جامعة أكلي محند أولحاج

البويرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

التراضي في عقود التجارة الالكترونية في القانون الجزائري

مذكرة لنيل شهادة المـــاستر في الحقوق

تخصص: قانون أعمال

إعداد الطالبتين:

- صغير كاميلية
- بن سالم صبرينة

إشراف الأستاذة:

قتال حمزة

لجنة المناقشة

الأستاذ: العشاش محمد.....رئيسا

الأستاذ : قتال حمزة ....مشرفا و مقررا

الأستاذ: بلعزوز رابح .....ممتحنا

السنة الجامعية:2021/2020

بسم الله الرحمن الرحيم

الشكر و العرفان

نشكر الله العظيم الذي وفقنا على إنجاز هذه المذكرة .

نتوجة بشكرنا إلى الأستاذ "قتال حمزة " الذي شرفنا بقبوله الإشراف على مذكرتنا ,

و لما أبداه لنا من نصح و إرشاد , نسأل الله أن يجزيه كل الخير .

كما نتقدم بالشكر و الإمتنان إلى الأساتذة الأفاضل في كلية الحقوق و العلوم السياسية

الذين تلقينا منهم العلم و لم يبخلو علينا به .

جزيل الشكر للأساتذة المحترمين " لجنة المناقشة " لما منحوه لنا من وقتهم الثمين ,

شرف لنا أن نستقي من علمهم و معارفهم لإثراء بحثنا هذا.

لهم منا جميعا تحية الإكبار و التقدير.

- بن سالم صبرينة.
- صغير كاميلية.

الإهداء

أهدي ثمرة جهدي و عناء بحثي طوال فترة إنجاز هذه المذكرة ,إلى

من أطفأوا من شموع أيامهم كي يبنى الطريق أمامي ,الى نبع

الحنان,ومن زرع في قلبي العزيمة أطال الله في عمرهما

والداي الكريمين.

إلى جسر المحبة و العطاء و الصدق و الوفاء ,من أخذ بيدي و شجعني

على المضي قدما بطلب العلم ,أغلى ما أهداني الله عز و جل

زوجي الغالي.

إلى من أشد بهم أزري

أخي و إخوتي.

إلى كل عائلتي و الأقارب ,إلى جميع الذين ساندوني خاصة صديقة (بن سالم صبرينة)

وجميع زملائي في الدراسة .

إليهم جميعا أهدي مذكرتي.

صغير كاميلية .

الإهداء

إلى من ربياني صغير وأرشداني كبيرا ،إلى أغلى ماأملك في هذا الوجود،إلى من كانا لي دعما وسندا الغاليين اللذين أفنيا من عمرهما السنين الطوال لأصل إلى هذا المستوى الوالدين الكريمين حفظهما الله وأطال في عمرهما

إلى أخي رفيق دربي في هذه الحياة عبد الحليم

إلى من أشد بهم أزري :حياة وخديجة

إلى جسر المحبة والعطاء والحنان والوفاء ومن شجعني على الدراسة زوجي الغالي :توفيق

كما أهدي هذا العمل لأمي الثانية التي أطلب من الله أن يطول في عمرها.

إلى كل عائلتي والأقارب الذين ساندوني خاصة صديقتي (صغير كاميلية).

إلى جميع زميلاتي في الدراسة :صباح ،شهيناز ،خلود ،رحمة كريمة.

إليهم جميعا أهدي مذكرتي .

بن سالم صبرينة .

قائمة أهم المختصرات:

ص : الصفحة.

ق م ج : القانون المدني الجزائري.

ق أ ج : قانون الأسرة الجزائري.

ج ر : الجريدة الرسمية.

ط : الطبعة.

ف : فقرة.

مقدمة

مقدمة:

يتفاعل العالم اليوم مع ثورة المعلومات و الإتصالات التي أدت لإحداث تغييرات أساسية في المجتمع من كافة نواحيه العلمية و العملية، و كان بدور هذه الثورة تطوير نصوص قانونية و إتيان بمصطلحات متحضرة . مس هذا التطور نطاق القوانين كلها من بينها القانون المدني ،التجاري ....و غيرها ، هذا الذي دفع بالمشرع القانوني في بعض الدول لمواكبة هذا العصر الذي غزا كافة مراحل الحياة[1] .

فالفضاء الإلكتروني اليوم كائن حيث تكون ، فإن لم تكن مرتبطا بالأنترنت فلا مكان لك ،و إن كنت مرتبطا فأين أنت ؟ ذلك هو عصر المعلوماتية المرتبط بشبكة الانترنت[2]، الذي أفرز لنا ما يسمى " التجارة الإلكترونية " التي كانت نتاج البيئة الجديدة و أتاحت للمتعاملين وسائل متطورة للإعلان عن السلع و الخدمات، و من ثم التعاقد عليها و تنفيذها سواء أكان تنفيذا إلكترونيا أو ماديا ، فقد قامت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي **UNICITRAL** بهذا الخصوص بإعداد مجموعة من القواعد القانونية التي تحكم التبادلات التجارية الإلكترونية لكي تسترشد بها الدول عندما تضع تشريعاتها الوطنية[3] .

من هذه الدول الجزائر و ذلك لإيجاد حلول للمشكلات القانونية التي تثيرها التجارة الإلكترونية التي تتيح العديد من المزايا منها : العالمية كونها تتم في معظم الأحيان عن طريق شبكة الانترنت كما تتميز أيضا بصفة الانفتاحية فالشبكة متاحة لكل من يرغب الدخول فيها ونجد كذلك أنه يتم تبادل المعلومات بسرعة كبيرة لا يمكن أن تقاس بمثيلها عبر البريد و تكون البيانات المكتوبة في هذه العقود صحيحة و دقيقة لا مجال لإعادة كتابتها مرة أخرى عند اللزوم ، هذا ما يقلل الخطأ لدرجة كبيرة .

كما يظهر لنا أن التعامل بين الدول على شبكة الانترنت أقل تكلفة بكثير من التعامل الورقي و إتمام هذا التعامل يعطينا حيزا كبيرا من الآمان و الحماية كونه لا يقوم بتسريب هذه

[1] -محمد فواز المطالقة ,الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية (أركانها – إثباتها – حمايتها – التوقيع الإلكتروني – القانون الواجب التطبيق) دراسة مقارنة ,ط 3,دار الثقافة للنشر و التوزيع , عمان ,2011,ص7.

[2] -محمد إبراهيم أبو الهيجاء ,عقود التجارة الإلكترونية (العقد الإلكتروني-إثبات العقد الإلكتروني - حماية المستهلكين – وسائل الدفع الإلكترونية –المنازعات العقدية و غير العقدية – القانون الواجب التطبيق),ط 2,دار الثقافة للنشر و التوزيع ,عمان ,2011,ص17.

[3] - لزهر بن سعيد ,النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية ,دار هومة للنشر و التوزيع ,الجزائر,2012,ص7_8.

المعاملات بل يقوم بحفضها[1] ، فقد أصبح لرجال الأعمال تجنب مشقة السفر و الانتقال من بلد إلى آخر للقاء شركائهم و عملائهم و أصبح بمقدورهم توفير الوقت و المال من أجل الترويج للمنتجات و الخدمات ، كما أصبح في متناول المستهلك الحصول على ما يريده دون التنقل أو إستخدام النقود التقليدية و كل ما يحتاجه المستهلك هو إقتناء جهاز كمبيوتر والإشتراك بشبكة الانترنت فالفوائد التي تجتنيها المنشأة التجارية من التجارة الإلكترونية تسويق أكثر ، أرباح أكثر , تخفيض مصاريف الشركات ,تواصل فعال مع الشركاء و العملاء وإختفاء الوسطاء ؛ أما الفوائد التي يجتنيها المستهلك من جراء تلك التجارة هي أن تكون الأسواق الإلكترونية **e_market** مفتوحة طوال العام و لا يحتاج المستهلك إلى عناء الوقوف أو الإنتظار في طابور لشراء منتج معين ولا يتطلب شراء أحد المنتجات أكثر من مجرد النقر على المنتج و إدخال بعض المعلومات الخاصة به ، بالإضافة إلى حرية إختيار السلع و الخدمات[2]

ومن هنا يظهر لنا أن العقد الإلكتروني هو القلب النابض للتجارة الإلكترونية، حيث أنه يمثل ترجمة قانونية لتلاقي الإرادات بين البائع و مقدم الخدمة من ناحية المشتري أو المستهلك من ناحية أخرى، فالعقد الإلكتروني يعتبر تعاقد عن بعد لوجود تباعد مكاني بين طرفي العقد لأن تبادل الإرادات بين المتعاقدين تتم عبر وسيط إلكتروني و إن كانت العقود التقليدية تقوم في بيئة مادية يتبادل فيها المتعاقدان إرادتهما في مجلس عقد حقيقي فإن العقود الإلكترونية تقوم في بيئة إفتراضية غير مادية ، و أيضا نجد ما يميز التجارة الإلكترونية عن التجارة التقليدية أو ما يسمى بالعقد التقليدي هو الوسيلة التي تمر بها أو عن طريقها حيث تتم من خلال بيئة إلكترونية تستخدم فيها وسائل الإتصال الحديثة و على رأسها شبكة الانترنت[3].

بالرغم من هذا إلا أننا نجد عقود التجارة الإلكترونية تجتمع مع هذا العقد في الأحكام الخاصة بركن التراضي و ما يعتريه من شكلية معينة يتعذر إنجازها إلكترونيا أما بالنسبة لركني السبب و المحل فتنعدم فيهما خصوصيات هذا العقد فمع تزايد إنتشار الصفقات و المعاملات التجارية التي تتم إلكترونيا عبر شبكة الانترنت أثيرت العديد من الإشكاليات القانونية بهذا الخصوص على المستويين الوطني و الدولي ، لعل أهمها تلك المتعلقة بالتعاقد الإلكتروني

[1] -مناني فراح ,العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في ق م ج ,دار الهدى للنشر و التوزيع , الجزائر ,2009,ص31_32.
[2] -خالد ممدوح إبراهيم , إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) , ط 2 ,دار الفكر الجامعي للنشر و التوزيع ,الإسكندرية ,2011, ص7_8_9.
[3] -نفس المرجع ,ص9.

ذاتها ووجود التراضي على عقود التجارة الإلكترونية خاصة ، فالتراضي يعد ركنا أساسيا في إنعقاد العقود سواء المدنية أو التجارية فالمشكلة التي تثور من مجرد التقاء الإرادتين هي إثباتها عند وجود نزاع على إبرام عقود خاصة عندما يتم هذا العقد عن بعد أي عبر شبكة الانترنت[1].

يعتبر التراضي في عقود التجارة الإلكترونية في القانون الجزائري من الموضوعات الهامة التي يفرضها الواقع و المستقبل و له أهمية بالغة كونه موضوع جديد نسبيا سواء من حيث التعامل فيه على الواقع أو حتى من ناحية المراجع التي تكفلت به و حتى من الناحية التشريعية ؛فالاهتمام بالتراضي يوفر حماية خاصة للمتعاقد إذا كان الطرف الأضعف في الحلقة هو المستهلك .

تهدف هذه الدراسة إلى التعرف بهذا الموضوع, ومن أجل تشجيع المتعاقدين على إبرام عقودهم بواسطة هذا النوع من العقود, مع توفير ضرورة الحماية القانونية لهم و هم يبرمونها و ذلك بحمل و حث المشرعين في كل الدول و منها المشرع الجزائري على تنظيم هذا النوع من العقود الإلكترونية و لا يجب تركها للقواعد العامة تحكمها لأن هذه الأخيرة لا يمكنها الإحاطة بكل ثنايا هذه العقود ، و كذلك نجد أن أهداف بحثنا هذا تنطلق من أهميته النظرية و العلمية لتتجسد في :

- البحث عن صحة العقد الإلكتروني.
- التأكد من هوية الأطراف و أهليتهم على التعاقد.
- وسائل التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني.
- مفهومي الإيجاب و القبول الإلكتروني.
- الخروج بنتائج لإعطاء التوصيات اللازمة لخلق قانون متكامل و خال من القصور الموجود في بعض التشريعات .

تبرر صعوبات البحث في عدم وجود نصوص قانونية في التشريع الجزائري تنظم هذا النوع من المعاملات (التراضي في عقود التجارة الإلكترونية في القانون الجزائري) الأمر الذي إستلزم الرجوع في كل مرة إلى الأحكام العامة في (ق م) و إسقاطها على موضوع بحثنا ، وذلك

[1] -هالة جمال الدين محمد محمود ,أحكام الإثبات في عقود التجارة الإلكترونية ,دار النهضة العربية للنشر و التوزيع ,القاهرة ,2013,ص190.

بغية السعي لإيجاد إطار قانوني منظم يحكم العقد الإلكتروني عموما و التراضي في العقد الإلكتروني خصوصا كونه يتم بين أطراف غائبة مكانا و عبر وسيلة إلكترونية يتداولها ملايين الأشخاص دون أن تمنعها حدود طبيعية أو سياسية ، إضافة إلى قلة المراجع التي لها علاقة عامة بالموضوع ، و كون أن هذا النوع من المعاملات حديث النشأة و على هذا الأساس جاءت المراجع متنوعة بين التعميم و التخصيص ، و حاولنا قدر الإمكان تصنيفها من حيث الأهمية و ترتيبها في المتن حسب تقسيم الفصول و المباحث و المطالب حرصا منا على أن يأخذ كل جزء من أجزاء هذا البحث نصيبه الوافر من التوضيح والبيان و إزالة الغموض .

يقوم العقد على الإرادة و يجب أن تتجه الإرادة إلى غاية مشروعة لكون التراضي هو تطابق ارادتين ، و الإرادة هي العمل القانوني، و يجب أن تصدر من صاحبها بنية إحداث أثر قانوني هو إنشاء إلتزام و يتم توافق الإراداتين بصدور الإيجاب من أحد المتعاقدين يتبعه قبول مطابق له ، و تبعا لذلك تتمحور إشكالية هذه الدراسة أساسا حول :

كيف يتم التراضي في عقود التجارة الإلكترونية في القانون الجزائري؟

هذه الإشكالية تتفرع عنها عدة تساؤلات فرعية هي :

- ما مدى جواز التعبير عن الإرادة بإستخدام الوسائل الإلكترونية، و فيما تتمثل صور وطرق التعبير الإلكتروني عن الإرادة؟
- كيف تتحدد شخصية و هوية المتعاقد الإلكتروني،و ما مصير التعاقد عند تعييب إرادته ؟
- الخصوصية التي يتمتع بها كل من الإيجاب و القبول في العقود الإلكترونية؟
- كيف يثبت التراضي في عقود التجارة الإلكترونية؟
- صحة التراضي الإلكتروني ؟

من أجل الوصول إلى إجابة على الإشكالية الرئيسية و الإشكالات الفرعية إتبعنا كلا من المنهج التحليلي و الوصفي الذي يهدف أساسا إلى التعرف على ظاهرة معينة بطريقة تفصيلية و تحليل الحقائق تحليلا دقيقا, من خلال تحليل مختلف المعلومات الخاصة بالعقود في النظرية العامة له ، و تحليل مفهوم التراضي في العقود الإلكترونية كما وردت في النصوص القانونية

والدراسات الفقهية و الأحكام القضائية التي تعرضت إلى هذا الموضوع و بينت أحكامه، يهتم المنهج الوصفي بدراسة الظواهر و الأحداث من أجل التعرف على الظاهرة أو الحدث من حيث المحتوى و المضمون و الوصول إلى نتائج و تعميمات تساعد على فهم الواقع و تطويره .

للإجابة عن الإشكالات المذكورة سابقا قمنا بتقسيم بحثنا إلى فصلين رئيسيين:

تناولنا في **(الفصل الأول)** التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني , من خلال بيان الإرادة , صور التعبير عنها و أهم ما يتميز بهما كلا من الإيجاب و القبول ، أما **(الفصل الثاني)** فخصصناه لصحة التراضي الإلكتروني, بداية بأحكام الأهلية ثم عيوب الإرادة في القانون المدني وعقود التجارة الإلكترونية ، موضحين كيف يكون تطبيق هذه العيوب أيضا في العقود الإلكترونية لأنه هذا ما يهمنا، ثم توجنا البحث بخاتمة لأهم النتائج و المقترحات التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة.

الفصل الأول

وجود التراضي في العقود الإلكتر

الفصل الأول

وجود التراضي في العقود الإلكترونية

يقصد بالتراضي اتجاه الإرادة إلى إحداث الأثر القانوني المطلوب، فيقال أن البائع قد ارتضى البيع والمشتري قد ارتضى الشراء وبالنسبة للعقد يعني توافق إرادتي طرفيه على إحداث الأثر القانوني.

ولكي يقوم الرضا بالعقد، فلا بد من وجود إرادة لشخص محدد يتجه لإحداث أثر قانوني معين،وأن يخرج هذه الإرادة إلى العالم الخارجي بالتعبير عنها.[1]

التراضي هو تطابق الإرادتين، وهو أساس قوام العقد بما في ذلك التعاقد الإلكتروني، فالإرادة بإعتبارها مكونة للرضا ليس لها أي قيمة قانونية إلا إذا تم التعبير عنها، فالعقد يتم بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مرعاة مايقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لإنعقاد العقد. [2]

ويعد التراضي ركن مهم في إبرام وتنفيذ العقود، حيث يهدف البحث في خصوصية ركن التراضي في عقد التجارة الإلكترونية وإلى البحث في مدى جوازية التعبير عن هذه الإرادة بواسطة الإيجاب والقبول بالطرق الإلكترونية، خاصة وأن القانون الجزائري يخلو من أحكام خاصة تنظم قانون التجارة الإلكتروني. [3]

و هذا ما سنوضحة من خلال المبحثين التالين:

المبحث الأول: وجود الرضا في العقود الإلكترونية.

المبحث الثاني: تلاقي الإيجاب و القبول في العقود الإلكترونية.

---

[1]- محمد صبري السعدي،الواضح في شرح القانون المدني (نظرية الإلتزامات،مصادر الإلتزام،العقد والإرادة المنفردة)،ط 4،دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين ميلة، 2009, ص76

[2]- نجاعي أمال، موساوي لامية، التراضي في العقد الإلكتروني،رسالة لنيل شهادة الماستر في الحقوق , تخصص القانون الخاص ,2012 جامعة عبد الرحمان ميرة ,بجاية,2013 , ص 6.

[3]- كركوري مباركة حنان، خصوصية ركن التراضي في عقود التجارة الإلكترونية، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية،العدد العاشر،كليةالحقوق والعلوم السياسية،جامعة قاصدي مرباح،ورقلة،سنة 2020،ص 221.

المبحث الأول

وجود الرضا في العقود الإلكترونية

التراضي عنصر مهم في عقود التجارة الإلكترونية فهو اتجاه إرادة مشتركة إلى إحداث أثر قانوني وهوا ما يعبر عنه في العقد بتوافق الإرادتين و تطابقهما، ويجب أن تكون الإرادة نهائية يقصد بها صاحبها إحداث أثر قانوني، بحيث لايرتبط الشخص في التعامل الإلكتروني، أو يقوم بأي تصرف قانوني ما لم تتجه إرادته الحرة والمستترة لإبرام هذا العقد، ولا يتجسد التراضي في العقد إلا من خلال صدور الإيجاب ومطابقته مع القبول. [1]

[1]- كركوري مباركة حنان، المرجع السابق ,ص 222.

المطلب الأول

مفهوم التعبير عن الإرادة

لما كانت الإرادة حقيقة نفسية كامنة في نية صاحبها و ضميره ، فإنه يتعين التعبير عنها لتظهر في العالم الخارجي،لكي يعتد بها القانون إذا تطابقت مع إرادة آخرى،فالتعبير عن الإرادة هو مظهرها الخارجي ولذلك نجد **المادة 59 من القانون المدني الجزائري** تنص على ما يلي "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".[1]

وهنا لم يكتفي بالقول بأن العقد يتم بمجرد إرادتين مطابقتين ويجب أن يكون التعبير عن حقيقة ما قصدت إليه الإرادة.

ويجب أن يكون التعبير عن الإرادة في العقد موجها إلى شخص آخر، وهذا ما يسمى بإعلام الإرادة **notification de volonte** وعلى ذلك فالتعبير عن الإرادة لا أثر له إلا إذا إتصل من يعلم من وجه إليه. [2]

الفرع الأول : تعريف التعبير عن الإرادة

تعرف الإرادة بأنها ظاهرة نفسية تتمثل في قدرة الكائن المفكر في إتخاذ موقف أو قرار يستند إلى أسباب و إعتبارات مقبولة؛ في حين يميز البعض عن عدة صور للإرادة معتمدين في ذلك على قدرة وتطور وإدراك كل كائن، أما القانون فإنه لا يعتد إلا بالإرادة الجدية التي لا تتوفر إلا إذا صدرت من شخصية قانونية مؤهلة ترغب في إحداث آثار قانونية. [3]

ويعرف التعبير عن الإرادة بأنه الوسائل التي يتم من خلالها إخراج النية من عالم المشاعر والأفكار إلى حيز الوجود الخارجي،وهذه الوسائل متعددة ومختلفة لم تحصرها

---

[1]- محمد صبري السعدي،المرجع السابق , ص 79.

[2]- أمر رقم 75_58مؤرخ في رمضان عام 1395 ه الموافق ل 26 سبتمبر 1975, المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم بالقانون رقم 07_05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428الموافق ل 13 مايو 2007 ,الصادر بالجريدة الرسمية عدد 31 ,الصادرة في 25 ربيع الثاني عام 1428 ه الموافق ل 13 مايو 2007 م .

[3] - علي فيلالي،الإلتزمات النظرية العامة للعقد،ط 2،موقع موفم للنشر والتوزيع،الجزائر،2005،ص 69.

التشريعات بل ترك أمرها إلى المتعاقدين،ولم تذكر على سبيل الحصر و إنما ذكرت على سبيل المثال، ومنها اللفظ والكتابة والإشارة أو أي موقف يدل على التراضي.

والتعبير عن الإرادة يتم عبر مرحلتين:

المرحلة الأولى : أنها عملية نفسية فكرية.

المرحلة الثانية : إظهار الإرادة إلى العالم الخارجي.

وهنا النية وحدها لاتكفي والتعبير عن الإرادة مادام أنه عمل نفسي لايعلم به إلا صاحبه ولا يعتد بها القانون إلا بالإفصاح عنها،والأصل في العقود الرضائية لا يشترط لها مظهرا خاص , وإنما يقوم الشخص بالتعبير عن إرادته ويكون تعبيرا صريحا أو ضمنيا بوسائل تقليدية أو إلكترونية.[1]

ويتم التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية من خلال الحاسب الآلي بوسائل متصلة بشبكة الإتصال الخارجي الحديثة وتتضمن , إما عرضا للتعاقد أو إيجابا أو قبولا مما يؤدي بالتأكد على التعاقد بالانترنت،ومن الناحية القانونية فإن الوسائل الإلكترونية تصلح كطريقة للتعبير عن الإرادة ويكون التعبير عن الإرادة مقبولا إذا تم عبر وسائل الإتصال الحديثة.[2]

بما أن الإرادة مظهر نفسي،لا يمكن الكشف عنه إلا بإظهاره إلى العالم الخارجي، وكذلك بالتعبير عنها بأي طريقة تؤدي إلى الكشف عنها، ويكون التعبير عن الإرادة صريحا أي مباشرة كالكتابة واللفظ والإشارة أو يكون ضمنيا. [3]

الفرع الثاني : مدى جواز التعبير الإلكتروني عن الإرادة بكافة الوسائل.

الأصل في التعبير أنه لا يخضع لشكل معين، فللمتعاقد أن يفصح عن إرادته بالطريقة التي تروق له بشرط أن يكون لها مدلول يفهمه الطرف الآخر، فكل مايدل على وجود الإرادة يصلح قانونا للتعبير عنها، ويصح التعبير عن الإرادة بالكتابة أو القول أو

[1]- لزعر وسيلة،التراضي في العقود الإلكترونية،رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق ,تخصص قانون خاص،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لعربي بن مهيدي،أم البواقي، 2019/2018 , ص13،14،15.

[2]- المرجع نفسه , ص 16.

[3]- المرجع نفسه ,ص 16.

الإشارة فإنه يصح إتخاذ موقف عملي معين للتعبير عن إرادة المتعاقد لدى الأطراف[1] نصت عليه **المادة 60من ق م ج** .[2]

فإذا كان التعبير عن الإرادة في التعاقد التقليدي يتم بالوسائل المعتادة ، فإن وسائل التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني تتعدد و تختلف، فهو يتم عبر شبكات الإتصال الإلكترونية ، وأن معظم التشريعات الحديثة رسخت قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بأية وسيلة لا تثير الشك في رضى المتعاقد بالتصرف.

ولما كان التراضي عبر شبكة الأنترنت يصير العديد من المخاوف، فقد إستوجب ذلك الوقوف على مدى إعتراف القانون بالتعبير عن الإرادة لغرض إنشاء العقد في بيئة إلكترونية، أي عبر شبكة الأنترنت من خلال بيان موقف التشريعات العربية والدولية. [3]

أولا: على المستوى الدولي

من بين القوانين التي إعتمدتها الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة **1996**،والذي أجاز التعبير عن الإرادة من خلال رسالة البيانات، سواء في التجارة المحلية أو التجارة الدولية، والبريد الإلكتروني والفاكس، من بين المبادئ الرئيسية التي يقوم عليها هذا القانون النموذجي حيث تتكافئ معه تقنيات الإتصال الإلكترونية مع المستندات الورقية، سواء في إبرام العقد أو إثباته، وبالتالي أقر هذا القانون صراحة إستخدام رسائل البيانات الإلكترونية للتعبير عن الإرادة. [4]

أما بالنسبة للإتحاد الأوربي فقد جاء في التوجيه الخاص بالتجارة الإلكترونية سنة **2000** ما يلزم الدول الأعضاء في الإتحاد الأوروبي بأن تدخل في تشريعاتها ما يسمح بإجراء العقود بالوسائل الإلكترونية، وبالتالي أقر هذا التوجيه جواز التعبير عن الإرادة وإنشاء العقود بأية وسيلة ولو كانت كشبكة الانترنت. [5]

---

[1]- خالد ممدوح إبراهيم،المرجع السابق ,ص 165

[2]- م 60 ق م ج.

[3]- مرزوق نور الهدى،التراضي في العقود الإلكترونية،مذكرة لنيل شهادة الماجستر في القانون , فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2012،ص14.

[4]- لزعر وسيلة،المرجع السابق،ص23_22.

[5]- المرجع نفسة, ص 22.

