الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة بلحاج بوشعيب –عين تموشنت–

كلية الحقوق – قسم الحقوق –

– تخصص: قانون خاص –

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تحت عنوان:

الرضائية في العقود الالكترونية

من إعداد الطالبتين:

- محيمدة رانيا
- مرني صنديد الزهرة

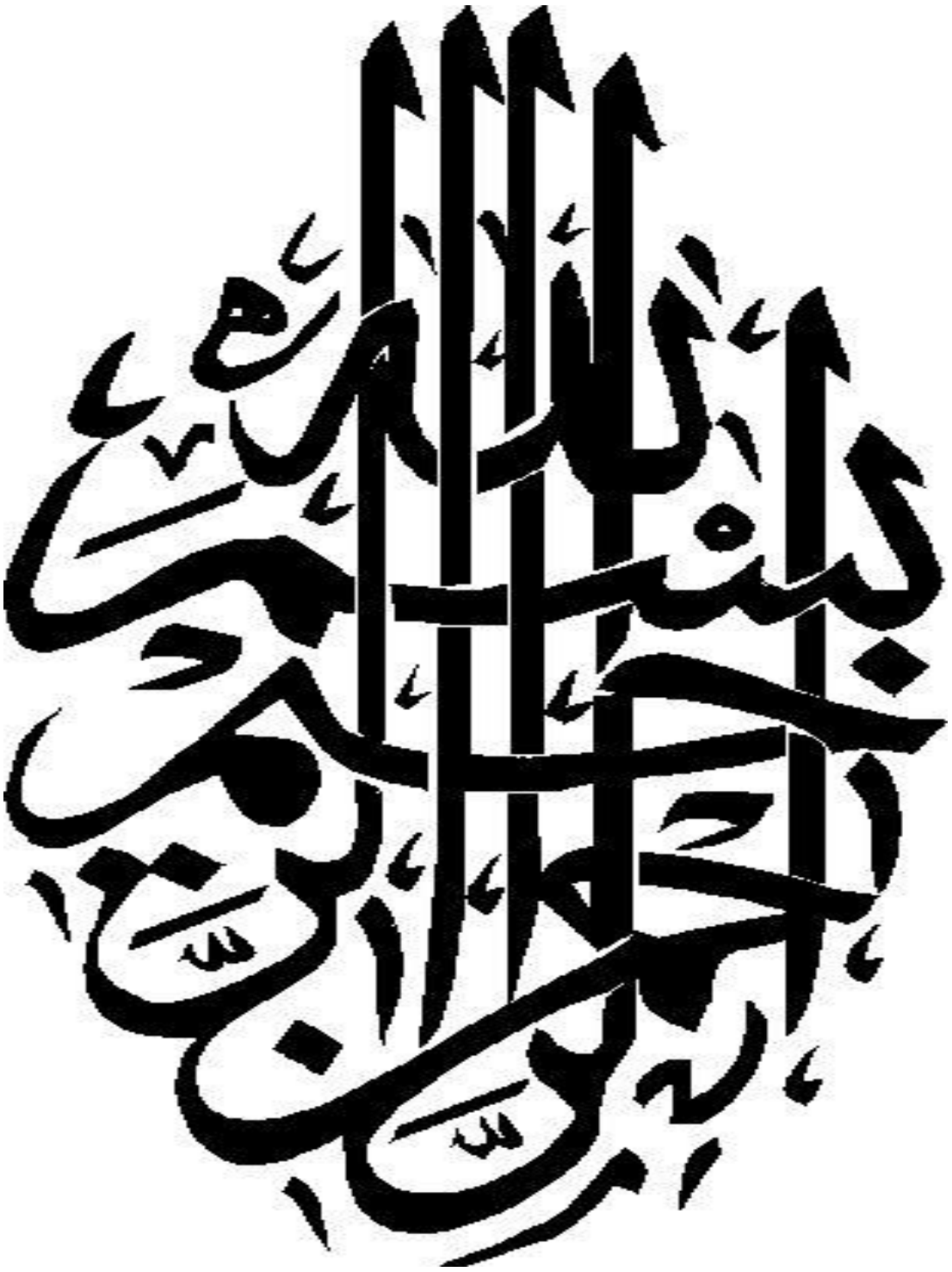
تحت إشراف الأستاذة:

أ.د نسيمة الشيخ

أعضاء اللجنة المناقشة:

رئيسا	أ.د قودودو جميلة	أستاذة	جامعة عين تموشنت
مشرفا	أ.د الشيخ نسيمة	أستاذة	جامعة عين تموشنت
ممتحنا	د. بن عزة حمزة	أستاذ محاضر ب	جامعة عين تموشنت

السنة الجامعية:2023–2024


بسم الله الرحمن الرحيم

شكر و التقدير

الحمد لله أصل الحمد و الثناء

و الصلاة و السلام على

نبينا محمد صلى الله غليه و سلم

قبل كل شيء .

اشكر الله سبحانه و تعالى على إحسانه و توفيقه لنا

أتقدم بجزيل الشكر إلى كل من أسهم في مساعدتنا في انجاز هذا البحث المتواضع

خاصة الأستاذة الفاضلة الذي تلقينا منها العلم و المعرفة و التوجيه

الأستاذة شيخ نسيمة

التي لم تبخل علينا بإرشاداتها آو ملاحظاتها القيمة التي كان لها الأثر الفعال في انجاز هذا العمل .

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى كل مد لنا العون في إخراج هذه المذكرة إلى الوجود.

بسم الله الرحمان الرحيم و الصلاة و السلام على اشرف المرسلين

اهدي ثمرة جهدي المتواضع إلى

من تعبت في تربيتي .... أمي

من شققت يداه في سبيل رعايتي .... أبي

إخوتي و أخواتي أكرمهم الله

ابني حفضه الله لي سندا و قوة لي

اصدقائي و زملائي و رفقاء الدراسة

وفقهم الله

كل من نصحني و ساهم في إتمام البحث جزاكم الله عني كل خير

رانيا

اللهم علمنا ما ينفعنا و انفعنا بما علمتنا وزدنا علما نافعا ولسانا ذاكرا وقلبا خاشعا

اهدي هذا العمل المتواضع الى التي حثني على العلم و العمل رمز التضحية ونبع الحنان التي كانت سببا في نجاحي

"أمي" الغالية أطال الله في عمرها .

و الى من أطفأ سنين عمره شموعا ليضيئ دنياي و يعد لي طريق النجاح و يعينني في مسيرتي الدراسة

"أبي " أدام الله عليه بالصحة و العافية

و اللذان مهما بلغ في الشكر و الثناء لن اوفيهما حقهما الى كل أفراد عائلة

" مرني صنديد"

الى زميلاتي و زملائي في الدراسة الى كل من احبهم و حفظهم قبلي و لم ينطق بهم لساني

الى كل موظفي جامعة عين تموشنت بما فيها عمال المكتبة

و الى كل من ساهم في هذا النجاح من قريب او بعيد و شكرا

زهرة

المقدمة

يعتبر التراضي أهم أركان العقد، حيث لا يرتبط الشخص بأي عقد ما لم تتجه إرادتها لإبرمها وطبيعة وخصوصية التعاقد عبر الوسائط الإلكترونية يجعل التعبير عن الإرادة في البيئة الافتراضية لها ضوابط و أحكام خاصة و البحث فيها .

ومن المعلوم أن التراضي لا يقوم إلا من خلال تطابق الإيجاب و القبول اللذان للقانون، و عليها سوف نتطرق في طيات هذا البحث إلى كيفية التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني، حيث أن المشرع الجزائري أقر العقود و المعاملات لتنظيم المعاملات التجارية الإلكترونية وقبلها نظم المشرع الإلكترونى بإصداره قانونا أحكام تخص جوانب عديدة مرتبطة بالتعاملات الإلكترونية، أهما القانون رقم- 215 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين . كما نص المشرع في القانون المدني المنظم للقواعد العامة للعقد، على جواز وهو صدور الإيجاب من شخص إلى آخر عن طريق الهاتف أو بأي وسيلة مماثلة؛ما يفهم منه جواز التعبير على الإرادة بأي طريقة كانت تقليدية أم إلكترونية[1] .

الأصل في التعبير عن الإرادة لا يخضع لشكل معين .فللمتعاقد أن يفصح عن الطريقة التي تروق اه بشرط ان تكون لها مدلول يفهمه الأخر .فكل ما يدل على وجود الإرادة بالكتابة أو القول أو الإشارة فانه يصح باتخاذه موقف عملي يمكن أن يعبر عن إرادة التعاقد لدى الأطراف ادا كان هدا الموقف كافيا للدلالة عليها أكيدة .

و يثور التساؤل حول القيمة القانونية للتعبير الإرادي او ما يطلق عليه الإرادة الظاهرة ادا تعارض مضمونه مع الإرادة الحقيقية للمتعاقد أو ما يطلق عليه الإرادة الباطنية .و نجد أن غالبية القوانين الوضعية و منها القانون المصري لا تستند على الإرادة الباطنية وحدها و لا على الإرادة الظاهرة وحدها و إنما تجمع بينهما في حدود تختلف من قانون لآخر . و في ظل غياب التنظيم التشريعي للتعاقد الالكتروني فلا مفر من اللجوء إلى الأحكام العامة التي أشارة

[1] نصت عليه المادة 90_1 من القانون المدني الجزائري

إليها المادة 90_1 و التي يستفاد منها جواز التعاقد بأي موقف أو مسلك لا يدع ثمة مجال لشك في دلالته على حقيقة المقصود . و كذلك المادة 94_1 من ذات القانون و التي أشارة إلى جواز صدور الإيجاب من الشخص إلى آخر التلفون أو بأي طريق مماثل و هو ما نفهم منه جواز التعبير عن الإرادة بأي وسيلة سواء كانت يدوية أو الكترونية .و تطبيقا لدلك يجوز التعبير عن الإرادة الكترونيا .و في المفاوضات أيضا ادا توافرت الإرادة السليمة الخالية من العيوب و الشروط المطلوبة لصحتها. [1]

البحث في موضوع التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية يقودنا إلى القول أن هذه الأخيرة لا تختلف في جوهرها عن العقود التقليدية، حيث تخضع للقواعد العامة المنظمة لأحكام لطبيعتها الخاصة .ونظرا العقد عموما إبرامها عبر الوسائط الإلكترونية تحتاج معالجة قانونية تراعي هذه الخصوصية .ورغم أن المشرع الجزائري أقر بصحة التعبير عن الإرادة عن طريق الإيجاب و القبول الإلكتروني، إلا أنه لم يفصل في كيفية التعبير عن هذه الإرادة، و لم يحدد مفهوم الإيجاب و القبول و زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني في قانون التجارة الإلكترونية.

اهمية الموضوع :

تبدو أهمية دراسة هذا الموضوع نتيجة أثار التقدم التكنولوجي في وسائل الاتصال و المعلومات، فقد نتج عن ممارسة التجارة الإلكترونية الكثير من الجدل و النقاش حول العديد من المبادئ والقواعد القانونية التقليدية، كما أن حداثة التجارة الإلكترونية وجب علينا العمل على رفع الغموض الموجود و تحديد في الجزائر بعض المفاهيم المحيطة بكيفية وجود التراضي و التعبير عن الإرادة، و تطابق الإيجاب و القبول في العقد الذي ينشأ في البيئة الإلكترونية، ما يوفر الأمان القانوني للمتعاقدين المقبلين على هذه المعاملات .

[1] كذلك نصت عليه المادة 94_1 من القانون المدني الجزائري

و من بين الأسباب التي أدت بنا إلى إختيار هذا الموضوع الموسوم بالرضائية في العقود الإلكترونية هي كسبب شخصي و هو الرغبة في تحليله و الإطلاع على كل المعلومات المتعلقة به و أسباب موضوعية معالجة قضية ذي صلة وثيقة بالتطورات التكنولوجية الراهنة و إنتشار العقود الإلكترونية كذلك خصوصية العقود الإلكترونية و حماية حقوق المتعاقدين و الثقة بينهم . لاشك أن لكل بحث أهداف سامية يسعى الباحث إلى تحقيقها و من أبرز الأهداف المرجوة في هذه الدراسة تهدف هذه المذكرة إلى تسليط الضوء على مفهوم الرضائية في العقود الإلكترونية ، و شروطها ، و طرق التعبير عنها ، و آثارها القانونية فيها تعالج قضية حديثة النشئة ، تقدم القلم لجانب هام من جوانب العقود الإلكترونية المساهمة في تطوير الفقه القانوني المتعلق بالعقود الإلكترونية . و من بين المراجع و الدراسات أما من ناحية الصعوبات التي واجهتنا أثناء دراستنا لموضوع بحثنا هذا قلة الدراسات و الأبحاث حول الموضوع و تزويد المكتبة الجامعية بمختلف المراجع .

و من هنا نطرح الإشكال الآتي :

هل تخضع الإرادة في العقود الالكترونية للقواعد العامة ام القواعد الخاصة ؟

هذا السؤال يجعلنا نتفرع إلى الأسئلة الآتية:

كيف يمكن التعبير عن الإرادة في العقد الالكتروني ؟

ما هي سلامة الإرادة في العقد الالكتروني ؟

و للإجابة على هذه الأسئلة و غيرها إعتمدنا على المنهج الوصفية و التحليلي و ذلك لمعرفة الموضوع أكثر و التمعن في محتواه.و بناءا على ماتقدم قسمنا دراستنا إلى فصلين تناولنا في الفصل الأول كيفية قيام الإرادة في العقد الإلكتروني حيث قسمناه إلى مبحثين (المبحث الأول

تعرفنا إلى التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني و الثاني سلامة الإرادة في العقد الإلكتروني) ، و تعرضنا إلى الفصل الثاني التعبير عن الإرادة في مجلس العقد في العقد الإلكتروني قسمناه كذلك إلى مبحثين (المبحث الأول كيفية التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني و المبحث الثاني مجلس العقد في العقد الإلكتروني).

الفصل
الاول

تمهيد :

بفصل تقنيات الاتصال الحديثة .نشا تصور جديد لمبدأ الرضائية نتيجة لظهور العقود الالكترونية القائمة في ظل البيئة الرقمية .و هو إبرام العقود أو ما يعرف بالعقد الالكتروني .يعد من ابرز هده النشاطات التي أصبحت تنعقد عن بعد باستخدام وسائل الانترنت دون الحاجة الى التواجد الفعلي و في الآونة الأخيرة أصبح العقد الالكتروني أكثر نموا في المعاملات سواء بين الأفراد أو الشركات نظرا لأهميته . و يعتبر من التصرفات القانونية المستحدثة التي ظهرت مع التطور المعلوماتي .

من اجل دراسة كل هدا ،سنتطرق في هدا الفصل إلى التعبير عن الإرادة في العقد الالكتروني في المبحث الأول و السلامة الإرادة في العقود الالكترونية في المبحث الثاني .

المبحث الاول : التعبير عن الارادة في العقد الالكتروني

طبقا للقواعد العامة الواردة في القانون المدني و القواعد الخاصة التي نصت عليها القوانين المختلفة المتعلقة بالمعاملات الالكترونية .أجازت التعبير عن الإرادة الكترونيا متى تحققت شروط و صحة الإرادة للتعبير عنها .

المطلب الأول : إمكانية التعبير عن الإرادة في العقد الالكتروني

و تتعدد طرق التعبير عن الإرادة في التعاقد الالكتروني .فقد يتم التعبير عن الإرادة الكترونيا عن طريق البريد الالكتروني أو ما يسمى بنظام التخاطب عبر الانترنت او بطريقة التنزيل عن بعد و سنستعرضها على النحو التالي

الفرع الاول : التعبير عن الإرادة عبر البريد الالكتروني و web و التنزيل عن بعد

اولا/ التعبير عن الإرادة عبر البريد الالكتروني:

يعد البريد الالكتروني الأكثر شيوعا و استخداما بين المتعاقدين .ورغم التشابه بين البريد الالكتروني مع البريد العادي في انه يتضمن عنوانا محددا مع الاستعانة بطرف ثالث يكون وسيطا لإرسال الرسالة ممثلا في مقدم الخدمة بالسرعة العالية و الكفاءة و الدقة المتناهية في التواصل عبر الانترنت .

