 49

ثانيا: أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد أو أن يكون يكون على علم به 49
ثالثا: صدور التدليس من المتعاقد الآخر 50
الفرع 03: عيب الإكراه 51
أولا: التعاقد تحت سطوة الرهبة 51
ثانيا: الرهبة والخوف الدافعة إلى التعاقد 52
ثالثا: اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر 52
الفرع 04: عيب الغبن والاستغلال 53
أولا: أن يكون هناك عدم تكافؤ بين ما يأخذه المتعاقد وبين ما يعطيه 54
ثانيا: أن يكون هناك عدم تكافؤ نتيجة استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح للمتعاقد المغبون 54
الخاتمة 56
قائمة ثبت المراجع 60

الخلاصة

من خلال الجوانب التي تحتويها التجارة الإلكترونية، حاولنا في هذا البحث ت سليط الضوء حول مفهوم التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني، والإشكالات المترتبة عنه من وجهة نظر قانونية وتنظيمية، وهذا نظرا لذيوع هذا المصطلح (العقد الإلكتروني) كوسيلة لإبرام التصرفات، وأثاره القانونية بسبب ارتباطه بتكنولوجيا المعلوماتية.

وعليه سيكون بحثنا حول ملامسة بعضا من جوانب التعاقد الإلكتروني من حيث المسائل التالية:

- ✓ الصور الحديثة للتعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني؛
- ✓ الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني؛
- ✓ مشروعية الوسائل الإلكترونية للتعبير عن الإرادة؛
- ✓ وجود الإرادة وصحة التعبير عنها في العقد الإلكتروني.

Résumé:

A travers les aspects du commerce électronique, nous avons essayé dans cette recherche d'éclaircir le concept de l'expression de la volonté du contrat électronique et les entraves qui en résultent du point de vue juridique et réglementaire ; et cela à cause de la prévalence de ce terme (contrat électronique) comme moyen de conclure des actes et ses effets juridiques en raison de sa relation avec la technologie de l'information.

En conséquence, notre recherche sera un essai qui touche quelques volets des contrats électroniques en ce qui concerne les questionnements suivants:

- ✓Les nouveaux instruments de l'expression de la volonté du contrat;
- ✓L'offre et l'acceptation du contrat;
- ✓La légitimité des moyens électroniques pour l'expression de la volonté;
- ✓L'existence et la validité de la volonté exprimée dans le contrat électronique.

Abstract:

Through the aspects of electronic commerce we have tried in this research to clarify the concept of the expression of the will in the electronic contract and the problems resulting from the legal and regulatory. This perspective is because of the prevalence of this term (electronic contract) as a means to conclude legal acts and their legal effects due to its relation with the information technology.

- ✓New forms of expression of the will in the electronic contract;
- ✓The offer and the acceptance of the contract;
- ✓The legitimacy of electronic means in the expression of the will;
- ✓The existence and the validity of the will expressed in the electronic contract.