ومن هنا تتضح لنا أهمية التعاقد عبر الأنترنت وأن التشريعات الدولية عبرة عن الإرادة بالطرق الإلكترونية الحديثة،وأثر هذا الإعتراف على القوانين الوطنية وجعلها تستجيب للتطور الحاصل فأجازت هي أيضا للتعاقد بهذه الوسائل يتبين فيما يلي موقف التشريعات العربية والوطنية من مسألة جواز التعبير عن الإرادة إلكترونيا.[1]

ثانيا : موقف التشريعات العربية

موقف التشريعات العربية من مسألة جواز التعبير عن الإرادة إلكترونيا يتمثل فيما يلي:

يعد المشرع التونسي السباق في تنظيم التجارة الإلكترونية، عرفها بمقتضى الفقرة الثانية من الفصل الثاني من قانون المبادلات التجارية الإلكترونية التونسية عام **2000** بأنها:" العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات التي تتم بإستعمال الوثائق الإلكترونية."

و جاء في الفقرة الثانية من المادة الأولى من نفس القانون بأنه "يجري على العقود الإلكترونية نضام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة،أو مفعولها القانوني،وصحتها،وقبليتها للتنفيذ مالا يتعارض أحكام القانون."

في هذه الحالة هنا المشرع التونسي صرح بما أن هناك تراضي الطرفين يمكن أن ينعقد العقد بأي طريقة أو وسيلة إلكترونية،وأن التعبير عن الإرادة لا يتغير في حد ذاته.[2]

وقد أخذ المشرع الأردني **بموجب قانون المعاملات الأردني رقم 85 سنة 2001 في المادة 13منه** : "تعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانونا لإيبداء الإيجاب والقبول بقصد إنشاء إلتزام تعاقدي."[3]

أما المشرع الإماراتي نص **في قانون التجارة الإلكترونية رقم 02سنة 2002في المادة 1/13**"لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول جزئيا من شخص لآخر

[1] - لزعر وسيلة ,المرجع السابق, ص 22_23

[2]- القانون رقم 83 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، المؤرخ في 9 أوت 2000, جريدة الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، الصادرة في 11 أوت 2000, العدد64.

[3]- القانون رقم 85 ,المتعلق بالمعاملات الإلكترونية ، المؤرخ في 2001,الجريدة الرسمية للملكة الأردنية الهاشمية، الصادرة في 31 ديسمبر 2001,العدد45_42 .

بطريقة التلفون أو بأي طريق مماثل."ونستنتج من هذا أن التعاقد عن طريق الأنترنت مماثلا للتعاقد عن طريق الهاتف.[1]

ثالثا : موقف المشرع الجزائري

إذا الأصل في التعاقد حرية التراضي وفقا لما يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة وتنص **المادة 60[2]. من القانون المدني الجزائري** والتي تعطي المتعاقد الحرية الكاملة في اختيار الكيفية التي يعبران بها عن إرادتهما إضافة إلى ماكرس المشرع في قواعد الإثبات والتي أصبحت الكتابة في الشكل الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني مكانا بارزا ضمن قواعد القانون المدني الجزائري خلال نصي **المادتين 323 مكرر01[3]والمادة 327مكرر[4]02 من القانون المدني الجزائري.**

وبالرجوع لنص **المادة 64من القانون المدني الجزائري**[5] 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 فورا وكذالك إذا صدر الإيجاب من شخص آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل، كون الإتصال على هذه الشبكة يمكن أن يتحول إلى هاتف عادي عبر المحادثة الشفهية وأن الطرق الإلكترونية الآخرى للتعبير عن الإرادة كالبريد الإلكتروني تشبه أيضا الطرق التقليدية مثال المراسلة. [6]

وأجاز المشرع الجزائري صراحة على إمكانية التعبير عن الإرادة بإستخدام الوسائل الإلكترونية وذللك من خلال القانون **05/18المتعلق بالتجارة الإلكترونية** وبمقتضي هذا القانون أجاز لكل من المورد والمستهلك الإلكترونيين أن يعبرو عن إرادتهم عن طريق وسائل الإتصال الحديثة منها شبكة الأنترنت. [7]

---

[1]- القانون رقم 02, المتعلق بقانون التجارة الإلكترونية , المؤرخ في فيفري 2002,الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة ، حكومة دبي، الصادر في 16 فيفيري 2002,العدد رقم 277،السنة السادسة والثلاثون .

[2]- م 60 ق م ج .

[3]- م 323 ق م ج

[4]- م 327مكرر 02 ق م ج

[5]- م 64 ق م ج.

[6]- مناني فراح، المرجع السابق ,ص 133

[7]- لزعر وسيلة، المرجع السابق، ص 26

المطلب الثاني

صور التعبير الإلكتروني عن الإرادة

تتعدد صور التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني، فقد يتم التعبير عن الإرادة إلكترونيا عن طريق: البريد الإلكتروني**E-mail** ,أو عن طريق المحادثة ,أو المشاهدة ,أو عن طريق موقع الأنترنت **site web** . أو يتم عبر التنزيل عن بعد.

الفرع الأول : التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني

يقصد بالبريد الإلكتروني إستخدام شبكة الأنترنت في نقل وتبادل الرسائل بين الأطراف بطريقة إلكترونية، بدلا من الرسائل التقليدية وأنه المكافئ الإلكتروني للبريد العادي لأنه عندما نضع الرسالة العادية داخل صندوق البريد فإنك تفقد السيطرة عليها ولا تستطيع إستردادها، فكذالك الحال بالنسبة للبريد الإلكتروني[1]

ومن أهم مايستطيع نظام البريد الإلكتروني تقديمه هو عملية التواصل بين طرفين، يفصل بينهما ألاف الكيلوميترات دون أن يتحقق لهم الوجود المادي والفعلي، ولي تتم عملية إرسال البريد الإلكتروني إلى أحد الأشخاص فلا بد من معرفة عنوانه ويكون عنوان البريد الإلكتروني في هذه الحالة من ثلاثة أجزاء:

أولا: إسم الدخول **login name**

ثانيا: علامة

ثالثا: إسم الحقل **Domain name** لذلك الشخص

ويتسم البريد الإلكتروني بإمكانية إستخدامه بين أي نوع من أجهزة الكمبيوتر ومن خلالها يمكن نقل وإرسال كافة الأوراق والمستندات والعقود وتتم المراسلات بين المتعاملين ومن هذا

[1] - بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية , تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لحاج لخضر، باتنة، سنة 2015/2014،ص56

المنطلق نستنتج بأنها عملية تجري التعاقد عبر البريد الإلكتروني بسرعة فائقة بالمقارنة بالوسائل التقليدية. [1]

وتتم عملية التعبير عن الإرادة من خلال البريد الإلكتروني مثال:يقوم الشخص الذي لديه إشتراك في شبكة الأنترنت بالدخول إلى أي عنوان يرغب في إرسال رسالة بيانات إليه في هذه الحالة يقوم بكتابة عنوان المرسل إليه على الشبكة ثم يضغط على مفتاح الإرسال الموجود في البرنامج **send** ومن خلالها يقوم البريد الإلكتروني الخاص بإرسال الرسالة إلى الخادم وعندما يتصل المرسل إليه بالخادم يقوم الخادم بتوصيل الرسالة إلى جهازه، حيث تختزن في بريد المرسل إليه والذي يسمي الوارد ويستطيع هذا الأخير عند فتحه قراءة الرسائل والرد عليه.[2]

ومن وسائل التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني هي الكتابة لاتختلف تلك الكتابة في معناها وجوهرهاعن الكتابة العادية، سوى أن الوسيلة إختلفت بعدما كانت الكتابة بالقلم وكان القلم إختراعا عظيما في زمن تاريخي معين وأصبحت الكتابة بالكمبيوتر لايزيد بإعتباره آلة طابعة بشكل حديث، يتم نقر الأصابع عليها بدلا من الإمساك بالقلم، وأن التعبير عن الكتابة بطريقة الكمبيوتر كتابة من نوع خاص ليست كتابة على دعائم ورقية وإنما بإستخدام دعائم إلكترونية. [3]

ويتم التعاقد عبر البريد الإلكتروني بأن تقوم بعض الشركات بإرسال رسائل دعائية لنوع معين من السلع أو الخدمات في البريد الإلكتروني الخاص بالشخص، فإذا طلع الشخص على هذه الرسالة ورغب في السلعة أو الخدمة قام بمراسلة الشركة للتعاقد معها في هذا الشأن،وذلك بالنقر على مفتاح الموافقة. وعليه فإن التراسل بواسطة البريد الإلكتروني يصلح للتعاقد ويجب أن تكون اللغة التي يتم بها التراسل واضحة وصريحة، وتعبر عن رضا الأطراف بالتعاقد. [4]

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 169/168

[2]- المرجع نفسه , ص ، 691

[3]- المرجع نفسه ,ص 691.

[4]- لزهر بن سعيد، المرجع السابق , ص 64.

الفرع الثاني : التعبير عن الإرادة عن طريق المحادثة أو المشاهدة

يستطيع مستخدم الأنترنت عبر برنامج **IRC** التحدث مع شخص آخر في وقت واحد عن طريق الكتابة بالطبع، وفي هذه الحالة يشترط لتشغيل نظام المحادثة أن يكون الطرفان متصلين بأجهزة خدمة **IRC** في حين يقوم هذا البرنامج بتقسيم الصفحة الرئيسية إلى جزئين ويقوم أحد الأطراف بكتابة أفكاره على شاشة جهازه الشخصي في الجزء الأول وسيري في الوقت نفسه مايكتبه الطرف الآخر على الجزء الثاني من صفحة البرنامج. [1]

حيث تتميز هذه الوسيلة بالتعاصر الزمني لتبادل الأفكار بين الطرفين، ووسيلة فعالة لعقد المؤتمرات بين عدة أشخاص.

ويكون التعبير عن الإرادة عن طريق المحادثة يتم عن طرق تخاطب عبر شبكة الأنترنت، ويتحقق هذا التخاطب بأن يفتح كل من الطرفين الصفحة الخاصة بهما أي الخاصة بكل واحد منهم على جهازه في ذات التوقيع، فينتقل ما يكتبه الطرف الأول إلى الصفحة المفتوحة للطرف الثاني عبر صندوق البريد الإلكتروني أو العكس.

في حين يكون التعبير عن الإرادة عن طريق المشاهدة يتم ذلك عن طريق ربط الجهاز بوسائل الإتصال الصوتية والمرئية (كاميرا فيديو، ميكروفون، مثبتين على جهاز كل مخاطب) , مما يتيح للطرفين بأن يسمع ويرى كل منهما الآخر، دون حضور مادي ويتم التعاقد بالصورة والصوت مثال ذلك الشبكة الرقمية للخدمات المتكاملة. [2]

يتم التحدث بينهما عبر الهاتف العادي عن طريق الأنترنت ويمكن تبادل الرسائل والمحادثات بين عدة أشخاص بشكل فوري وهناك تبادل للصورة والأصوات وذلك من خلال تبادل العبارات بين شخصين، يستخدمان برنامج يسمى : **غرفة المحادثة.** تقسم الشاشة فيه إلى قسمين : **الأول** : المرسل و **الثاني** : للمرسل إليه .

[1] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 171
[2] لزهر بن سعيد, المرجع السابق، ص 65

فأي شئ يكتب لدى الطرفين يظهر على شاشتهما، وقد يكون أكثر من شخصين وفي أماكن مختلفة وكما يمكن كذلك تبادل الصوت والصورة وتسمى غرفة الفيديو. [1]

يكون التعبير عن الإرادة بطريقة المحادثة بأن يفتح كل من الطرفين الصفحة الخاصة به على جهازه في ذات التوقيت فينتقل ما يكتبه الطرف الأول إلى الصفحة المفتوحة بجهاز الطرف الثاني.

أما التعبير عن الإرادة بطريقة المشاهدة يتم عن طريق ربط الجهاز بوسائل الإتصال الصوتية والمرئية مثبتة على الأجهزة دون حضور مادي للطرفين ، ويتم التعبير عنها بالصوت والصورة. [2]

نقصد بالمشاهدة والمحادثة عبر شبكة الانترنت الاتصال المسموع المرئي الذي يتم عبر هذه الشبكة ، ويستطيع كل طرفي الإتصال , أن يرى المتصل معه على الشبكة وأن يتحدث مع بعض وذلك عن طريق كاميرا خاصة توصل بجهاز الكمبيوتر لدى الطرفين، وهنا يتحول هذا الحاسوب إلى تلفون مرئي. [3]

هنا يتحول الحاسوب الآلي إلى شبكة هاتف مرئي، حيث يستطيع المتعامل على شبكة الأنترنت أن يرى المتصل معه على شاشة الحاسوب الآلى وأن يتحدث معه وذلك عن طريق كاميرا بجهاز الكومبيوتر لدى كل من الطرفين ويتصور في هذه الحالة أن يصدر من أحد الطرفين إيجابا يصادفه قبولا من الطرف الآخر [4]

كما يمكننا التعبير عن الإرادة عن طريق المحادثة الكتابية أي يتم تبادل الكتابة بين الطرفين إيجابا يصادفه قبولا من الطرف الآخر.

---

[1]- لزعر وسيلة، المرجع السابق، ص 69

[2]- بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 52/51

[3]- نجاعي أمال، موساوي لامية، المرجع السابق, ص 14

[4]- بوشنافة جمال، خصوصية التراضي في العقود الإلكترونية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد الأول ، العددالعاشر ، جامعة الدكتور يحي فارس ، المدية ، 2018،ص 133

كما أن هناك برامج التي تتيح للأطراف بتبادل الحديث عن طريق المحادثة والمشاهدة معا، بشرط أن يكون جهاز الكمبيوتر مجهز بكاميرا رقمية ، وهو ما يسمى بغرف المحادثة بالصورة والصوت. [1] **Védio conférence**

الفرع الثالث : التعبير عن الإرادة عبر الموقع

قد يخلط البعض بين مصطلح الموقع **web** ومصطلح الانترنت على اعتقاد أنهما مصطلحان لمعنى واحد، لكن في الواقع أنهما مصطلحات مختلفات، فالموقع ليس هو الانترنت بل هو الوسيلة من ضمن وسائل الاتصال التي تقدم عبر شبكة الانترنت الأكثر استخداما في الاتصالات عبر شبكة الانترنت وأن استخدام موقع على الانترنت يعني استمرارية هذا الموقع على مدار الساعة والأيام ويتألف الموقع من مجموعة من الصفحات وصفحة رئيسية.

والتعبير الإلكتروني عن الإرادة عبر الموقع **web** قد يعبر عنه بالكتابة أو بالنقر على زر الموافقة **Icon clik** الموجودة في لوحة المفاتيح المتصلة بالكمبيوتر الشخصي. [2]

ونقصد بشبكة المواقع مجموعة ضخمة من المواقع الموجودة على شبكة الانترنت، والتي ترتبط ببعضها البعض اعتماد على تقنية الوسائط المتعددة، ويتم عبر هذه الشبكة , تبادل أنواع المعلومات. [3]

تتم هذه الصورة للتعاقد من خلال زيارة العميل للموقع الإلكتروني للبائع، لإتمام التعاقد، ويتم إنشاء هذا الموقع **site**عن طريق الاشتراك في خدمة إنشاء صفحة خاصة بالعميل أي البائع، بحيث يضع كل ما يرغب فيه من بيانات مكتوبة أو مصورة، أو أفلام داخل هدا الموقع والتي يريد الآخرين الإطلاع عليها بهدف نشر كل المعلومات أو ترويج للبضائع والخدمات، ومن هذا المنطلق نستنتج بأنه يتاح لكل من يرغب في أن يزور هذا الموقع الدخول إليه، ولا حاجة إلى استخدام كلمة المرور. [4]

[1]- بوقرط أحمد، إشكالية التراضي في العقود الإلكترونية، المجلة الجزائرية للأبحاث والدراسات، المجلد الثاني، العدد السادس، جامعة عبد الحميد بن باديس، بمستغانم، 2019،ص 103

[2]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 170

[3]- نجاعي أمال، موساوي لامية، المرجع السابق، ص 13

[4]- لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 66

وأن التعبير عن الإرادة عبر المواقع الخاصة بها كالبضائع التي ترغب في تسويقها حيث تقوم بتصوير السلعة بطريقة ثلاثية الأبعاد مع تسجيل وحفظ كافة البيانات والمعلومات الخاصة بكل سلعة على حدة من سعر ومواصفات وقد يكون هذا التصوير مصحوبا بأفلام مصورة تعرض السلعة أثناء التشغيل ببيان عملي لأدائها و مميزاتها، وفي المقابل يقوم الراغب في التعاقد بالبحث عن السلعة أو الخدمة التي يريدها أي إقتناعه بالسلعة بكل مواصفاتها ويقوم بالتعاقد على الشراء وذلك بالنقر على مفتاح الموافقة. [1]

ويمكن أن يعبر عن الإرادة أيضا باستخدام بعض الإشارات والرموز التي أصبحت متعارفا عليها بين مستخدمي شبكة الانترنت، فمثلا إشارة وجه مبتسم تدل على الموافقة ووجه غاضب يدل على الرفض وأن هذه الإشارات لا تخرج عن معناها التقليدي سوى أن الإشارة الجديدة هي إشارة صادرة عن جهاز الكمبيوتر. [2]

نستنتج أن صفحات الويب ذات صبغة عامة، بمعنى أنها تجيز لأي شخص الدخول إليها، ونجد أن من بين صفحات الويب ما يتخذ صبغة خاصة، بحيث لا يتمكن الشخص من الدخول إليها إلا من خلال كلمة عبور. [3]

الفرع الرابع : التعبير عن الإرادة عبر التنزيل عن بعد

يقصد بمصطلح التنزيل عن بعد نقل أو استقبال أو تنزيل أحد الرسائل أو البرامج أو البيانات عبر الانترنت إلى الكمبيوتر الخاص بالعميل كتصميم هندسي أو موسيقي،كما يمكن إبرام العقد وتنفيذه على الخط دون حاجة إلى اللجوء للعالم الخارجي. [4]

والتعبير الإلكتروني عن الإرادة بواسطة التحميل[5] أو التنزيل عن بعد قد يعبر عنه باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكلا في دلالته على حقيقة المقصود مثال : أن يعرض الموجب على الموجب إليه بيع نسخة من فيلم سينيمائي، أو قطعة موسيقية، فيقوم الموجب إليه

[1]- ازهر بن سعيد ,المرجع السابق, ص 67/66
[2]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 171
[3]- لزهر بن سعيد، المرجع نفسه، ص 67
[4]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع نفسه, ص 172
[5]- يقصد بالتحميل عن بعد عملية إرسال ملف أو برنامج إلى جهاز كمبيوتر آخر.

بتسجيل رقم بطاقته الإئتمانية الخاصة به في الخانة المخصصة لذلك على الشاشة، ومن هنا يقوم الموجب بنقل المبيع إلى جهاز الكمبيوتر الخاص بالموجب إليه عبر الانترنت. [1]

يبرم العقد الإلكتروني عن بعد عبر تقنيات الاتصال المختلفة ، **المادة الثانية من القانون الفرنسي الصادرة ٣٠ في قانون الأول سنة ١٩٨٦ بأن**" الاتصال عن بعد بأنه كل انتقال أو إرسال أو استقبال لرموز أو إشارات أو كتابة أو أصوات أو معلومات أي كانت طبيعتها. "ويمكن إبرام العقد الإلكتروني عن بعد بطرق مختلفة منها : الهاتف ، الفاكس، الإذاعة ، التلفزيون، الانترنت وغيرها من وسائل الانترنت.

يؤدي انعقاد العقد الإلكتروني عن بعد ومن دون حضور مادي للمتعاقدين إلى تحقيق مزايا متعددة سواء بالنسبة إلى المشاريع التجارية أو بالنسبة إلى العملاء. [2]

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق, ص 172

[2]- إلياس نصيف، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، ط 1،منشورات الحلبي الحقوقية للنشر و التوريع ، لبنان، 2009،ص 76.

المبحث الثاني

تلاقي الإيجاب والقبول في العقود الإلكترونية

يتطلب إنعقاد العقد الإلكتروني كسائر العقود، وذلك من خلال إصدار الإيجاب من أحد طرفي العقد، يقابله ويتطابق معه قبول الطرف الثاني. [1]

ومن المعروف أن العقد في علاقات الأفراد فيما بينهم يقوم على أساس التراضي الذي يتحقق من خلال عملية مركبة قوامها الإيجاب والقبول، وقد تبين أن الرضا يعبر عنه بالصيغة الكاشفة لحقيقة ما يكنه المتعاقدان ويكون رضا أحد المتعاقدين مطابقا لرضا المتعاقد الأخر، ومن هذا المنطلق فالعقد إذا يتطلب إيجابا وقبولا متطابقين ارتباط الإيجاب والقبول. [2]

التراضي هو تطابق الإرادتين، وهو أساس قوام العقد بما في ذلك التعاقد الإلكتروني

فالإرادة باعتبارها مكونة للرضا ليس لها أي قيمة قانونية إلا إذا تم التعبير عنها، فالعقد يتم بمجرد تبادل طرفاه للتعبير عن إرادتين متطابقتين.

ويتم التعبير عن الإرادة التعاقدية عبر وسائل الإتصال الإلكترونية وخاصة عبر شبكة الأنترنت، فإن الرضا في العقد الإلكتروني يتحقق عندما يتم تبادل رسائل البيانات الالكترونية فهي تعتبر صورة لتعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني. [3]، وهذا ما يعبر عنه إلتقاء الإيجاب والقبول ما لم يشترط القانون شكليات محددة لإنعقاد العقد. [4]حيث يتم إرتباط الإيجاب والقبول بوسائل إلكترونية بدلا من الرسائل التقليدية.

---

[1]- إلياس نصيف، المرجع السابق، ص 77

[2]- عبان عميروش، التراضي في العقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير في القانون , تخصص القانون المدني الأساسي، جامعة عبد الحميد بن باديس ، مستغانم، 2015،ص 54/53

[3]- لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 71/70

[4]- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق ,ص 45

المطلب الأول

الإيجاب الإلكتروني

إن تناول موضوع البيئة الإلكترونية لا يعني تفصيله في القواعد العامة وإنما المقصود منه ، حيث يعتبر الإيجاب هو الخطوة الأولى في إبرام كافة العقود، ومنها العقد الإلكتروني، فهو الإرادة الأولى التي تظهر في العقد، لكي يتم إبرام عقد معين يلزم بالضرورة أن يبدأ أحد الأشخاص يعرضه على الآخر، وحتى يكون التعبير إيجابيا يجب أن يكون جازما وكاملا وباتا لكي يعبر عن إرادة واضحة في معنى إبرام العقد. [1]

الفرع الأول : تعريف الإيجاب الإلكتروني

الإيجاب بصورة عامة، هو تعبير بات عن الإرادة الأولى التي تظهر في العقد عرضة على شخص آخر إمكان التعاقد معه، ضمن شروط معينة، إذا إقترن به قبول مطابق له إنعقد العقد، حيث عرفت محكمة التمييز الفرنسية الإيجاب بأنه عرض يعبر به الشخص عن إرادته في إبرام عقد معين، ويكون ملتزما به في حالة قبوله من المتعاقد الآخر. [2]

ويعرف كذلك بأنه تعبير نهائي، جازم قاطع الدلالة على إتجاه إرادة من صدر منه إلى قبول التعاقد وفقا لشروط معينة.

وقد عرفت محكمة النقض المصرية الإيجاب بأنه "هو العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث إذا ما إقترن به قبول مطابق له إنعقد العقد." [3]

الإيجاب هو تعبير عن إرادة شخص يعرض على آخر أن يتعاقد معه ويتعين أن يتضمن الإيجاب العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، بحيث يتم العقد بمجرد أن يقترن به قبول مطابق. [4]

---

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 314
[2]- إلياس نصيف، المرجع السابق، ص 77
[3]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع نفسه , ص 316
[4] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 72

يعرفه جانب من الفقه على أنه تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد حيث يتم من خلال شبكة دولية للاتصالات المسموعة والمرئية ويتضمن كل العناصر اللازمة لإبرام العقد، بحيث يستطيع من يوجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة.[1]

الفرع الثاني :خصائص الإيجاب الإلكتروني

ينفرد الإيجاب الإلكتروني بمجموعة من الخصائص التي تعطي له طابع مميز خاص، يسمح بتكييفه قانونا، وتمييزه عن الإيجاب بشكله التقليدي حيث يتميز الإيجاب الإلكتروني ببعض الخصوصية التي تتعلق بطبيعتها ومن هذه الخصائص يمكن تلخيصها فيما يلي:

أولا: الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسيط إلكتروني

يتطلب الإيجاب الإلكتروني وجود وسيط إلكتروني ، وهو ما يطلق عليه مقدم خدمة الانترنت **internet service provider** فالإيجاب يتم من خلال الشبكة، وباستخدام وسيلة مسموعة مرئية وأن الإيجاب الفعلي يكون منذ اللحظة التي يتم إطلاق الإيجاب من خلال شبكة الانترنت[2].