و يعد البريد الالكتروني من لهم فوائد شبكة الانترنت حيث يتم عن طريقه تبادل الرسائل بين الأطراف في أي مكان في العالم بطريقة الكترونية و في فترة زمنية قد تتراوح بين عدة ثوان و عدة ساعات (وفقا لطريقة التي تسلك الرسالة و ما ادا كان هدا الطريق مزدحما برسائل أخرى أو مقطوعا لسبب أو أخر) . و يتميز نظام البريد الالكتروني بالتكلفة المنخفضة مقارنة بالوسائل الأخرى مثل الفاكس .حيث يتم تبادل الرسائل بتكلفة المكالمات المحلية بدلا من المكالمات الدولية و أيضا إمكانية استخدامه بين أي نوع من أجهزة الكمبيوتر و يمكن من خلاله نقل و إرسال كافة الأوراق و المستندات و العقود .و تتم المراسلات بين المتعاملين سواء

لإجراء التفاوض أو لإبرام التعاقد . [1]و تجري عملية التعاقد عبر البريد الالكتروني بوصول المستندات الالكترونية بسرعة فائقة بالمقارنة بالوسائل التقليدية كما يمكن من خلاله عقد مؤتمرات عن بعد و أيضا إمكانية تكرار إرسال الرسالة الواحدة إلى عدة أماكن في العالم في نفس الوقت .و لكي تتم عملية إرسال البريد الالكتروني إلى احد الأشخاص فلا بد من معرفة عنوانه الذي يتمون متن ثلاث أجزاء . الأول هو اسم المستخدم .أي الشخص صاحب الصندوق البريدي . و الذي قد يكون عبارة عن الاسم الحقيقي للمستخدمين أو اسم المستعار . و هدا الجزء الذي يميز المستخدم عن غيره من المستخدمين لدى مقدم خدمة البريد الالكتروني.و يتبعه علامة يتبعها المرسل إليه أي مقدم الخدمة .و عند وصول الرسالة الالكترونية إلى نظام المعلومات الخاص بالشركة اى الخادم في ذات التوقيت on lineعبر شبكة الانترنت .و في هده الحالة تنقل الرسالة الالكترونية فورا إلى المستخدم المعني المحدد في العنوان حيث يكون المرسل إليه قادرا على استرجاع محتوى صندوقه من الرسائل و استعراض الرسالة المرسلة إليه و قراءتها و تخزينها في نظامه إن أراد أو إلغائها أو طباعتها على الورق أو غير دلك و هو ما يطلق عليه ال downloading.أما الفرض الثاني و هو أن يكون الشخص المرسل إليه غير متصل بشبكة الانترنت off line او كان جهاز الكمبيوتر المختص به مغلقا .فتظل الرسالة الالكترونية متواجدة لدى مقدم الخدمة إلى أن يتصل المرسل

[1]دربال عبد الرزاق_الوجيز في النظرية العامة للالتزام_دار العلوم _2004_ص 12.

إليه بصندوق بريده الالكتروني عبر الخادم و يطلب جلب الرسالة المرسلة إليه من نظام الشركة التي يتبعها أو من النظام الذي يخدمه أو يرتبط به حيث تصله الرسالة المرسلة ضمن قائمة يظهر فيها اسم المرسل و الموضوع و تاريخ الرسالة و حجمها و يمكن للمرسل إليه فتح الرسالة و قراءتها و طباعتها على الورق إن شاء أو حفظها في ملف معين أو إلغائها بعد قراءتها .[1]

و تتم عملية التعبير عن الإرادة من خلال البريد الالكتروني عندما يقوم الشخص الذي يرغب في إرسال رسالة بيانات بكتابة عنوان المرسل إليه على الشبكة ثم يضغط على مفتاح الإرسال الموجود في البرنامج و حينئذ يقوم برنامج البريد الالكتروني الخاص به بإرسال الرسالة إلى الخادم و عندما يتصل المرسل إليه بالخادم يقوم الأخير بتوصيل الرسالة إلى جهازه حيث تختزن في صندوق بريد المرسل إليه و الذي يسمى الوارد inbox و يستطيع هدا الأخير عند فتحه قراءة الرسالة التي وصلت إليه و الرد عليها عن طريق زر الرد على الرسالة طريق reply.

ووسيلة التعبير عن الإرادة عبر البريد الالكتروني هي الكتابة بشكلها المعتاد و يتم تحقيقها بواسطة القلم و كما كان القلم اختراعا عظيما في زمن تاريخي معين .فان الكمبيوتر لا يزيد عن اعتباره آلة طابعة بشكل حديث يتم نقر الأصابع عليها بدلا من الإمساك بالقلم كل ما هناك أن

[1] دربال عبد الرزاق _ المرجع السابق_ص 13.

التعبير عن الكتابة بطريقة الكمبيوتر كتابة من نوع خاص ليست كتابة على دعائم ورقية و إنما باستخدام دعائم الكترونية .و لما كان اغلب المتعاقدين عبر البريد الالكتروني ينتمون لدول و مناطق مختلفة لدا كان لا بد من اعتماد نظام زمني موحد لتجنب احتمال أي لبس أو غموض حول وقت و زمان إبرام العقد الالكتروني و لدلك تم اعتماد نظام يسمى النظام العالمي الزمني .و هو ما يطلق عليه توقيت جرينتش و يرمز له اختصارا.GMT.[1]

ثانيا /تعبير عن الإرادة فيweb :

تعمد كثير من الشركات الى عرض سلاحها وخدماتها على شبكه المواقع web وتقوم بتصوير السلعة بطريقه ثلاثية الابعاد مع التسجيل سعرها ومواصفاتها ويكون ذلك في الموقع الخاص بالشركة، ويرجع تصميم web الى عام 1989 على يد عالم الكمبيوتر تيم برنز في معهد سيرن للعلوم الفيزيقية بالسويد و اصبح حقيقة واقعة عام 1993 فالموقع وسيلة تستخدم كمرشد او دليل في فضاء الانترنت بحيث تجد المكان الذي تريد الوصول إليه ، و يمكن عن طريقة التجول بين المحطات المختلفة للأنترنت للحصول على الصور والمعلومات عن كل ما يخطر لك على بال و التسوق من خلال كبرى الشركات العالمية ، و من أشهر البرامج التي تستخدم للتعامل مع المواقع برنامج Netscape او برنامج internet explorer و يتم البحث في ال

[1] محمد صبري السعدي_ الواضح في شرح القانون المدني الجزائري _دار الهدى _غين ميلة_الطبعة 4_ص78.

وهي مجموعات عمل serach engine باستخدام محركات البحث او ما يطلق عليه ال web فهي تساعد في البحث ومن أشهرها Yahoo.com و Altavisa, hotbot .com و Excite[1] ومن أهم مزايا موقع الويب انه يعمل طوال الأربع وعشرين ساعة يوميا و بلا اي توقف يذكر فاستخدام موقع الانترنت يعني استمرارية هذا الموقع على مدار الساعة والايام ويتألف الموقع من مجموعة من الصفحات و صفحة رئيسية يطلق عليها ال home page ويصل المستخدم الى السلعة المطلوبة على موقع الانترنت و يضغط على الايقونة ليجد نفسه امام العقد النموذجي الالكتروني متضمنا الشروط والبنود العقدية والعديد من العادات الجارية ، وتوجد عقود نموذجية نمطية يتم ابرامها بين الموردين والمستخدمين تتناول العديد من المسائل الفنية و القانونية التي يجب احترامها بين الطرفين ، و من امثلة تلك العقود ، العقود التي اعدتها هيئات مختلفة مثل قواعد السلوك الموحد لتبادل البيانات التجارية باستخدام الإرسال الالكتروني ، و الاتفاق النموذجي الأوربي للتبادل الالكتروني للبيانات[2] .

ثالثا/ التعبير عبر التنزيل عن بعدDownloading :

و يقصد بمصطلح التنزيل عن بعد نقل او استقبال او تنزيل احد الرسائل او البرامج أو البيانات عبر الانترنت الى الكمبيوتر الخاص بالعميل كتصميم هندسي او موسيقي ، وهو ما يسمى في التجارة الاليكترونية بالتسليم المعنوي حيث يمكن ابرام العقد وتنفيذه على الخط دون حاجة الى

[1] دربال عبد الرزاق، نفس المرجع ،ص14
[2] محمد صبري السعدي، نفس المرجع ،ص74

اللجوء للعالم الخارجي وهو عكس مصطلح upload الذي يقصد به التحميل عن بعد وهي عملية إرسال ملف او برنامج الى جهاز كمبيوتر آخر والتعبير الالكتروني عن الارادة بواسطة التنزيل عن بعد قد يعبر عنه باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود ، مثال ذالك ان يعرض الموجب على الموجب إليه بيع نسخة من فيلم سينيماني او قطعة موسيقية فيقوم الموجب إليه بتسجيل رقم بطاقته الائتمانية الخاصة في الخانة المخصصة لذلك على الشاشة فيتم خصم قيمة المبيع من رصيده فورا عن طريق التحويل الاليكتروني للأموال ويقوم الموجب بنقل المبيع الى جهاز الكمبيوتر الخاص بالموجب إليه عبر الانترنت[1]

الفرع الثاني: التعبير عن الارادة عبر الوكيل الاليكتروني

أدى التطور الهائل في ثورة الاتصالات والمعلومات الى ظهور الوسيط الاليكتروني المؤتمن في المعاملات الإليكترونية ، حيث اصبح من الجائز ابرام العقد الاليكتروني فيما بين انسان و ماكينة أو بين ماكينة و اخرى وهذا ما حدث فعلا ، و نتيجة لذلك تدخل المشروع الوطني في مختلف دول العالم وبخاصة الدول التي اصدرت قانونا ينظم المعاملات و المبادلات الالكترونية بتضمين القانون المنظم لعقود التجارة الاليكترونية نصوصا تعرف ماهية الوكيل الاليكتروني و تبين خصائصه و حدود تعاملاته و نسبة هذه المعاملات الى الشخص الطبيعي مبرمج جهاز الكمبيوتر. و تختلف وسائل التعاقد الاليكتروني بحسب درجة استخدام الكمبيوتر

[1] احمد الذهوري ،الموجز في النظرة العامة للالتزامات ،المجمع الاسلامي ،بيروت، 1980،ص46

في التعاقد و عما اذا كان التعاقد بالكامل بواسطة الكمبيوتر في هذا المجال فإننا نتحرك بعيدا عن القواعد التقليدية و نجد أنفسنا امام قواعد خاصة بالتعاقد الاليكتروني[1].

فإذا كان العقد في مفهومه التقليدي يبرم بين انسان و انسان آخر، فإن الأمر يختلف في نطاق العقود الالكترونية ، لأن هناك تعاقدات و معاملات تجارية إليكترونية قد تتم بدون تدخل أي عنصر بشرى حيث يجرى حاليا بشكل متزايد استخدام الوكيل الاليكتروني في عقود التجارة الاليكترونية أو التي تسمى أحيانا التعاقد بواسطة نظام الحاسوب المؤتمنة او الوسائط الاليكترونية المؤتمنة ، كما أطلق عليها قانون دبي للمعاملات التجارية الاليكترونية رقم 02 سنة 2002[2] ووفقا لهذا النظام يستطيع جهاز الكمبيوتر أن يبرم عقدا مع انسان او مع جهاز كمبيوتر آخر ، فالكمبيوتر يصلح ان يكون وكيلا إلكترونيا يبرم العقود سواء مع كمبيوتر آخر أو مع انسان و قد نصت المادة 11/1 من القانون البحريني للمعاملات الإليكترونية على أنه "تفاعل وكلاء إليكترونين" وهو ما يعني أن الايجاب والقبول يحدثان بصورة اتوماتيكية و تلقائية.

الفرع الثالث: النيابة في التعاقد الالكتروني

[1] محمد صبري، نفس المرجع ،ص104
[2] دربال عبد الرزاق، نفس المرجع ،ص14

تعرف النيابة بأنها "إبرام شخص يسمى النائب عملا قانونيا لحساب شخص أخر و باسمه الأصيل بحيث ينتج هدا العمل القانوني آثاره مباشرة في ذمة الأصيل ".

أي أن النيابة تتحقق عندما يحل شخص إرادته محل إرادة شخص أخر يمثله في عمل أو تصرف قانوني .فالنيابة في جوهرها تخويل للنائب حق إبرام عمل أو تصرف تتجاوز أثاره ذمة القائم به إلى ذمة الأصيل باعتباره أن الالتزام في حقيقته رابطة بين دمتين ماليتين و ليس رابطة بين شخصين .و التعاقد بطريقة النيابة يجري بإرادة النائب لا بإرادة الأصيل صاحب المصلحة و من ثم فانه يلزم أن يكون للنائب إرادة يعتد بها القانون و يكون شخص محل اعتبار عند النظر في عيوب الإرادة .فادا كان النائب قد وقع في غلط أو كان ضحية تدليس او أمراه كان العقد قابلا للإبطال و لا مجال للبحث في هدا الصدد في إرادة الأصيل لان العقد لم ينعقد بهده الإرادة و تعود النيابة بمصدرها إلى الاتفاق.مثل نيابة الوكيل عن موكله و القانون مثل نيابة الأب عن ولادة و القضاء كنيابة القيم و الوصي و الحارس القانوني .

ومقومات التعاقد بالنيابة سواء كانت اتفاقية أو قانونية أو قضائية هي أربعة أمور و هي

_قيام النيابة سواء اتفاقية أو قانونية.

_حلول إرادة النائب محل الأصيل في إبرام التصرف .

_إجراء النائب التصرف باسم الأصيل و لحسابه .

_التزام النائب في إبرامه التصرف حدود نيابته.

و قد عرض المشرع المصري لإحكام النيابة بطريق مباشر في المواد 104_108من القانون المدني و ادا كان قوام النيابة و أساسها هو حلول النائب محل إرادة الأصيل في إنشاء التصرف القانوني .إلا تصرف أثاره هو أن هده الآثار تنصرف مباشرة إلى الأصيل فيكون الأصيل هو طرف العقد لا النائب .و لدلك فانه في إطار العلاقة بين الأصيل و الغير يجب الاعتداد بشخص الأصيل لا النائب فيما يتعلق بأهلية الوجوب اي الصلاحية لاكتساب الحق الذي يرتبه العقد. [1]

و قد عرف القانون النموذجي للتجارة الالكترونية في المادة 2 منه الوسيط فيما يتعلق برسالة بيانات معينة بأنه هو "الشخص الذي يقوم نيابة عن شخص أخر بإرسال أو استلام أو تخزين رسالة بيانات أو تقديم خدمات أخرى فيما يتعلق برسالة البيانات هذه " أي انه يجوز قيام شخص ما نيابة عن أخر بإرسال أو استلام أو تخزين او تسجيل رسالة البيانات الالكترونية .و في هذا إشارة واضحة إلى مشروعية النيابة في التعاقد الالكتروني.فليس هناك ما يمنع من إبرام العقد الالكتروني عن طريق الأصيل أو من ينوب عنه كما هو الحال في التعاقد التقليدي و من ثم فان القواعد العامة في النيابة تطبق على النيابة في التعاقد الالكتروني.فإذا كان الشخص المعنوي كشركة أو مؤسسة تجارية مثلا لا يستطيع بطبيعة الحال في التعاقد التقليدي أن يباشر

[1] القانون المدني المصري م 104 و 105 و 106و 107 و 108

نشاطه بنفسه فبقوم من يمثله من الأشخاص الطبيعيين بإبرام العقود نيابة عنه بمقتضى عقد التأسيس أو بمقتضى قرار يصدره فانه من باب أولى في التعاقد الالكتروني يختار الشخص المعنوي من ينوب عنه في التعامل مع الغير عبر شبكة الانترنت .فعلى سبيل المثال يستطيع الموظف المختص بموقع معين على الشبكة نيابة عن الشخص المعنوي مالك الموقع إرسال الإيجاب و استلام القبول الالكتروني .فيعتبر الموظف المختص هذا بمثابة نائب تحل إرادة الأصيل و يبرم العقد الالكتروني باسم الأصيل و ذلك مع مراعاة ما تقضي به المادة 108من القانون المدني المصري من انه لا يجوز للشخص آخر دون ترخيص من الأصيل .و قد استثنت المادة من حكمها الأحوال التي يقضي فيها القانون او قواعد التجارة بصحة هذا التعاقد.