حيث يقترب الإيجاب في التعاقد الإلكتروني من الإيجاب في التعاقد عن طريق التلفزيون، ففي كلتي الحالتين لا توجد دعامة ورقية ورغم هذا التشابه فإن الإيجاب الإلكتروني يتميز بأنه يتضمن استمرارا معينا والموجب له يستطيع دائما أن يعود ليقرأ مرة آخرى الكتالوج ، أو الإعلان الموجود على الموقع الإلكتروني، أو المرسل عبر البريد الإلكتروني أما فيما يخص الإيجاب عبر التعاقد عبر التلفزيون فهو يتميز بالسرعة والاختصار في المعلومات. [3]

وهناك آخرين شاركو في تقديم تلك الخدمة،إذ أن هناك أشخاص عديدين يتدخلون في الاتصال ويساهم كل منهم بدور في إتمامه ومنهم عامل الاتصالات ومورد المعلومة ومورد المنافذ ومورد المعلومات تميز بالاختصار والسرعة والزوال. [4]

[1] نجاعي أمال موساوي لامية، المرجع السابق، ص 08
[2] - لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 81
[3]- المرجع نفسه، ص 82/81
[4]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 322

الإيجاب الإلكتروني يعرض على مواقع إلكترونية أو يتم إرساله عبر البريد الإلكتروني،وهنا يكون الإيجاب مقترنا بمساحة زمنية محددة، وهذا ما يجعل من وجه إليه الإيجاب ويستطيع الرجوع إليه أكثر من مرة ليقرأ مضمونه أو يطلع على الإعلانات فتكون له الحرية في قبول أو رفض هذا الإيجاب،أما الإيجاب الذي يصدر من إحدى القنوات التلفزيونية فإنه لا يستغرق مساحة زمنية طويلة لأن مدة البث محددة وسريعة فتقتضي مدتها بانتهاء هذا البث مما يجعل من وجه إليه الإيجاب قد يبدي رغبته في التعاقد دون إمكانية التأمل في محتوى شروط الإيجاب.[1]

ثانيا: الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد

يتم إبرام العقد الإلكتروني من دون الوجود المادي لأطرافه لأنه يتم لين عاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي، ويتم التعاقد باستخدام وسائل إلكترونية، وهو ينتمي إلى طائفة العقود التي تتم عن بعد. ولما كان الإيجاب الإلكتروني إيجابا عن بعد، فإنه يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد والتي تفرض على المورد مجموعة من القيود، والواجبات التي يلتزم بها إتجاه المستهلك الإلكتروني. [2]

وتتمثل هذه القيود والواجبات في تزويد المستهلك بمعلومات حول شخصية التاجر وعنوانه والمركز الرئيسي له وعنوان البريد الإلكتروني والخصائص الأساسية للمنتجات، والخدمات المعروضة وأوصافها وأثمانها وإخطار المتعاقد بخدمات ما بعد البيع ومدة الضمان. [3]

حيث يتوجب على المهني أو المورد في إطار الثقة المشروعة ومبدأ حسن النية أن يعلم المستهلك بكافة بياناته التي تحدد شخصيته بطريقة قاطعة وقت أن يعرض عليه الإيجاب الإلكتروني. [4]

[1]- نجاعي أمال، موساوي لامية، المرجع السابق، ص 11
[2]- لزهر بن سعيد، المرجع السابق ، ص 82
[3]- المرجع نفسه، ص 82
[4] بوشنافة جمال، المرجع السابق، ص 131

ثالثا: الإيجاب الإلكتروني يكون في الغالب ايجابا دوليا

يتسم الإيجاب الإلكتروني غالبا بالطابع الدولي، ذلك أنه يتم باستخدام شبكة الانترنت التي لا يعترف بالحدود الجغرافية، [1]ورغم ذلك يرى البعض أنه لا يوجد ما يحول من قصر الإيجاب الإلكتروني على منطقة جغرافية محددة، بحيث يكون له نطاق جغرافي ومكاني معين فقد يقصر الموجب عرض المنتجات والخدمات على منطقة جغرافية معينة مثال : ما نلاحظه في بعض مواقع الويب الفرنسية المنتشرة على الانترنت والتي تقصر الإيجاب فقط على الدول الفرانكفونية الناطقة بالفرنسية وأيضا ما تقرره الولايات المتحدة الأمريكية من حضر وتوجيه الإيجاب لدول الموقع عليها عقوبات اقتصادية مثل كوبا وكوريا الشمالية. [2]

أي أن الإيجاب الإلكتروني قد يكون إقليميا أو دوليا ومن ثم فإن الموجب لن يلتزم بإبرام عقود أو تسليم منتجات ، أو أداء خدمات خارج النطاق الإقليمي الذي حدده سلفا. [3]

وقد أجاز العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية تحديد المنطقة الجغرافية التي يغطيها الإيجاب أو تلك التي يغطيها تنفيذ العقد. [4]

ويكون الإيجاب الإلكتروني تبعا لذلك إيجابا دوليا نظرا لما تتسم به شبكة الانترنت من الانفتاح والعالمية. [5]

الفرع الثالث : صور الإيجاب الإلكتروني

للإيجاب الإلكتروني عبر شبكة الانترنت صورا ثلاثة تتمثل في الإيجاب من خلال البريد الإلكتروني، الإيجاب عبر صفحات الواب، وأخيرا الإيجاب من خلال المشاهدة والمحادثة.

[1] لزعر وسيلة، المرجع السابق، ص 133
[2] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 323
[3] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 84
[4] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع نفسه ، ص 323
[5]- بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 69

أولا: الإيجاب من خلال البريد الإلكتروني

يقصد بالبريد الإلكتروني استخدام شبكة الأنترنت في نقل الرسائل التقليدية وكذلك يسمح بتبادل المراسلات من وثائق ومطبوعات، وأفلام أيا كان حجمها ويتم تخصيص صندوق بريد إلكتروني ويطرح الإيجاب الإلكتروني في شكل رسالة بريدية إلكترونية تصدر من الموجب لتستقر في الصندوق البريدي الإلكتروني وقد يكون موجها لشخص واحد أو عدة أشخاص. [1]

إذا كان الإيجاب موجها لشخص واحد فقط عبر البريد الإلكتروني يكون إيجابا غير ملزما إلا إذا تضمن هذا الإيجاب إلزاما للموجب للبقاء على إيجابه لفترة محددة، أما إذا كان الإيجاب الإلكتروني موجها لعدة أشخاص فإنه عند الشك يعتبر مجرد دعوة إلى التفاوض أو التعاقد وليس إيجابا استنادا إلى أن النشر أو الإعلان أو بيان الأسعار وفي هذه الحالة لا يعتبر إيجابا وإنما مجرد دعوة للتفاوض[2]، عندما يكون الإيجاب موجها لعدة أشخاص نشير إلى **المادة 94 من القانون المدني الأردني** تنص على " أما أن النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعرض أو بطلبات موجهة للجمهور أو الأفراد فلا يعتبر عند الشك إيجابا وإنما يكون دعوة إلى التفاوض." ومن هنا نستنتج بأنها تسمع لتحقيق الشروط التي تطلبها التشريعات المختلفة في الإيجاب دون صعوبة كبيرة.[3]

كما أننا نجد الإيجاب في العقد الإلكتروني يتم بوسيلة فورية من خلال شبكة عالمية تنقل الصوت والصورة في الحال والساعة،وأنها تعتبر أكثر ملائمة وسرعة في نقل البيانات والكتابة الإلكترونية وهذا ما يتفق شروط الإيجاب التقليدية التي تقتضيها أغلب التشريعات الوطنية خصوصا إذا ما تعلق بالتعاقد عن بعد لكي لا يغد إيجابا مضللا أو مبالغ فيه[4] ويكون التعبير عن الإيجاب من خلال شبكة عالمية للاتصالات عن بعد،وبوسيلة مسموعة ومرئية تمكن من يصدر عن الإيجاب أن يستخدم وسائل الإيضاح البياني الأكثر ملائمة لأنواع معينة من البيوع.[5]

---

[1]- نجاعي أمال، موساوي لامية، المرجع السابق، ص 13

[2]- بوشنافة جمال، المرجع السابق، ص 132

[3]- عبد الحميد بادي، الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستر في الحقوق ,فرع عقود ومسؤولية،الجزائر ، 2011،ص 15

[4]- مناني فراح، المرجع السابق، ص 85

[5]- بوشنافة جمال، المرجع السابق، ص 132

وينبغي أن تحرر الرسالة الإلكترونية على النحو الذي يجعله بمثابة الإيجاب وهو ما لن يحقق إلا إذا نضمت جميع الإلتزمات التي يتم الالتزام بها ولكن على العكس من ذلك يلاحظ من الناحية العملية أن التاجر يحرص عل ألا يلتزم إلى حد بعيد،وذلك لكي يعتبر العرض المقدم منه مجرد إعلان لا يكفي لإنعقاد العقد إذا قبله من وجه إليه وهو ما يعطيه فرصة للتراجع تحسبا لظروف معينة مثل:نفاذ مخزونه في وقت معين والذي يحتمل أن يصيب ببعض الضرر.[1]

ثانيا:الإيجاب الإلكتروني من خلال صفحات الويب (المواقع الإلكترونية)

يقصد بشبكة المواقع مجموعة ضخمة من المواقع الموجودة على شبكة الأنترنت والتي ترتبط ببعضها البعض إعتمادا على تقنية الوسائط المتعددة، ويتم تبادل كافة أنواع المعلومات ومع انطلاق التجارة الإلكترونية عبر شبكة الأنترنت وتحولت هذه المواقع لعرض السلع والخدمات والإيجاب عبر شبكة الواب لا يختلف كثيرا عن الإيجاب الصادر عن الصحف والقنوات التلفزيونية المخصصة لعرض السلع والخدمات. [2]وأن الإيجاب يكون موجها للجمهور فلا يكون مقصورا على أشخاص محددين فإن لم يكن مانعا مقصورا بأشخاص معينة نجده يتحدد أكثر في بعض الحالات بنفاذ الكمية أو معلق على أجل معقول يصدر القبول خلاله، ظهرت في البيئة الإلكترونية وسائل دفع جديدة تؤثر إيجابا أو سلبا على إنعقاد العقد أي المعرفة المسبقة للمركز المالي للمشتري وفي نفس الوقت هي أداة إثبات للالتزام بدفع الثمن، كما أن أغلبية العارضين يلجئون للاحتفاظ بحقهم في العدول عن الإيجاب. [3]

يصدر الإيجاب إما صريحا أو ضمنيا أو يفهم من الإرادة الموجهة للموجب من طبيعة المعاملة أو ظروف الحال، والرسالة الإلكترونية التي يوجهها تعد عبارة عن قبول، ويقال إذا عدل القابل في عرض صاحب الموقع الإلكتروني ,[4]إذ يحقق معها مضمون **المادة 66من ق م**

[1]- عبد الحميد بادي، المرجع السابق، ص 15
[2]- نجاعي أمال، موساوي لامية، المرجع السابق، ص13
[3]- مناني فراح، المرجع السابق، ص86
[4]- المرجع نفسه، ص 87

ج التي تنص عل أنه : "لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا." الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا. "[1]

والتعبير عن الإرادة عبر المواقع يكون بالكتابة أو النقر على زر الموافقة فقد يتم التعبير عن الإرادة عن طريق الضغط على زر **(موافق)** الموجود في لوحة المفاتيح المتصلة بالكمبيوتر للشخص،أو الضغط بالمؤشر **(الفأرة)** في الجهة المخصصة لذلك في صفحة الويب إلا أن الضغط أو مجرد الضغط على زر الموافقة أو العلامة الدالة على الموافق لا يعني دائما الموافقة حتما فغالبا إذ قد يحدث ذلك نتيجة خطأ غير مقصود من القابل لذلك قامت معظم الشركات التجارية بتزويد صفحات الويب ببرنامج معلوماتي يعبر عن الرغبة الجادة في إبرام العقد ،كأن يشترط الضغط مرتين على زر الموافقة الموجودة في لوحة المفاتيح أو بعث رسالة إلكترونية تتضمن القبول أو الرغبة في إتمام التعاقد .[2]

وفي أغلب الأحيان يكون هذا الأجل مقترن بزمن القبول أو معلق على شرط عدم نفاذ السلعة ،كأن ينص الإشهار مثلا على عبارة عرض متوفر في حدود الكمية الموجودة ،في حين يرى جانب آخر من الفقه أن مثل هذا الإيجاب لا يعد في حقيقة الأمر سوى دعوى للتعاقد وليس إيجابا .[3]

والرأي الراجح هو الرأي الأول إذ أن الأصح هو أن الإعلان عبر شبكة الأنترنت يعد إيجابا إذا تضمنت المسائل الجوهرية في التعاقد ،حتى وإن كان الإيجاب موجها للجمهور فهذا لتغيير في حقيقة كونه إيجابا ينعقد به العقد متى صدر القبول من أحد الجمهور الذي وجه له الإيجاب ،إلا في بعض الحالات التي يحتفظ فيها الموجب بحق الموافقة عليه.[4]

[1]- م 66 ق م ج
[2]- بوشنافة جمال ، المرجع السابق ، ص 133
[3]- بوعيس يوسف ،التراضي في العقود الإلكترونية ،مجلة ضياء للدراسات القانونية ،المجلد الأول ،العدد الثاني ،المركز الجامعي نور البشيرالبيض ،الجزائر ،2019،ص 155
[4]- المرجع نفسه ،ص 158

ثالثا:الإيجاب عبر المحادثة أو المشاهدة

يقصد بالمحادثة والمشاهدة عبر شبكة الأنترنت ،الإتصال المسموع المرئي الذي يتم عبر هذه الشبكة حيث يستطيع كل طرفي الإتصال أن يرى المتصل معه على الشبكة أو أن يتحدث معه ،وذلك عن طريق كاميرا خاصة توصل بجهاز الكمبيوتر لدى الطرفين ،وهنا يتحول هذا الحاسوب إلى تلفون مرئي .[1]

والتعاقد بطريق المحادثة يتم عن طريق تخاطب عبر شبكة الأنترنت ، ويتحقق هذا التخاطب بأن يفتح كل الطرفين الصفحة الخاصة به على جهازا لطرف الثاني عبر صندوق البريد الإلكتروني ،أما في حالة التعاقد عن طريق المشاهدة فيتم ذلك عن طريق ربط الجهاز بوسائل الإتصال الصوتية والمرئية (عبر ميكروفون وكاميرا فيديو مثبتة على جهاز كل وتخاطب) بما يسمح للطرفين بأن يسمع ويرى كل منهما الآخر .[2]

يتحول الكمبيوتر إلى هاتف مرئي ،وتكون في هذه الحالة أمام حضور إفتراضي الطرقي العقد في مجلس عقد واحد ،أي أمام مجلس عقد إفتراضي يقترب جدا من المجلس الحقيقي ،وينطبق هذا النوع من الإيجاب القواعد العامة في التعاقد بين حاضرين ،التي نص عليها المشرع الجزائري في **المادة 64 ق م ج ,** فيكون الإيجاب غير ملزم مالم يصدر القبول فورا ،أما إذا عدل الموجب عن إيجابا سقط الإيجاب وإذا صدر قبولا بعد ذلك ،إلا يعتد به ويعتبر إيجابا جديدا.[3]

الفرع الرابع : شروط الإيجاب الإلكتروني

يشترط طبقا للقواعد العامة كي يكون التعبير عن الإرادة إيجابا هناك شروط أساسية:

أولا :أن يكون الإيجاب واضحا ومحددا

يصدر الإيجاب بطرق التعبير المعتادة الصريحة ،أو الضمنية ولا يصح في ذلك السكوت فهو الكلام الأول والصمت والسكوت والعدم،والعدم لا يرتب أي أثر ،ويشترط في عقد البيع أن

[1]- نجاعي أمال ،موساوي لامية ،المرجع السابق ،ص 14
[2]- لزهر بن سعيد ،المرجع السابق ،ص 65
[3]- عيوني محمد ،الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني ،مجلة الدراسات والبحوث القانونية ،العدد السابع ،جامعة محمد خير ،بسكرة ،ص 97

يكون الإيجاب متضمنا المقدار، والنوع ، والثمن أما إذا كان العقد إيجارا فالإيجاب فيه تحديد الشيء الموجود ، ولما كان القصد من الإيجاب هو توجيه البحث عن الطرف القابل ،ويشترط تحديده وتعيينه حتى يحصل التطابق ،والراجح فقهيا وقانونا أن توجيه الإيجاب إلى الجمهور دون تحديد الشخص يعد إيجابا ،أما إذا تعلق الأمر بالنشر والإعلان فالأمر لا يخلو أن يكون دعوة للتفاوض ،والعلة في ذلك غياب الشك في الملابسات أي الإيجاب.[1]

ويجب أن يتضمن الإيجاب الإلكتروني عرضا دقيقا وواضحا ويكون بأسلوب لتيسير أية شكوك على عزم صاحبه للتعاقد إذ ما إقتران بقبول مطابق ولا يصح في ذلك السكوت كما أن شرط الدقة مطلوب ليعتد بالإيجاب الإلكتروني على أنه إيجاب ينعقد به العقد إذا وجد قبول من الطرف الآخر .[2]

يجب أن يكون الإيجاب محددا تحديدا دقيقا نافيا الجهالة،وذلك بإستيفائه للعناصر الأساسية للعقد المراد بإبرامه ،حتى يتسن الموجب له أن يطلع على مضمون العقد المعروض عليه وينعقد العقد بمجرد صدور القبول دون إضافة أي شيء آخر ،فإذا كان العقد بيها فيجب أن يتضمن الإيجاب ذكر المبيع من حيث مقداره نوعه ثمنه ،وهو تعاقد إلكتروني ،ولذلك ومن أجل حماية المستهلك جاءت النصوص القانونية لتلزم الموجب بتحديد هويته في الإيجاب الإلكتروني من بيان إسمه مواطنه ومركز نشاطه وموقعه الإلكتروني وعلاماتها التجارية .[3]

ثانيا :أن يكون الإيجاب باتا ونهائيا

إذا تجاوزا لإيجاب مرحلة المفاوضة أصبح باتا ونهائيا ،مما يفترض وجود إرادة عازمة مصممة على التعاقد ،ويبقى للقاضي تقرير ما إذا وصل الإيجاب إلى مرحلته النهائية فهو مسألة واقعية لا مسألة قانونية الذي يقوم بدراسة كل قضية على حدا ،ولا يخرج عن نطاق هذه الدائرة الإيجاب المعلق ،إلا ينفذ إلا إذا تحقق الشرط الذي علق ،كالذي يحتفظ بحقه بتعديل الثمن لظروف السوق.[4]

---

[1]- مناني فراح ،المرجع السابق ،ص79

[2]- حميش هنية ،الإرادة الإلكترونية ،مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون ,تخصص عقود ومسؤولية ،جامعة آكلي محندأولحاج ، البويرة،2015\2016،ص 57

[3]- لزعروسيلة ،المرجع السابق ،143

[4]- مناني فراح ، المرجع نفسه،ص 79

ويقصد به أن تتجه إرادة الموجب بشكل كامل ومحدد ذلك بأن تكون عبارات الإيجاب صريحة تدل على رغبته النهائية لإبرام العقد فهناك من يشترط من الإيجاب الإلكتروني حتى يستوفي شرط الجزم والوضوح أن يكون محررا بأسلوب إلكتروني واضحا ومفهوما بعيدا عن أي غموض أو لبس.[1]

يشترط في الإيجاب أن يكون باتا وجازما فيما يتعلق بعزم الموجب على الالتزام بما تعهد به ولا يترك فيه الموجب لنفسه مجالا الاختيار،وهذا الشرط جوهري الاعتبار العرض إيجابا ،لأنه أساس التمييز بين الإيجاب البات وبين الإيجاب الغير بات والذي يعد في هذه الحالة مجرد دعوة للتعاقد ،كما أن العقد لا يكتمل بإيجاب الطرف الآخر بل لابد الطرف الآخر من التعبير عن إرادته بالقبول ،مما يجعل الإيجاب البات شرط أساسي ولازم في العقد فهو الذي يميز بين مرحلة المفاوضات ومرحلة إتمام العقد ،ففي الأول ليعلن الموجب استعداد للتعاقد ،بل تتصرف نيته فقط إلى التفاوض على شروط العقد ،بينما الإيجاب يكون فيه الموجب قد انتهى من وضع شروطه التي يرغب بالتعاقد على أساسها ،وبذلك إذا حددا لإيجاب تحديدا واضحا وكاملا عبر الانترنت فإن العقد ينعقد يتوافر القبول.[2]

ولإعتبار الإيجاب باتا لابد من أن يخلو من التحفظات التي تؤثر على إلزامية الإيجاب ،وعلى عدم جدية الموجب في إبرام العقد في حالة قبول العرض.

ويتبين أن العرض لا يكون إيجابا إلا إذا كان باتا وجازما ،يفهم منه أن ارتباط القبول به سيؤدي إلى إبرام العقد ،ومليار التمييز بين كون العرض بات أم لا هو وجود النية الحازمة في إحداث الأثر القانوني لدى صاحب العرض ،وعلى ذلك ينبغي أن يكون الإيجاب خاليا من أي تحفظ حتى يتم به إنعقاد العقد إذا ما قابله قبول مطابق له.[3]

يجب أن يشمل على البيانات العقدية المتعلقة بمحل العقد بطريقة واضحة خالية من أي غموض ،وأن يكون مصحوبا بصورة فوتوغرافية ومتحركة،والتي يجب أن تعكس حقيقة المنتج

[1]- حميش هنية ،المرجع السابق, ص 57
[2]- لزعر وسيلة،المرجع السابق ،ص141\142
[3]- المرجع نفسه،ص142

خالية هي الأخرى من أي غموض يتعلق بالنوعية أو الأوزان أو دولة المنشأ وغيرها ،وإلا عد ذلك قبيل تضليل الجمهور.[1]

ثالثا : أن يكون الإيجاب الإلكتروني موجها إلى شخص أو إلى أشخاص معينين

يصدر الإيجاب بطريقة التعبير المعتادة الصريحة أو الضمنية ،ولايصح في ذلك السكوت ،فهو أول الكلام والصمت والسكوت أو الرفض ،فإذا كان الإيجاب موجها لشخص معين أو أشخاص معينين فإنه يترتب عليه آثر ،والسبب هو تعيين الشخص المقصود بالإيجاب وأن الرأي الراجح فقهيا وقانونيا هو توجيه الإيجاب إلى الجمهور دون تحديد الشخص يعد إيجابا.[2]

رابعا : استخدام اللغة الوطنية في الإيجاب الإلكتروني

بالنسبة المشرع الجزائري فإنه بإستقراء **القانون رقم 05\18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية** لم ينص على وجوب إستخدام اللغة الوطنية في الإعلان عن العروض التجارية الإلكترونية ،إلا أنه بالرجوع **إلى القانون 03\09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش** بأن يتمكن المستهلك من العلم بكافة البيانات المتعلقة بالعقد والتي تساعد في إتخاذ قراره في التعاقد .[3]

الفرع الخامس : سقوط الإيجاب الإلكتروني

كما هو معلوم أن تطابق الإيجاب والقبول يكون سببا في نشوء العقد ،وقبل ذلك نجد أن المشرع المدني أعفى الموجب الذي يرتبط إيجابه بقبول في الأجل المعين لذلك تنص **المادة 64ق م ج** تنص على :"إذا صدر الإيجاب من مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر فورا وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل [4]،غير أن العقد يتم ولم يصدر القبول فورا ،إذا لم يوجد مايكل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول صدر قبل

[1]- لزعر وسيلة , المرجع السابق,،ص 143
[2]- المرجع نفسه ،ص144.
[3]- المرجعه نفسه ،ص 145.
[4] - مناني فراح ،المرجع السابق ،ص 79.

أن **ينص مجلس التعاقد** ."[1]إن أعراض الطرف الثاني أو إحجامه عن الرد خلال المدة الممنوحة لذلك يؤدي إلى سقوط الإيجاب ويسقط الإيجاب في حالتين :

أولا : يسقط الإيجاب الإلكتروني بعدول الموجب عنه

ثانيا : يسقط الإيجاب الإلكتروني لأسباب خارجة عن إرادة الموجب .

أولا: سقوط الإيجاب الإلكتروني بعدول الموجب عنه:

أعطت التشريعات ومن بينها القانون الجزائري،الحق الموجب بالعدول عن إيجابه في أي وقت ،طالما لم يرتبط به القبول ،وقد يتم ذلك صراحة بإعلانه عن عدوله بإحدى طرق التعبير الصريح ،فإذا كان موجها للجمهور يفترض أن يعدل عنه بنفس الطريقة التي أعلنه فيها لتحقيق علم الغير بسقوطه،وإلا تحمل الموجب مسؤولية الضرر الذي يلحق الغير بحسن النية ،وقد يتم العدول ضمنا ويمكن أن يسقط الإيجاب ضمنا أيضا بتكرار الإيجاب فهنا يبطل الإيجاب .[2]

يمكن للموجب أن يعدل عن إيجابه بشرط أن لايكون قد صدر قبول من الطرف الآخر ،وهو مايحدث في البيوع التي تتم عن طريق الأنترنت والتي من المتصور فيها أن يطرأ تغيير على أسعار البضائع والخدمات نتيجة إزدياد العرض أو الطلب عليها فيقوم المزود بتعديل إيجابه .[3]

ثانيا : سقوط الإيجاب الإلكتروني لسبب خارج عن إرادة الموجب : وذلك من خلال

– إذا رفض الإيجاب من قبل الطرف الثاني طبقا لنص المادة 64من القانون المدني الجزائري.

– إذا مات من صدر عنه الإيجاب أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره طبقا للمادة **62من القانون المدني الجزائري.**

[1]- مناني فراح ،المرجع السابق ،ص 79\80

[2]- لزعر وسيلة ،المرجع السابق ،ص 152

[3]- بن حسان أحمد،بن حسان عبد الرحمان ،التراضي في العقد الإلكتروني في التشريع الجزائري،مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ,تخصص قانون أعمال ،جامعة أحمد دراية ،أدرار ،سنة 2019\2020،ص42\43

_ إذا إنتهت مدة الإيجاب ولم يقترن بقبول **المادة 63ق م ج** بقولها :"إذا عين أجل للقبول إلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى إلى إنقضاء هذا الأجل ،وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة ."

– إذا عدل القبول من الإيجاب القائم أو قيده ،فيعد القبول الذي يغير الإيجاب إيجابا جديدا طبقا للمادة **66من ق م ج**

– إذا إنفض مجلس العقد دون حصول القبول.[1]

المطلب الثاني

القبول الإلكتروني

القبول الإلكتروني هو التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب يفيد موافقته على الإيجاب ،فهو بمثابة الإرادة الثانية للعقد وفي هذه الحالة لا ينعقد العقد إلا بإتفاق إرادتين،ويجب لكي ينتج القبول أثره في إنعقاد العقد أن يتطابق تماما مع الإيجاب ،وفي حالة ما إذا اختلف الإيجاب والقبول لا ينعقد العقد ويعتبر إيجابا جديدا وليس قبولا ،وهنا العقد لا ينعقد إلا بتلاقي الإرادتين .[2]

ويكون القبول كالإيجاب صريحا أو ضمنيا ، ويعد عدم الجواب قبولا حينما يكون العرض مختصا بتعامل كان موجودا بين الطرفين ويعد سكوت أحد الطرفين قبولا للشروط المعنية.وفي هذه الحالة ينبغي أن يكون القبول مطابقا للإيجاب في جميع المسائل وأن يكون هذا الإيجاب قائما.

وفيما يخص القبول الإلكتروني يتم التعبير عنه عبر تقنيات الاتصال الحديثة وهولا يختلف عن القبول التقليدي تنص **المادة 11 من قانون الأمم المتحدة النموذجي** بشأن التجارة الإلكترونية الصادر في **16\12\1996 على** أنه يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن القبول ،وأن العقد لا يفقد صحته أو قابليته للتنفيذ ويعتبر القبول الإلكتروني قد تم إذا تسلم مرسل الإيجاب قبولا غير مشروط للإيجاب خلال التوقيت المحدد.

[1]- مناني فراح ،المرجع السابق ،ص80

[2]- لزهر بن سعيد ،المرجع السابق ،ص 84

تنص المادة 10 من قانون 14\09\2002 البحريني المتعلق بالتجارة الإلكترونية على أنه يجوز التعبير عن إرادة القبول بالوسائل الإلكترونية.

من الناحية العملية ،يتم القبول في العقد الإلكتروني بمجرد الضغط على الزر المبين على شاشة جهاز الكمبيوتر وفي هذه الحالة يطرح التساؤل حول هذه الألية فهل هي كافية للتعبير عن إرادة قبول الإيجاب بمختلف شروطه .

في واقع الأمر إن هذه العملية المادية المتمثلة بالضغط على الزر ،يترتب عليها إعمال آلية نقل معلوماتية رقمية تترجم عن طريق برنامج خاص إلى اللغة مفهومة لتنقل إلى االموجب.[1]

الفرع الأول : تعريف القبول الإلكتروني

القبول الإلكتروني هو الذي يتم عبر وسائط إلكترونية من خلال شبكة الانترنت ،فهو قبول عن بعد ومن خلال ذلك فهو يخضع لذات القواعد والأحكام التي تنضم القبول التقليدي .ويعرف كذلك بأنه تعبير عن إرادة الطرف الآخر الذي تلقى الإيجاب يطلقه نحو الموجب ليعلمه بموافقته على الإيجاب .[2]

يعرف الفقه القبول بشكله التقليدي على أنه التصرف الذي بمقتضاه يعلن الموجب له عن إرادته بالموافقة على التعاقد أي من وجه إليه الإيجاب يعلن صراحة ، أو ضمنيا على موافقته على ما تم توجيهه إليه ، ويجب أن يصدر القبول والإيجاب لأن العقد لا ينعقد إلا بتلاقي الإرادتين والتوافق والتطابق بينهما.[3]

أما فيما يخص تعريف القبول الإلكتروني من الناحية القانونية نجد أن المشرع الجزائري قد أغفل عن وضع تعريف للقبول سواء التقليدي أو الإلكتروني وهذا مفعله مع الإيجاب أيضا حيث إكتفى فقط بذكر الوسائل التي يتم التعبير عن الإرادة ذلك في نص المادة 60 من القانون المدني الجزائري "ليس هناك شكلا محددا لتعبير عن الإيجاب فإنه ليس هناك أي

-[1] إلياس نصيف ،المرجع السابق ،ص96\97\98

[2] خالد ممدوح إبراهيم ،المرجع السابق ،ص340

[3] لزهر بن سعيد ،المرجع السابق ،ص 84

طريقة معينة لتعبير عن القبول يمكن التعبير عنه صراحة بالكتابة عبر الوسائل التقليدية ,أو الإلكترونية .[1]

عرفت إتفاقية فينا **سنة 1980** في مادته الثامنة على أنه يعتبر قبولا أي بيان أو أي تصرف آخر صادر عن المخاطب ،يفيد الموافقة على الإيجاب [2]

وكل إتصال عن بعد يتضمن توافقا تاما مع كل العناصر المشترطة في الإيجاب والتي وضعها الموجب ،بحيث ينعقد العقد بمجرد حصول هذا الإتصال .[3]

الفرع الثاني : طرق التعبير عن القبول في التعاقد الإلكتروني

كما قد يعد السكوت قبولا في بعض الأحيان ،إذا كان بناء على نص في القانون أو إتفاق الطرفين .يتم التعبير عن القبول بكل وسيلة لا تدع شكا لدى الموجب والتعبير بهذا المعنى قد يكون صريحا أو ضمنيا

أولا :التعبير الصريح

قد يتم القبول الإلكتروني بوسيلة مكتوبة ،عبر تقنيات الإتصال الحديثة وهو الأمر الذي يضفي نوعا من الثقة والطمأنينة ويمكن إثبات هذا القبول بورقة مكتوبة لقد أزال إستخدام تقنيات الإتصال الحديثة الطابع المادي عن التعبير عن القبول فغالبا ما يتم القبول عبر طرق ثلاثة : النقر على زر الموافقة ,عن طريق البريد الإلكتروني أو عن طريق المشاهدة [4]

- **النقر على زر القبول أو الفأرة** :غالبا ما يتم القبول الإلكتروني عن طريق ملئ إستمارة تتخذ شكل نموذج طلب معروض على الأنترنت ،حيث يقوم الشخص الموجه إليه الإيجاب بتدوين المعطيات الشخصية الخاصة به والتي تعتبر ضرورية في إبرام العقد ،في هذه الحالة يعتبر الشخص عن قبوله بإستخدام أيقونة الحاسوب وذلك بالضغط على الخانة المناسبة التي تفيد القبول ،ثارت العديد من الاختلافات حول وجهات النظر حول هذه الطريقة ومدى اعتبار هذه الأيقونة قبولا وهنا تثور الصعوبة عند غياب الدليل الكتابي بحيث أن هذه الوسيلة قد تتضمن

[1] نجاعي أمال ،موساوي لامية ، المرجع السابق ,ص26
[2] مرزوق نور الهدى،المرجع السابق ،123
[3] لزعر وسيلة ،المرجع السابق ،ص 156
[4]- مرزوق نور الهدى،المرجع نفسه ،ص 125

الكثير من الأخطاء قد يكون لمس الأيقونة على سبيل الخطأ أثناء استخدام الحاسوب ،أو من خلال سهو الأطفال ومن هذا المنطلق إتجاه الفقه إلى إتجاهات. [1]

الاتجاه الأول :يرى أصحاب هذا الرأي أن مجرد الضغط على الأيقونة يعتبر قبولا لأن تأكيد القبول إجراء لاحق ،لتبرد إلا على قبول قد وجد فعالا وهي وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة وأن ملامسة الأيقونة تعتبر إشارة دالة على القبول وخاصة أنه ينبه على المشتري أن الضغط عليها يعتبر قبولا وينعقد العقد [2]

الاتجاه الثاني :يرى الاتجاه الثاني الذي يؤكد أن مجرد الملامسة والضغط على الأيقونة المخصصة للقبول لمرة واحدة قد يكون على سبيل الخطأ وبالتالي لا يعطي اللآلئ على توافر القبول إذ يجب الضغط مرتين على الأيقونة **Double clik** حتى يتأكد القبول وينتج آثار قانونية ، والضغط مرتين على الأيقونة تتضمن عبارات التعاقد رسالة قبول نهائي من أجل تجنب خطأ اليد [3].

ثانيا :التعبير الضمني

إذا كان الأصل العام أن القبول يمكن أن يتم صراحة أو ضمنيا بقيام الموجب له ،القابل بأي تصرف أو عمل يفيد الموافقة على الإيجاب كتنفيذ العقد أو البدء في تنفيذه بمجرد تصافح الطرفين أو إنهاء مكالمة بعبارة مسموع شرط أن لا يشوب ذلك أي غموض ،وحسب البعض فإنه لا مانع من التعبير الضمني عن القبول الإلكتروني فعند تصفح الشخص ببريده الإلكتروني وإيجاده لرسالة بيع سلعة بثمن محدد فإن قيام هذا الشخص بإرسال الثمن إلى الموجب يعتبر قبولا ضمنيا للإيجاب وبذلك ينعقد العقد[4]

يتضمن التعبير الضمني عن القبول في العقد الإلكتروني تطبيقات على شبكة الانترنت مثال : قيام القابل بتحميل برامج إلكترونية أو عروض تجريبية مجانية على جهازه الشخصي ،حيث أن هناك العديد من الشركات البرامج الإلكترونية تتيح للزبائن المحتملين بعرض الدعاية

[1]- مرزوق نور الهدى،المرجع السابق ،ص 126
[2] المرجع نفسه ،ص 127
[3] - مرجع نفسه ,ص 127.
[4]- المرجع نفسه , ص 130.

،وحيث يعد قيام القابل بتحميل البرنامج على جهازه من دون أن يكتب أو يتلفظ هو من باب الدال على الرضا أي هو تعبير ضمني بالقبول .[1]

الفرع الثالث : صور القبول الإلكتروني

العقد الإلكتروني من الأمور التي استحدثت وإبرامه يتطلب قبولا يتم بطريقة إلكترونية والإيجاب الإلكتروني طرفا وصورا إلكترونية حديثة،فإنه للقبول الإلكتروني طرق تتلخص فيما يلي .

أولا :القبول عن طريق البريد الإلكتروني

يعد البريد الإلكتروني الأكثر شيوعا واستخداما من طرف المنتجين ،[2]القابل أن يعرض قبوله عبر البريد الإلكتروني ،وخاصة وإذا كان قد تلقى الإيجاب بنفس الطريقة فهنا حتما تعتبر رسالة إلكترونية قبولا صريحا للإيجاب الموجه إليه [3]والقبول عبر البريد الإلكتروني يمكن إعتباره قرينة قاطعة وواضحة لاشك فيها ،وهي تعتبر بالفعل عن إرادة القابل في التعاقد ،بشرط أن تكون موجهة بطريقة تضمن سلامتها وعدم تعرضها للتعديل أو الخطر.[4]

يكون القبول عبر البريد الإلكتروني مجرد وسيلة إرسال القبول مباشرة بمجرد النقر عبر الأيقونة الخاصة بذلك ويكون التعبير عن القبول في هذا الصدد عن طريق الإظهار الإلكتروني الذي يظهر بوضوح شكل التعبير عن إرادة المستهلك [5].

[1]- حميش هنية ،المرجع السابق ،ص 70
[2] مناني فراح ،المرجع السابق ،ص93
[3] نجاعي أمال ،موساوي لامية ،المرجع السابق ،ص 27
[4] يعتبر التعبير عن القبول من خلال البريد الإلكتروني أحسن طريقة للتأكد من إرادة القابل .
[5] عبد الحميد بادي،المرجع السابق ،ص 36

ثانيا :القبول من خلال صفحات الويب

يكون القبول الصادر عبر الحاسوب من خلال هذه التقنية إما على شكل رسالة إلكترونية ،وإما يأتي بعد الضغط على مؤشر "نعم "لمرة واحدة أو أكثر من مرة واحدة أي القبول مع التأكيد فأغلب التشريعات تشترط ضرورة النقر المزدوج (أي مرتين)على أيقونة القبول لكي ينتج القبول أثره القانوني .[1] وأن النقر مرة واحدة يرتب آثار قانونية ،قد يكون عن طريق السهو أو الخطأ أو قد يكون قام به الغير،وفي هذه الحالة يلجأ الموجب بهذه الطريقة التأكد من موافقة القابل على التعاقد والنقر مرتين دليل على موافقة القابل على إبرام العقد .[2]

يتخذ الموجب بعض الإجراءات اللاحقة لصدور القبول وهذه الإجابة على بعض الأسئلة التي توجه إلى القابل مثل : تحديد محل إقامته الذي يتعين إرسال المنتج إليه أو كتابة بعض البيانات على شاشة الحاسوب والهدف من هذه الإجراءات هو التأكد من القبول .[3]

وأن برنامج المعلومات الخاص والتعبير عن القبول يكون متضمنا ضرورة التأكيد ،ومع ذلك فهو لا يمنع انعقاد العقد بدونه وهنا يمكننا القول بأن الضغط على مؤشرا لقبول لمرة واحدة يعتبر قرينة على القبول ولكنها بسيطة غير قاطعة ،لأنها قد تفيد السهو أو الخطأ والنقر مرتين دليل قاطع .[4]

ثالثا :القبول في المعاملات الإلكترونية المؤتمتة

المعاملات الإلكترونية المؤتمتة هي تلك المعاملات التي لا تقبل التدخل البشري فيها ،إنما تتم عن طريق برامج إلكترونية معدة مسبقا للقيام بمهمة معينة وهذه البرامج مزودة بمعلومات محددة مثال ذلك :رغبة أحد الأشخاص في حجز تذكرة سفر لدى إحدى شركات الطيران فما عليه إلا أن يدخل إلى موقع الشركة على شبكة الانترنت ويطالع مواعيد الرحلات والأماكن الشاغرة ،حيث يطلب حجز مقعد في رحلة يحددها هوا ،ويطلب منه سداد القيمة وبمجرد تمام تحويل القيمة عن طريق عملية البضع الإلكتروني تضهر له عبارة **ok**.[5]

[1] نجاعي أمال ،موساوي لامية ،المرجع السابق،ص 28
[2]- لزهر بن سعيد،المرجع السابق،ص88
[3]- نجاعي أمال ،موساوي لامية،المرجع نفسه،ص28
[4] -لزهر بن سعيد،المرجع نفسه , ص88\89
[5] -مناني فراح ،المرجع السابق،ص95

وذلك بمجرد الضغط عليها يستطيع الحصول على صورة من تذكرة السفر عن طريق الحاسوب الشخصي [1]من خلال هذا المثال أن التعبير عن القبول تم عن طريق الحاسوب الآلي المزود بمعلومات محددة وبرامج خاصة قادرة على إنجاز المعاملة بمجرد أن يطلب منها ذلك دون تدخل بشري .[2]

يرى الفقه أن التعبير عن القبول في مثل هذه المعاملات ينسب إلى الشخص الطبيعي أو المعنوي وأنه هو الذي قام ببرمجة هذا النظام بشكل جعله يرسل الرسائل المعبرة عن قبول ذلك الشخص بحسب إرادته. [3]

إلا أن الفقه يرى بأن سريان هذا التصرف في حق الموجب يفترض إثبات علمه بأن القبول صدر عن طريق النظام الإلكتروني المؤتمن .[4]

الفرع الرابع : شروط القبول الإلكتروني

لا يتم العقد إلا باكتمال الرضا،ولا يكتمل الرضا إلا باتفاق الإرادتين وتطابقهما تطابقا تاما لأن الإيجاب يمثل الخطوة الأولى في العقد أي الرضا وهناك عدة شروط للقبول الإلكتروني نذكر منها:

أولا :أن يطابق القبول الإيجاب

أن يكون القبول مطابقا للإيجاب وهو شرط أهم في القبول لأن مطابقة القبول للإيجاب هي الأساس في إبرام العقد، وبعبارة آخري هي الرضا؛ويجب ألا يتضمن القبول أي زيادة عن الإيجاب أو تعديلا فيه،وإلا أعتبر القبول في هذه الحالة إيجابا جديدا واستنادا لنص المادة **60 من القانون المدني الجزائري** [5]

[1] - مناني فراح, المرجع السابق،ص 95
[2]- المرجع نفسه ،ص95\96
[3]- نجاعي أمال،موساوي لامية،المرجع السابق،ص29ظ
[4]- مناني فراح،المرجع نفسه ،ص96
[5]- لزعر وسيلة،المرجع السابق،159

ولتطبيق ذلك عبر شبكة الانترنت لا بد من التمييز بين تحقيق المطابقة من خلال البريد الإلكتروني أو لا ثم تحقيقا من خلال مواقع الويب[1] .

وأن أغلب العقود التي تبرم عبر شبكة الانترنت لا تتم عبر تبادل رسائل البريد الإلكتروني،بل يتم إبرامها بين مواقع الويب الإلكترونية،وبين جمهور مستخدمي الشبكة عبر نماذج العقود التي تطرحها هذه المواقع ،حيث تتضمن بنودها كافة المسائل الجوهرية التفصيلية التي يراها صاحب موقع الويب مناسبة له ،وليس أمام المتعاقد إذا ما رغب بالتعاقد إلا الضغط على خانة القبول في هذا العقد معبرا عن قبوله بالتعاقد وفي هذه الحالة يكون قبوله مطابق للإيجاب مطابقة تامة في كافة المسائل الجوهرية التفصيلية .[2]

إذا إقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه أعتبر رفضا يتضمن إيجابا جديدا وهو ما نصت عليه **المادة 66 من القانون المدني الجزائري** على أنه :"لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا ."

ثانيا : صدور القبول والإيجاب مازال قائما

لكي يتحقق التطابق الكامل بين الإيجاب والقبول لابد أن يكون صدور القبول في لوقت الذي يكون فيه الإيجاب مازال قائما،فإذا تم القبول بعد زوال الإيجاب سقوطه أو انتهاء المدة الملزمة أو بعدول الموجب عنه لا يتم العقد،وذلك لعدم توافق بين الإيجاب والقبول. [3]

يتطلب هذا الشرط أن يصدر القبول عن إرادة حرة صحيحة ،وذلك في الفترة التي يكون الإيجاب لازال قائما ،[4]وفي ضوء ما تقدم يتضح أن الإيجاب الوجه عبر شبكة الانترنت يجب أن يكون القبول فوري من الطرف الآخر وقبل الانتهاء من المحادثة وإن لم يبدي الموجب رغبته في قبول التعاقد أثناء المحادثة وقبل الانتهاء منها يسقط الإيجاب ويعتبر كأن لم يكن،أما إذا كان الإيجاب عبر موقع على الانترنت وكانت هناك مدة لإيجابه،فإن القبول يجب أن يرتبط بهذه المدة بحيث إذا وجد القبول بعد انتهائها فإنه يولد ميتا ،لأن الإيجاب سقط بانتهاء المدة .[5]

---

[1] - لزعر وسيلة , المرجع السابق،ص160

[2]- المرجع نفسه،ص160

[3]- المرجع نفسه ،ص160

[4]- عبد الحميد بادي،المرجع السابق،ص34

[5]- المرجعه نفسه, ص 33_34

ثالثا :أن يكون القبول باتا وجازما

أي أن تتجه فيه إرادة القابل إلى الإلتزام بالعقد ؛فالقبول هو تعبير عن الإرادة تماما كالإيجاب،وعليه يجب أن تكون هذه الإرادة جازمة متجهة إلى تكوين العقد والإلتزام به ،وذلك دون أن يتضمن أي تحفظ ولا يختلف ذلك كله عما هو موجود في القواعد العامة في التعبير عن القبول. [1]

إن القبول مثل الإيجاب تماما يجب أن يكون جازما متجها إلى تكوين العقد والإلتزام به،بمعنى أن يتضمن القبول نية قاطعة ممن صدرت منه تنص على عناصر الإيجاب بقصد إنشاء العقد.[2]

الفرع الخامس : العدول عن القبول الإلكتروني

وفقا للقواعد العامة فإن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو لأسباب التي يقررها القانون ،[3]فمتى تم التقاء الإيجاب بالقبول وقام العقد فإن تنفيذه يصبح ملزما ولا رجعة فيه .

إلا أن هناك استثناء من هذه القاعدة حولت بعض قوانين المستهلك حق إرجاع البضاعة خلال فترة معينة دون حاجة إلى وجود عيب من عيوب ومن هذا المنطلق نتساءل ما مضمون هذا الحق وما أساسه من القانون .[4]

أولا :مضمون الحق في العدول

يستطيع القابل من خلال الإطلاع على مضمون الإيجاب والتعرف على ملائمته لاحتياجاته الفعلية ومن ثم تعليق إبرام العقد على صدور الإرادة الواعية والمستنيرة منه ،وأن في العقود المبرمة إلكترونيا لا يسمح القابل أن يحكم بدقة على محل العقد مهما كانت أمانة الموجب له ،منح القابل رخصة عن العقد خلال مدة معينة تبدأ من تاريخ تسليمه لمحل العقد [5].

[1]- لزعر وسيلة،المرجع السابق،ص161
[2] -مرزوق نور الهدي،المرجع السابق،ص149
[3]- خالد ممدوح إبراهيم،المرجع السابق،ص347
[4] -مرزوق نور الهدي،المرجع نفسه،ص137
[5] - المرجع نفسه,ص 139.

نظم الاتجاه الأوروبي الخاص بحماية المستهلك بشأن التعاقد عن بعد حق المستهلك في العدول في مادته السادسة إذا منحت للمستهلك حق الرجوع عن قبوله في مدة 06 أيام عمل وبدون إعطاء أي سبب ،أو حتى بدون أن يتعرض لأي جزاء.[1]

في حين أن المشرع الفرنسي أجاز في التعاقد الإلكتروني إمكانية إرجاع المنتج واستبداله خلال فترة **07 أيام** من تاريخ استلامه من دون مقابل فيما عدا مصاريف النقل وبدون إبداء الأسباب ومدة **07 أيام** تشمل أيام العمل فقط وليس من بينها أيام السبت والأحد وتبدأ من تاريخ تسليم السلعة .في حين أن المشرع الفرنسي لا يطبق هذا الحق بالنسبة للخدمات بل إقتصره على المنتجات المادية ،و إتفق القانون الفرنسي والأوروبي على مبدأ الحق في العدول.[2]

وأن الحق في العدول ليس مطلقا ،بل هناك بعض العقود التي لا يحق للمستهلك أن يعدل عن قبولها فيها مثل :تنزيل برنامج موسيقي من شبكة الانترنت

ثانيا :الأساس القانوني للعدول

أختلف الفقه حول تكييف حق العدول ،إذا يرى الكثير من الفقهاء أن حق العدول في العقود الإلكترونية مستمدين ببعض الأنظمة القانونية مثال :البيع بشرط التجزئة أو البيع المعلق على شرط واقف ،في حين يرى جانب آخر من الفقه أن هذا الحق يمكن من فسخ العقد الذي ارتضاه المستهلك على عجالة وهو يعتبر انتهاكا لمبدأ سلطان الإرادة على العقود .[3]

[1] - مرزوق نور الهدى , المرجع السابق ,ص139\140

[2]- خالد ممدوح إبراهيم،المرجع السابق،ص347\348

[3] - مرزوق نور الهدى , المرجع نفسه,,ص140.

الفصل الثاني

صحة التراضي الإلكتروني

الفصل الثاني

صحة التراضي الإلكتروني

تحتل عيوب الإرادة مكانة كبيرة في إطار العقد الإلكتروني , فبالإضافة إلى أن طبيعة هذا العقد تقتضي أن يبرم عن بعد بين المتعاقدين و طبيعة تقنيات الإتصال الحديثة بما طرأ عليها من تطور جعلها في غاية الدقة و الإتقان , إلا أنها مع ذلك تتسم بالتعقيد و التركيب

فبما أن العقد الإلكتروني ينعقد عن بعد بين متعاقدين ينتمي كل منهما إلى دولة غير دولة الطرف الأخر , الأمر الذي أثار العديد من الصعوبات و التي من بينها التحقق من أهلية المتعاقدين و كذا التحقق من وجود إرادتهم و سلامتها من عيوب الإرادة , إضافة إلى التحقق من جدية هذه الأخيرة في التعاقد ,لاسيما و أن هذه المعاملات نجدها تتم عبر تقنيات الإتصال الحديثة في بيئة إفتراضية لا تعرف لا حدود سياسية و لا جغرافية مما يجعل المتعاقد غير خاضع لأي سلطة , وهذا ما يفسح المجال الواسع أمام المعاملات غير المشروعة .

و لكي يكون العقد الإلكتروني صحيحا , لا بد أن تكون الإرادة قد صدرت من شخص كامل الأهلية و ألا تكون مشوبة بعيب من عيوب الإرادة , و لهذا يجب علينا التفريق بين عيب يصيب الإرادة وبين إنعدام الإرادة أصلا فما يصدر عن المجنون أو المعتوه أو الصبي غير البالغ لا يعتبر إرادة سليمة و لا ينتج أي أثر , أما الإرادة المعيبة فهي بحسب الأصل صادرة ممن توافرت لديه أهلية الأداء و مع ذلك فقد لحق بإرادته عيب يضعف أثرها و يجعل العقد قابل للإبطال .

وقصد بيان أهم الصعوبات التي تعترض التعبير عن الإرادة , قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين رئيسيين و هم على النحو التالي:

المبحث الأول: الأهلية في عقود التجارة الإلكترونية.

المبحث الثاني: عيوب الإرادة في القانون المدني وعقود التجارة الإلكترونية.

المبحث الأول

الأهلية في عقود التجارة الإلكترونية

كما سبق القول فإنه يشترط لصحة العقد أن تتوافر لدى طرفيه الأهلية القانونية اللازمة لإبرامه و لئن كان التحقق من هذا الأمر سهلا في العقود التقليدية التي تتم بين حاضرين , فإن الأمر يختلف في العقود الإلكترونية التي تنعقد عن بعد فيبدوا الأمر عسيرا ,و المشكلة في هذا النوع من العقود الحديثة التي تبرم من خلال الأنترنت أو الهاتف النقال , أنه لا توجد وسيلة للتحقق من البيانات التي يتم إدخالها , فالإثنان يتعاملان من خلال شاشة , و إمكانية الغش والخداع و تقمص صفات أخرى أكبر بكثير في هذه النوعية من العقود ,و هو ما لا يوفر عنصر الأمان للتجار.

و في ضوء ذلك نتناول مفهوم الأهلية و خصوصيتها في التعاقد الإلكتروني **(المطلب الأول)**, لننتقل بعد ذلك إلى وسائل و طرق التحقق من الأهلية في عقود التجارة الإلكترونية **(المطلب الثاني)** .

المطلب الأول

مفهوم الأهلية في التعاقد الإلكتروني

كي يكون العقد صحيحا ينبغي أن يصدر التعبير عن الإرادة من شخص يعتد القانون بأهليته , نظرا لأن العقد الإلكتروني يتم عن بعد من دون حضور مادي للمتعاقدين فبالتالي يصعب على كل من المتعاقدين التأكد من شخصية المتعاقد الأخر و كذا التحقق من أهليته ,وهو ما لا نجده بصدد العقود التقليدية التي تتم في مجلس عقد واحد بحضور طرفي العقد ,ناهيك عن سهولة التحقق من شخصية المتعاقدين هذا من ناحية و التحقق من أهليتهما من ناحية أخرى , وهو ما يدفعنا للوقوف على بيان تعريف الأهلية و كذا بيان أقسامها و مراحلها.

الفرع الأول : تعريف الأهلية

في الحقيقة لا يوجد تعريف واحد للأهلية فلقد تعددت التعاريف لها نذكر منها :

أولا : التعريف اللغوي

يقال فلان أهل لكذا أي "صالح له "[1], و يقال الأهلية للأمر بمعنى الصلاحية له , وقيل عنها بأنها صلاحية الإنسان لصدور الشيء عنه أو طلب منه و قبولة إياه .و الأهلية مؤنث الأهلي , و يقال فلان أصل له و جدير به بإضافة إلى أن الأهلية هي القدرة ,اذ يقال فلان أهل للإكرام , أي يكون مستحق له و فلان أهل للقيام بهذا البلد أي من المستوطنين فيه . [2]

ثانيا : التعريف الاصطلاحي

الأهلية هي صفة يقدرها الشارع في الشخص و تجعلة صالحا لأن تثبت له الحقوق وتحمل الالتزامات و مباشرة التصرفات القانونية .[3]

---

[1]-علاء محمد علي الفواعير , مدى إنطباق التراضي على العقود الإلكترونية "دراسة مقارنة " ,أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص , كلية القانون ,جامعة عمان العربية , عملن ,2012, ص 137.