و نجد ان النيابة بجميع أنواعها ممكنة في التعاقد الالكتروني و ذلك من خلال وسائل الكترونية يحددها المشرع بالطرق التي تتفق و التطور التقني .فليس هناك ما يمنع ان يقوم الأب نيابة عن ابنه بالتعقد عبر شبكة الانترنت.[1]

المطلب الثاني: الارادة في مرحلة التفاوض في العقد الالكتروني

الفرع الأول: مفهوم التفاوض في العقد الالكتروني

يعرف التفاوض بصفة عامة على انه تبادل الاقتراحات و المساومات و المكاتب و التقارير و الدراسات الفنية بل و الاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض.و ليكون كل منهما

[1] نفس المرجع السابق _ ص 42.

على بينة بأفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف .و للتعرف على ما قد يسفر عنه الاتفاق من حقوق و التزامات للطرفين .

و تجدر الإشارة إلى اغلب التقنيات المدنية كالقانون الجزائري و المصري و الأردني و العراقي لم تنظم أحكام خاصة تنظم مرحلة ما قبل التعاقد تاركة هده المهمة للفقه و القضاء .إلا أنها أشارة إليها ضمنيا .في حين توجد تقنيات كالقانون الايطالي و الألماني و السويسري و الياباني .نظمت هده المرحلة صراحة و التي نصت على التزام الإطراف أثناء المفاوضات باستعمال الحقوق و تنفيذ الالتزام وفقا لقواعد حسن النية و الأمانة و الشرف .[1]

الفرع الثاني : خصائص التفاوض في العقد الالكتروني

التفاوض الالكتروني يتم بين الأطراف من خلال رسالة بيانية عبر الانترنت .و يجب ان تتضمن هده الرسالة ثلاث خصائص تتمثل في :

1-بيان الاحتياجات الأساسية .أي أن العميل يقوم بتوضيح احتياجاته و الغاية منها بدقة ليتم التفاوض بناءا عليها .

[1].بلحاج العربي –مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة – ديوان المطبوعات الجامعية -2011-ص 64

2-التفاوض من خلال صفحة البيانات التي تتضمن عروض التفاوض التي تكون ظاهرة على الشاشة و التي تتضمن شروط التي يرغب كل من الطرفين توفرها في موضوع التزامه لتحديد رغباته الأساسية من موضوع الالتزام .

3- إرسال رسائل بيانية التي تتضمن عروض التفاوض التي يتم من خلالها التفاوض الى حين انتهاء من إبرام العقد.و عليه فان الدعوة للتفاوض يجب ان تحتوي على بيانات دقيقة و واضحة لا يشوبها غموض سواء من حيث تعيين موعد التقدم بالعرض و العناصر و المواصفات و الشروط ليقوم التفاوض على اسس صحيحة و واضحة .

الفرع الثالث: مميزات التفاوض و اهميته في العقد الالكتروني

اولا /المميزات :

1-عقد رضائي :

يعد من العقود التي تقوم على التراضي .حيث يكفي فيه توافق الإرادتين دون اشتراط شكل معين .و يظل عقد رضائي حتى لو كان العقد النهائي عقد شكلي .و عليه يكفي اقتران الإيجاب الالكتروني بالقبول الالكتروني على شبكة الانترنت دون حاجة إلى إتباع شكل معين[1].

2-عقد تمهيدي :

[1] عقيل فاضل حمد الدهان – منقد عبد الرضا الفردان – الإطار القانوني لعقد التفاوض الالكتروني – مجلة أهل البيت جامعة النصرة –العدد8 – 2009-ص 59 [1]

يعد مرحلة تمهيدية أد يهدف إلى الإعداد و التحضير لإبرام العقد ألرضائي فانه يهدف في النهاية إلى إبرام عقد بعد قيام الطرفين بالتمهيد لإبرام بالتفاوض غبر التواصل إلى اتفاق يقود الطرفين في الأخير إلى اتفاق نهائي .[1]

3-عقد دو تصرف إرادي:

أي أن إرادة الطرفين تظل حرة طيلة مرحلة المفاوضة [2].فالأفضل أن تسود حرية المفاوضات التي تسبق إبرام العقد النهائي أي أن المفاوضات العقدية هي التي تعبر عن الإرادة المشتركة لطرفي العقد و مرجعا هام للتفسير العقد[3].

و عليه فان كل نتفاوض له الحرية في قطع المفاوضات في الوقت الذي يقرره.أد لا تقع المسؤولية على من عدل و لا يكلف بإثبات أسباب و دوافع العدول .إلا انه في بعض الأحيان قد يرتب العدول مسؤولية على من قطعها ادا اقترن هدا العدول بخطأ اضر بالطرف الأخر .فالمتفاوض الذي انسحب قد يتحمل تبعة هدا الخطأ على أساس المسؤولية التقصيرية و ليس العقدية و دالك بناءا على الإخلال بواجب حسن النية [4].

4-عقد مؤقت :

[1] ايناس مكي عبد الناصر – التفاوض الالكتروني-دراسة مقارنة -2013-ص 950.
[2]بشار محمود دروين- الايطار القانوني للعقد المبرم على شبكة الانترنت- دار الثقافة – الأردن -2010-ص 91.
[3]خالد ممدوح إبراهيم- إبرام العقد الالكتروني-دراسة مقارنة –دار الفكر الجامعي-إسكندرية-2007-ص 272.
[4]عباس العبودي – التعاقد عبر وسائل الاتصال الفوري-دار الثقافة و النشر- أردن – 1997-ص 88.

حيث انه لم يوجد الا لفترة مؤقتة و هي المدة التي يستغلها الأطراف في التفاوض عبر شبكة الانترنت .فادا انقضت سواء تم التوصل إلى إبرام عقد نهائي أم لا .زال اثر التفاوض و دلك مع عدم الإضرار بحقوق الغير نتيجة قطع التفاوض بسوء النية[1].

ثانيا/ أهمية :

تبرز أهمية التفاوض في العقد الالكتروني من حيث ان جانب كبير من العقود تبرم عن بعد تثير الغموض و عدم اليقين بالنسبة للجانب العملي التعاقدي فيما يخص بالتأكد من شخصية المتعاقد و طبيعة المحل و الضمانات وطرق التنفيذ إلى غير دالك. مما يدفع الى طرح التساؤلات و إبداء التحفظات و المفاوضات قبل الدخول لإبرام العقد[2].

المبحث الثاني : سلامة الإرادة في العقد الالكتروني

وجود الرضا هو أساس الأول لقيام العقد ولكن وجوده لا يكفي لقيامه بل يلزم أن يحيى صحيحا وذلك ان الرضا في العقود بصورة عامة يكون على اتجاهين الأول هو وجود الرضا من خلال وجود الإرادة والتعبير عنها والثاني هو وجود الأهلية التي يتطلبها القانون و أن تكون الإرادة جزئية من العيوب التي تطرأ عليها فتحد من أثرها.

و الرضا في العقد الالكتروني يثير العديد من الإشكاليات التابعة من خصوصية كونه يتم بين اطراف متباعدة لا يجمعهم مجلس عقد حقيقي و باستخدام شبكة الانترنت فاذا كان تأثير هذه

[1] خالد ممدوح إبراهيم – إبرام العقد الالكتروني-دراسة مقارنة-دار الفكر الجامعي- الإسكندرية -2007-ص 272.
[2] محمد حسن منصور – المسؤولية الالكترونية-دار الجامعة الجديدة للنشر – الإسكندرية –ص 53.

الأخيرة قد يشمل كيفية التعبير عن الإرادة ووجودها فان هذا التأثير يتواصل ليشمل سلامته و صحتها وأهم الصعوبات والتحديات التي تثيرها هي كيفية التأكد من شخصية المتعاقد الآخر و صعوبة التحقق من أهليته لا سيما أن المعاملات التي تتم عبر تقنيات الاتصال الحديثة لا تعدو أن تكون سوى رحلة رقمية تتم في عالم رقمي عبر فضاء افتراضي مصطنع لا يعرف غير الأرقام و البيانات.

و الدراسة الإرادة الالكترونية من العيوب يلتزم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين الأول تتناول فيه الأهلية في العقود الالكترونية و الثاني تخصصه لدراسة عيوب الإرادة في العقود الالكترونية.

المطلب الأول :الأهلية في العقود الالكترونية

ليكون العقد صحيحا يجب أن يكون صادرا عن متعاقدين تتوافر فيهما الأهلية اللازمة للتعاقد أي أن يكون بالغي سن الرشد . و أن لا تشوب إرادتهما عيب من عيوب الإرادة و لعل أهم مشكلة في العقود الالكترونية المبرمة عبر شبكة الانترنت في مجال الأهلية هي صعوبة إمكانية المتعاقد من التأكد من أهلية من يتعاقد معه عبر الانترنت لذلك نبحث فيها من خلال فرعين تخصص أولهما لأحكام العامة للأهلية وفق القاعد العامة. وتتعرف في ثانيهما إلى صعوبة التأكد من تمام الأهلية المتعاقد معه عبر شبكة الانترنت.

الفرع الأول :الأحكام العامة لأهلية التعاقد

تطرق المشرع الجزائري إلى أحكام الأهلية ونظمها في نصوص القانون المدني المواد 40.4243.44.45 و المواد من 1 إلى 17 من قانون الأسرة. وتعرف الأهلية بأنها صلاحية

الشخص بان تكون له حقوق و عليه التزامات وصلاحية لصدور التصرفات القانونية على وجه يعتد بها و يعتبر توافر الأهلية لدى الطرف المتعاقد شرطا لصحة العقد أو تفاده و الأهلية التي يقصدها في مجال التعاقد هي أهلية الأداء و هي صلاحية الشخص لصدور التصرفات القانونية عنه على وجه يعيد به القانون[1] .وتذهب معظم التشريعات المدنية إلى مبدأ جوهري ضمن الأحكام العامة للأهلية مفاده أن الأصل في الشخص أن يكون أهلا للتعاقد ما لم يقر القانون عدم أهليته أو يحد منها [2] . و إن مناط أهلية الأداء هو الإدراك والتمييز وتدور معه وجودا أو عدما لان فاقد التمييز يكون فاقد الإرادة و بالتالي فاقد للأهلية و ناقص التمييز ناقص الأهلية. و كامل التمييز يكون كامل الأهلية . و عندما يكون الإنسان عديم الأهلية لا يحق له أي شكل من أشكال التصرفات القانونية بما فيها العقود . و تكون جميع تصرفاته باطلة مهما كان نوعها سواء تلك التصرفات التي يجريها و تعود له نفعا محضا أو تلك الدائرة بين النفع والضرر أو التصرفات ضرر محضا وأن سن التمييز طبقا للقانون المدني الجزائري هو الثالث عشر (13) سنة لذلك هذه المرحلة يكون الصبي فاقد للتمييز فتكون أهلية الأداء لديه منعدمة طبقا للمادة 42 من القانون المدني حتى أهلية الاغتناء لا تثبت له مثل قبوله هيته و بعد تصرفه باطلا.[3] و على ذالك ما نصت عليه المادة 81 من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدلة[4] ، و لكن عندما يبلغ الشخص من التمييز 13 سنة و قبل

[1] حسن علي دنون _المرجع السابق _ص77
[2] أمانج رحيم أحمد _ المرجع السابق _ص 218-219
[3] المادة 42 من القانون المدني الجزائري .
[4] المادة 81 من القانون الاسرة الجزائري .

بلوغه سن الرشد و هو سن 19 سنة طبقا للمادة 40 من القانون المدني و تثبت له أهلية الإثبات غير التصرفات التي تعود عليه بالنفع محضا دون الحاجة إلى تدخل وليه أو وصيه فيقبلها مفرده أما أهلية الافتقار المعلومة لديه أصلا. وبالنسبة للتصرفات الدائرة بين النفع و الضرر كالبيع والشراء و الإيجار والاستئجار فله بالنسبة لها أهلية أداء ناقصة فاذا أجرها تقع قابلة للإبطال أي صحيحة . و لن تكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر دون المتعاقد الآخر.

و كذلك القاصر البالغ 15 سنة من العمر و الذي يستروح بادن من المحكمة تكون تصرفاته القانونية كتصرفات البالغ الرشد .. وماذا بلغ الإنسان 18 سنة من عمره و كان كاملا من قواه العقلية . فهنا يكون كامل الأهلية ما لم يطرأ على قواه العقلية عارض من عوارض الأهلية و هي الجنون ، العته السفه ، الغفل.

الفرع الثاني : صعوبة التأكد من تمام الأهلية الأداء للشخص المتعاقد معه عبر شبكة الانترنت

تظهر الصعوبة في مسالة التأكد من مدى توافر أهلية الأداء لدى طرفي العقد عموما اذا كان المتعاقد بين غائبين. وبما أن العقود الالكترونية التي تتم عبر شبكة الانترنت تدخل ضمن هذه العقود لذلك تظهر أهمية مسالة التأكد من الأهلية الأطراف في التعاقد الالكتروني عبر الانترنت و خصوصا بادا اعترفنا بأنه لا توجد مواجهة حقيقية و فعلية بين الطرفين المتعاقدين و لا تعارف متبادل بينهما لذلك فانه من الصعب التأكد من أهلية المتعاقد معه عبر الانترنت و حسب القواعد العامة للأهلية اذا كان المتعاقد صغيرا غير مميز و قاصر فلا ينعقد العقد أصلا

أو يكون العقد موقوفا حسب مقتصر الحال.

نتيجة للطبيعة الخاصة لشبكة الانترنت و عالميتها و عدم خضوعها لرقابة السلطة المركزية معينة و أتاحتها إمكانية التعاقدية أشخاص من دولة وجنسيات مختلفة قد يخضعون إلى أنظمة قانونية متباينة أيضا يكون من السهل لأي شخص أن يدخل في شبكة الانترنت و يتحول فيها و أن يتصل من خلال نظم معلوماتية متطورة جدا إلى الأرقام السرية للحسابات و النطاقات القانونية لهذه الأسباب نرى أن مسالة التأكد من تمام أهلية المتعاقد معه عبر شبكة الانترنت تعد مشكلة قانونية ضمن المشاكل التي استحدثها التعاقد الالكتروني عبر الانترنت حيث غالبا ما يظهر القاصر بمظهر البالغ و يتصرف على هذا الأساس أو يستخدم القاصر بطاقات الائتمان الخاصة بدونه دون الحصول على موافقتهم تسديد ثمن ما تعاقد عليه لذلك يتعذر في اغلب الأحوال على الطرف الذي يتعاقد على الشبكة مع القاصر أن يعرف السن الحقيقي للطرف الآخر ويتعاقد معه بحسن نية لذلك فان من شأن هذه الاعتبارات أن يقلل من دور مزود خدمات التصديق في معالجة هذه المشكلة و اذا رجعنا إلى باطلة أو موقوفة حسب الأموال.

الفرع الثالث : مسؤولية المتعاقد مع القاصر في العقود الالكترونية

فهنا يظهر تساؤل في هذا المجال و هو من يتحمل المسؤولية المدنية[1] عن الإضرار التي تلحق بالشخص الذي يتعاقد عبر الانترنت مع القاصر في الحالات السابقة ذكرها . أد أبطل العقد من قبل القاصر في تعاقده و وفقا للقواعد العامة و الثانية مصلحة التاجر أو المتعاقد مع

[1] أمانج رحيم أحمد _ المرجع السابق 8ص222

القاصر بحسن نية الذي يرى انهيار عقوده عند المطالبة ببطلان العقد و لا سيما أن التاجر في العقد الالكتروني عبر الانترنت ليس في مقدوره التيقن من أهلية المتعاقد الآخر . و بادا ما طالبنا بذلك نكون قد حملناه بما لا يطيق و يهذا الصدد فرق الفنون الانجليزي و قضاءه بين حالتين [1]حالة العقود البسيطة التي يبرمها القاصر عبر الانترنت و التي تسمى بعقود الضروريات(contrats of necesserie)

مثل شراء الكتب والاسطوانات و الأطعمة و غيرها من السلع الاستهلاكية فهذا لا يجوز الحكم بإبطال والحالة الثانية هي العقود الأخرى التي تخرج نمن نطاق عقود الضروريات مثل عقود بيع السيارات او شرائها و كداك العقارات و غيرها.