1-محمد هادي فرج الفهداوي ,الأهلية القانونية للتعاقد في البيئة الإلكترونية "دراسة مقارنة " , رسالة لنيل شهادة الماجستير , تخصص قانون الخاص , كلية الحقوق , جامعة الشرق الأوسط , عمان , 2020, ص 16.

[3]-علاء محمد علي الفواعير , المرجع نفسه, ص137.

ثالثا : التعريف القانوني

هي صلاحية الشخص لكسب الحقوق و تحمل الإلترامات و مباشرة التصرفات القانونية, التي من شأنها أن ترتب له هذا الأمر أو ذاك.[1]

كما عرفت كذالك :"صلاحية الشخص الطبيعي لإكتساب الحقوق و استعمالها على وجه الاستئثار ,مع تحمل الالتزامات المترتبة عليه تجاه الغير ".[2]

الفرع الثاني : أنواع الأهلية

الأهلية بوجه عام كما أشرنا هي قدرة الشخص على مباشرة شخصيا التصرفات القانونية بما يترتب عليها من حقوق و واجبات, و يميز الفقهاء بين أهلية الوجوب و أهلية الأداء و على هذا النحو فإن **الأهلية القانونية نوعان :** أهلية الوجوب و أهلية الأداء .

أولا :أهلية الوجوب

يعرفها علماء أصول الفقه الإسلامي بأنها صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له و علية,و أهلية الوجوب بهذا التعريف هي في الواقع الشخص ذاته منضورا إليه من الناحية القانونية ,فالشخص سواء كان طبيعيا أو اعتباريا إنما ينظر إليه القانون من ناحية أنه صالح لأن تكون له حقوق و عليه واجبات[3] .

تثبت هذه الأهلية من وقت ميلاد الإنسان ,بل و قبل ذالك من بعض الوجوه عندما يكون جنينا إلى وقت موته ,بل و بعد ذلك إلى حين تصفية تركته و سداد ديونه ,و كذا الشخص الإعتباري شخص قانوني تتوافر فيه أهلية الوجوب لأن الشخصيه الاعتبارية ليست في الواقع إلا القابلية لإمتلاك الحقوق و تحمل الواجبات .[4]

---

[1]-محمد صبري السعدي,المرجع السابق,ص125.
[2]-لزعر وسيلة ,المرجع السابق , ص 72.
[3]- عبد الرازق أحمد السنهوري,الوسيط في شرح القانون المدني الجديد,نظرية الإلتزام بوجه عام (مصادر الإلتزام),ط 3,منشورات الحلبي للنشر و التوزيع,2000,ص283..
[4]-المرجع نفسه,ص284.

فإذا انعدمت أهلية الوجوب انعدمت الشخصية معها و ذلك كالجنين يولد ميتا و كالميت بعد سداد ديونه ,و كجماعة من الناس ليست لهم شخصية معنوية و كالشركة بعد أن تصفى وغيرها.[1]

ثانيا :أهلية الأداء

هي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية ,و مناط أهلية الأداء هو التمييز,فإذا كان الشخص فلقد التمييز تماما ,تكون أهليته معدومة و إذا كلن غير مستكمل للتمييز يكون نلقص الأهلية ,و لا يكون كامل الأهلية إلا إذا استكمل جميع عناصر التمييز و التقدير.[2]

تفترض أهلية الأداء توافر أهلية الوجوب أما أهلية الوجوب فلا تفترض توافر أهلية الأداء.[3]

إن ما يهمنا في مجال دراستنا هي أهلية الأداء ,فالأصل في الشخص أن يكون كامل الأهلية ما لم يسلبه القانون أهليته أو يحد منها و لكون التعاقد الإلكتروني يتم عن بعد مما لا يسمح بالتحقق من شخصية كلا المتعاقدين و لا التثبيت من الهوية الحقيقية و الأهلية اللازمة لمباشرة التعاقد .[4]

تثور هنا إشكالية التحقق من أهلية المتعاقد الأخر على الشبكة و التي قد تعرض التاجر لمخاطر التعاقد مع ناقصي الأهلية او مع فاقديها بسبب أحد العوارض ,و لما كان التصرف القائم مع ناقصي أو فاقدي الأهلية قد يعرض التصرف القانوني للبطلان برمته ,فإن الأصل أن يكون التعامل عبر شبكة الأنترنت قائما على مبدأ حسن النية من طرفيه بحيث يلتزم كل منهما بالإفصاح عن بياناته كلها كاملة مسبقا .[5]

هذا ما سنوضحه و نقوم بالتوسع فيه في **الفرع الرابع** المتضمن خصوصية الأهلية في التعاقد عبر الأنترنت أو تقنيات الإتصال الحديثة.

---

[1] - عبد الرازق أحمد السنهوري , المرجع السابق,'ص284.
[2] -محمد صبري السعدي,المرجع السابق ,ص153.
[3] -بن حسان أحمد, بن حسان عبد الرحمان , المرجع السابق ,ص 29.
[4] -لزهر بن سعيد,المرجع السابق,ص94.
[5] -ازهر بن سعيد ,المرجع نفسه , ص 94_95.

الفرع الثالث :مراحل الأهلية

إن أهلية الأداء تتأثر بالمراحل الزمنية التي يمر بها الإنسان منذ ولادته, إلى غاية وفاته فالإنسان منذ ولادته يمر بثلاث مراحل هي :

أولا : مرحلة الصبي الغير المميز

تبدأ هذه المرحلة منذ ولادة الطفل إلى غاية بلوغه سن ثلاثة عشر سنة ,و تعتبر جميع تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا نظرا لإنعدام أهليته[1] ,هذا ما نصت عليه **المادة 42 ق م ج** "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن,أو عته, أو جنون .

يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة "[2]

يترتب على هذه المرحلة عدم تمتع الصبي غير المميز بأهلية الأداء ,حيث ليس لهذا الصبي حق التصرف في ماله ,و تكون جميع تصرفاته باطلة سواء أكانت ضارة به أو نافعة له نفعا محضا أو دائرة بين النفع و الضرر ,كما أن هذه التصرفات لا تصححها إجازة ,و قد نصت على ذلك **م 82 ق أ ج** "من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 ق م تعتبر جميع تصرفاته باطلة "[3]

و الذي يتولى مباشرة التصرفات عن الصغير قانونا :الولي أو الوصي و قد نصت على ذلك **م 81 ق أ ج**"من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن,أو جنون أو عته,أو سفه,ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون"[4]

ثانيا : مرحلة الصبي المميز

تكون من وقت بلوغ سن الثالثة عشر سنة حتى بلوغ سن الرشد و تثبت له أهلية أداء ناقصة و هذا ما نصت عليه **م 43 ق م ج**[5] , و تكون التصرفات المالية له صحيحة متى

---

[1]-رمضان أبو السعود ,مصادر الإلتزام , الطبعة الأولى ,دار المطبوعات الجامعية لنشر و التوريع, الإسكندرية ,2007, ص 105.

[2]- م 42 ق م ج.

[3] -محمد صبري السعدي,المرجع السابق,ص155.

[4] - المرجع نفسه ,ص 155.

[5] - المرجع نفسه,ص155.

كانت نافعة له نفعا محضا و باطلة متى كانت ضارة به ضررا محضا ,أما التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر فإنها تكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر و يزول حق التمسك بالإبطال بإجازتها من القاصر بعد بلوغ سن الرشد, أو إجازتها من الولي أو الوصي إذا كانت تدور بين النفع و الضرر و في حال حدوث نزاع يرفع الأمر للقاضي [1] ,هذا ما أجازته **المادتين 83 و84 من ق أ ج** نصت **المادة 83**"من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد طبقا **للمادة 43 من ق م** تكون تصرفاته نافذة إذا كانت مترددة بين النفع و الضرر و في حالة النزاع يرفع الأمر للقاضي"و المادة 84 بنصها "للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرفات جزئيا أو كليا في أمواله , بناءا على طلب من له مصلحة و له الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك" [2].

ثالثا:مرحلة بلوغ سن الرشد

و هي مرحلة كمال الأهلية و تتم ببلوغ سن الرشد بحيث نجد أن سن الرشد يختلف من دولة إلى أخرى نجده في القانون المصري و الفرنسي واحد و عشرون سنة بينما في القانون المدني الأردني و السوري ثمانية عشر سنة , أما المشرع الجزائري فقد حدد هذا السن بتسعة عشر سنة كاملة [3],هذا ما يستنتج من نص **المادة 40 ق م ج** بنصها "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية, و لم يحجر عليه, يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقة المدنية .

و سن الرشد تسعة عشر (19)سنة كاملة"[4]

يستنتج من نصت المادة أن كمال الأهلية ترتبط بشرطين هما :

1. بلوغ سن الرشد تسعة عشر سنة : يبدأ إحتساب هذا السن من تاريخ ميلاد الشخص إلى غاية إتمامه لهذا السن ,و يقع عبئ إثبات سن الرشد على من يدعيه .

[1]-لزعر وسيلة ,المرجع السابق ,ص 74.
[2]-أمر رقم 84_11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 ه الموافق ل 09 يونيو 1984 م ,المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم بالأمر رقم 05_02 المؤرخ في 27 فبراير 2005,الصادر بالجريدة الرسمية عدد 15,الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005م.
[3]-لزعر وسيلة ,المرجع نفسه,ص 75.
[4]- م 40 ق م ج .

2. تمتع الشخص بالقوة العقلية : بمعنى أن لا تكون أهليته مصابة بعارض من عوارض الأهلية و هي الجنون ,العته ,السفه و الغفلة .

و يترتب على توفر هذين الشرطين تمتع الشخص بأهلية الأداء [1].

و منه نستنتج أن الأهلية تعتبر من الشروط الأساسية على الإطلاق لصحة التراضي في العقد بصفة عامة ,لا سيما في مجال العقود الإلكترونية التي تبرم عن بعد و تعد من المسائل المهمة نظرا لكون التعاقد الإلكتروني يقتضي أن يكون صحيحا ,ووجب أن يكون التعبير عن الإرادة من شخص ذات أهلية ,لكننا في هذا الصدد تواجهنا الكثير من الصعوبات كون التأكد من الأهلية أمر في غاية الصعوبة في هذا النوع من العقود كونها تتم عن بعد[2].

كما أننا نلاحظ في الواقع العملي أن أغلب المتعاملين عبر الأنترنت من ناقصي الأهلية أو فاقديها و يظهرون في أغلب الاحوال بمظهر الراشدين و هو ما يقتضي إيجاد حماية قانونية لهذه الفئة المتعاقدة عبر الأنترنت .[3]

الفرع الرابع : خصوصية الأهلية في التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة

يصعب في العقد الإلكتروني التأكد من شخصية المتعاقد الأخر و أهليته ,و ذلك لأن التعاقد يتم عن بعد و من دون حضور مادي للمتعاقدين ,فضلا على أن عدد كبير ممن يشغل مواقع التواصل و مستخدمي الأنترنت هم من المراهقين و صغار السن ,و كثير منهم نجدهم يستخدمون بطاقات مصرفية لأبائهم في التعاقد مع تاجر حسن النية ,كما قد نجد شخصا يقوم بالتعاقد على سبيل اللعب و العبث و اللهو مع شخص أخر مما يثير صعوبات عبر وسائل الإتصال الحديثة و لا سيما الأنترنت ,هذا ما حدا ببعض الفقة بالقول بأنه ينبغي معالجة مشكلات الأهلية في التعاقد الإلكتروني و ذلك عن طريق التوسع في الأخذ بنظرية الظاهر (**théorie de l'apparence**), و ترجيح مصلحة المهنين تطبيقا لهذه النظرية [4]

[1]-لزعر وسيلة ,المرجع السابق, ص 35.
[2] -المرجع نفسه,ص 35.
[3] -المرجع نفسه ,ص76.
[4]-إلياس نصيف , المرجع السابق ,ص 125.

مثلا إذا إختلس القاصر بطاقة الاعتماد المصرفي الخاصة بأحد والديه و استخدمها في التعاقد مع تاجر حسن النية عبر الانترنت فيحق هنا لهذا التاجر أن يدلي بأن القاصر بإستخدامه هذه البطاقة قد توفرت في صاحبها مظهر الشخص الراشد ,و بالتالي يكون من مصلحة الأباء و الأوصياء مراقبة إستعمال أبنائهم القاصرين لتقنيات الإتصال الحديثة (الأنترنت) فضلا على بطاقاتهم السرية و الرقم السري الخاص بهم [1] .

فنظرا لطابع الخاص للعقد الإلكتروني ,فإن ناقصي الأهلية متى اتخذ مظهر الشخص البالغ الراشد ,و كان المتعاقد الأخر عبرا لشبكة غير عالم بهذه الحالة فإنه ينبغي حماية هذا المتعاقد إعمالا لنظرية الوضع الظاهر السابقة الذكر ,و ذلك لتوفر الثقة و الأمان لدى المتعاقدين عبر الشبكة و حفاظا على استقرار المعاملات الإلكترونية ,و حتى لا يتفاجأ المتعاقد حسن النية ببطلان العقد لسبب لا يعلمه.[2]

و من ناحية أخرى نشير إلى أن قواعد المسؤولية المدنية التي عرفتها معظم القوانين قد إعترفت بمسؤولية الإنسان عن فعل غيره بسبب علاقته التبعية أو الرقابة على الإبن القاصر[3].

و عليه فإن دخول القاصر على شبكة الأنترنت بكل حرية يلزم على الأهل مسؤولية مراقبة تصرفات أبنائهم و تحمل تبعاتها و ما ينتج عنها ,و لتغلب على هذه المشكلة تم الأخذ بنظرية الوضع الظاهر لحماية المتعاقد حسن النية ,فيجوز للتاجر أو مقدم الخدمة أن يتمسك أن القاصر توفرات به مظهر الشخص الراشد فيتحمل القاصر أو وليه المسؤولية القانونية من هذا الضرر [4].

لقد قضت قوانين شمال أمريكا في هذا الشأن بأحقية من تعاقد مع القاصر بحسن نية في أن يرجع على هذا الأخير بالتعويض و ذلك استنادا لأحكام المسؤولية التقصيرية ,وهي نفس القاعدة التي أخذ بها المشرع الإماراتي في نص **المادة 175 من قانون المعاملات المدنية** بنصها " إذا لجأ ناقص الأهلية إلى طرق إحتيالية لإخفاء نقص الأهلية لزمه التعويض ".

---

[1]- لياس نصيف , المرجع السابق, ص 125.
[2] - المرجع نفسه, ص 125.
[3]- لزهر بن سعيد ,المرجع السابق ,ص 98.
[4]- بوقراط أحمد , المرجع السابق ,ص 108.

في حين إستند بعض الفقهاء الفرنسيين في حماية المتعاقد حسن النية مع القاصر إلى نظرية الوكالة ,معتقدين في إمكانية اعتبار القاصر الذي يبرم عقدا عن بعد بمثابة وكيل عن أبويه بمقتضى و كالة ضمنية [1]

أما القانون الإنجليزي فإن الأصل هو أن للقاصر أهلية إبرام عقود الضروريات و العقود التي تتمخض عن منفعة له .[2]و ما عدا ذلك فإنه يكون باطلا أو قابلا للإبطال ,إذ أنه إذا ارتكب ناقص الأهلية غشا بأنه أقر للبائع بسن أكبر من سنه الحقيقي , فإنه يكون للتاجر في هذه الحالة الحق في إسترداد البضاعة إذ لم يكن من الضروريات ,و يبقى هذا الحق قائما طالما ظلت البضاعة في حوزت القاصر و كان من الممكن تحديد ذاتيتها ,بيد أنه لا يجوز للتاجر الرجوع على ناقص الأهلية بالعقد بصورة غير مباشرة. ففي هذا الشأن نجد أن القضاء الإنجليزي فرق بين أمرين هما :

العقد البسيط: الذي يبرمه القاصر عبر تقنيات الإتصال الحديثة كما لو إشترى كتابا مثلا, فمثل هذه العقود لا تبطل لأنها ذات قيمة صغيرة **أما العقود ذات القيمة الكبيرة** : كما لو إشترى سيارة أو عقارا تبطل لمصلحة القاصر حتى لو تضرر منها التاجر [3].

أما المشرع الأردني فقد نص في **مادته 134 من القانون المدني الأردني** "يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد.

غير أنه إذا لجأ إلى طرق إحتيالية لإخفاء نقص أهليته لزمه التعويض. "[4].

وفي القانون التونسي **رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات و التجارة الإلكترونية** فإنه وفقا لنص المادة **25** منه يلزم عند إبرام العقد الإلكتروني الإفصاح عن الهوية بطريقة واضحة و مفهومة [5] .

---

[1]- أيمن مصطفى أحمد محمد,التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية في ضوء تشريعات دولة الإمارات العربية المتحدة ,مجلة الفكر الشرطي العدد 91,,كلية الحقوق , جامعة أسيوط ,مصر , 2014, ص 240 _241.

[2] - إلياس نصيف ,المرجع السابق ,ص 126,

[3]-المرجع نفسه ,ص 126.

[4]-المرجع نفسه , ص 127.

[5]-لزعر وسيلة ,المرجع السابق ,ص 78

أما المشرع الجزائري فبالرغم من إصداره **لقانون التجارة الإلكترونية رقم 18_05** إلا أنه لم يورد فيه ما ينظم أحكام أهلية المتعاقدين في مجال التصرفات المبرمة عبر شبكة الأنترنت ,مما يجعلها خاضعة للأحكام الواردة في القانون المدني الجزائري ,.و رجوعا **للقانون 18_05** و بإستقراء نصوص هذا القانون نجد أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على أهلية المتعاقدين (المورد و المستهلك الإلكتروني),إلا أننا نستخلص من نص **المادة 5** منة بأن المورد الإلكتروني هو " كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو إقتراح توفير السلع أو الخدمات عن طريق الإتصالات الإلكترونية ".[1]

و **المادة 8 فقرة 1** من ذات القانون والتي جاء فيها " يلزم كل مورد أو حرفي يوفر سلعة أو خدمة عبر الأنترنت بالتسجيل في السجل التجاري ".

كما ألزم هؤلاء أن يوفروا في مواقعهم الإلكترونية وسائل تسمح بالتأكد من هوية الموردين ومن أهليتهم ,أما فيما يتعلق بالمستهلك الإلكتروني فلم يورد المشرع أي نص يتعلق بأهليته , الأمر الذي يدفعنا بالرجوع إلى القواعد العامة في تحديد أهليته و مدى صحة تصرفاته [2]

ومن هنا يظهر لنا أن ناقص الأهلية إذا أبرم عقدا و إتخذ مظهر البالغ و الكامل الأهلية و كان من يتعاقد معه عبر الأنترنت حسن النية و غير عالم بذلك فإنه علينا حماية المتعاقد حسن النية و هذا عملا بنظرية الظاهر التي ذكرناها سابقا ,و ذلك لتوفر الثقة و الأمان لدى المتعاقدين عبر تقنيات الإتصال الحديثة .

[1]- -لزعر وسيلة ,المرجع السابق, ص79.
[2] - المرجع نفسه, ص79.

المطلب الثاني

وسائل التحقق من الأهلية في عقود التجارة الإلكترونية

لإنعقاد العقد الإلكتروني صحيحا يتوجب على أطراف المعاملة التدقيق في مسألة الأهلية بأية وسيلة كانت ,و ذلك لإحتمال وجود بيانات غير صحيحة من طراف أحد المتعاقدين عبر الشبكة .

الشيئ الذي يأثر بالتأكيد على صحة العقد و يهدده بالإنهيار ,بحيث نجد أنه يكون من السهل التحقق من أهلية التعاقد في العقد التقليدي عموما ,لأنه تعاقد بين حاضرين في مجلس عقد حقيقي أين يستطيع كل طرف التأكد من شخصية و أهلية الطرف الأخر من خلال الإطلاع على وثائق ثبوت الشخصية (بطاقة التعريف مثلا) أو من خلال الإطلاع على السجل التجاري للشخص المعنوي (الشركة). إلا أنه في التعاقد الإلكتروني فيكون من العسير التأكد من هوية و أهلية الطرف الأخر إذ يكون من السهل لأي شخص الدخول إلى شبكة الأنترنت ويدعي أحد المتعاقدين من خلالها أنه ذو أهلية في حين أنه على غير ذلك.

و من هنا إستوجب الوضع البحث عن وسيلة لضمان التحقق من أهلية المتعاقد الإلكتروني من خلال إجراءات فنية تتيح التغلب على هذا الإشكال ,حتى و لو تحمل التاجر فيها العبء الأكبر سواء كانت إجرائية أو مالية بإعتباره المستفيد الأول .

فلا يوجد في الواقع و التاريخ في الوقت الحاضر وسائل تقنية كاملة و حاسمة للتحقق من الأهلية إلا أنه ثمة محاولات من قبل علماء التقنية المتخصصين و فقهاء المهتمين بمجال التعاقد الإلكتروني بالبحث عن وسائل تسهم في إيجاد سبل تقنية و قانونية لحل هذه المشكلة و مع ذلك فقد توصلو هؤلاء إلى إستنباط وسائل إحتياطية و تحذيرية يمكن إستخدامها للتحقق من شخصية المتعاقدين و محاولة منع ناقصي الأهلية من إبرام العقود[1].

و من أهم هذه الأليات : البطاقة الإلكترونية و الإستعانة بوسيط إلكتروني و إستخدام وسائل تحذيرية ,هذا ما سنوضحه بالتدقيق في هذا(**المطلب**) .

[1] -إلياس نصيف ,المرجع السابق,ص128.

الفرع الأول:البطاقة الإلكترونية

هي بطاقات ذكية تتمثل في رقائق إلكترونية يتم تصنيفها من لدائن السليكون ,مزودة بذاكرة تسمح بتخزين جميع البيانات الخاصة بحاملها كالإسم و السن و محل الإقامة و البنك المتعامل معه و جميع البيانات الخاصة و الشخصية . تعتبر هذه البطاقة بمثابة حاسوب متنقل لكونها تحتوي على سجل كامل من المعلومات و البيانات الشخصية و هي تتمتع برقم سري[1]

نجد أن هذه البطاقة تتيح لحاملها إجراء معاملات مالية بسهولة و هذه البطاقة محمية من التزيف و التزوير و سوء الإستعمال في حال سرقتها أو ضياعها أو محاولة تقليدها, كونها مزودة برقم سري لا يعرفه إلا صاحبها [2].

كما تتميز هذه البطاقة أيضا بأنها قادرة على تخزين المدخل البيولوجي و نعني بهذا المصطلح الوسائل التي يمكن عن طريقها التعرف على السمات الشخصية للفرد منها مسح شبكية العين و هندسية اليد و بصمة الإصبع و الشفاه و الصوت و غير ذلك ,و بعبارة أخرى تعد البطاقة الذكية مثل بطاقة التعريف الشخصية التي تصدرها مصلحة الأحوال المدنية ,أكثر من ذلك يمكن للفرد أن يستغني عن إصدار جواز السفر و يستخرج البطاقة الذكية و يسجل عليها بياناته الشخصية [3].

لم تتحقق هذه الوسيلة على الرغم من فاعليتها النسبية و قدرتها من الناحية النظرية على التحقق من شخصية المتعاقدين فهي على إنتشار واسع لكنها بحاجة إلى تنسيق دولي بين الحكومات .

و في ضوء ما سبق فإن إستخدام التعريف بواسطة البطاقات الذكية قد إقتصر على نطاق ضيق بين المؤسسات و الهيئات والبنوك[4] .من ثم يمكن للبائع من تحديد هوية المشتري

[1] -بوقراط أحمد ,المرجع السابق , ص 109.
[2] - المرجع نفسه, ص 109.
[3]-العيشي عبد الرحمان ,ركن الرضا في العقد الإلكتروني ,أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق , قسم القانون الخاص , كلية الحقوق , جامعة الجزائر 1 , الجزائر ,2016-2017,ص92.
[4]-علاء محمد علي الفواقير , المرجع السابق ,ص 159_160.

عند إستعمال بطاقة الدفع من خلال نظام ألي لدى البنك إلا أنه قد يحدث و أن تقوم القاصر بسرقة البطاقة البنكية لوالديها و إستعمالها [1] .

على الرغم من الإحتياطات المتخذة من قبل المتعاملين بمثل هذه الوسيلة لتأمين المعلومات الخاصة ببطاقاتهم الإلكترونية إلا أنها لم تكن عصية على أصحاب الدهاء الإلكتروني الذين يتفننون في إبتداع غير الطرق المشروعة لإختراق إتصالات عبر تقتيات هذه البطاقة و إستحداث أساليب القرصنة الإلكترونية و الإستلاء على بيانات المتعاملين و أموالهم عبر هذه التقنية [2] .

نجد أن هذه البطاقات إستعملت بكثرة في الولايات المتحدة الأمريكية و في الدول الأوروبية و اليابان بحيث تعد هذه الوسيلة من الناحية النظرية جيدة لكنها من الناحية العملية لم تنتشر بعد بالشكل الكافي. تتمثل بيانات البطاقات الإلكترونية فيما يلي :[3]

1. **رقم البطاقة** :هو الرقم الذي يسجله البنك المصدر لملفاته و يطبع على البطاقة ,يتكون من مجموعة أرقام عادة ما تكون من **13 إلى 16** رقم .
2. **إسم حامل البطاقة** :هو إسم الشخص حامل البطاقة المصرح له بإستخدامها .
3. **تاريخ إصدار البطاقة** :يتمثل في التاريخ الذي صدرت فيه البطاقة و هو الذي يحدد تاريخ بداية سريانها .
4. **تاريخ الصلاحية** :هو التاريخ الذي يحدد نهاية صلاحية البطاقة حيث لا يجوز إستعمالها بعد إنقضاء صلاحيتها .
5. **إسم المصدر شعار الهيئة** الدولية :تشمل البطاقة على إسم البنك و يكون إصدار البطاقة من قبل الهيئة الدولية حيث تتضمن رقم البنك و شعاره مثل فيزا visadard.
6. **رقم التمييز الشخصي** :هو الرقم السري يتكون من أربعة أرقام لا يظهر على البطاقة و هو رقم يسلم في ظرف عند تسلمه البطاقة و هو ما يطلق عليه إسم التوقيع الإلكتروني.