فإنها تخضع للأصل العام بإبطال هذه العقود المصلحة القاصر حتى و لو تضرر التاجر او المتعاقد مع القاصر انصياعا لأحكام النظام العام[2] " إما في العراق فلا بد من الرجوع إلى القواعد العامة المنظمة لأحكام المسؤولية المدنية التي تعتمد عادة على معيار حسن النية المتعاقد مع القاصر أو سوء نية . فاذا كان المتعاقد مع القاصر سيء النية و كان عالما بنقص أهليته فهنا هو الذي يتحمل المسؤولية و لكن اذا كان المتعاقد مع القاصر بحسن النية ويعتقد بان من يتعاقد معه عبر الانترنت هو كامل الأهلية بعد أن يبدل غايته المعقولة للتأكد من ذلك فهنا يتحمل القاصر أولوية المسؤولية القانونية عن هذه الأضرار.[3] وهناك رأي آخر في هذا

[1]مجيد حميد العنبلي _المرجع السابق_ص54
[2]سمير برهان _المرجع السابق_ص3
[3] امانج رحيم أحمد _المرجع السابق_ص223-224

المجال يرى عدم سماح بابطال العقد ينقص الاهلية القاصر الذي يظهر بمظهر البالغ و يتعامل ببطاقة الائتمان المملوكة لغيره في تسديد الثمن و دلك حماية لمصلحة التاجر ما دام بين له ظاهر الحالة بان من تعاقد معه هو كامل الأهلية و هذا الحل تشجيع القاصر على مراقبة استعمال أولادهم لخدمات شبكة الانترنت و المحافظة على الأرقام السرية للبطاقات الالكترونية التي تستخدم من قبل في دفع الأموال على شبكة وتحمل تبعة أعمالهم وتقصيرهم في مراقبة القاصر[1] و هنا فان موقف المشرع الجزائري في هذه الحالة حسب المادة 44 من القانون المدني الجزائري يقول " يخضع فاقد الأهلية ونقصوها يجب الأموال لإحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة ضمن الشروط و وفقا للقواعد المقررة في القانون " و يجب المادة 125 فإنه "لا يسال المتبني الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه إلا اذا كان مميزا. "

المطلب الثاني: عيوب الإرادة في العقد الالكتروني

لم يتفق الفقه المدني و لا التشريعات المدنية العربية والأجنبية على تحديد العيوب التي تؤثر في صحة التراضي حصرا و هنا لا بد من التفرقة بين إرادة غير موجودة وإرادة معينة .و نقصد من عدم وجود الإرادة أن يباشر الشخص تصرفا قانونيا و هو فاقد الإرادة مثلا كان يكون من يباشر التصرف ير مميز أما الإرادة المعينة فهي إرادة موجودة و لكنها لا تصدر عن نية

[1] سمير برهان _المرجع السابق_ص3

اختيار و أن الإرادة المعينة لا تقوم دون وجود التصرف انما يجوز لمن يشوب إرادته أن يبطل إبطال التصرف[1].

و من المقرر وفقا لقواعد العامة و ما وردت فيه من نصوص القانون المدني انه يجب إتمام إبرام العقد وجود إرادتين متطابقتين أى إيجاب معين و قبول معين مطابق له عن تراضي صحيح.

و عليه سنبين أنواع عيوب الإرادة في العقود الالكترونية من خلال أربع فروع .

الفرع الأول: عيب التدليس و الغلط

اولا/عيب التدليس:

التدليس هم "إيهام الشخص بأمر مخالف للحقيقة عن طريق استعمال طرق احتيالية يقصد دفعه إلى إبرام العقد " . و يكفى قيامه بمجرد كتمان واقعة أو ملابسة . اذا ثبت أن المدلس ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة المادة 84 من القانون المدني) و هو نوعان الأول ايجابي يتمثل في القيام بوسائل احتيالية بغرض إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه الى التعاقد و الثاني سلبي و هم سكوت احد المتعاقدين عندك بيانات معينة اذا كانت الحيل التي من المألوف في التعامل [2]كما لم يتم بخصوص بيانات محدده لتعلم منها التعاقد مثال الاماكن نفسها السلطة المباعة ،فانه يعتبر تدليا يشوب الإرادة بشرط توافر العنصر المعنوي للتدليس وهو نيه التظليل والخادعة للوصول الى غرض غير مشروع .

[1] عبد المنعم فرح العبيد_المرجع السابق_ص3

[2] احمد شوقي محمد عبد الرحمن نظريه العامة للالتزام من دار النشر 2003 صفحة

ولذلك نرى ان الكذب في الاعلانات والدعاية الإلكترونية للمنتجات او الخدمات تدخل في مجال التدليس طالما تجاوزت الحد المألوف وكان مؤثر في اداه المدلس عليه وافعال التعاقد ويعطي للمدرس عليه الحقيقي طلب ابطال العقد لتعيين ارادته فالمستهلك في التعاقد الالكتروني لا يتمكن من معاينه الشيء المبيع كما في التعاقد التقليدي وانما يعاين الشيء من خلال شاشه الكمبيوتر، ولذلك نرى البعض انه في حاله عقد البيع الالكتروني اذا قام البائع بخداع المشتري عن طريق استخدام الحيل التكنولوجية في غرض المنتج او الخدمة في انه يجب ابطال العقد للغش ،فالغش يفسد كل التصرفات [1]

وفي هذا الصدد نجد ان القضاء الفرنسي قد اتاح للمستخدم في مجال برامج الكمبيوتر ان يطلب ابطال العقد بالتدليس الناجم من كتمان مورد البرامج للمعلومات التي كانت تبيع لحسن اختيار البرنامج والتعاقد بالتالي في ضوء ارادة واعية و مبصرة.[2]

ولا يشترط لكي يكون الكتمان العمدي تدليسا ان يتعلق بكتمان المعلومات كامله فحسب بل ايضا حبس اي جزء من المعلومة الكاملة يعتبر تدليسا [3]ولذلك فمثلا في حاله بيع الدواء عبر الانترنت عن طريق الصيدلية الإلكترونية l'officient électronique اذا لم يقم الصيدلي بذكر احد البيانات العامة الخاصة بالعقار الطبي كان لا يذكر موانع الاستعمال او لا يحدد التاريخ الذي تنتهي فيه صلاحية الدواء للاستعمال فانه يكون قد حبس جزءا من المعلومة مما يعتبر معه تدليسا.

[1] ممدوح محمد بني هاشم, مشكلات البيع الالكتروني عن طريق الانترنت في القانون المدني المرجع السابق صفحه 143

[2] منذر الفضل _النظرية العمة للالتزامات في القانون المدني_دراسة مقارنة _الجزء الاول _مصادر الالتزام _الطبعة اولى__مكتبة الرواد للطباعة _1991ص158

[3] محمد حسين منصور المرجع السابق صفحه 134

وكذلك الشأن في حاله تقديم الخدمات مثل الإشارة التجارية عبر الانترنت كما في حاله الاستفسار من احد بنوك المعلومات عن الوضع المالي لشركه ما فيقدم معلومات بعضها صحيح ويكتم بعضها رغما علمه بها مما تفعل بنك الى منح هذه الشركة قرضا كبيرا ثم يتضح ان هذه الشركة صدر حكم ضدها بإشهار افلاسها او ان اسهمها المالية منخفضه فيكون بذلك بنك المعلومات قد حبس جزء من المعلومة.

الكاملة وطرق الغش والتدليس في التعاقد الالكتروني كثيره ومتنوعه ومن اهمها استعمال العلامة التجارية لشخص اخر ويعمل نشر بيانات ومعلومات غير صحيحة على الرفع من سلع او خدمات يقصد ترويجها،او استخدام اسم نطاقDominnameغير مملوك له.

ومن اشهر الطرق الغش والتدليس المستخدمة عبر الانترنت انشاء موقع وهمي على الانترنت لا يوجد على الاطلاق وهو امر متصور الوقوع في المعاملات الإلكترونية كيف يمكن لبعض البنوك الإلكترونية [1] التي لا وجود لها في الواقع والتي يقتصر وجودها على العالم الافتراضي الالكتروني على الانترنت، التدوير [2]ببعض العملات الذين يقومون بإيداع اموالهم لدى هذا المصرف الوهمي نتيجة الاعلانات المغرية التي ينشرها على الانترنت، ثم يتولى على هذه الأموال ويهرب بدون ان يقوم بردها لأصحابها وفي التعاقد الالكتروني يعتبر السكوت تدليسا

[1] احمد السنادين المسؤولية في العمليات المصرفية الكترونية الطبعة الأولى دار النشر والتوزيع الاردن 2003 صفحه75

[2]امانج رحيم احمد _المرجع السابق _ص226

كقاعدة عامه ولا يقتصر الامر على حاله العقود بين المهنيين ومستهلكين بل تنطبق القاعدة حتى في علاقات المعنيين.[1]

ويمكن الحد من ظاهرة الغش والتدليس في التعاقد الالكتروني عن طريق تنشيط دور جهة التوثيق الالكتروني،او مقدم خدمه التوثيق فدورها ليس قاصرا على مجرد التأكد من صحة ونسبه صدور الإرادة التعاقدية الإلكترونية الى منشائها،بل تأكد من جديه هذه الإرادة وبعدها عن وسائل الغش والتدليس ويكون ذلك عن طريق قيام هذه الجهات بالتعقب المواقع التجارية على الانترنت للتحري عنها وعن جديتها ومصداقيتها في التعامل،فاذا تبين لها عدم توافر الثقة والامان في احد المواقع فإنها تقوم بتوجيه رسائل تجديرية للمتعاملين عبر الشبكة توضح فيها عدم مصداقية الموقع ،[2]او ان الموقع الوهمي لا وجود له او ان الموقع غير مسجل له من المنظمة العالمية للملكية الفكرية[3]w.iاو غير مقيد لدى احدى شركه الانترنت المكلفة بتسجيل اسماء النطاق domaine name بالأسماء و الأرقام**ICANN**[4]

والواقع ان نظريه التدليس في القانون المصري لا توفر الحماية المطلوبة للمستهلك اذا يشترط للتمسك بالتدليس وجود عقد واستعمال طرق احتيالية قد يصعب اثباتها وهو ما لا يتفق وطبيعة

[1] احمد العبد الراقي المرجع السابق ص266

[2] ابراهيم الدسوقي ابو الليل _الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية_ المرجع السابق_ صفحة135

[3] محمد حسين منصور المرجع السابق صفحة

[4] ابراهيم الدسوقي ابو الليل العقد الغير اللازم دراسة مقارنه الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية مطبوعات جامعيه الكويت 1994 صفحه 125

المعاملات الإلكترونية ،ولذلك نجد بعض مشرعي الدول عند اصدارهم قوانين تنظم العفو والمعاملات الإلكترونية نحو اعلى احقية للمستهلك في ارجاع المنتج خلال المدة المحددة قانونا وهذا ما قرره المشرع الجزائري بدوره اقر حق العدول في التعاملات الإلكترونية بموجب القانون 5/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية بالفعل قانون الاستهلاك الفرنسي والقانون الأمريكي والتونسي للمعاملات الإلكترونية.

ولذلك نرى ان على المشرع المصري ان ينبهها لذلك عند اعداده مشروع قانون العقود الإلكترونية بان ينص على حق المستهلك الالكتروني في العدول عن التعاقد بقصد حماية المستهلك من سرعه قبوله للتعاقد.

وفي هذا المجال ينبغي ملاحظه ان حق العدول في التعاقد لا يختلف مع نظريه عيوب الإرادة فلكل منهما مجاله وشروطه الخاصة فالأول اي حق العضو يهدف الى جعل رضا المتعاقد رضا متمهلا ضروريا غير مشروع فيه اما عيوب الإرادة فتحمي رضا المتعاقدين حيث كونه رضا حرا صحيحا ولذلك اذا وقع المستهلك صحة اعمال غش او تدليس مع البائع مثلا بقصد التأثير في رضاية ففي هذه الحالة قد يثبت للمتعاقد حق العدول في تعاقده خلال المهلة المحددة اذا توافرت الشروط المطلوبة كما يكون له ايضا للمطالبة بإبطال العقد استثناء الى نظريه عيوب الإرادة اذا توافرت سائر شروطها[1].

ثانيا/ عيب الغلط :

[1]بنظر القانون 5/18 متعلق بالتجارة الالكترونية

يقصد من الغلط بوجه عام تصور ما يخالف الواقع[1] وبعبارة اكثر دقه وتحديدا هو حاله تقوم في نفس تحمل على توهم غير الواقع وغير الواقع اما ان يكون واقع غير صحيحة يتوهم الانسان صحتها او واقعة صحيحة يتوهم وعدم صحتها[2]كما عرفه المشرع الجزائري بان الغلط وهم يقوم بذهن العاقل فيصور له الامر على غير حقيقته ويدفعه الى التعاقد [3]والغلط الذي يعيب الرضا هو ما يصيب الإرادة وقت تكوين العقد،وليس كل غلط ايا كانت درجته مما يعيب الإرادة بل منهما لا يؤثر فيها ومنه بالعكس يعدمها ومنه اخيرا ما يقتصر اثره على تعييب الإرادة،وهذا الأخير هو الذي تعيبا باعتباره عيبا من عيوب الإرادة .يتضح من ذلك بان الغلط قد يكون مانعا او غير مؤثر او معيبا للإرادة وهذا ما سوف نعالجه بالتتابع مع الإشارة الى تطبيقاته على العقود الالكترونية فيما يلي :

1. الغلط المانع :

الغلط المانع هو الغلط الذي يحول دون انعقاد العقد[4]،وهو ليس مجرد تصور للأمر على غير حقيقته اذا يوجد اختلاف بين الإرادة والتعبير عنها [5]حيث يحمل التعبير المعلن على الإرادة الحقيقية وانما يدل على ارادة اخرى غير موجودة وهذا الغلط قد يمس وجود احد اركان العقد او

[1]محسن عبد الحميد ابراهيم المرجع السابق صفحه 215

[2]حسام الدين كامل الهواني المرجع السابق صفحه 175

[3]انظر المادة 22 من القانون المدني

[4]مالك دومان حسن المرجع السابق صفحه 226

[5]امانع رحيم احمد التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكه الانترنت المرجع السابق صفحه 229.

يمس ماهيته ويترتب على وجود الغلط المانعة بطلان العقد واعتباره كان لم يكن ويكون الغرض ما نعاني في الحالات التالية :

_اذا كان غلطا في ما هي العقد:ويأتي هذا النوع من الغلط نتيجة لعدم توافق الارادتين [1]ومثال ذلك ان يبرم الشخص عقد الكترونيا عبر شبكه الانترنت معتقد بانه اشترى برنامجا لممارسه حق الاستغلال عليها في حين كان قصد البائع منحه حق .

الاستعمال فقط [2]فهنا انصب الغلط على طبيعة العقد فمنع من التراضي لعدم تطابق الارادتين ومنعه بالتالي سوء العقد

_اذا كان الغلط في ذاتيه المحل:

يقع هذا النوع من الغلط المانع على ركن المحل للعقد،[3]كما لو تعاقد شخص عبر شبكه الانترنت لشراء برامج تعليميه خاصه بالحاسوب الالي (software)لتعليم اللغةالإنجليزية ولكنه يفاجئ بحصوله على برامج لتعليم اللغةالروسية مثلا وهناك ينعقد العقد لعدم تطابق الارادتين.

_اذا كان غلطا في سبب الالتزام:

يكون العقد باطلا اذا وقع الغلط في وجود سبب الالتزام على الرغم من عدم عثورنا على تطبيقات للغلط في وجود سبب الالتزام في العقود الإلكترونية،الا ان هذا لا يمنع من ابطال

[1]تنص المادة 203 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على اذا وقع الغلط على ما هي ان قد او على حقيقة وضوح الموجب

[2]نوري حمد خاطر المرجع السابق صفحه 22

[3]تنص المادة 23 من القانون المدني الجزائري على انه يكون العقد قابلا للابطال لغرض في القانون اذا توفرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين 81 و 82 لم يرفض القانون بغير ذلك

العقد الالكتروني اذا وقع الغلط في سبب الالتزام استنادا الى القواعد العامةالواردة في القانون المدني في العالم الماديoffline كان يعقد الشخص تامينا على عقاره ضد الحريق [1]هو العقار الذي انا اليه ثم يتضح ان المورث كان قد امن على العقار ذاته ضد الحريق.

_الغلط في التعاقد عن طريق الوسيط الالكتروني (الجهاز المؤتمن):

اذا لم يمكن بإمكان الشخص الذي يقع في غلط اثناء تعاقده مع جهاز مؤتمن تدارك هذا الغلط او تصحيحه فان حكم العقد الالكتروني الذي يبرم نتيجة هذا الغلط يكون باطلا ولا يكون له اثر قانوني وفق المعايير التي جاءت بها الفقرةالثالثة من المادة 12 من مشروع اتفاقيه الاونسترال للتعاقد الالكتروني المشار اليها سابقا[2].

2. الغلط الغير مؤثر:

ولا يؤثر هذا النوع من الغلط في العقد[3]، وهو الغلط الذي يقع في الصفة عرضيه او ثانوية او الشخص[4] كالغلط في الشخص المتعاقد اذا لم تكن شخصيه محل اعتبار وكذا الحال بالنسبة للغلط المادي او الغلط في الحساب وفي امور معتادة في التعامل.

يعد الغلط غير المؤثر من اكثر صور الغلط وقوعا في العقود الإلكترونيةالمبرة مع عبر شبكه الانترنت كالغلط الذي يقع عند تحرير رساله البيانات التي يتضمن السند المثبت للعقد بان

---

[1]المادة 12 ثلاثة من مشروع اتفاقيه الانستال للتعاقد الالكتروني

[2]امانج رحيم احمد المرجع السابق صفحة 23

[3]محمد عبد الحميد ابراهيم البيه المرجع السابق صفحه 217

[4]منذر الفضل المرجع السابق صفحه 158

يكتب صفر بالزيادة فجعل 100 الفا او بالعكس،ففي مثلي هذه الاحوال يبقى العقد صحيحا ولا يؤثر عليه (الغلط)طالما ان اراده كل من المتعاقدين لم يصدر عن غلطه وتطابقت الارادتين ويصحح الغلط المادي.[1]

وان الغلط الذي يتحقق اثناء ابرام العقد الالكتروني مع وسيط الكتروني جهاز مؤتمن يعد غلطا ماديا ويجب تصحيحه وذلك اذا كان بإمكان الشخص ان يصحح الغلط من خلال الوسائل التقنية التي اكدت عليها الفقرة الثانية من المادة(12 من مشروع اتفاقيه الاونسترال للتعاقد الالكتروني المشار اليها سابقا. [2]

3. الغلط المعيب للإرادة:

ان الغلط الذي يعيب اراده تعاقد هو ذلك الغلط الذي يحدث عند تكوين الإرادة في ذهن صاحبها وذلك بان يتوهم امرا على خلاف الواقع،ويقع هذا الغلط في صفه جوهريه في الشيء محل الالتزام او في ذات المتعاقد او صفه جوهريه من صفاته اي ان الغلط المعيب هو الغلط الذي يقع في امر جوهري مرغوب فيه اي فوات وصف مرغوب في المحل او ذات المتعاقد الاخر او صفه فيه ويطلق عليه (الغلط (الجوهري) وهو الغلط الذي لا يقوم رضا المتعاقد بدونه،اي ان المتعاقد لو لم يقع بهذا الغلط لما اقدم على التعاقد فاذا تعاقد شخص مع اخر على انه خبير وذو كفاءة عالية في ارادة نظم المعلوماتية.

[1]منصة عليه المادة 84 من قانون المدني الجزائري بقولها لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم ولكن يجب تصحيح هذا الغلط.

[2]امانج رحيم احمد المرجع السابق صفحه 230 231

وتبين فيما يعد انه عكس ذلك، فهنا يحق للمتعاقد ان يطالب بفسخ العقد [1]استنادا الى القانون الجزائري المدني والاردني اما في القانون العراقي فيحق له المطالبة بنقض العقد وحسب ما نصت عليه المادة 82 من القانون المدني الجزائري.

ويشترط التحقق الغلط المعيب للرضى توافر شرطين هما :

ـيجب ان يكون الغلط جوهريا اي دافعا للتعاقد بمعنى ان يكون على درجه من الجسامة والأهمية بحيث يمتنع المتعاقدين عن ابرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط،[2]وقد يسمى بالغلط الدافع ايضا والمعيار الذي يعتمد عليه لتقدير جوهريه الغلط هو معيار ذاتي[3] يقوم على تقدير المتعاقد لأمر معين يبلغ في نظره درجه من الأهمية يكفي لان تجعله يقدم على التعاقد ان وجد ويحجم عن التعاقد ان تخلف،فالغلط الجوهري قد يقع في (صفة الشيء) او في (شخصيه المتعاقد) او في (قيمه الشيء) او في (الباحث على التعاقد) او في امور تتيح نزاهة المعاملات

ومن تطبيقات الغلط الجوهري في القانون المدني العراقي [4]الغلط في الصفة الجوهرية للشيء كقدم المعقود عليه مثلا فلو اشترى المتعاقد شيئا على انه من الاثريات ولم يكن كذلك كان العقد موقوفا على اجازته لحصول الغلط في الصفة الجوهرية للشيء .

[1]نوري حمد خاطر المرجع السابق صفحه 33

[2]نوري حمد خاطر المرجع السابق صفحه 37

[3]محسن عبد الحميد ابراهيم البيه المرجع السابق صفحه 219

[4]امانج رحيم احمد المرجع السابق صفحه 232

وكذلك الغلط في شخص متعاقد او في الصفة من صفاته في العقود التي تكون فيها شخصيه المتعاقد محل اعتبار والغلط في العناصر الضرورية للتعاقد كالغلط في القيمة.[1]

ـلا يكفي ان يقع احد المتعاقدين في غلط جوهري حتى يكون العقد موقوفا وانما يجب ان يتصل المتعامل الاخر بهذا الغلط ،[2]فلا يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري ان يطلب بطلان العقد الا اذا كان المتعاقد الاخر قد وقع مثله في الغرض،او كان على علم به،او كان من السهل عليه ان يبينه وحكمه هذا الشرط.

في ضمان استقرار التعامل لان الغلط الفردي يؤدي الى مفاجأة العاقد الاخر بطلب بطلان العقد وهو لا علم له بالسبب،اما اذا كان العاقد عند الاخر شريكا في الغلط او عالما به او كان في وسعه ان يعلمه ، فستنشر المفاجأة[3] واستنادا الى القواعد العامة في القانون المدني فان حكم العقد المبرم عبر شبكه الانترنت والذي اقتران بغرض جوهري واتصل به علم المتعاقد الاخر يكون عقد موقوفا ويجوز للعقد الذي وقع في الغرض ان ينقذ العقد بعد تبين الغلط او ان يجيزه،[4]وتستند الإجازة الى الوقت الذي تم فيه العقد [5]على العقد الذي وقع في الغلط ان يستعمل حياز النقض او الاجازة خلال ثلاثة اشهر من تاريخ تبين الغلط، فاذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر نافذا .

---

[1]اماني جراحيم احمد المرجع نفسه صفحه 233

[2]عبد المجيد حكيم واخرون المرجع السابق صفحه 83

[3]بالنظر ما جاءت عليه المادة 82 من القانون المدني الجزائري.

[4]مالك دومان الحسن المرجع السابق صفحه 236

[5]يراجع نص المادة 83 من القانون المدني الجزائري

الفرع الثاني :العيب الإكراه

الإكراه بصورة عامة هو تهديد غير مشروع بالإيقاعآداب المتعاقد أو بغيره يولد رهبه في نفس المتعاقد تحمله على التعاقد[1] ويعرفه القانون المدني العراقي[2]بأنه إجبار الشخص بغير حق على إن يعمل عملا دون رضاه[3] .

الإكراه حسب التعريف المشار إليه هو ضغط تتأثر به الارادة الشخص فيدفعه إلى التعاقد والذي يعيب الارادة هنا ليس هو الإكراه بحد ذاته وإنما الرهبة التي يولدها الإكرام وهنا يصيب الإكراه عنصر الحرية والاختيار ولان المكروه لا يريد إن يتعاقد ولكن الرهبة هي التي تدفعه إلى التعاقد[4].

و يتضح مما ذكر إن للإكراه عنصرين [5]عنصر المادي يتمثل في استعمال وسيله الإكراه بحيث تولد الرهبة في نفسه وعنصر معنوي هو الرهبة والخوف .

يفرق الفقه بين نوعين من الإكراه وإكراه مادي حسي وإكراه معنوي أدبي[6]والإكراه الذي يعنينه هو هنا الإكراه المعنوي الذي لا يعدم الارادة حتى يتجرا لمن وقع الضحية الإكراه المعنوي انه يختار بين أمرين إماإن يتحمل الأذى المهدد به وإما إن يرى بالعقد فيوجد عقد ولكنه موقوف .[7]

[1] محسن عبد الحميد ابراهيم البيه ، المرجع السابق ،ص 247
[2] ينظر : ما نصت عليه المادة (88 ،89) من القانون المدني الجزائري
[3] عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ،المرجع السابق ،ص 442
[4] محسن عبد الحميد ابراهيم البيه ، المرجع السابق ،ص 247
[5]عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ،ص269
[6] مالك دوهان الحسن ، المرجع السابق،ص290
[7] محسن عبد الحميد ابراهيم البيه ، المرجع السابق ،ص 247

على عكس الإكراه المال الذي يقع على الجسم كضرب مبرح و إيذاء بأنواعه المختلفة والذي يعد أراده والإكراه في القانون المدني العراقي على نوعين أو لهما أكراه الملجأ الذي يتحقق إذا وجد تهديدا بخطى جسيم المحطة الاختلاف في نفسه أو عضو أو ضرب المبرح أوأداء جديد وإتلاف خطير في المال والإكراه غير الملجأ من خلال التهديد بما هو دون ذلك كالحبس والتربع على حسب الأحوال الناس ولم يفرق القانون المدني العراقي بين نوعين الإكراه من حيث الأثر القانوني[1]

والتي يتحقق الإكراه باعتباره عيبا من العيوب الإرادة لابد من إن تتوفر الشروط الآتية:

1. يجب أن يكون الخطر جسيما وان يكون مكروه المكره قادر على إيقاعه سواء هدد الخطر المتعاقد نفسه أو شخصا عزيزا عنده كالوالدين أو الزوج أو ذي الرحم محرمكما يجب إن يكون المكره قادر على إيقاع تهديده ولا يشترط إن يكون مكره مهددا في جسمه أو في ماله بل يكفي إن يهدد في شرفه أو في سمعته[2].
2. يجب إن يكون الإكراه غير المشروع فتهديدا داء لمدينه المماطل باتحاده إجراءات قانونيه للتنفيذ جبري على أمواله لبيعها من اجل استيفاء حقه من ثمنها ليس في الإكراه لان الدائن يسعى هنا من خلال الوسيلة مشروعه لتحقيق غرض مشروع وهو الحصول على الدين.[3]
3. إن يكون الإكراه مؤثرا في نفس المتعاقد لما يحدثه من رهبه واستشعار بالخوف وان تكون هذه الرهبة التي نشأت عن التهديد هي التي حملت على القبول ما لم يكن يقبله مختار

[1] امانج رحيم أحمد ،التراخيس في العقود الالكترونية عبر شبكة الانترنت ، درا وائل للنشر
[2] ينظر ما نصت عليه المادة (88) من القانون المدني الجزائري
[3] عبد المجيد الحكيم و اخرين ، المرجع السابق ،ص78

بعبارة أخرى يجب إن تقوم علاقة سببيه بين التهديد والتعبير عن الإرادة[1] وان المعيار الذي يعتمد عليه في المجال التقدير الإكراه ومعيار ذاتي يكفي فيه إن يكون الإكراه مؤثرا في نظر المهدد بحيث يراعي فيه الجنس من وقع عليه الإكراه و السنة وحالته الاجتماعية و الصحية وكل ظرف أخر شانه إن يؤثر في جسامة الإكراه[2].

4. يكون الإكراه مفسدا لإرادة سواء الصدر عن المتعاقد أخر أو صدر عن أجنبي حيث إن الإكراه قد يصدر من المتعاقد أخر نفسه أو في حكمه أو من أجنبي على عقد فإذا كان الإكراه صادر عن المتعاقد أخر شخصيا فهنا تعتبر الرهبة المتحققة دون شك ولكن إذا كانت تهديد صادره عن الغير دون التحريض من المتعاقد الأخر أو نائبه فهناك لا يعيب الإرادة إلا إذا كان المتعاقد آخر يعلم به أو من المفروض أن يعلم به[3].

وان الحكم الإكراه في القانون المدني العراقي[4] يفسد الإرادة فيجعل العقد موقوفا ويجوز لمن وقع عليه الإكراه إن يطلب العقد أو إجازته خلال ثلاثة أشهر من تاريخ الرفع الإكراه.إما في نهاية إما فيما يتعلق بالتطبيقات الإكراه في العقود الالكترونية المبرمة عبر شبكه الانترنت فمن الضروري اشره إلينا الإكراه لا يؤدي دائما إلى إفساد أراده وجعل العقد مبرما تحت تأثيره موقوفا

[1] محسن عبد الحميد ابراهيم البيه ، المرجع السابق ،ص 255
[2] امانج رحيم أحمد ،المرجع السابق ،ص226
[3] مالك دوهان الحسن ، المرجع السابق ،ص 302
[4] تنظر المادة (115) من القانون المدني العراقي و التي تنص على ان (من اكره اكراها باحد نوعي الاكراه على ابرام عقد لا ينفذ عقده)

وإنما في بعض الأحيان تعدم الإرادة بالإكراه المادي بإعدام العنصر الاختيار لدى المكروه تماما فيؤدي ذلك إلى عدم انعقاد العقد أصلا .[1]

يتصور وقوعها المادي في العقود الالكترونية المبرمة عبر شبكه الانترنت وخصوصا في العقود التي تتم في خلال الإرسال النموذج الالكتروني إلى الصفحة الخاصة للمشتري لتمكينه من الاطلاع على البنود بنوده ويحتوي هذا النموذج عاده على خانات تتضمن عبارات قد تفيد القبول المرسل إليه للتعاقد I grée أو رفضه[2] (I dont grée)فإذا امسك المكره في هذا النمط من التعاقب بشخص مرسل إليه المنوه واجبره على الضغط بواسطة المؤشر المتحرك Mouse للنقر (Cliche) على خانة في النموذج العقد المعروض على الشاشة الحاسوب أو مباشره باستخدام المفتاح معين في لوحه المفاتيح الحاسوب بما يعد تعبير صريحا عن إرادة المشترية أو على التوقع الكترونيا على رسالة البيانات التي تتضمن معلومات تفيد قبول المكره للإجابة الموجه إليه ففي هذه الفرضيات تشرع الإرادة المنوه لرهنه ولا يقتصد اثر الإكراه المادي هنا على تغيب الإرادة فقط وإنما يعيدهم يعيد يعدمها تماما الأمر الذي يستتبع البطلان المطلق للعقد الالكتروني تفاديا لوقوع مثلا مثل الصور الإكراه المادي و لما يستلزم مقتضيات التجارة الالكترونية من توفير بيئة أكثر أمانا للتبادلات الالكترونية[3] يفضل إن لا يكمل التعبير عن إرادته أراد بالقبول بمجرد الضغط أو النقر على مكان معين في الحاسوب بل إن يكتمل القبول بعد إن يضع المتعاقد رقم سري خاص في الخانة المخصصة له ويستخدم مفتاح الخاص (Privat Key) الذي يتم بوثيقة من قبل طرف ثالث من غير سلطة التصديق Certificat (Autorité).[4]

[1] عبد المجيد الحكيم و اخرون ، المرجع السابق ،ص 76
[2] امانج رحيم أحمد ، المرجع السابق ،ص 228
[3] حسام الدين كامل الاهواني ، الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحاسب الالي ،بحث متقدم الى مؤتمر القانون و الحاسب الالي المنعقد في الكويت ، ايلول 1989 ، ص39
[4] امانج رحيم أحمد ، المرجع السابق ، ص228