[1]-بوقراط أحمد ,المرجع السابق,ص 109.
[2]-علاء محمد علي الفواقير ,المرجع السابق,ص160.
[3] - حميشي هنية , الإرادة الإلكترونية , المرجع السابق ,ص11.

7. **شرط التوقيع** :يتمثل في المكان الذي يخصص لتوقيع الحامل عند إستلامه البطاقة ليتمكن التاجر أو الصراف الألي من التحقق من هوية حامل البطاقة عن طريق مضاهاة هذا التوقيع مع توقيع الحامل على إشعار البيع أو الصرف [1].
8. **حد السحب** : لا يظهر هذا البيان على البطاقة وإنما يوجد مسجلا بطاقة العميل في جهاز الكمبيوتر، و هو المبلغ الذي لا يجوز تجاوزه من قبل العميل .
9. **الشريط الممغنط** : و هو مكان موجود على البطاقة مخصص لتخزين البيانات الإلكترونية الخاصة بالعميل،والتي يحتاجه الحاسب الآلي (الكمبيوتر) للتعرف على حد السحب المحدد ، رقم البطاقة ، تواريخ المعاملات التجارية و الرموز الخاصة بها.[2]

تسجيل البيانات يكون على شكل نبضات مغناطيسية و على ذلك لا ترى بالعين المجردة، و تتم قرائتها عن طريق ألة (point of sale(pos و تعني نقطة البيع ، التي من أجل التأكد من صحة البيانات وتنقلها إلى البنك المصدر للبطاقة ،و للتأكد أيضا من رصيد بطاقة العميل و أخذ موافقة البنك ،كما توجد أيضا ماكنات machine automatic teller (ATM) و توضع فيها البطاقة لتنقل التعليمات أو الطلب بصورة مباشرة إلى بنك العميل و هي ماكنات يدوية.

10. **الصورة المجسمة :ثلاثية الأبعاد:** الهولوجرام و هي العلامة المميزة للهيئة الدولية والتي تعطي التصريح للمؤسسات المالية،بإصدار البطاقات والتي بفحصها يتم التحقق من عدم تزوير البطاقة، و هذه العلامة المالية بالنسبة للنقود الورقية [3]

للبطاقة الإلكترونية أربعة أطراف يتعاملون من خلالها هم على التوالي :

أ. **المركز العالمي للبطاقة** : أو الهيئة الدولية وهي مؤسسة عالمية تتولى إنشاء البطاقة ورعايتها و تدعوا البنوك و المؤسسات المالية في جميع أنحاء العالم للعضوية و المشاركة

[1]-حميشي هنية ,المرجع السابق ,ص 11.
[2] - بن عمير أمينة,البطاقات الإلكترونية للدفع و القرض و السحب,مذكرة لنيل شهادة الماجستيرفي القانون الخاص ,تخصص قانون أعمال,كلية الحقوق,جامعة منتوري,فسنطينة,2004_2005,ص15.
[3] - المرجع نفسه,ص15

في إصدار البطاقة و تسوية جميع مستحقاتها المالية ، كما تتولى الموافقة على العضوية وتعمل أيضا على إصدار البطاقات تسوية النزاعات الناشئة و المشكلات التي تطرأ.[1]

ب. **بنك العميل** : هو البنك الذي له حق إصدار بطاقات السحب أو الدفع الإلكتروني للعملاء وهذا النوع من البنوك منتشر في جميع أنحاء العالم .

ت. **حامل البطاقة:** هو الشخص الذي يحصل على البطاقة من البنك المصدر بعد الموافقة على طلبه و يقصد به أيضا الشخص الذي تصدر إليه البطاقة و يعتبر الحامل الأصلي والشرعي لها، الذي يفتح باسمه الحساب في البنك و هو الذي يستخدم البطاقة استخداما شخصيا للحصول على السلع و الخدمات و في الحقيقة إن تسليم البطاقة لا يكون بمجرد الطلب و إنما بناءا على الضمانات المقدمة من العميل ، و على هذا يصدر البنك عددا من البطاقات كل بحسب الضمان المقدم ، بقيمة أقل من الحد الأقصى للبطاقة.

ث. **التاجر** : هو اصطلاح يطلق على الشركات و المؤسسات والجهات التي تقبل التعامل بهذا الأسلوب في الوفاء نظير ما تقدمه من سلع و خدمات للحامل و الرجوع بقيمتها على المصدر[2] .

إن البطاقات الالكترونية تنوعت رغم التشابه الموجود بينها في تكوينها المادي و كذا شكلها الخارجي ، إلا أنها تختلف من حيث الوظيفة ، فهناك بطاقات الدفع ، القرض والسحب.[3]

- ✓ **بطاقات الدفع:** هي بطاقات تسمح لحاملها بسداد ثمن السلع والخدمات التي يحصل عليها من بعض المحلات التجارية، التي تقبل التعامل بهذا الأسلوب من الوفاء بموجب إتفاق مع الجهة المصدرة للبطاقة ،و ذلك بتحويل ثمن السلع والخدمات من حساب العميل إلى حساب التاجر و هذه البطاقات تأخذ أشكال مختلفة .

هذه البطاقة نجد أنها عرفت من قبل المشرع الفرنسي من خلال **المادة 75-1 ف 1** من قانون **30\12\1991** المعدل **المرسوم 1935** المؤرخ في **30\10\1935** " كل بطاقة تصدر من طرف مؤسسة قرض أو منشأة أو مصلحة تسمح لحاملها بسحب أو تحويل الأموال "[1]

[1] - بن عمير أمينة , المرجع السابق ,ص16.
[2] --المرجع نفسه ,ص16_17.
[3] -المرجع نفسه ,ص 23.

- ✓ **بطاقات القرض** : هذه البطاقة تخول لحاملها عدم الدفع المسبق للمصدر (البنك أو منظمة)، مع تمكينه من الحصول على سلع و خدمات بتقديمها البطاقة إلى التاجر والتي تسدد قيمتها المشتريات الجهة المصدرة ، ومن ثم فهي ترجع على العميل في سداد ما دفعته إلا أن السداد المستحق على حامل البطاقة لا يتم شهريا ، إنما يكون على شكل أقساط دورية ، قد تتناسب مع راتب الحامل ثم اعتبار ما يتبقى قرضا ، يترتب عليه إحتساب فوائد على رصيد الحامل في حدود المعدلات أو الأقساط الدورية و من ثم فإن البطاقة تمنح حاملها قرضا متجددا.

بمعنى أنها تؤدي إلى إنشاء دين متجدد في ذمة حامل البطاقة، و سداد الدين هذا يقضي بإعادة القرض بالتتابع على شكل أقساط دورية يكون ذلك في الإطار الإتفاق المبرم بين البنك و حامل البطاقة[2].

- ✓ **بطاقات السحب** : هذا النوع من البطاقات تخول لحاملها إمكانية سحب مبالغ نقدية من حسابه بحد يومي أقصى متفق عليه بين البنك و العميل ،و ذلك من خلال أجهزة خاصة هي الموزعات الأوتوماتيكية و الشبابيك الآلية العائدة للبنوك المصدرة .كما نجد أن **المادة 57 –1 ف 2** من قانون 91–1382 عرفتها "كل بطاقة تصدرها منشئة أو مؤسسة أو مصلحة تسمح لحاملها بسحب الأموال "[3] .

تكون عملية سحب النقود بواسطة إستخدام البطاقة و ذلك بقيام العميل أو حامل البطاقة بإدخال بطاقته إلى جهاز الحاسب الآلي الذي يطلب منه إدخال رقمه السري ،ثم تحديد المبلغ المواراد سحبه ، و بعد الصرف يسترد العميل بطاقته أليا و يسجل هذا المبلغ مباشرة في الجانب المدين من حساب العميل[4].

هذه هي الأنواع الثلاث للبطاقات الإلكترونية، و ذلك بحسب الوظيفة التي تقوم بها كل منها القرض ،الدفع ، السحب غير أنه حاليا يمكن أن تجتمع هذه الوظائف في بطاقة واحدة

---

[1] -زرقان هشام ,النظام القانوني لبطاقات الدفع الإلكتروني,مذكرة لنيل شهادة الماسترفي الحقوق,تخصص قانون أعمال,كلية الحقوق و العلوم السياسية ,جامعة محمد خيضر,بسكرة,2015_2016,ص9.

[2] - بن عمير أمينة,المرجع السابق,ص25.

[3] - المرجع نفسه ,ص25_26.

[4] -المرجع نفسه ,ص 26.

وتكون البطاقة صالحة لتسديد و دفع قيمة المشتريات ، كما يمكن لحاملها الحصول بموجبها على قرض (إستهلاكي) متجدد ، و كذلك تسمح له بسحب النقود العينية من الموزعات الأوتوماتيكية.

الفرع الثاني :الوسيط الإلكتروني

يمكن للمتعاقد الإستعانة بجهات التصديق الإلكتروني ,و هو يتمثل في طرف ثالث محايد بين المتعاقدين سواء كانت هيئة عامة أو خاصة مهمتها تنظيم العلاقة بين الطرفين على الخط ,فتقوم بتحديد هوية الطرفين و أهليتهم القانونية و إصدار شهادة مصادق عليها تتعلق بأطراف العقد الإلكتروني [1],و تؤدي جهة التوثيق دورا وسطا أو همزة وصل بين المرسل و المرسل إليه فكل طرف من أطراف المعاملة الإلكترونية يحتاج إلى شخص محل ثقة ,يؤكد هوية المتعاقد معه و صحة توقيعه الإلكتروني و سلامة المعاملة و مشروعيتها ,و لهذه الجهة مسميات مختلفة منها سلطة الإشهار و مقدم خدمة التصديق [2]

تقوم جهة التصديق بإصدار شهادة التصديق الإلكتروني و هي شهادة تحتوي على البيانات التالية:

1 إثبات شخصية مقدم الخدمات و الدولة التي نشأ بها .
2 إسم الموقع صاحب الشهادة أو إسمه المستعار .
3 صفة الموقع و الغرض من إستخدام الشهادة
4 تحديد المفتاح العام الذي من خلاله يتم التحقق من المفتاح الخاص المماثل له و الخاضع لسيطرة الموقع وحده .
5 تحديد مدة صلاحية الشهادة و ذكر الرقم التسلسلي لها .[3]

و هناك بيانات يكون إختياريا ملأها تتمثل في :

1 تحديد ما يفيد إختصاص الموقع و الغرض الذي تستخدم فيه الشهادة .
2 حدود قيمة الصفقات المسموح بها في الشهادة .

[1]-إلياس نصيف ,المرجع السابق ,ص 128.
[2]-لزعر وسيلة ,المرجع السابق,ص81.
[3]-حميشي هنية ,المرجع السابق ,ص22.

3 مجالات إستخدام الشهادة .

و نشير أنه يوجد نوعان من شهادة التصديق الإلكتروني هي :

أ. _شهادة الخادم :و هي التي تسمح لزوار الموقع بنقل معلوماتهم الشخصية مثل بطاقة الإئتمان و الحسابات المصرفية بأمان ومن السرقة و العبث .

ب. _شهادات الشخصية :وهي التي تسمح لصاحب الموقع من التحقق من أهلية الزائر أو بالدخول إلى مواقع محددة بموجب هذه الشهادة ,كما تستخدم لإرسال و إستقبال البريد الإلكتروني و الحصول على معلومات الحساب الخاص بالمستخدم [1] .

نشير إلى أنه لجهات التوثيق عدة أدوار يمكن إجمالها في الأتي :

- ✓ **التحقق من هوية الشخص الموقع** :تمثل الإلتزام الرئيسي لهذه الجهات في القيام بالتحقيق من هوية الشخص الموقع فهذه الجهة تلعب دور الوسيط أو همزة الوصل بين المرسل والمرسل إليه.

و مثال ذلك: أنه عندما يرسل شخص مستندا إلكترونيا لشخص أخر يرفق به هويته و بما أن الإتصال يتم إلكترونيا فغالبا ما يرسل المرسل شهادة إلكترونية تحتوي على مجموعة من البيانات من ضمنها ما يحدد للمرسل إليه هوية المرسل و سلطاته في التوقيع ,و بعد أن يتأكد المرسل إليه من صلاحية الشهادة الإلكترونية المرسل له من خلال الجهة التي أصدرتها ,يأخذ هذا المستند الإلكتروني بعين الإعتبار و هكذا يتم التبادل بين المرسل و المرسل إليه حتى التواصل إلى الإتفاق النهائي [2].

- ✓ **التأكد من صحة البيانات التي يتم تدوينها في شهادة التصديق الإلكتروني** :يجب على الجهة التي تصدر الشهادة أن تتأكد من البيانات الواردة فيها صحيحة و تقوم بفحصها من خلال توافقها مع المستندات المرسلة إليها كالبطاقة الشخصية أو جوار السفر فإذا وجد أن هذه البيانات مزورة أو غير صحيحة ,هنا لا توجد مسؤولية على الجهة المصدرة للشهادة لأن مسؤوليتها تنحصر في عملية صحة تسجيل البيانات .

[1]-لزعر وسيلة ,المرجع السابق ,ص81.

[2] -العيشي عبد الرحمان , المرجع السابق ,ص 99.

و تجنبا لحدوث أي غش تجاه المتعاملين بالأنترنت نجد أن جهات التوثيق تقوم بتعقب المواقع التجارية للتحري من جديتها و مصداقيتها فإذا وجدت أن المواقع غير حقيقية هنا تقوم بتحذير المتعاملين [1].

- ✓ **التأكد من لحظة إبرام العقد**:و فيه يتم تحديد وقت إنعقاد العقد الإلكتروني.

ث.**إصدار المفاتيح الإلكترونية** :تختص جهات التصديق أيضا بموضوع التشفير ,حيث تمد طرفي المعاملة الإلكترونية بمفاتيح التشفير للرسائل والتواقيع الإلكترونية المتبادل.[2]

في الواقع يقتضي التصديق الإلكتروني وجود جهتين :

الجهة الأولى :هي سلطة إصدار شهادة التوقيع الإلكتروني والتي تحتفظ بسلطاتها في مراقبة المفتاح الخاص بصاحب التوقيع .

الجهة الثانية :هي السلطة التي تودع لديها مفاتيح الشفرات, و التي على أساسها يمكن إعادة وضع المفتاح الخاص لحائزه بناءا على طلبه في حالة فقدانه أو تلفه[3].

و قد تم تنظيم هذه الخدمة في العديد من القوانين الصادرة بشأن التجارة الإلكترونية ,منها التوجه الأوروبي **رقم 93_1999 للتوقيعات الإلكترونية** والذي عرف مزود خدمات التصديق بالشخص الطبيعي و الكيان القانوني الذي يصدر الشهادات أو يوفر الخدمات الأخرى المتعلقة بالتوقيعات الإلكترونية ,و كذا القانون الفرنسي رقم **83 لسنة 2000** الذي أنشأ "**الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية** " ,كما عرف إجراءات التوثيق كل من القانون الأردني **رقم 15 لسنة 2001** المتعلق بالمعاملات الإلكترونية و كذا القانون الإماراتي **رقم 2 لسنة 2002**[4].

و قد نظم قانون الأمم المتحدة بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام **2001** الجهة التي تقوم بتحديد التوقيع الإلكتروني و الواجبات التي يتحملها الموقع و ما يبذله من عناية حيال توقيعة ,لقد سايرت العديم من الدول هذا القانون و إقتبست من أحكامه ,فقد عدل المشرع الفرنسي

[1] - العيشي عبد الرحمان , المرجع السابق ,ص10
[2]- المرجع نفسه,ص100.
[3] - مرورق نور الهدى,المرجع السابق,ص76.
[4]- المرجع نفسه ,ص76.

القانون المدني سنة **2000** و أعطى للمستندات الإلكترونية قوة المستندات العادية ,كما أصدر قانون ينظم إجراءات و قواعد التوقيع الإلكتروني عام **2001**[1] .

الفرع الثالث:الوسائل التحذيرية

إن بعض المواقع الإلكترونية مزودة بعبارة "تحذير" تخطر بها بعدم الدخول إلى الموقع إلا من توفرت فيه الأهلية القانونية ,أين يلتزم على الشخص بالإفصاح عن شخصيته قبل الدخول , و ذلك بملأ نموذج معلومات , فإذا توفرت فيه الأهلية القانونية هنا يمكنه الدخول إلى الموقع و إبرام العقود .[2]

تعتبر هذه الوسائل من أكثر الوسائل إستخداما في الوقت الحاضر إلا أنها محفوفة بالمخاطر بالإدلاء ببيانات تخالف الحقيقة بشأن أهليته , وهو ما يتطلب ضرورة تضافر جهود فقهاء القانون المتخصصين في مجال نظام الإتصال و المعلومات لحل هذه المشكلة .

[1]- مرورق نور الهدى,المرجع السابق,ص76.
[2]-بوقراط أحمد ,المرجع السابق ,ص 110.

المبحث الثاني

عيوب الإرادة في القانون المدني وعقود التجارة الإلكترونية

المقرر وفق القواعد العامة أنه يجب لإتمام العقد وجود إرادتين متطابقتين أي إيجاب معين و قبول مطابق له عن تراض صحيح و هذا ما أشرنا إليه في الفصل الأول ,و يتحقق التراضي إذا كانت إرادة كل من العاقدين صادرة من ذي أهلية و خالية من العيوب , و إلا أًصبح العقد قابلا للإبطال بحيث لا تختلف عيوب الإرادة في النظريات التقليدية في التعبير عن الإرادة في العقود عن عيوب الإرادة عند التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الإلكترونية حيث يرى البعض أن عيوب الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية لا تخرج عن كونها أمثلة تقليدية تستوعبها القواعد العامة .

على الرغم من توفر عيوب الإرادة في العقد الإلكتروني ,فإن هذا العيب لا يمثل مساس بالعقد و إنما يمثل إعتداءا على إ رادة من ينسب إليه المحرر.

هذا ما سنوضحه في مبحثنا هذا الذي قسمناه إلى مطلبين :

المطلب الأول :عيوب الإرادة في القانون المدني .

المطلب الثاني ّ:عيوب الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية.

المطلب الأول

عيوب الإرادة في القانون المدني

إن العيوب التي تفسد الرضاء في القانون المدني الجزائري أر بعة وهي: الغلط ,التدليس ,الإكراه و الإستغلال,و قد نص المشرع عليها في المواد من **81 إلى 91 من التقنين المدني** هذا ما سنبينه فيما يلي.

الفرع الأول:عيب الغلط

يقتضي مفهوم الغلط التطرق لتعريفه و بيان أنواعه , فلقد نظم المشرع الجزائري مسألة الغلط في المواد من **81 إلى 85 من ق م ج.**

أولا :تعريف الغلط

الغلط هو وهم يقوم في ذهن الفرد يجعله يعتقد الأشياء على غير حقيقتها,فهو تصور خاطئ للأمور و الأشياء ,حيث يتبين للشخص أن للشيء مواصفات معينة إلا أن الحقيقة غير ذلك.[1]

كما عرف : على أنه توهم غير الواقع سواء بإعتقاد صحة واقعة غير صحيحة أو إعتقاد عدم صحة واقعة صحيحة ,بحيث يقوم هذا الوهم عند تكوين الإرادة فيعيبها دون أن يعدمها.[2]

و أيضا نجد جانب من الفقه عرفه على أنه "عبارة عن وهم تلقائي يقع في المتعاقد حين إبرامه للتصرف يجعله يتصور الشيء الذي تعاقد عليه على غير حقيقته.[3]

[1]-علي فيلالي,المرجع السابق ,ص174.
[2]-دربال عبد الرازق,الوجيز في النظرية العامة للإلتزام (مصادر الإلتزام),دار العلوم للنشر و التوزيع ,عنابة,20,ص22.
[3]-هالة جمال الدين محمد محمود ,المرجع السابق ,ص 190.

ثانيا :أنواع الغلط

1. **الغلط المانع أو الحائل** :هو الغلط الذي يؤثر في وجود أحد أركان العقد فيجعله باطلا أو يمنع إنعقاده.[1] فهو الذي يمس وجود أركان العقد أو يمس ماهيته ووجوده,فهو لا يعيب الإرادة فحسب بل يعدمها أساسا.

مثال ذلك :أن يبدأ أحد مستخدمي الأنترنت بتحميل أحد البرامج المعلن عنها عبرها على سبيل أنها دعاية مجانية في حين أن المورد كان يقصد بيعها ,و هناك حكم صادر من محكمة إستئناف باريس في مسألة الغلط المانع ,حيث طلبت أحد الشركات من أحد موردي الأجهزة الإلكترونية بتزويدها بأجهزة و برامج تحدد قائمة بأرقام السيارات الداخلة و الخارجة من و إلى الشركة مقابل مبلغ قدره 300 فرنك فرنسي ، و لم يكن المتعاقدين قد أوضحا فيما إذا كان المبلغ المذكور في العقد هو مبلغ إجمالي لكل الصفة أو هو عن كل الجهاز يقدمه المتعهد إلى المستفيد و بعد مطالبات بلغت 75 ألف فرنك و رفض المستفيد دفعها ، رأت المحكمة أن هناك غلط مانع على سوء تفهم الطرفين يجعل من العقد باطلا من الأساس[2].

و هذا الغلط يشمل ثلاثة أنواع :

أ. **<u>الغلط في طبيعة العقد المراد إبرامه :</u>** كما إذا أعطى شخص مبلغا من المال على سبيل القرض,فتسلمه الأخر على أنه هبة له ففي هذا المثال لا يوجد عقد قرض أو هبة لعدم توافق الإرادتين على ماهية العقد المراد إبرامه.

ب. **<u>الغلط الذي ينصب على ذاتية الشيء محل الإلتزام</u>**:كما إذا كان لشخص منزلان أحدهما في عنابة و الأخر قسنطينة و أراد بيع أولهما و لكن المتعاقد معه ظن أنه يبيع المنزل الثاني فإرتضى الشراء على هذا الأساس.[3]

ت. **<u>الغلط الذي ينصب على سبب الإلتزام :</u>** كما إذا إعتقد الورثة أن مورثهم قد أوصى لأخر مبلغ من النقود فتعهدوا بدفعه له ثم إتضح أن الوصية باطلة أو أن الموصى كان قد رجع فيها قبل وفاته و هذا ما يسمى بالسبب المغلوط.[4]

---

[1]-علاء محمد علي الفواقير ,المرجع السابق,ص178.
[2]-العيشي عبد الرحمان, المرجع السابق ,ص107_108.
[3] -محمد صبري السعدي ,المرجع السابق,ص 163.
[4]- المرجع نفسه ,ص163.

2. **الغلط المؤثر في الإرادة** : و هذا النوع من الغلط يجعل العقد قابلا للإبطال,و يوجد في الحالتين الأتيتين:

أ. **إذا إنصب الغلط على مادة الشيء أو على صفة جوهرية فيه:** كما لو إشترى شخص ساعة على أنها من الذهب ,في حين أنها من النحاس المطلي بالذهب هذاغلط في مادة الشيئ و مثال الغلط الجوهري كما إذا إشترى شخص تحفة على أنها أثرية ,حالة كونها مجرد تقليد.

ب. **إذا إنصب الغلط في شخصية المتعاقد أو على صفة من صفاته و كان هذا الأمر أو ذاك محل إعتبار أساسي في التعاقد:** مثال الغلط في صفة من صفات الشخص ,إذا أجر مؤجر لشخص معتقد أنه متزوج و تبين أنه أعزب.[1]

3. **الغلط غير المؤثر في الإرادة** : هو الغلط الذي يقع في صفة عرضية أو ثانوية للشخص كالغلط في الشخص المتعاقد إذ لم تكن شخصيه محل اعتبار و كذا الحال بالنسبة للغلط المادي أو الغلط في الحساب و في أمور معتادة في التعامل[2] ،هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة **84 ق م ج** على أنه "لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم ،ولكن يجب تصحيح الغلط [3]".

يعد الغلط غير المؤثر من أكثر الغلط وقوعا في العقود الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الأنترنت و هذا سنوضحه في المطلب الثاني.

الفرع الثاني:عيب التدليس

تناول المشرع الجزائري أحكام التدليس في المادتين **86_97 ق م ج** و إن كان المشرع لم يعرفه إلا أننا سنتطرق إلى تعريفه و شروطه .

[1]- محمد صبري السعدي ,المرجع السابق,ص 164.
[2]-بلقاسم حامدي ,المرجع السابق,ص132.
[3]-المادة 48ق م ج.

أولا:تعريف التدليس

التدليس هو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد,و التدليس لا يجعل العقد قابلا للإبطال إلا للغلط الذي يولدة في نفس المتعاقد.[1]

أو يمكن تعريفه بأنه تعمد أحد المتعاقدين وهو المدلس إستخدام الحيل أو الوسائل الإحترافية ليوقع المتعاقد الآخر وهو المدلس عليه في غلط من شأنه أن يدفعه إلى التعاقد[2].

كما عرفه الفقه الإسلامي كذلك: هو كتمان عيب خفي في المعقود عليه وقت التعاقد ؛ والتدليس هو إستعمال طرق إحتيالية بهدف التأثير في إرادة الغير مما يوقعه في غلط فيتعاقد على أساسه أو وفقا له ، بحيث لولاه لما أقدم على التعاقد. [3]

ولقد نص المشرع الجزائري على التدليس كعيب من عيوب الإرادة في نص **المادة 86 ق م ج** "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه ،من الجسامة بحيث لولاه لما أبرم الطرف الثاني العقد.

و يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو الملابسة"[4]

ثانيا : عناصر التدليس

يتضمن التدليس عنصرين :

<u>العنصر الأول: العنصر الموضوعي إستعمال طرق إحتيالية :</u>

أساس التدليس الإحتيال والتغرير والتظليل و على ذلك لا بد أن يتضمن الأدوات و الوسائل التي تؤدي إلى هذه النتيجة ؛ مثال ذالك تقديم شهادات مزورة ، إنتحال شخصية أو صفة رجل أخر و يجب ملاحظة أن هذه الحيل لا يستلزم فيها أن تصل من الجسامة إلى الحد الذي

[1] -عبد الرزاق أحمد السنهوري,المرجع السابق,ص342.
[2] -عمر خالد زريقات,عقود التجارة الإلكترونية (عقد البيع عبر الأنترنت) دراسة تحليلية,ط 1, دار الحامدي للنشر و التوزيع, عمان,2007,ص195.
[3] -عبد الفتاح محمود كيلاني,المرجع السابق,ص64.
[4] -المادة86 ق م ج.