الفرع الثالث :عيب الاستغلال

يعرف الاستغلال بأنه انتهاز حاله الضعف لدى الشخص وجعلها يبرم عقدا في غبن فاحش له ما كان ليقبله لولا وجود هذا الضعف واستغلاله من قبل العاقد الأخر.[1]ولقد اخذ المشرع الجزائري الاستغلال عيبا في الإرادة ، بمقتضى المادة90 من القانون المدني[2] كعيب من العيوب الإرادة بشكل لا يجوز للمتعاقد إن يستغل حاجة أو طيش أو عدم الخبرة أو ضعف إدراك متعاقد الأخر فان فعل فقد وجب على القاضي إن يتدخل لحماية الطرف المشغل يرفع عنه الغبن إلى حد المعقول أو يبطل العقد إذا كان التصرف القانون تمليكا بلا عوض وهذا الموقف الذي اخذبت المشرع العراقي ينسجم كليا مع المذهب الجماعي الذي يحارب الاستغلال و لا يتفق مع المذهب الفردي لان أصل فيه هو مبدأ سلطان الإرادة و يسحبه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين [3]. و إذا كان الاستغلال يعد عيبا من عيوب الإرادة فان ذلك لا يعني انه عيب مستقل عن عيوب الإرادة الأخرى ، ففي صورة الاستغلال الهوى هو الجامع يقترب كثيرا من إكراه ويقترب من الغلط أو التحليل من الغبن في حالة الاستغلال الطيش البين.[4]

والاستغلال عنصران أولهما عنصر مادي المتمثل بالغبن الفاحش إي عدم التعادل بينما يعطيه المتعاقد وبينما يأخذه وفقا لمعيار معين فإذا ترتب على الاستغلال طرف ضعيف من الغبن

[1] محسن عبد الحميد ابراهيم البيه ، المرجع السابق ،ص 255

[2] تنص المادة (90) من القانون المدني الجزائري على ما يلي : (اذا كان احد المتعاقدين قد استغلت حاجته او طيشه او هواه او عدم خبرنه او ضعف ادراكه فلحقه من تعاقده غبن فاحش جاز له من خلال سنة من وقت .....ان ينقضه)

[3] مالك دوهان الحسن ، المرجع السابق ،ص355

[4] عبد المجيد الحكيم و اخرون ، المرجع السابق ، ص96

يسير فلا مجال لتطبيق الحكم المادة90[1]التي تنص الصراحة على انه إذا كان احد المتعاقدين قد لحقه غبن فاحش وان العنصر المادي أو الموضوع يأتي في مقام الأول وهو الذي يكتشف عن العنصر النفسي الذي هو استغلال حاله الضعف المتعاقد المغبون وان إثبات العنصر المادي وللاستغلال الأيسر من الانتباه العنصر النفسي[2] واختلال التعادل المكون للعنصر المادي لا ينظر فيه إلا قيمه ماديه لشيء وإنما يحتاج بقيمه الشخصية في اعتبار المتعاقد.[3]

وكثيرا إما يكون الاستغلال في العقود معاودات ولكن قد يقع في عقود الاحتمالية أيضا كعقد التامين على الرغم من إن هذه العقود تقوم على احتمال كسب والخسارة وقد يقع الاستغلال في التبرعات كما يقع في المعاودات بل هو اشد وطأة في الاوطى منه في الثانية لان الاستغلال يكون أكثر تحققا فيما لا يعادل فيه أصلا كالتبرعات بل قد يتجاوز الاستغلال العقود إلى تصرفات قانونيه الصادرة من الجانب واحد كالوصية لشخص اشتغل طيبا أو هوى جامحا .[4]

وثانيهما العنصر النفسي وهو استغلال ضعف النفس والذي يمثل جانب المعنوي وقد أولد المشرع العراقي أربع صور بدلا من الصورتين [5]ونلاحظ إن العنصر النفسي لاستغلال لا يتوفر في القانون المدني العراقي إلا في حاله أربعه منصوص عليها قانونا إي جاءت هذه الحالات على سبيل الحصر لا مثال[6] وهذه الحالات هي استغلال الحاجة التي تقرب من حاله الضرورة واستغلال الغينين واستغلال عدم الخبرة وضعف الإدراك. إما بالنسبة للأطر القانون المترتبة

[1] مالك دوهان الحسن ، المرجع السابق ،ص335
[2] عبد المنعم فرج صدة ، المرجع السابق، ص 294
[3] امانج رحيم أحمد ،نفس المرجع ،ص244
[4] امانج رحيم أحمد ،نفس المرجع ،ص365
[5] ينظر ما ينص عليه الفقرة الاولى من المادة 129 من القانون المدني المصري
[6] مندر الفضل ،المرجع السابق ،ص 170-171

الاستغلال فقد نصت المادة 125 و المادة 90 من القانون المدني الجزائري [1] على انه جاز له في خلال سنه من الوقت العقد إن يطلب رفع الغبن عنه إلى حد المعقول فان إذا كان التصرف الذي صدر منها تبرعا عاجزا تبرعا جهازا له في هذه ألمده ينقصه يتضح من النص المشار إليه إن المشاعر العراقي يفرق في الجزائر المترتب على الاستغلال بين العقود المعاودات والتبرعات .فإذا اشتغل الشخصي في العقد معاودة ولحقه وغبن فاحش جاز له من خلال سنه ومن الوقت إبرام العقد إن يقدم الدعوة إمام القضاء طالبا رفع الغبن عنه إلى حد معقول [2]لان الغبن سيء لا يعد استغلال وهو حد متسامح في التعامل وان رفع الغبن الفاحش إلى حد معقول وهو أفضل جزاء عنده وجود استغلال في عقود المعاودات.

خلاصة الفصل :

وفي نهاية هذا الفصل يمكنا القول ان التراضي يكون صحيحا إذا إستوفى شرطين: الأول أن تصدر الإرادة عن شخص ذي أهلية للتعاقد أي أن يكون أهلا لإبرام التصرفات القانونية، والثاني أن تكون الإرادة صحيحة وسليمة من العيوب التي قد تشوبها .

وبما أن العقد الإلكتروني عبر وسائل الإتصال الحديثة ويكون هذا الإنعقاد عن بعد، فإن هذا النوع من التعاقد تكتنفه بعض الصعوبات التي تعيب الإرادة، وأبرز هذه الصعوبات ما يتعلق بأهلية المتعاقدين إذ تشكل هذه النقطة أهمية بالغة بالنسبة للتعاقد لما تنطوي عليه من إشكاليات تواجه التعاقد الإلكتروني .

[1] ينظر ما نصت عليه المادة (90) من القانون المدني الجزائري
[2] امانج رحيم أحمد ،نفس المرجع ،ص245

الفصل الثاني

تميد :

لينعقد العقد الالكتروني لابد من وجود ارادتين متطابقين قانونا ، هو الايجاب الذي يكون عند ابرام العقد و القبول عندما يكون تعبير مطابق له و اذا صدر الايجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد اجل القبول فان الموجب يتحلل من ايجابه اذا لم يصدر القبول فورا و كذلك اذا صدر الايجاب من شخص الى اخر بطريق الهاتف او باي طريق مماثل و في حالة التعاقد الالكتروني يمكن ان ينعقد دون ان يكون لطرفه الحضور مادي بمجلس العقد و انما يجمعهما مجلس حكمي يتميز بخصوصيات عديدة ،تؤثر على تحديد الزمان و المكان ابرام العقد الالكتروني ، و ينقسم هذا الفصل الى مبحثين .

المبحث الأول : كيفية التعبير عن الإرادة في العقد الالكتروني

نص القانون المدني الجزائري بأن يتم التعبير عن الإرادة باللفظ أو الكتابة، أو باتخاذ موقف لا يدع أي يشك في دلالته عن مقصود الإشارة المتداولة عرفا ،ً كما يمكن أن يكون صاحبها. بالتالي يمكن أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا .ً كما قضى المشرع الجزائري استثناء عن هذه القاعدة، بنصه على إمكانية أن ضمنيا يكون السكوت الملابس وسيلة للتعبير عن القبول.[1]

حيث ينعقد العقد بالتقاء الإيجاب مع قبول مطابق لها، فيتحقق ما يعرف بالتراضي، و لا يختلف كما ذكر تحقيق التراضي في العقود الإلكترونية عن العقود التقليدية، بحيث يلتقي

[1] مصدر نفسه ،الجزائري المدني القانون من ، المادة 68_ف2

الإيجاب بالقبول و يتحقق ذلك بتبادل الأطراف لإرادتهم التعاقدية عبر الوسائط الإلكترونية، بدلا من الوسائل التقليدية، فإذا التقت الإرادتان المتطابقتان عبر تقنيات الاتصال الحديثة، مع مراعاة ما ينظمه القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد، يمكن القول بوجود التراضي، غير أن هذه الخاصية جعلت الإيجاب 18الإلكتروني يخلق عدة إشكالات نوعية بسبب خطورة الآثار المترتبة عليها .[1]

المطلب الأول :مفهوم الإيجاب الإلكتروني نتطرق إلى التعريف الإصلاحي و القانوني للإيجاب(الفرع الأول)، ثم ننظر في نطاقها (الفرع الثاني). وفي الأخير نتطرق إلى حكم التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني (الفرع الثالث)

الفرع الأول: تعريف الإيجاب اصطلاحاً و قانوناً

عرف الإيجاب بأنها " التعبير البات المنجز الصادر من أحد المتعاقدين والموجه . كما يعرفها بعض الفقهاء " إعراب عن 4 إلى الطرف الأخر بقصد إحداث أثر قانوني ".الإرادة صريح أو ضمني بها يعرض شخص على آخر أو على عدة أشخاص 5آخرين – معينين أو غير معينين – إبرام عقد بشروط معينة[2] ".

يعرف التوجيه الأوربي الخاص بحماية ألمستهليكن الإيجاب في العقود المبرمة عنُ مكن المَرسل إليها بعد بأنها اتصال عن بعد يتضمن جميع العناصر اللازمة التي يقبل التعاقد مباشرة، و لا يدخل في هذا النطاق مجرد الإعلان .و حتى يتم تعريف الإيجاب الإلكتروني لابد

[1] لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص70 _71

[2] محمود عبد الرحيم الشريفات، "التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت"، دار الثقافة للنشر _ص45

من مراعاة الطريقة التي يتم بها هذا الإيجاب، و الذي يكون عبر الوسائط الإلكترونية. و عليها يمكن تعريف الإيجاب الإلكتروني بأنه "التعبير البات و الصادر من أحد العاقدين و الموجه إلى المتعاقد الأخر عبر شبكة المعلوماتية بقصد إبرام عقد في مجال المعاملات الإلكترونية[1].و عرف قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية اليونسيترال الإيجاب الإلكتروني بالقول أنه" في سياق تكوين العقود و ما لم يتفق الطرفان، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض و قبول العرض، و عند استخدام رسالة البيانات في تكوين العقد لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليتها، لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض ".كما تضمن البند 3/2 من مشروع العقد النموذجي في شأن المعاملات الإلكترونية إذا تضمنت مثل الرسالة إيجابا و الملحق بقانون الأمم المتحدة النموذجي ما يلي:" لإبرام عقد مُ رسل إلى شخص واحد أو أشخاص محددين، ما داموا معروفين إيجابٍ على نحو كافُ و كانت تشير إلى نية مِرسل الإيجاب أن يلتزم في حالة القبول، و لاُشر إلى غير ذلك[2]".

أقر المشرع التونسي في قانون المبادلات الإلكتروني إخضاع العقود الإلكترونية لنظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة و مفعولها القانوني و صحتها و قابليتها للتنفيذ .و يذهب بعض الفقه إلى القول أنها من الصواب الإبقاء على تعريف الإيجاب دون على أساس أن وصف الإيجابً أم إلكترونيا تغيير، سواء تم التعبير عنه تقليدا

[1] كاظم كريم علي، "العقد الإلكتروني"، كاظم كريم علي، "العقد الإلكتروني" 2020/05/15.، .ص22

[2] المادة ،11/1 من قانون اليونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية ، لسنة1996

الإلكتروني لا يغير من ذاتية الإيجاب لمجرد كونه قد تم عبر الوسيط الإلكتروني، و يضيف أصحاب هذا الرأي بالقول أن لفظ إلكتروني إذا ما أضيفت للإيجاب فإنها لا عدو أن يكون تنال من المراد منه في إطار القواعد التقليدية في قانون العقد، فالأمر لا ى يلحق بالإيجاب ناشئ عن اختلاف في وسيلة التعبير عن الإرادة، والمتمثلة في وصفا تيحها الوسائط الإلكترونية[1].

تقنيات حديثة ت وهو ما عمل به المشرع الجزائري في المادة 6/2، من قانون التجارة الإلكترونية، حيث آحال تعريف العقد الإلكتروني إلى مفهومها وفق القانون رقم: - 04 ، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، فجعل المشرع العقد 11 02 الإلكتروني يتم وفق إطار القواعد التقليدية، و إضافة على ذلك أنها يتم إبرامها عن بعد، عن طريق الوسائط الإلكترونية دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافها .

-شروط و كيفيات التسليم

-شروط الضمان وخدمات ما بعد البيع

-شروط فسخ العقد الإلكتروني

-شروط و كيفيات الدفع

-شروط و كيفيات إعادة المنتوج

-كيفيات معالجة الشكاوى

[1] بلقاسم حامدي،" ابرام العقد الإلكتروني"، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه العلوم في العلوم 10 القانونية، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، ،2015 ص 67 و68

-شروط و كيفيات الطلبية المسبقة عند الاقتضاء

-الشروط و الكيفيات الخاصة المتعلقة بالبيع بالتجريب عند الاقتضاء

-الجهة القضائية المختصة في حالة النزاع، طبقا -لمدة العقد حسب الحالة.

الفرع الثاني: نطاق الإيجاب

إلى موجه خاصا الإيجاب الذي يكون عبر شبكة الإنترنت، قد يكون إيجابا أشخاص محددين، و هو ما يكون عادة عبر البريد الإلكتروني، أو عن طريق برامج إلى أشخاص غير محددين و إلى كل موجها المحادثة؛ كما قد يكون الإيجاب عاما متصفح لمواقع الويب. و بالتالي يكون الإيجاب لها صفة دولية، و مع ذلك قد يكون بنطاق مكاني بالنص على ذلك صراحة. [1]الإيجاب محددا وقد أشار البند الرابع من العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية في فقرتيه الثالثة والرابعة إلى تحديد المنطقة الجغرافية التي يغطيها الإيجاب، وذلك لأن بعض أخرى يفرضها القوانين الأجنبية قد تتضمن حالات يحظر فيها التعامل، أو تقر قيودا نصح في كثير من الأحيان التاجر التصور الخاص بها لحماية المستهلكين؛ ولذلك ى لوقوعه في هذه النطاق الجغرافي الذي يغطيه الإيجاب تجنبا الفرنسي أن يحدد مقدما المشكلة . وفيما تعلق بتحديد الإيجاب، هناك اختلاف في الرأي، حيث ترى بعض التشريعات أن العرض الموجه للجمهور عن طريق الإعلانات مثلا، يفقد صفة التحديد .ً في حين ترى بعض القوانين خلاف ذلك، مثل القانون و من ثم لا يكون إيجابا الفرنسي و

[1] لزهر بن سعيد، "النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية"، دار هومة للطباعة والنشر 13 والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 74 و .75 - 14

القانون الإنجليزي التي تجيز توجيه الإيجاب إلى العالم كله ، و هو الاتجاه الذي يؤيده أغلب الفقه الذي يرى أن هذا يعتمد على طريقة العرض، فإذا كان العرض يتمثل في إعلان المنتج عن السلعة في التلفاز أو الصحف أو الراديو و يدعو الجمهور إلى شراءها، فإن العرض في هذه الحالة لا يمثل إيجابا ه إلى شخص ،ً لأنه غير موجـ أياها و محددا معين أو أشخاص معينين، أما إذا كان المنتج عرض سلعته واصفا مزاياها و ثمنها و يعلن استعداده لإرسالها إلى كل من يطلبها بالشروط المبينة في الإعلان، فإن هذا العرض يعبر عن إرادة صاحبه في الالتزام بالتعاقد مع كل شخص 15يبدي قبوله، ويعتبر إيجابا صريحا[1].

الفرع الثالث: الإيجاب عبر الموقع الإلكتروني الويب

الإيجاب عبر الموقع الإلكتروني يشبه كثيرا الإيجاب الصادر عبر الصحف أو الإيجاب عبر الموقع الإلكتروني يشبه كثيرا التلفاز، أو عبر الشاشات الموضوعة في الساحات و الطرق العامة، فيكون إيجابا للجمهور و ليس إلى شخص على مدار الساعة، و في الغالب يعتبر موجها .

وعادة ما يكون هذا الإيجاب محددا و يكون الإيجاب عبر شبكة الويب معلق على شرط عدم تغير الأسعار، حيث يحتفظ الموجب بحقه في تعديل الثمن.

و يطرح الإيجاب عبر المواقع الإلكترونية إشكالية التكييف القانوني للإعلان ،ً حتى لوكان عبر شبكة الويب، حيث يرى البعض أنه دعوى إلى التعاقد و ليس إيجابا الإعلان يحتوي

[1]نضال إسماعيل برهم، مرجع سابق، ص54 .

على جميع المسائل الجوهرية للعقد، إلا في حالة كان الإعلان عن عقد بشخص المتعاقد، فنكون في هذه الحالة أمام إيجاب، لذلك السلع و الخدمات ى يحرص المُ علن على شبكة الإنترنت على أن يجعل المستهلك هو الموجب و يكون 23ُ البائع أو المورد أو المنتج هو

المطلب الثاني :القبول في العقد الالكتروني

نتناول تعريف القبول الإلكتروني وتحديد شروطها القانونية و ننظر في مدى صلاحية السكوت للتعبير الإلكتروني عن القبول.

الفرع الأول: تعريف القبول الإلكتروني

يعتبر القبول هو التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب، يفيد موافقته عن الإيجاب، فهو الإرادة الثانية في العقد، بحيث لا يمكن أن ينعقد العقد إلا باتفاق إرادتين. عرف بعض الفقه القبول بأنها " التعبير عن رضا الموجب له بإبرام العقد بالشروط التي عينها الموجب".[1]

عرف القبول بأنه التصرف الذي بمقتضاه يعلن الموجب له إرادته بالموافقة كما ى على موافقته على علن من وجه إليه الإيجاب صراحة أو ضمنا على التعاقد، بحيث .لأن العقد لا يبرم إلا العرض الموجه إليه؛ و لابد أن يصدر القبول و الإيجاب قائما بتلاقي الإرادتان و التطابق بينهما .ً كأن يبعث القابل رسالة عبر البريد الإلكتروني مثلا، قد يكون التعبير

[1] محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص 143 .

صريحا تتضمن للعرض الذي قدمه الموجب، كما يمكن أن يكون القبول ضمنيا صريحا قبولا في حالة اتخاذ القابل أي تصرف يفيد موافقته على العرض.[1]

الفرع الثاني: شروط القبول الإلكتروني

يجب أن يتوفر في القبول عدة شروط و هي كما يلي:

اولا- أن يصدر القبول و الإيجاب لازال قائماً: حيث أكد المشرع الجزائري بأنه إذا حدد عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الأجل، الأجل من ظروف الحال أو من طبيعة المعامل.[2]

في المعاملات الإلكترونية في عدة حالات، منها إذا حدد و يبقى الإيجاب قائما موعد لقبول الإيجاب، يجب أن يرتبط القبول بالإيجاب في هذا الموعد، و إن تأخر القبول عن هذا الموعد، فلن يعتد به.و هذا ما قضى به مشروع العقد النموذجي الإلكتروني الذي أعدته لجنة اليونسيترال، حيث نص في البند (3-2-4) منه بالقول"غير مشروط للإيجاب خلال إذا تسلم مرسل هذا الإيجاب قبولا يعتبر القبول مقبولا التوقيت المحدد".[3]

[1] فادي محمد عماد الدين توكل، "عقد التجارة الإلكترونية"، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة 31 الأولى، بيروت،2010، ص 87

[2] المادة ،63 من القانون المدني الجزائري

[3] محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص 14

ثانيا - أن يكون القبول مطابق للإيجاب: حيث ينص القانون المدني الجزائري على جديداغير من الإيجاب يعتبر إيجابا ؛ و بالتالي لا ينعقد العقد إلا إذا كان قبول الذي ى القبول مطابق للإيجاب.[1]

ثالثا : يشترط في القبول أن يكون باتاً جازما الأصل أن تطابق القبول مع الإيجاب ً لقاعدة العقد كفيل بحد ذاته لإبرام العقد و يصبح العقد ملزما لكلا الطرفين، استنادا شريعة المتعاقدين، إلا أن بعض التشريعات و في العقود التي تتم عبر الوسائط دول عن الإلكترونية و بغية حماية المستهلك درجت على إعطاء الحق للمستهلك في قبوله، و إعادة السلعة إلى البائع؛ و هو ما قضى به قانون حماية المستهلك الفرنسي رقم: (92، 960)، لسنة 1992 حيث جاء في المادة 121 /6 منه، أن للمشتري في كل عملية بيع عن بعد الحق في إعادة البضائع في مدة سبعة أيام كاملة، ابتداء من تاريخ تسليم طلبيته لإبدالها أو لاسترداد الثمن، دون مسؤولية أو نفقات، باستثناء المصاريف المرتبطة بالرد[2].

رابعا: أن يصدر القبول الإلكتروني صريحاً واضحاً وحرا ً أو باتخاذ موقفا القبول صراحة، سواء باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا للشك في دلالته على حقيقة المقصود يدع مجالا ، كما يجوز أن يكون القبول ضمنيا في حالة عدم نص القانون أو اتفاق الأطراف على خلاف ذلك، غير أن هذا الحكم الأخير يصعب تطبيقه على العقود الإلكترونية، حيث يكون القبول في الغالب صراحةً ، و ما يعزز هذا القول خلاصة ما يستشف من و من

[1] مادة ،66 من القانون المدني الجزائري

[2] محمود عبد الرحيم الشريفات، نفس المرجع، ص 156

الصعب أن يكون ضمنيا النصوص التشريعية، حيث نجد العقد الإلكتروني لليونسيترال ينص في المواد(2،3،4)إذا تسلمها مرسل على ما يلي: " يعتبر القبول مقبولا الإيجاب...."، وكلمة تَسلم هنا تفيد أن القبول يتم تسلمه من خلال رسالة مكتوبة، وهوما يعد تعبيرا صريحا .[1]

خامسا/ التعبير الصريح عن القبول الإلكتروني: يكون التعبير عن القبول صريحا إذا كان المظهر الذي إتخذه مظهرا موضوعا في ذاته للكشف عن هذه الإرادة حسب المألوف بين الناس، فالتعبير الصريح قد يكون بالكلام أو الكتابة وأيضا بالإشارة المتداولة عرفا وبإتخاذ أي موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود .وفي العقود الإلكترونية يتم التعبير الصريح عن القبول بإستخدام التقنيات الأساسية المتوفرة على شبكة الأنترنيت والمتمثلة أساسا في القبول عن طريق البريد الإلكتروني أو النقر على زر القبول أو الفأرة، والمحادثة المباشرة من خلال تقنية الصوت والصورة المتوفرة على شبكة الأنترنيت.[2]

1- **القبول عبر البريد الإلكتروني**: يعتبر البريد الإلكتروني الوسيلة الأكثر شيوعا و إستعمالا من طرف المتعاملين عبر الشبكة ويقترب من البريد العادي، حيث يمكن للقابل أن يوجه قبوله عبر البريد الإلكتروني خاصة إذا تلقى إيجابا بنفس الطريقة، ففي هذه الحالة لا يوجد أي شك من إعتبار أن رسالته تمثل قبولا صريحا للإيجاب الموجه إليه،

[1] بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص ،82 .
[2] محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، القانون الواجب التطبيق ، دار الثقافة، للنشر والتوزيع، الأردن، ،2004 ص50.

والقبول الصادر عبر البريد الإلكتروني يمكن إعتباره إرادة واضحة وباتة وغير مشكوك فيها وأن يضمن سلامتها من عدم تعرضها لأي تعدي أو خطر قد يواجهه[1] .

2- **القبول عن طريق الضغط على زر القبول أو الفأرة** : يمكن أن يتم القبول عن طريق الضغط على زر القبول الموجود بلوح مفاتيح جهاز الكمبيوتر أو بالنقر على الأيقونة المخصصة للقبول في العقود المبرمة عبر الويب [2].ويشترط الموجب في إيجابه أن يتم إجراء القبول عن طريق النقر مرتين على الأيقونة المخصصة للقبول والموجودة على الشاشة، وغالبا ما يلجأ الموجب إلى هذه الطريقة للتأكد من موافقة القابل على التعاقد حتى لا يتذرع القابل بأن النقرة الأولى كانت عن طريق السهو أو الخطأ، فالنقر مرتان دليل على موافقة القابل على إبرام العقد .وفي حالات أخرى قد يشترط الموجب بعض الإجراءات اللاحقة لصدور القبول كالإجابة على بعض الأسئلة التي توجه إلى القابل مثل تحديد محل إقامته الذي يتعين إرسال المنتج إليه أو بكتابة بعض البيانات المتعلقة به مثال رقم بطاقة إئتمانه[3] .

3- **القبول عبر المحادثة أو المشاهدة عبر الأنترنت:** في هذه التقنية يكون التعبير عن القبول بشكل صريح في أبلغ صوره، نتيجة لكون الأطراف المتعاقدة تستطيع أن تسمع وترى بعضها البعض في بث فوري ومباشر، فالمتعاقدين من خلال تقنية الصوت والصورة بإمكانهم إجراء المناقشات والمفاوضات فيما بينهم وبإمكانهم أيضا التعبير عن إرادتهم بالإيجاب والقبول سوآء كان ذلك من خلال القبول أي بالألفاظ المباشرة ، أو من

[1] ناصر حمودي، المرجع السابق، ص.164

[2] عادل حسن علي، الإطار القانوني لعقود المعاملات الإلكترونية، مكتبة زهراء الشرق، مصر، 2007، ص.34

[3] عادل حسن علي، الإطار القانوني لعقود المعاملات الإلكترونية، مكتبة زهراء الشرق، مصر، 2007، ص.34

خلال الإشارة المتداولة عرفا، مثل تحريك الرأس عموديا للدلالة على القبول أو أفقيا للدلالة على الرفض.[1]

سادسا/ التعبير الضمني عن القبول الإلكتروني: يتضمن التعبير الضمني عن القبول في العقد الإلكتروني تطبيقات على شبكة الانترنيت[2]، ومثال ذلك قيام القابل بتحميل برامج إلكترونية أو عروض تجريبية مجانية على جهازه الشخصي، حيث أن هناك العديد من شركات البرامج الإلكترونية تتيح للزبائن المحتملين (بعرض الدعاية) تجربة إصدارتها من البرامج لفترة محدودة ومن ثم تنتهي صلاحية هذه البرامج مثل البرنامج المضاد الفيروسات حيث يعد قيام القابل بتحميل البرنامج على جهازه من دون أن يكتب أو يتلفظ بالقبول هو من باب الفعل الدال على الرضا .[3]

اي هو تعبير ضمني بالقبول كما يعد البدء بتنفيذ العقد الذي إقترحه الموجب بدفع الثمن للبائع عن طريق إعطائه رقم البطاقة السرية من قبيل القبول الضمني .لقد إختلف موقف الفقه بين مؤيد ومعارض لجواز التعبير الضمني عن القبول في العقود الإلكترونية[4]، فهناك من يرى بأن قيام الموجب له بأي تصرف أو عمل يفيد بقبوله للإيجاب يعتبر قبولا ضمنيا، بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن التعبير عن القبول لإلكتروني لا يكون إلا صريحا .

[1] أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2002 ،ص.206
[2] نفس المرجع ،ص 208
[3] فريد منعم جبور، حماية المستهلك عبر الأنترنت ومكافحة الجرائم الإلكترونية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ،2010 ص.44
[4] أسامة أحمد بدر، نفس المرجع ،ص210

_حسب أصحاب هذا الموقف فإنه لا مانع من التعبير الضمني عن القبول الإلكتروني ما دام أن القبول بالتنفيذ هو أمر متصور حتى في الوسائط الإلكترونية[1]، فعند تصفح الشخص لبريده الإلكتروني وإيجاده لرسالة بيع سلعة بثمن محدد فإن قيام هذا الشخص بإرسال الثمن إلى الموجب يعتبر قبولا ضمنيا للإيجاب وبذلك ينعقد العقد .فهناك العديد من التصرفات التي تصدر عن القابل وتعتبر قبولا ضمنيا للإيجاب الصادر عن طريق شبكة الأنترنيت ومنها قيام القابل بفك الغلاف في بعض السلع التي يقوم الموجب بإرسالها مع الإيجاب وغالبا ما تتضمن تنبيها للموجب إليه الإيجاب بأن فك الغلاف عن السلعة يعتبر قبولا للعقد[2] .

بالخصوصية التي يتميز بها القبول الإلكتروني كالعرف الذي لا يمكن أن نصادفه في الجو الإلكتروني بالإضافة إلى مصلحة من وجه إليه الإيجاب غير مألوفة في التعاقد الإلكتروني فالتعبير يتم بطرق شتى كالتعبير عن القبول عبر البريد الإلكتروني[3]، وعبر المحادثة أو المشاهدة من ناحية، ومن ناحية أخرى لا يصح أن يكون السكوت قبولا إلكترونيا في ظل البيئة الإفتراضية نظرا لغياب الأطراف بحيث لن يتمكن أي طرف من التعرف على الطرف الآخر أصل.[4]

الفرع الثالث: مدى صلاحية السكوت للتعبير الإلكتروني عن القبول

[1] فريد منعم جبور ،نفس المرجع ، ص48

[2] أحمد سعيد الزقرد، أصول قانون التجارة الدولية، البيع الدولي للبضائع، المكتبة العصرية، القاهرة،2006 ،ص 147.

[3] نزيه الصادق مهدي، إنعقاد العقد الإلكتروني، بحث مقدم إلى مؤتمر المعاملات الإلكترونية، مركز الإمارات للدراسات والبحوث بتاريخ 19 مايو 2001، ص 233.

[4] أحمد سعيد الزقرد،نفس المرجع ، ص 156

من أي ظرف ملابس له، لا يصلح أن الأصل هو أن السكوت في حد ذاتها مجردا ليكون تعبيرا قاعدة لا ينسب لساكت قول، فالإرادة عمل إيجابي و ً عن الإرادة طبقا السكوت شيء سلبي، وليس إرادة ضمنية، لأن هذه الإرادة تستخلص من ظروف و للإجابة بأكثر دقة عن التساؤل الذي يطرح نفسه، وهو هل يعد إيجابية تدل عليها. ؟ نعود إلى القواعد العامة التي نظمها القانون المدني الجزائري، التي السكوت قبولا تقضي بأنه إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف بالقبول، فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا إذا اتصل الإيجاب يرفض الإيجاب في وقت مناسب، و يعتبر السكوت في الرد قبولا بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه[1]. من خلال ما ذكرنا نجد الفرضين الأولين غير مألوفين في العقود الإلكترونية، حيث لا مجال هنا للقول أن العرف فالتعاقد عبر الوسائط الإلكترونية يعتبر حديثا في التعاقد الإلكتروني، أما يلعب دورا في حالة إذا كان الإيجاب تمخض لمنفعة ً مهما من وجه إليه، كما لو كنا بصدد عقود التبرع، فلا يكون هناك أي التزام على عاتق من في العقود التي تتم عبر وجه إليه الإيجاب، و هذا النوع من العقود غير مألوفة أيضا الإنترنت[2].

_وقد إتخذ هذا الإتجاه موقف سلبي للقبول الإلكتروني ويكون بالسكوت.

أ. **صلاحية السكوت أن يكون تعبيرا عن القبول الإلكتروني** :يعتبر السكوت عن الرد قبولا إذا كان هناك تعامل سابق بين الأطراف أو إتصل الإيجاب بتعامل مسبق بين المتعاقدين

[1]فادي محمد عماد الدين توكل، نفس المرجع، ص 92
[2]من القانون المدني الجزائري المادة 68

أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه ، وعلى هذا فإذا وجه أحدهما إيجابا ولم يرد عليه الآخر وكان في مصلحته عد ذلك السكوت قبولا إلكترونيا [1]

ب. **عدم صلاحية السكوت أن يكون تعبيرا عن القبول الإلكتروني** :يلتمس أصحاب هذا الرأي للقول أن السكوت لا يصح أن يكون قبولا أيا كان الأمر وذلك إستنادا لقاعدة " لا ينسب لساكت قول" وقد نصت المادة 67 من مجلة الأحكام العدلية أن السكوت في حد ذاته مجرد من أي ظرف ملابس له، لا يصح أن يكون تعبيرا عن الإرادة بإعتبار أن هذه الأخيرة عمل إيجابي والسكوت عمل سلبي، مما يعني أن الإيجاب فقط هو الذي تم عبر الأنترنيت .كما نصت الفقرة الأولى من المادة 18 من إتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع على أنه لا يعتبر قبولا أي بيان أو تصرف آخر صادر عن المخاطب يفيد فيه الموافقة على الإيجاب.