تستلزمه جريمة النصب الجنائية ،و الأصل في الكذب أنه لا يرقى إلى المستوى التدليس إذا كانت طبيعة المعاملة تقتضي تجنب الكذب لما يتضمن من خطورة فإنه يعتبر من طرق التدليس و يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو الملابسة.[1]

العنصر الثاني :العنصر النفسي أو المعنوي

العنصر النفسي في التدليس هو قصد التضليل للوصول إلى الغرض غير المشروع ،فلا بد من وجود نية التظليل لدى المدلس ،لأن التدليس خطأ عمدي.[2]

فإذا قام شخص بعمل ما إنخدع به أخر دون قصد محدث للعمل إلى خداعه لم نكن بصدد تدلي، وليس أمام المخدوع إلا إبطال العقد على أساس الغلط إن توافرت شروطهم فلا يعد تدليسا إبراز التاجر بضاعته في أحسن صورة طالما أنه لم يقصد التضليل بل الترويج لبضاعته و إستهواء الناس ومن ذلك إنخداع المتعاقد بظهور الثراء الذي يبدوا عليه الطرف الآخر، أو عدم ذكر بيان يهم المتعاقد الآخر دون تعمد إخفائه عنه بقصد تضليله.[3]

ثالثا: شروط التدليس

علاوة على ضرورة توافر عنصري التدليس (وسائل الخداع و نية الخداع)فإنه يلزم توافر شرطين حتى يكون التدليس مبطلا للعقد و هما:

1. أن يكون التدليس دافعا للتعاقد.
2. إتصال التدليس بالمتعاقد الآخر.[4]

1 **إن يكون التدليس دافعا إلى التعاقد** :يجب أن تبلغ الطرق الإحتيالية حدا من الجسامة ، بحيث تؤثر في إرادة المتعاقد فتدفعه إلى التعاقد وهو ما تضمنته **المادة 86 من ق م ج ,** و مسألة التثبيت من كون هذه الطرق الإحتيالية هي الدافعة إلى التعاقد أي لا تعود إلى

[1] -محمد صبري السعدي ,المرجع السابق,ص 177_178.
[2] -عبد الرازق أحمد السنهوري,المرجع السابق,ص 344.
[3] -محمد صبري السعدي, المرجع نفسه ,ص179.
[4] - المرجع نفسه,ص 179.

قاضي الموضوع لأنها مسائل وقائع ولما كان التدليس (التغرير)، واقعة مادية, جاز إثباته بجميع طرق الإثبات[1].

2 **<u>إن يكون التدليس صادرا عن المتعاقد الآخر و متصلا به</u>** : الأصل أن التدليس يقع من أحد المتعاقدين أو من نائبه و قد يقع من الغير ،و هو ما نصت عليه **المادة 87 ق م ج ,** فإذا كانت الطرق الإحتيالية الواقعة من المتعاقد الآخر, يكفي مجرد إستعمالها لتأثير على المتعاقد المدلس عليه ،أما التدليس الواقع من الغير فلا يؤثر في صحة العقد ،ومنه يتوقف إستعمال خيار نقض العقد على هذا العلم ،فإن تخلف هذا الشرط كان العقد نافذا إلا أنه لا يجوز لمن لحقه ضرر أن يلحق هذا الضرر على الأجنبي طبقا لدعوى المسؤولية الناشئة عن العمل غير المشروع[2]

فمتى توافرت هذه الشروط أمكن نقض العقد،إلا أنه لا يجوز نقض هذا الأخير بسبب التدليس في الحالات التالية:[3]

- ✓ اذا كان الغبن يسيرا و هو الذي يقومه الخبراء للشيء محل العقد ،أما الغبن الفاحش فهو لا يدخل تحت تقويم المقومين.
- ✓ إذا كان الغبن فاحشا ، و لم يعلم المتعاقد الآخر بالتدليس أو لم يكن من السهل عليه أن يعلم به .
- ✓ إذا إستهلك الشيء قبل العلم بالغبن كأن يكون البيع طعاما ما فأكله المشتري قبل العلم بالغبن .
- ✓ إذا حدث عيب أو تغيير جوهري في الشيء[4]

الفرع الثالث : عيب الإكراه.

يشكل الإكراه عيبا من عيوب الإرادة في العقود بصفة عامة و في العقود الإلكترونية بصفة خاصة إلا أنه نظرا لطبيعة هذه الأخيرة في كونها تتم عن بعد أن يمارس أحد الطرفين اكراها ماديا على المتعاقد الآخر غير أن المجال مفتوح أمام الإكراه المعنوي ؛لا سيما ما يؤدي

[1] -لزعر وسيلة ,المرجع السابق,ص93.
[2] - المرجع نفسه,ص93_94.
[3] -المرجع نفسه ,ص 95.
[4] -المرجع نفسه ص94_95.

إلى تعييب الإرادة و من ثمة إبطال العقد،وهو ما أقره المشرع الجزائري في **المادتين 88 و 89 ق م ج** تبعا لذلك سنتناول في هذا الفرع : تعريف الإكراه, شروطه.

أولا : تعريف الإكراه

الإكراه عند الفقهاء هو ضغط تتأثر به إرادة الفرد فيدفعه إلى إلى إبرام عقد لا يرغب فيه,و في الحقيقة أن وسائل الإكراه بإختلاف أنواعها (أي التهديدات) ليست هي التي تفسد الرضاء وإنما الرهبة أو الخوف الذي تحدثة تلك الوسائل في نفس المتعاقد هي التي تفسد الر ضاء ,و هذا ما نستخلصه من تص م 88 ق م ج التي تقضي بإبطال العقد إذا تم التعاقد تحت سلطان رهبة بينة يبعثها المتعاقد في نفس المتعاقد الأخر دون وجه حق.[1]

يمكن تعريفه كذالك على أنه تهديد المتعاقد دون حق بخطر يبعث في نفسه رهبة تحمله على التعاقد وعليه قد يتعاقد شخص لا حرا مختارة ، بل بسبب الضغط على إرادته بطريق التهديد الذي يولد في نفسه رهبة و خوفا ، يخاف فيها على نفسه أو ماله أو شرفه أو نفس أو مال أو شرف أحد أقربائه [2].

و الإكراه ليس بذاته هو الذي يفسد الإرادة و يعيب الرضاء و إنما يفسدها و يعيبها ،هذا ما يولده الإكراه في نفس المتعاقد من خوف و رهبة[3] .

و يقسم الإكراه إلى نوعين :

1. **الإكراه المادي** : هو الذي يعدم الإرادة نهائيا وليس فقد يعيبها ، و هو الذي يقع على الجسم والضرب المبرح بأنواعه المختلفة و مثاله : أن يمسك بيد المكره و نضع القلم في هذه اليد عنوة ليوقع به على التزام معين و بهذا يكون العقد باطلا لأنه يعدم الرضا و لا يفسده.
2. **الإكراه المعنوي** : هذا الإكراه لا يعدم الرضا ولكنه يفسده ،و يتخذ شكل تهديدات كأن يهدد المكره بقتله أو فضحه بنشر أمور تمس كرامته و شرفه و غيرها.....[4]

[1] -علي فيلالي,المرجع السابق,ص202_203.
[2] -دربال عبد الرازق,المرجع السابق,ص27.
[3] -خالد ممدوح إبراهيم,المرجع السابق,ص189.
[4] -لزعر وسيلة,المرجع السابق,ص 99_100.

ثانيا:شروط الإكراه

لكي يعيب الإكراه الرضا يجب توافر الشروط الثلاثة الآتية:

- **التعاقد تحت سلطان رهبة .**
- **الرهبة الدافعة إلى التعاقد .**
- **إتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر .**

1. الشرط الأول : التعاقد تحت سلطان رهبة

أساس الإكراه أن يتم التعاقد المشوب به ،تحت سطوة رهبة تتولد في نفس المتعاقد؛بحيث أن إرادته لم تأتي عن حرية إختيار[1] .

و تنص **م 88 ق م ج** على أنه " يجوز إبطال العقد للاكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق.

و تعتبر الرهبة قائمة على بينة اذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها، أن خطرا جسيما محدقا يهدده؛ أو أحد أقاربه في النفس أو في الجسم، أو الشرف ،أو المال .

و يراعي في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه، و سنه ، و حالته الاجتماعية، والصحية ،و جميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامة الإكراه "و المقصود لقيام الإكراه أن تتولد في نفس المتعاقد رهبة ، و أن يبرم التصرف تحت سلطانها[2].

و يجب مراعاة أن يكون الإكراه باستعمال وسيلة غير مشروعة لغرض غير مشروع،كمن يهدد شخصا بقتله أو بأخلاق ماله يوقع التزاما، فيكون قد أكرهه على التعاقد وويحق له إبطال العقد.[3]

[1] -محمد صبري السعدي ,المرجع السابق,ص188.
[2] - المرجع نفسه ,ص 188_190
[3] -المرجع نفسه,ص 188_190.

2. الشرط الثاني : الرهبة الدافعة إلى التعاقد .

يلزم أن تكون الرهبة التي تولدت عن وسيلة الإكراه هي التي دفعت المتعاقد إلى التصرف ، فإذا ثبت أن المتعاقد كان سيبرم التصرف حتى لم لن يسلط عليه التهديد ،فإن الإكراه في هذه الحالة يعتبر مفسد ا لرضائه و في هذه يتساوى الإكراه مع التدليس و الغلط[1].

3. الشرط الثالث : اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر .

يجب أن يكون الإكراه متصلا بمن يتعاقد مع المكره، و يعتبر هكذا إذا وقع من نفس المتعاقد وهي الحالة الغالبة ، كما يكفي أن يكون المتعاقد عالما بالإكراه أو كان مفروضا عليه حتماأن يعلم إن وقع من غيره[2].

فالقانون الجزائري لا يسمح بإبطال العقد بسبب إكراه صادر من الغير إلا إذا كان المتعاقد الآخر سيئ النية ، و في هذه الحالة للمكره حق الرجوع بالتعويض على الغير الذي مارس الإكراه بناء على المسؤولية التقصيرية (الفعل غير المشروع)[3].

الفرع الرابع : عيب الاستغلال

يعد الإستغلال أيضا عيب من عيوب ألإرادة والتي نص عليه المشرع الجزائري في **المادتين 90** و **91 ق م ج** ، و يؤدي الاستغلال إلى إبطال العقد أو إنقاص الإلتزام إلى الحد الأدنى الذي يرفع معه الاختلال في الأداءات ،و ذلك لمصلحة الطرف المستغل ، ولا يقتصر وجود الاستغلال على العقود التقليدية بل تعداه إلى العقود الإلكترونية التي تبرم عبر شبكة الأنترنت .الأمر الذي يدفعنا إلى توضيح مفهوم الاستغلال كعيب من عيوب الإرادة وبيان شروطه .

أولا : تعريف الاستغلال

الاستغلال هو عبارة عن اختلال فاحش في الأداءات نتيجة استغلال متعاقد ما في المتعاقد الثاني من ضعف نفسي[1] .

[1] -دربال عبد الرازق,المرجع السابق,ص 27.
[2] - المرجع نفسه ,ص 192.
[3] -محمد صبري السعدي ,المرجع السابق,ص 192.

و يعرفه الأستاذ فيلالي : " هو إستغلال الطيش البين أو الهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد بغرض دفعه إلى إبرام عقد يتحمل بمقتضاه التزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض (المقابل) أو من غير عوض[2] "

إن أساس الاستغلال يكون في نفسية المتعاقد التي قد يكون شابها عيب أدى إلى الإخلال الفادح بين ما أعطى و ما تلقى ،و العيب النفسي قد يكون لقلة الخبرة ،أو الطيش أو الولع الشديد بالشيء أو الحاجة الماسة إليه ، و ينتهز الطرف الآخر حالة الضعف التي إنتابت المتعاقد الآخر فيحصل منه على أداء مبالغ فيه[3] .

ثانيا : شروط الاستغلال

يمكن رد شروطه إلى عنصرين هما:

1. **العنصر المادي** :يتمثل في توفر ثلاثة شروط هي

أ. **التفاوت بين الالتزام و العوض**

يتضح من **م 90 ق م ج** أن التفاوت صورتين : فقد يكون ما بين التزامات المغبون وما حصل عليه من فائدة بموجب عقد ، و تجسد هذه الصورة التفاوت الذي يحصل في عقود المعاوضة ، و قد يكون التفاوت ما بين التزام المغبون و إلتزامات المستغل ، و تترجم هذه الصورة الثانية الذي يلحق العقود التبادلية أي العقود التي ترتب على المتعاقدين إلتزامات متبادلة و متقابلة ، ولكن إذا كانت العبرة بتعادل ما إلتزم به المتعاقد مع ما تلقاه مقابل ذلك ،فإن الكلام ينحصر في عقود المعاوضة دون غيرها .و نذكر في هذا الشأن أن عقد المعاوضة لا يقتضي حتما تبادل الالتزامات كما أن تبادل الالتزامات لا يتنافى مع عقد التبرع .[4]

[1] -دربال عبد الرازق,المرجع نفسه,ص29.
[2] -علي فيلالي ,المرجع السابق ,ص151.
[3] -لزهر بن سعيد,المرجع السابق,ص106.
[4] -علي فيلالي,المرجع نفسه,ص 218.

ب. التفاوت بين حظ الربح و الخسارة

لا يعتد بهذا التفاوت في العقود الاحتمالية،حيث يرى بعض الفقهاء أنه لا مجال لتطبيق نظرية الاستغلال على هذه العقود كونها تقوم بطبيعتها على حظ الربح و الخسارة. و الحقيقة أن إحتمال الربح أو الخسارة الذي يقوم عليه العقد الاحتمالي شيئ و إستغلال ضعف المتعاقد شيئ أخر ، و لذا يجب أن يكون إحتمال الربح و الخسارة الذي يتحمله المتعاقد متكافئا مع حظ الربح أو الخسارة الذي يتحمله المتعاقد الثاني أما إذا لم يكن تكافئ بين ما يتحمله كل متعاقد فإننا نكون بصدد تفاوت بين التزامات المتعاقدين و قد يرجع ذلك إلى ضعف نفسي للمتعاقد المغبون و إستغلال هذا الضعف من قبل المتعاقد الآخر.[1]

ت. إنعدام العوض

إن **م 90 ق م ج** لم تستبعد عقود التبرع في مجال تطبيق حيث ورد في **ف 3** " و يجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوة الابطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن " يفيد هذا الحكم الاستثنائي و الخاص بعقود المعاوضة و من باب المخالفة أن عقود التبرع تخضع لنظرية الاستغلال و الجزاء المترتب عليها هو إبطال العقد أو انقاض التزامات المغبون[2].

2. **العنصر المعنوي** : و يتمثل في توفر فيه عنصرين أساسيين هما:

أ. **الطيش البين أو الهوى الجامح** : فالطيش عبارة عن خفة أو اندفاع في الشخص يؤدي به إلى سوء التقدير و عدم الإكتراث للتصرف الذي يبرمه مثل إبن ورث مالا طائلا فيستغلون آخرون طيشه ؛بحيث يجعلوه يبرم لهم تصرفات ضارة به .

أما الهوى الجامح فيقصد به شدة تعلق شخص بشيء معين أو بشخص معين من ذلك تعلق شيخ بزوجته الشابة يؤدي به إلى عقد تصرفات لمصلحتها و لمصلحة غيرها ضارة بمصالحه .و سواء إستغل الطيش البين أو الهوى الجامح فإنه لا يد أن يكون ذلك هو الدافع إلى إبرام العقد.[3]

[1] - علي فيلالي , المرجع السابق ,ص220.
[2] -المرجع نفسه ,ص 220,221.
[3] - دربال عبد الرازق,المرجع السابق,ص30_31.

نية الاستغلال : أي أن يكون لدى المستغل تلك النية الخبيثة في الإستفادة من الضعف الذي في الطرف المستغل ، سواء كان طيشا بينا أو هوى جامحا[1].

المطلب الثاني

عيوب الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية.

تحتل عيوب الإرادة مكانة بارزة في إطار العقد الإلكتروني فبالإضافة الى أن طبيعة العقد تقتضي أن يبرم عن بعد بين المتعاقدين, فإن طبيعة تقنيات الإتصال الحديثة بما طرأ عليها من تغيير و تطور جعلها في غاية الدقة و الإتقان ,إلا أنها مع ذلك تتسم بالتعقيد كما أن المتعاقدين في أغلب الأحيان يكونان غير متكافئين من الناحية الفنية و التقنية ,حيث يكون أحدهما المنتج أو مقدم الخدمة ,بما يملكه من ملكات فنية و إمكانيات إقتصادية و إحتكار فعلي لبعض المنتوجات ,نجد أنه يواجهه متعاقد أخر ضعيف هو العميل لا يملك مثل هذه الإمكانيات , وهو الذي يزيد من فرص وقوع هذا الأخير بعيب من عيوب الإرادة .

الفرع الأول: الغلط في مجال التعامل الإلكتروني

يظهر إمكانية حدوث خطأ في التواصل مع الأنترنت ,حيث يرتكب المستخدم خطأ بشأن الخانة أو الزر التي يضغط عليها بحيث يبدأ في سلسلة الخطوات و الإجراءات التي تؤدي إلى إيجاد الشخص نفسه متعاقدا رغم عدم إتجاه إرادته لذلك ؛مثال ذلك :أن يبدأ أحد مستخدمي الأنترنت بتحميل أحد البرامج المعلن عنها عبر الويب على سبيل أنها دعاية مجانية في حين أن المورد كان يقصد بيعها بمقابل مادي.[2]

الأصل أنه يعود للمحاكم الأساس في تقدير وقوع الغلط أو عدم وقوعه ،فالمحكمة تأخذ بصفة عدم الخبرة أو عدم الإحتراف في المعاملات الإلكترونية, لا سيما في التقنيات الفنية المتطورة كبرنامج الحاسوب فمثلا :إذا تبين للمحكمة أن المتعاقد المستهلك متخصص وذو خبرة و إحتراف في مجال الذي تم التعاقد بشأنه إعتبرت أن مثله لا يقع في الغلط بالنسبة إلى ما هو مدعي أمامها، أما إذا ثبت لديها أن المستهلك لا خبرة ولا تخصص له في مجال الإلكترونيات

[1] -دربال عبد الرازق, المرجع السابق ,ص30_31.
[2] -عبد الفتاح محمود كيلاني ,المرجع السابق,ص61_62.

فإن ذلك يشكل دليلا أو قرينة على وقوعه في الغلط وقد ترد المحكمة طلب إبطال العقد لعلة الغلط اذا تبين لها أن مقدم الخدمة قد وضع بيانات تتعلق بهذه الخدمة تكون واضحة و كافية لتلافي الوقوع فى الغلط, و كذلك إذا ثبت لها تقصير مدعي الغلط ؛كما لو لم يقم بالإستعلام الكافي و بالإفصاح عن حاجته و بالتعاون مع المنتج أو مقدم الخدمة,[1]

و غالبا ما يقع الغلط في مجال العقود الإلكترونية بسبب العرض الناقص للمنتجات وذلك بأن يكون العرض غير واضح مما يؤدي إلى الوقوع فى الغلط بشأن المنتج المعروض عبر تقنيات الاتصال الحديثة و قد عالج ذلك العيب التوجه الأوروبي **رقم 2000_31** ،و قد يأتي الغلط في الشخص المتعاقد أو في صفة من صفاته كما أشرنا إليها سابقا مثال ذلك:أن يتوهم أحد المتعاقدين أن الطرف الآخر معروف لديه و يتعاقد معه لمهارته ثم يتضح أنه غير معروف لتشابه الأسماء أو موقع الويب الذي يعرض نفس السلعة أو الخدمة، إذا حدث هكذا يمكنه فسخ العقد ،و قد يكون الغلط في الصفة الجوهرية في الشيء هو الذي يؤدي إلى الإمتناع عن التعاقد في حالة العلم بالحقيقة مثال عن ذلك:إعلان عبر صفحات الويب يشير إلى بيع محتويات منزل أحد الشخصيات العالمية و يحدد الإعلان المقتنيات من ضمنها لوحة فنية مشهورة و نادرة فيدخل أحد راغبي الشراء عبر شبكة الأنترنت للتعاقد على شراء هذه اللوحة لكن بعد ذلك يظهر أن هذه اللوحة هي تقليد للوحة الأصلية ، فهنا لا يستطيع الإعتداد بالخطأ و قد يصعب إثبات هذا الغلط , حيث أن العرض الناقص للمنتج والذي قد يتم على صفحة الويب" web " قد يتم تغييره أو تعديله في وقت لاحق بوسيلة إلكترونية و هذه التقنيات لا تترك أثرا ماديا ملموسا.[2]

نجد أنه في حكم لمحكمة الإستئناف NIMES في فرنسا ،فرقت بين دور المستهلك الشخص الطبيعي و الشخص المعنوي في الإستعلام عن مواصفات السلعة المباعة فأوردت في حكمها :[3]

[1] -إلياس نصيف,المرجع السابق,ص130.
[2] -عبد الفتاح محمود كيلاني,المرجع السابق,ص63.
[3] -فاري محمد عماد الدين توكل,عقد التجارة الإلكترونية,منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت (لبنلن), 2010, ص97.

" أنه إذا كان المستهلك شخصا طبيعيا فلا يجب عليه المبادرة بالإستعلام عن السلعة أو الخدمة،و يجب على التاجر أن يعطيه كل المعلومات اللازمة لكن المستهلك التاجر يجب عليه أن يبادر بطلب الإستعلام" [1]

و في هذه الدعوة أبطلت المحكمة عقد بيع سيارة مستعملة لعيب في إرادة المشتري وذلك لأن البائع لم يثبت أنه قام بإعلامه بأن السيارة المبيعة قد سبقت سرقتها و حدث بها أضرار من جراء ذلك.[2]

و في حكم لمحكمة النقض الفرنسية صدر **بتاريخ 5 نوفمبر 2008** من الدائرة المدنية جعلت محكمة النقض عبئ إثبات علم المشتري بالمواصفات السلعة المبيعة على عاتق التاجر ؛ و طبقت قانون إمارة لوكسمبورج على مشترين من فرنسا ، و ترجع وقائع هذه الدعوة أن زوجين قاما بالإنتقال إلى لوكسمبورج لإستلام سيارة إشتراها بعد رؤيتهم إعلانا من خلال موقع شركة SARL OCCASION ANGELOMI على الأنترنت و عندما إنتقلا إلى مقر الشركة وجدا أن موديل السيارة غير تلك المعلن عنها في الأنترنت فأقاما دعوة تعويض على الشركة أمام المحكمة الكائنة في موطنهما, التي طبقت قانون إمارة لوكسمبورج و ألزمت المحكمة في حكمها الصادر في **13 ديسمبر 2005** بتعويض الزوجين بمبلغ 3434،66 يورو ؛ و قامت الشركة بالطعن على الحكم بالنقض لكن محكمة النقض رفضت ذلك على أساس أن الشركة لم تثبت أن الزوجين كانا على علم بعدم مطابقة موديل السيارة المعروضة للبيع من تلك التي قاما بالتعاقد عليها والمعلن عنها من خلال موقع الشركة على الأنترنت و أن قانون لوكسمبورج خاصة قانون الاستهلاك هو القانون الواجب التطبيق على الواقعة[3] .

الفرع الثاني : التدليس في مجال التعامل الإلكتروني

في مجال العقود الإلكترونية التي تبرم عبر الأنترنت ،يمكن أن يتخذ الغش العديد من الأشكال مثل الرسائل المضللة و الكاذبة التي ترسل عبر البريد الإلكتروني أو المنشورة عبر موقع الأنترنت والتي تعطي معطيات و معلومات خاطئة من شأنها أن تظلل حول طبيعة وحقيقة المبيع مما يدفع المتعاقد إلى إبرام العقد تحت هذا التأثير ؛ سيما وأن الأنترنت لا تمكن

[1] - فاري محمد عماد الدين توكا , المرجع بالسابق ,ص 97.
[2] -المرجع نفسه, ص97.
[3] -هالة جمال الدين محمد محمود,المرجع السابق,ص196_197.

من فحص البضاعة و رؤيتها بالعين الطبيعية ،كما أنها تمكن من تغيير الغرض في ثواني معدودة من عرض المبيع على حالته الأولى مما يصعب كثيرا مسألة إثبات التدليس ، و لقد كان الحل الأمثل لمعالجة المشاكل الناجمة عن التدليس عبر الأنترنت متمثلا في إستخدام مواقع متخصصة على الشبكة ،وضيفتنا الإعلام و تقديم النصيحة و التحذير إن لزم الأمر ،وذلك بهدف توفير الحماية للطرف الأقل خبرة حتى يتمتع بحرية الرضا و الإختيار[1].

يعتبر السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة تدليسا ،إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بهذا الأمر ،و يكون هذا في كثير من الأحيان عند الدعاية الكاذبة من خلال إستخدام الأنترنت أو الهاتف النقال أثناء البيع و الشراء و ذلك لأن غالبية المشترين يقومون بالبحث في الأنترنت لشراء بناءا على ما هو معروض من صور للمنتجات .كما في المجال السياحي نرى أن محكمت إستئناف AIXEN PROVINCE حكمت بإبطال عقد الإيجار وذلك بسبب الدعاية الكاذبة التي حدثت بسبب مواصفات فيلا سياحية للإيجار تطل على البحر المتوسط و ذلك لإخفاء الشركة مكان الفيلا والتي كانت بجانب موقع البناء[2]؛ فالكذب في ذاته في الأصل لا يعد تدليسا إلا إذا صاحبه أعمال مادية مدعمة بمظاهر خارجية و حيل غير مشروعة و كافية لتظليله بهدف إخفاء الحقيقة عن المتعاقد و حمله على التعاقد[3] .

يحتل التدليس مكانة كبيرة في مجال العقود الإلكترونية نظرا لقدرة بعض العابثين والمحتالين على إختراق النظام المعلوماتي للشبكة و إساءة الإستخدام ، ومن أشهر طرق الغش و التدليس المستخدمة عبر الأنترنت هي إنشاء مواقع وهمية لا وجود لها على الإطلاق و قد يستخدم علامات تجارية لشخص أخر تعمد على نشر بيانات و معلومات كاذبة على الموقع بقصد الترويج و الإشهار[4].

و قد شهدت السنوات الأخيرة في فرنسا إنتشار كبيرا لإستخدام الطرق الإحتيالية فيما يتعلق بالبطاقة المصرفية و سوء إلائتمان ،و هذا الأمر حدا بالمشرع الفرنسي لإصدار **قانون رقم 2001_1062** المتعلق بأمن و حماية حامل البطاقة المصرفية من أية مسؤولية في حالة

[1] -نجاعي أمال,موساوي لامية, المرجع السابق , ص53.
[2] -هالة جمال الدين محمد محمود ,المرجع السابق , ص198.
[3] -عبد الفتاح محمود كيلاني ,المرجع السابق , ص64.
[4] - المرجع نفسه, ص66_67.

الوفاء الذي يتم بتقليد البطاقة أو تزويرها و بالتالي لم يعد الجزاء المقرر للغش و التدليس مدنيا فقد إمتد للمستوى الجنائي أيضا.

و في هذا الصدد نجد أن القضاء الفرنسي قد أتاح للمستخدم في مجال برامج الكمبيوتر أن يطلب إبطال العقد بسبب التدليس الناجم عن كتمان مورد البرامج للمعلومات التي كانت تتيح له حسن اختيار البرنامج والتعاقد, فمثلا في حالة بيع دواء عبر الأنترنت عن طريق الصيدلية الإلكترونية LOFFICIME ELECTRONIQUE اذا لم يقم الصيدلي بذكر أحد البيانات الهامة الخاصة بالعقار الطبي مثل عدم ذكر موانع الإستعمال أو لا يحدد تاريخ انتهاء الصلاحية للدواء للإستعمال فإنه يكون قد أخفى جزءا من المعلومات مما يعتبر هذا تدليسا [1].

فالمستهلك في عقد التجارة الالكترونية لا يتمكن من معاينة البضاعة أي الشيء المبيع كما في حالة التعاقد التقليدي ،حيث تتم المعاينة من خلال شاشة الحاسب الآلي و قد يلجأ التاجر إلى إستخدام الحيل التكنولوجية في عرض المنتجات والخدمات و يدفعه بذالك إلى إبرام العقد فإذا ثبت ذلك فإنه يجب إبطال هذا العقد لوجود غش[2] ؛و يمكن الحد من ظاهرة الغش والتدليس في التعاقد الإلكتروني عن طريق تفعيل و تنشيط دور جهات التوثيق الإلكتروني التي تقوم بتتبع المواقع التجارية عبر الأنترنت, التحري عنها وعن صحتها و مصداقيتها في التعامل ،فإذا تبين لها عدم جدية موقع ما تقوم هنا بتحذير المتعاملين عبر الشبكة عن طريق إرسال رسالة تحذيرية بأن هذا الموقع وهمي و لا وجود له ,[3] أو ان هذا الموقع غير مسجل لدى المنظمة العالمية للملكية الفكرية WIPO أو غير مقيد لدى إحدى شركات الأنترنت المكلفة بتسجيل أسماء النطاق DEMIEN NAME ICANV بالأسماء والأرقام.

و في هذا المجال ينبغي ملاحظة أن حق العدول في التعاقد لا يختلط مع نظرية عيوب الإرادة فكل منها مجال و شروطه الخاصة ، فالأول أي حق العدول يهدف إلى جعل رضا المتعاقد رضا متمهلا مترويا غير مشروع فيه ،أما عيوب الإرادة فتحمي رضاء المتعاقد من حيث كونه رضاء حرا صحيحا ،لذلك إذا وقع المستهلك ضحية أعمال غش أو تدليس مع البائع مثلا بقصد التأثير في رضائه ففي هذه الحالة قد يثبت المتعاقد حق العدول في تعاقده خلال

[1] -عبد الفتاح محمود كيلاني , المرجع السابق, ص66_67.
[2] -لزهر بن سعيد,المرجع السابق,ص103.
[3] المرجع نفسه, ص104.

المهلة المحددة ، إذا توافرت الشروط المطلوبة كما له أيضا المطالبة بإبطال العقد إستنادا الى نظرية عيوب الإرادة إذا توافرت سائر شروطها أيضا[1].

الفرع الثالث :الإكراه في مجال التعامل الإلكتروني.

إن الإكراه بالمفهوم الذي سبق و قدمناه يصعب تصوره في مجال عقود التجارة الإلكترونية،لأنه غالبا ما يتم عرض المنتجات على الأنترنت كما أن العقد يتم بين طرفين في مكانين متباعدين،و مجلس العقد الذي يجمعهما هو مجلس حكمي وليس حقيقيا.

إلا أننا نجد المجال الخصب للإكراه يكون في نطاق الاحتكار حيث يسيطر أحد المنتجين على أحد المنتجات مما يدفع المستهلكين إلى التعاقد معه نظرا لانفراده بالسيطرة على هذا المنتج[2] ،كما نجد مجال الإكراه في التعاقد الإلكتروني ممكنا حدوثه أحيانا بسبب التبعية الإقتصادية ،حيث يضطر المتعاقد إلى إبرام العقد تحت ضغط العوز الإقتصادي،و يمكن تصور ذلك بصدد توريد المنتج و احتكار إنتاجه كما سبق ذكره ثم بيع غياره بشروط مجحفة ويظطر العميل إلى قبولها حيث لا بديل أمامه سوى قبول ذلك[3].

ومن هنا يتبين أن هناك رأيان في خصوص مدى إمكانية حدوث الإكراه عبر الأنترنت :

فالرأي الأول : يرى إستبعاد عيب الإكراه في المعاملات الإلكترونية, و ذلك لأن التعامل بين الأطراف يكون عبر الشبكات الإلكترونية و أن مخاطر التعرض لإكراه جسدي حسي تبدوا معدومة بسبب عنصر المسافة الذي يفصل بين الأطراف ، أما الإكراه النفسي الذي يوقع فيه رهبة تدفعه إلى التعاقد،فقد تظهر في صورة إبتزاز و تهديد عبر البريد الإلكتروني. إن هذه الوسيلة التي يستعملها للضغط على العميل سعيا للتعاقد معه لا تبدوا مقنعة فقد تعرض في معاملة شخصية بحتة وليس تجارية لذلك يصعب تصور الإكراه في العقد الإلكتروني فمثلا: قد يعرض المنتجات عبر الأنترنت أو شاشة التلفزيون،و قد يصاحب ذلك إظهار للمنتج أو السلعة إلا أن المشاهد يمكنه تغيير المحطة التي تبث الإعلان أو تغيير الموقع الإلكتروني على

[1] -خالد ممدوح إبراهيم, المرجع السابق, ص184.
[2] -لزهر بن سعيد,المرجع السابق,ص108.
[3] -خالد ممدوح إبراهيم,المرجع نفسه,ص190.

الإنترنت أو أن يغلق الجهاز كل هذا وارد لذالك فإن الأمر يرجع إلى المشاهدة أو المستخدم وليس غيره لأنه هو الذي يبدي بإرادته للقبول[1] .

الرأي الثاني : يرى أن الإكراه يكون في التجارة الإلكترونية متى كنا بصدد تبعية إقتصادية لأحد المتعاقدين تجاه الآخر و ذلك إذا كان الأخير مثلا موردا لمنتج نادر الوجود ،وبهذا نجد المتعامل يضطر للتعاقد تحت ضغط العوز الإقتصادي و الحاجة الملحة مثل احتكار منتج ما (قطعة غيار ما) و بيعها بشروط مجحفة يضطر العميل لقبولها حيث لا بديل أمامه سوى قبول ذلك [2]، و نؤيد هذا الرأي في حالة عدم وجود السلعة أو الخدمة الإلكترونية إلا مع مورد ما فقد دون غيره بحيث يضطر طالب السلعة أو الخدمة إلى قبولها لعدم وجود غيرها ولحاجته الضرورية لها .

الفرع الرابع : الإستغلال في مجال التعامل الإلكتروني

إن الواقع يشير و بوضوح إلى انتشار إستخدام الشبكة العنكبوتية في إبرام العقود ،سواء ممن يملكون الخبرة أو من طرف الأشخاص العاديين ،هذا ما قد يؤدي إلى استغلال هؤلاء لنقص خبرتهم و معرفتهم بخبايا هذا المجال .

و لحماية هذه الفئة و غيرها بدأت مختلف التشريعات العالمية للتجارة الإلكترونية تهتم بشكل كبير بحماية بحماية المستهلكين و لعل القانون التونسي من أفضل القوانين الذي تصدى لهذه الحماية **حيث نصت المادة 50** منه " يعاقب كل من استغل ضعف أو جهل شخص في إطار عمليات البيع الإلكترونية بدفعه للالتزام حاضرا أو آجلا بأي شكل من الأشكال بخطبة تتراوح بين 1000 و 2000 دينار و ذلك إذا ثبت ظروف الواقعة أن هذا الشخص غير قادر على تمييز أبعاد تعهداته ، أو كشف الحيل أو الخداع المعتمدة بالإلتزام أو اذا ثبت كذلك أنه كان تحت الضغط مع مراعاة أحكام المجلة الجنائية " [3]. يظهر جليا من هذا النص أن المشرع التونسي حاول حماية المستهلك في العقد الإلكتروني،على أساس أن دفع المستهلك للتعاقد،

[1] -عبد الفتاح محمود كيلاني,المرجع السابق,ص 68.
[2] -المرجع نفسه,ص69.
[3] -لزهر بن سعيد,المرجع السابق,ص107.

وإستغلال عدم مقدرته على تمييز تعهداته إلى قابلية العقد للإبطال، نجد أن المشرع التونسي قد رتب جزاءا جنائيا نظرا لأن الطرف الآخر إستخدم طرقا ووسائل إحتيالية [1].

يظهر لنا أن الإستغلال يكون في العقود الإلكترونية حينما يكون المتعاقد المشتري قد وقع ضحية طيشه و هواه الجامح حيث أن المشتري إندفع للتعاقد وراء هواه الجامح و طيشه البين في أن يدخل بعلاقة تعاقدية لمجرد أنه في طرفها الآخر شخصية إجتماعية بارزة كممثل عالمي مشهور أو مطرب و غير ذالك ...من أصحاب الشهرة والتي يقع فريستها أصحاب الهوى و الطيش من شباب في مقتبل العمر ،و هنا نكون بصدد عيب الاستغلال الذي يشوب الإرادة ويفسد العقد[2] ..

[1] - لزهر بن سعيد , المرجع السابق ,ص107.
[2] -عبد الفتاح محمود كيلاني,المرجع السابق,ص80.

خاتمة

خاتمة:

من خلال دراستنا لموضوع التراضي في عقود التجارة الإلكترونية في القانون الجزائري،الذي بدوره يعد أهم ركن من أركان إنعقاد العقد الإلكتروني. فإننا وبعد هذه الدراسة تمكنا من الحصول على ما يلي :

التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني يتم عبر وسائط إلكترونية بما يتماشى مع طبيعته ،وهذا أهم مايميزه من العقود التي تتم في بيئة تقليدية ،ولكي يكون الرضا معبرا ومنتجا لأثاره القانونية في التعاقد الإلكتروني ,وفي هذه الحالة لابد من أن يصدر من شخص تتوافر فيه أهلية التعاقد ،ويجب ألا يشوب إرادته أي عيب من عيوب الإرادة طبقا لما تشترطه القواعد العامة.

ويعد التراضي ركن مهما في إبرام تنفيذ العقود ،حيث يهدف البحث في خصوصية ركن التراضي في عقد التجارة الإلكترونية،وخاصة أن القانون الجزائري يخلو من أحكام خاصة تنظم قانون التجارة الإلكترونية،ونأمل أن يتدخل المشرع الجزائري قريبا في ذلك..

وبناء على أن الإيجاب صدر أولا والقبول صدر ثانيا , فإن الإعلان عن السلعة أو الخدمة في شبكة المواقع web يعتبر إيجابا من العارض , إلا في بعض الحالات التي تكون فيها شخصية المتعاقد الآخر محل إعتبار عند من صدر منه العرض فالإعلان في هذه الحالة يعتبر دعوة للتعاقد وليس إيجابا. ويكون العرض عبر البريد الالكتروني أو المحادثة و المشاهدة والمواقع .

ويشترط في صيغة العقد (الإيجاب والقبول)أن يكونا واضحين ودالين على إرادة التعاقد ،وأن يكون القبول موافقا للإيجاب ومتصلا به وهذه الشروط يلزم تحقيقها في التعاقد بطرق الأنترنت حتى يكون صحيحا ومعتبرا.

كما تطرقنا كذلك لعيوب الرضا التي تفسد الإرادة وتؤثر في قوة العقد المبرم وقد ركزوا في تصورنا لورود عيب الغلط والتدليس على إعتبار أنهما أكثر تصورا في وقوعهما من عيب الإكراه والإستغلال في عقود التجارة الإلكترونية،والتي لانرى إستحالة ورودها بل تبقى إحتمالات وقوع المتعاقدين عبر شبكة الأنترنت بهما أقل تصور ،وأبعد إحتمال .

لذلك يجب أن يكون الشخص كامل الأهلية لكي لايشوبه أي عيب من عيوب الإرادة التي ذكرناها سابقا .

وبذلك نصل إلى ختام هذا البحث سائلين الله أن نكون قد وفقنا في طرح هذا الموضوع بطريقة تحقق مانتوخاه من فوائد علمية وعملية.

وفي الختام ألتمس من كل مطلع وقارئ لها أن يتجاوز عما يكون قد خالطها من قصور أو سهو أو نقص فالكمال لله سبحانه و تعالى وهو وحده ولي التوفيق والسداد مستلهما القول المأثور عن العماد الأصفهاني "إني رأيت أنه يكتب إنسان كتابا في يومه إلا قال في غده،لو غير هذا لكان أحسن ،ولو زيد كذا لكان يستحسن ،ولو قدم هذا لكان أفضل ،ولو ترك هذا لكان أجمل ،وهذا أعظم العبر ،وهو دليل على إستيلاء النقص على جملة البشر".

قائمه المراجع

أولا : الكتب:

1- إلياس نصيف، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، ط 1،منشورات الحلبي الحقوقية للنشر و التوزيع ، لبنان، 2009.

2- خالد ممدوح إبراهيم , إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) , ط 2 , دار الفكر الجامعي للنشر و التوزيع ,الإسكندرية ,2011.

3- دربال عبد الرازق, الوجيز في النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام), دار العلوم للنشر والتوزيع , عنابة ,2004.

4- رمضان أبو السعود , مصادر الالتزام , ط 1, دار المطبوعات الجامعية لنشر و التوزيع, الإسكندرية ,2007.

5- عبد الرازق أحمد السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني الجديد_نظرية الالتزام بوجه عام _(مصادر الالتزام), ط3 , منشورات الحلبي للنشر و التوزيع, 2000..

6- عمر خالد زريقات, عقود التجارة الإلكترونية (عقد البيع عبر الانترنت)_ دراسة تحليلية_, ط 1, دار الحامدي للنشر و التوزيع , عمان,2007.

7- علي فيلالي، الإلتزمات النظرية العامة للعقد،ط 2، موفم للنشر و التوزيع ,الجزائر,2005.

8- فاري محمد عماد الدين توكل,عقد التجارة الإلكترونية,منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت (لبنلن), 2010.

9- لزهر بن سعيد , النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية , دار هومة للنشر و التوزيع ,الجزائر 2012.

10- محمد إبراهيم أبو الهيجاء ,عقود التجارة الإلكترونية (العقد الإلكتروني–إثبات العقد الإلكتروني – حماية المستهلكين – وسائل الدفع الإلكترونية –المنازعات العقدية و غير العقدية – القانون الواجب التطبيق) , ط 2, دار الثقافة للنشر و التوزيع ,عمان ,2011.

11- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (نظرية الالتزامات،مصادر الالتزام،العقد والإرادة المنفردة)، ط 4، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين ميلة, 2009.

12- محمد فواز المطالقة ,الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية (أركانها – إثباتها – حمايتها – التوقيع الإلكتروني – القانون الواجب التطبيق) دراسة مقارنة ,ط 3,دار الثقافة للنشر والتوزيع , عمان 2011.
13- مناني فراح، العقد الإلكتروني (وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري)، دار الهدى لطباعة والنشر، الجزائر، 2009 .
14- هالة جمال الدين محمد محمود ,أحكام الإثبات في عقود التجارة الإلكترونية , دار النهضة العربية للنشر و التوزيع ,القاهرة ,2013.

ثانيا : الرسائل و المذكرات الجامعية

1- رسائل الدكتوراه:

1- العيشي عبد الرحمان , ركن الرضا في العقد الإلكتروني ,أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق , قسم القانون الخاص , كلية الحقوق , جامعة الجزائر 1 , الجزائر ,2016-2017.
2- بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني، رسالة دكتوراه في العلوم القانونية ,تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لحاج لخضر، باتنة, 2015/2014
3- لزعر وسيلة،التراضي في العقود الإلكترونية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق , تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لعربي بن مهيدي ,أم البواقي، 2019/2018..
4- علاء محمد علي الفواعير , مدى انطباق التراضي على العقود الإلكترونية "دراسة مقارنة " , أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص , كلية القانون ,جامعة عمان العربية , عمان ,2012.

2- مذكرات الماجستير

1- بن عميور أمينة, البطاقات الإلكترونية للدفع و القرض و السحب, مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص , تخصص قانون أعمال, كلية الحقوق,جامعة منتوري, قسنطينة,2004_2005.

2- عبان عميروش، التراضي في العقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير في القانون , تخصص القانون المدني الأساسي، جامعة عبد الحميد بن باديس ، مستغانم، 2015.
3- عبد الحميد بادي، الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق , فرع عقود ومسؤولية ،الجزائر ، 2011.
4- محمد هادي فرج الفهداوي ,الأهلية القانونية للتعاقد في البيئة الإلكترونية "دراسة مقارنة " , رسالة لنيل شهادة الماجستير , تخصص قانون الخاص , كلية الحقوق , جامعة الشرق الأوسط , عمان , 2020.
5- مرزوق نور الهدى،التراضي في العقود الإلكترونية،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون , فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2012.

3_ مذكرات الماستر

1- بن حسان أحمد، بن حسان عبد الرحمان ،التراضي في العقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق , تخصص قانون أعمال ،جامعة أحمد دراية ،أدرار ، 2019\2020 .
2- حميش هنية ،الإرادة الإلكترونية ،مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون ,تخصص عقود ومسؤولية ،جامعة آكلي محند أولحاج ،البويرة،2015\2016.
3- زرقان هشام ,النظام القانوني لبطاقات الدفع الإلكتروني, مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق, تخصص قانون أعمال,كلية الحقوق و العلوم السياسية ,جامعة محمد خيضر, بسكرة,2015_2016.
4- نجاعي أمال، موساوي لامية، التراضي في العقد الإلكتروني،رسالة ماستر في الحقوق , تخصص القانون الخاص , جامعة عبد الرحمان ميرة ,بجاية,2013_ 2012.

ثالثا : المجلات

1- أيمن مصطفى أحمد محمد, التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية في ضوء تشريعات دولة الإمارات العربية المتحدة , مجلة الفكر الشرطي , العدد 91,,كلية الحقوق , جامعة أسيوط , مصر , 2014

2- بوعيس يوسف ، التراضي في العقود الإلكترونية ،مجلة ضياء للدراسات القانونية ،المجلد الأول ،العدد الثاني ،المركز الجامعي نور البشير البيض ،الجزائر ،2019.

3- بوقرط أحمد، إشكالية التراضي في العقود الإلكترونية، المجلة الجزائرية للأبحاث والدراسات، المجلد الثاني، العدد السادس، جامعة عبد الحميد بن باديس، بمستغانم، 2019

4- بوشنافة جمال، خصوصية التراضي في العقود الإلكترونية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد الأول، العدد العاشر، جامعة الدكتور يحي فارس، المدية، 2018

5- عيوني محمد ،الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني ،مجلة الدراسات والبحوث القانونية ،العدد السابع ، جامعة محمد خير ، بسكرة .

6- كركوري مباركة حنان، خصوصية ركن التراضي في عقود التجارة الإلكترونية، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية،العدد العاشر،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة, 2020.

رابعا: النصوص التشريعية..

1- أمر رقم 75_58 مؤرخ في رمضان عام 1395 هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975, المتضمن القانون المدني , المعدل و المتمم بالقانون رقم 07_05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 الموافق ل 13مايو 2007,الصادر بالجريدة الرسمية عدد 31 ,الصادرة في 25 ربيع الثاني عام 1428 هـ الموافق ل 13 مايو 2007 .

2- أمر رقم 84_11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق ل 09 يونيو 1984 م ,المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم بالأمر رقم 05_02 المؤرخ في 27 فبراير 2005,الصادر بالجريدة الرسمية عدد 15,الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005م.

3- القانون رقم 02 , المتعلق بقانون التجارة الإلكترونية , المؤرخ في فيفري 2002,الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة ، حكومة دبي، الصادرة في 16 فيفري 2002,العدد رقم 277،السنة السادسة والثلاثون .
4- القانون رقم 83 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، مؤرخ في 9 أوت2000, جريدة الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، الصادرة في 11أوت 2000 العدد64.
5- القانون رقم 85,المتعلق بالمعاملات الإلكترونية ، مؤرخ في ديسمبر 2001 الجريدة الرسمية للملكة الأردنية الهاشمية, في 31 ديسمبر 2001 ، العدد45_42.

الفهرس

مقدمة

الفصل الأول :وجود التراضي في العقود الإلكترونية**.....12**

المبحث الأول :وجود الرضا في العقود الإلكترونية.....13

المطلب الأول :مفهوم التعبير عن الإرادة.....14

الفرع الأول:تعريف التعبير عن الإرادة.....14

الفرع الثاني:مدى جواز التعبير الإلكتروني عن الإرادة بكافة الوسائل.....15

أولا:على المستوى الدولي 16

ثانيا:موقف التشريعات العربية.....17

ثالثا:موقف المشرع الجزائري.....18

المطلب الثاني:صور التعبير الإلكتروني عن الإرادة.....19

الفرع الأول:التعبير عن الإرادة عن طريق البريد الإلكتروني.....19

الفرع الثاني:التعبير عن الإرادة عن طريق المحادثة أو المشاهدة.....21

الفرع الثالث:التعبير عن الإرادة عبر الموقع.....23

الفرع الرابع:التعبير عن الإرادة عبر التنزيل عن بعد 24

المبحث الثاني :تلاقي الإيجاب والقبول في العقود الإلكترونية.....26

المطلب الأول: الإيجاب الإلكتروني.....27

الفرع الأول:تعريف الإيجاب الإلكتروني.....27

الفرع الثاني:خصائص الإيجاب الإلكتروني.....28

أولا:الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسيط إلكتروني.....28

ثانيا :الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد.....29
ثالثا :الإيجاب الإلكتروني يكون في الغالب إيجابا دوليا.....30
الفرع الثالث:صور الإيجاب الإلكتروني.....30
أولا:الإيجاب من خلال البريد الإلكتروني.....30
ثانيا:الإيجاب الإلكتروني من خلال صفحات الويب..... 32
ثالثا :الإيجاب عبر المحادثة أو المشاهدة..... 33
الفرع الرابع:شروط الإيجاب الإلكتروني.....34
أولا:أن يكون الإيجاب واضحا ومحددا.....34
ثانيا:أن يكون الإيجاب باتا ونهائيا.....35
ثالثا:أن يكون الإيجاب الإلكتروني موجها إلى شخص أو عدة أشخاص معينين.....36
رابعا:إستخدام اللغة الوطنية في الإيجاب الإلكتروني.....37
الفرع الخامس :سقوط الإيجاب الإلكتروني.....37
أولا:سقوط الإيجاب الإلكتروني بعدول الموجب عنه.....38
ثانيا :سقوط الإيجاب الإلكتروني لسبب خارج عن إرادة الموجب.....38
المطلب الثاني: القبول الإلكتروني.....39
الفرع الأول:تعريف القبول الإلكتروني.....40
الفرع الثاني:طرق التعبير عن القبول في التعاقد الإلكتروني.....41
أولا:التعبير الصريح.....41
ثانيا:التعبير الضمني.....42
الفرع الثالث:صور القبول الإلكتروني.....43

أولا:القبول عن طريق البريد الإلكتروني.....44
ثانيا:القبول من خلال صفحات الويب. 44
ثالثا:القبول في المعاملات الإلكترونية المؤتمتة.....44
الفرع الرابع:شروط القبول الإلكتروني.....45
أولا:أن يطابق القبول الإيجاب.....45
ثانيا:صدور القبول والإيجاب مازال قائما.....46
ثالثا: أن يكون القبول باتا وجازما.....47
الفرع الخامس:العدول في القبول الإلكتروني.....47
أولا:مضمون الحق في العدول.....47
ثانيا :الأساس القانوني للعدول.....48
الفصل الثاني : صحة التراضي الإلكتروني.....50
المبحث الأول : الأهلية في عقود التجارة الإلكترونية 51
المطلب الأول : مفهوم الأهلية في التعاقد الإلكتروني.....52
الفرع الأول : تعريف الأهلية.....52
أولا : التعريف اللغوي.....52
ثانيا : التعريف الاصطلاحي.....52
ثالثا : التعريف القانوني.....53
الفرع الثاني : أنواع الأهلية.....53
أولا : أهلية الأداء.....53
ثانيا : أهلية الوجوب.....54

الفرع الثالث : مراحل الأهلية.....55
أولا : مرحلة الصبي غير المميز 55
ثانيا : مرحلة الصبي المميز.....55
ثالثا : مرحلة بلوغ سن الرشد.....56
الفرع الرابع : خصوصية الأهلية في التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة.....57
المطلب الثاني : وسائل التحقق من الأهلية في عقود التجارة الإلكترونية.....61
الفرع الأول : البطاقة الإلكترونية.....62
الفرع الثاني : الوسيط الإلكتروني.....67
الفرع الثالث : الوسائل التحذيرية.....70
المبحث الثاني : عيوب الإرادة في القانون المدني و عقود التجارة الإلكترونية.....**71**
المطلب الأول : عيوب الإرادة في القانون المدني.....**72**
الفرع الأول : عيب الغلط.....72
أولا : تعريف الغلط.....72
ثانيا : أنواع الغلط.....73
الفرع الثاني : عيب التدليس.....74
أولا : تعريف التدليس.....75
ثانيا : عناصر التدليس 76
ثالثا : شروط التدليس.....77
الفرع الثالث: عيب الإكراه.....77
أولا : تعريف الإكراه.....78

ثانيا : شروط الإكراه.....79

الفرع الرابع : عيب الإستغلال.....80

أولا: تعريف الإستغلال.....80

ثانيا : شروط الإستغلال.....81

المطلب الثاني : عيوب الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية.....83

الفرع الأول : الغلط في مجال التعاقد الإلكتروني.....83

الفرع الثاني : التدليس في مجال التعاقد الإلكتروني.....85

الفرع الثالث :الإكراه في مجال التعاقد الإلكتروني.....88

الفرع الرابع :الإستغلال في مجال التعاقد الإلكتروني.....89

الخاتمة 92

قائمة المراجع.....94

الفهرس.....100