المبحث الثاني :مجلس العقد في العقود الالكترونية

إن الخصوصية العقد الالكتروني تتمثل في انه يتم من خلال شبكه الاتصال الالكترونية مثل الانترنت وينتمي إلى طائفة العقود التي تبرم عن بعد تبرم عن بعد حيث إن التعاقد يكون بين أشخاص متباعدين مكانيا.[2]

من ثم يمكن إدراجي من هذا العقد في مصاف العقود بين العرس كتعاقد عن طريق التليفون ولكن هذا يعني حتى إن العقد الالكتروني فهناك بعض الأنظمة القانونية قد تميزت إن التعاقد

[1] نفس المرجع ، ص 150
[2] اسامة مجاهد ، المرجع السابق ، ص34

بالتليفون من الصور تعاقد بين الحاصلين من حيث الزمن وذلك لان الإطراف يكونون على الاتصال المباشر[1] وبعد الأخر مبرمة ودعا بين حاله التعاقد[2].

ولا شكل إنا بيان صيغه التعاقد الالكتروني محل الدراسة وهو وهل هو التعاقدين حاضرين أم غائبين يقتضي منا إن نتعرض لمجلس التعاقد الالكتروني.

من المستحسن أن يكون عند القابل وقت للتروي والتفكير لموازنة بينما يغرم في سبيل العقد وما ينغم منه إبان يمتد عند القابل إلى أخر مجلس ولا يصح إن يمتد إلى أكثر من ذلك إي إلى ما بعد المجلس من غير تراه بينهما إذا كل تراقب بينهما الإيجاب ولكن نظريه المجلس العقد التي صاغها الفقه الإسلامي[3] وبلغ فيها من الإتقان مدى كبير لا تطلب من المتعاقد الأخر قبول فورا بل له إن يتدبر بعد الوقت وليس له إن يتراخى مده طويلة دون الرد على إيجابه، لذلك تظهر أهميه المجلس العقد لناحية المعرفة المصير العقد حيث حتى يكتسب قوتها الملزمة بغيته استقرار المعاملات بين الناس والثقال المشروعة في التعامل ولكن المتعاقدين الخيار المجلس إي الحق الرجوع عن العقد إلى حين انقضاض المجلس فإذا انفض هذا المجلس بطل خيار وسقط إي قبل التفرق المتعاقدين بالبدن [4].

ومن الثابت إن موقف المشرع اللبناني في قانون الموجبات والعقود يتوافق مع تقنيات التي توجب الاستمرار إيجاب في حاله ذكرتها ذكرتها المادة 179 ميم عين وهي إذا كان الإجابة مقرونا بمهله على وجه الصريح أو إذا كان الإيجاب في الأمور التجارية أو إذا كان الاجابة

[1] رمضان ابو السعود ، المرجع السابق ،ص55
[2] خالد ممدوح ابراهيم ، امن المستندات الالكترونية ، الجامعة الاسكندرية ،2002،ص82
[3] محمد عبد المحمد المغربي ، احكام الغقد في الشريعة الاسلامية –المكتبة الحديثة – طرابلس – لبنان 1988ص 20
[4] عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ،الجزء الاول ،1953،الطبعة الثانية ،1920 ، ص 7

المراسلة بوسائل حديثه تجرى بالاجهزة حاسوبية التاجر ان يتعاقد من خلال الشبكة. فالمقصود بالتفرقة وبالحسب الإمام أبي حنيفة هو التفرق الأقوال وليس بالأبد ان وأجازهم المتعاقدين الرجوع بين العقد عن العقد في المجلس حتى القبول فالبيع كلام فإذاأو جباه المتبايعان وجب البيعة ولم يكن احد لأحدهما إن يمتنع مما قد لزم ودفع الإمام أبي حنيفة عن راية هذا بقوله ارايت اذا كان المتعاقدون سفينة فكيف يفترقون[1] ولعل الأصح في التصوير من يقول بخيار المجلس ان يكون مجلس لسان مجلس العقد وينفدوا بالقبول او بالأمراض من المتعاقد والمجلس الخيار ويعقب مجلس العقد[2] ولا ينفض إلا بالتفرق المتعاقدين بالبدن [3]فالمتبايعان بالخيار أوأن يقول احدهما للخيال للأخر اختر وتفرق في الشرع المطلق بحيث اذا كلمه على عاده لم يسمع كلامه فكيف اذا استعمل وسائل حديثه يستطيع بعضها المرء إسماع كلامه هذا ما شراهة وعند كلامنا على مجلس العقد الالكتروني.

المطلب الاول: مفهوم المجلس العقد في العقود الالكترونية

يرى علامة السنهوري إن نظرية المجلس العقد لم تعالج علاجا خاصا في الفقه الفرنسي إما الفقه الإسلامي فقد ضاع لها فقد صاغ لها نظريه بلغت من الإتقان مدى كبير فلا يطلب من المتعاقد وآخر من القبول فورا بل له إن يتدبر بعد الوقت ولكن من جهة أخرى لا يسمح له إن يمنعني في تراخيص إلى حد الإضرار بموجب اتقاء بإبقائه مغلقا مده طويلة دون الرد على ايجابي فوجب إذن التوسط بين الأمرين ومن هنا تثبت نظريه المجلس العقد.[4]

[1] صبحي الحمصاني ، المرجع السابق ،ص 298
[2] عبد الرزاق السنهوري ،المرجع السابق ،ص 18
[3] محمود عبد المجيد المغربي ، المرجع السابق ،ص 49
[4] عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المرجع ، السابق ص231

إن بيان كما عما إذا كان التعاقد الالكتروني هو تعاقد بين الحاضرين أم بين الغائبين يكون من خلال البيان المفهوم المجلس العقد والمجلس العقد فكرة إسلامية من صنع الفقه الإسلامي[1] اخذ بها المشرع المصري حين نصف المادة64 من قانون المدني على انه :

-إذا صدر الإيجاب في المجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد اجل القبول فان موجب يتحلل من إيجاب إذ لم يصدر قبولا فورا وكذلك إذا صدر الإيجاب إلى أخرب طريقا لهاتف أو بأي طريق مماثل.

الفرع الاول :تعريف مجلس العقد

تعددت المحاولات التي تتناول تعريف المجلس العقد سواء في الفقه الاسلامي او الفقه المعاصر وقد عرفه البعض بانه مكان وزمان والتعاقد والذي يبدا بالانشغال بات بصيغه وينفض بانتهاء الانشغال بالتعاقد[2] وهذا التعريف ينطبق على المجلس العقد الالكتروني ايضا والقذف من المجلس العقد المنح المتعاقدين مهله كافيه هي فطره انعقاده للتدبر و التوري في امر التعاقد فقد تثبت لها التفكير و التوري طيلة مجلس العقد والى حين انقضاضه وهكذا يترتب على فكره المجلس العقد ان يكون كل من الإيجاب والقبول غير ملزمين طالما لم يتم التلاقي بينهما فتبت فيثبت للموجب خيار الرجوع عن إيجابه كما يثبت لمن وجه إليه الايجاب الخيار القبول او الرفض طالما لم ينفض المجلس[3] وهو ما يعرفه بالخيار المجلس كما ان المجلس العقد أهميته بالنسبة للعقد تتمثل في انه بما يحمل يحمله من تحديد المكان وزمان التعاقد يمكن عن طريقه معرفه محكمه المختصة اذا ما ترى النزاع بشان العقد وأيضا القانون الواجب تطبيق عليه

[1] مصطفى محمد الجمال ،القانون المدني في ثوب الاسلامي ،مصادر الالتزام ،بدون ناشر ،1996،ص 107
[2] خالد ممدوح ابراهيم ، المرجع السابق ،ص 83
[3] ابراهيم الدسوقي ابو الليل ،المرجع السابق ،ص95

الفرع الثاني :أنواع المجلس العقد

ويتنوع المجلس العاقد الى نوعين حقيقي وحكمي[1] والنوع الأول يقصد به مجلس العقد الذي يجمع المتعاقدين مكانا واحدا فيكونان على اتصال مباشر بحيث يسمع احدهما كلام الأخر مباشرة حالة كونها كونهما منصرفين إلى التعاقد لا يشغلهما عنه شاغر وهو يبدأ بتقديم الإيجاب وينتهي بالرد على إيجاب قبولا او رفضا وإما بانقضاضه دون رد"أما المجلس العقد الحكمي او الافتراضي فهو مجلس الذي يكون احد متعاقدين غير حاضر فيه كما هو الحال في العقد الالكتروني.

واذا كان الذي يفرق بين نوعي المجلس العقد الحقيقي والحكمي هما عنصران الزمان والمكان الا ان العنصر الزمني يبقى هو ما يرى الأساسي في التفرقة بينهما ولذلك يذهب غالبيه الفقه[2]الى ان المعيار التميز في التعاقد بين حاضرين او التعاقد بين الغائبين هو في وجود الفاصل الزمني بين صدور القبول وعلم الموجب به فالمعيار التزامن هو ضابط تمييز بين حالتي التعاقد ففي التعاقد بين حاضرين يختلف هذا الفاصل الزمني ويعلم الموجب بالقبول دون صدوره .

ويقوم المجلس العقد على ركنين هما الركن المادي وهو المكاني والركن المعنوي هو الزمان[3] اي فترة الزمنية بين صدور القبول الإيجاب.

وينطبق ذلك على العقد الالكتروني نجد انه مكان افتراضي لأنه يتم في الفضاء الالكتروني ولذلك سرعت لجنه الاونشرال بوضع مشروع القانون العقد الالكتروني قامت فيه بتجديد مكان الإبرام العقد .

[1]محمد السعيد رشدي ، المرجع السابق ،ص28

[2] سمير تناغو ، المرجع السابق ،ص48

[3]خالد ممدوح ابراهيم ، المرجع السابق ،ص84

أما بالنسبة للزمان فقد تطول فتره او تقصر حسب طريقه التي يتم بها التعاقد الالكتروني واما اذا كان يتم عبر البريد الالكتروني او من الخلان مواقع الويب او عن طريق المحادثة او غيرها.

الفرع الثالث :شروط مجلس العقد

اما شروط التكوين المجلس العقد الالكتروني فهما شرطان او وهو لهما حضور المتعاقدين في المجلس العقد حضورا الافتراضيا وثانيا هما بدء انشغال بالصيغة.

وبالنسبة للخيار المجلس فتكون صورته بالنسبة لعقد البيع الكتروني مثلا إن لكل واحد من المتعاقدين الحق في الرجوع طالما كان متواصل مع جهاز الكمبيوتر وعبر شركه شبكة الانترنت فان قام عن جهاز أو أخلاقه واختيار أو انتقل إلى معاملات أخرى أو مواقع أخر يعبر صفحات الويب يسقط الخيار[1]لأنه في الحالة الأولى قد افترق الطرفان وفي الحالة الثانية فقد انصرف عن الموضوع التعاقد إلى غيره وخيار الموجب في الرجوع عن إيجابه والخيار من وجه من وجهها إليه إيجاب في القبول أو الرفض وان كان لا يمثلان رجوعا في التعاقد بمعنى الدقيق نظرا لان التعاقد معه ما لا يكون قدمتم بعد إلا إن كلاهما يعد عدوا لا عن فكره التعاقد وعن الاستمرار فيه .[2]

لقد احدث تطور اتصالات أثرا واسعة على العلاقات والتصرفات القانونية ولا سيما في المجال الانشطة التجارية فبرزت الحاجة إلى تنظيم وتحديث القواعد القانونية المتصلة بها واستحداث قواعد الخاصة تتناسب مع تقنيات ألحديثه والوسائل الكترونية في التعاقد وبالتالي تكييف ذلك مع

[1]عبد الله ب ابراهيم ناصر ،المرجع السابق ،ص245

[2]سمير دنون ،المرجع السابق ،ص

وسائل المستحدثة وخصوصا لجهات الإثبات على اعتبار إن العقد الالكتروني يوقع بين الطرفين تفصل بينهما مسافة بعيده وقد لا يعرف احدهما الأخرأو لم يكن أصلا تمت تعامل الكتروني بينهما فكيف يتم التحقق من الرضا إطرافأو من أهليه المتعاقدين وخاصة انه لا يجمع بينهما مجلس العقد الواحد.[1] فانه يتطلب لانعقاد الالكتروني وكسائر العقود إن يصدر الاجابة عن احد الطرفين العقد يقابله ويتطابق معه القبول الطرف الاخر ويتم التعبير عن الارادة التعاقد ايجابا وقبول عن بعد عبر تقنيه الاتصال الحديثة التي تعتمدني استخدام تعتمد في استخدامها على اصول الكترونية.

المطلب الثاني: وقت ومكان إبرام العقد الالكتروني

ان أطرف العقد الالكتروني تباعد بينهما المكان وبالتالي قد يكون هناك فاصل زمني بين الصدور الإيجاب من الموجب واتصاله بعلم من وجهه إليه وبالمثل بالنسبة للقبول فانه قديم فتره زمنيه بين الإعلان القبول من الموجه إليه ايجاب وعلم الموجب بهذا القبول وبالتالي يصعب تحديد وقت ومكان إرسال واستقبال الرسالة البيانات الالكترونية تحديد الزمان والمكان وإبرام العقد لما يترتب على ذلك من نتائج قانونيه هامه فتحديد الزمن إبرام العقد يترتب عليه معرفه الوقت الذي يحق فيه المستهلك العدو عن التعاقد وكذلك تحديد وقت انتقال الملكية وتحميل التابعة الهلاك وحساب بداية المواعيد التقادم وكذلك بالنسبة للعقود التي يبرمها التاجر الذي يشهر افلاسه حتى يتوقف مصيرها على معرفه وقت انعقادها ويترتب على تحديد المكان ابرام

[1] مصطفى محمد زغبي ،المرجع السابق ، ص39

العقد تحديد القانون الواجب التطبيق ومحكمه المختصة بالفصل في النزاع في حاله حدوثه[1]و قد قمنا بدراسة هذا من خلال تقسيمها الى فرعين :

الفرع الأول نتحدث فيه عن زمان انعقاد العقد الالكتروني اما الفرع الثاني فسنتحدث عن مكان إبرام العقد الالكتروني .

الفرع الأول : زمان انعقاد العقد الالكتروني

لقد اختلفت و تباينت مواقف شرعي الدول اتجاه تحديد لحظة انعقاد العقد الالكتروني فنجد المشرع الجزائري قد تبنى نظرية العلم بالقبول من خلال نص المادة 17 من القانون المدني الجزائري .

يثور التساول من وقت إبرام العقد الإلكتروني, فصل بعشر قد أبوم من دخول الرسالة الالكترونية المنصة القبول نظام الكمبيوتر الخاص بالموجب أم عند ما يصل القبول نظام الكمبيوتر الخاص بالموجب ويسجلها الكمبيوتر أو عندما يصل القبول النظام المعلومات الخاص بالموجب ويقي بالاطلاع عليها ومعالجتها ،وتفسيرها.[2]

وتكمن صعوبة تحديد وقت إبرام العقد الإلكتروني نتيجة الصعوبة تحديد زمان وصول القبول والإيجاب إلى الطرف الآخر ذلك أنه عند ما يتم نقل التعبير من الإرادة الكترونيا من طريق الضغط على أزرار لوجه مفاتيح جهاز الكمبيوتر فإن هذه الإرادة الإلكترونية تنقل من طريق ترددات يهر بات تيم شعير مالى ومضات الكترونية تصل إلى جهاز الكبير لدى المرسل إليه، ويصعب تحديد تاريخ وصول الومضات الالكترونية الى الطرف الآخر.

---

[1] Alaim bensonssan ,Intornet aspects jurdiques ,op ,it, Pii ,2.2

[2] وثيقة الانشرال باللغة العربية رقم A/CN .9/373

ولكنا نرى أن مباشرة التكنولوجيا من مشاكل وصعوبات يمكن حله من خلالها، وهو ما يتطلب ضرورة اتخاذ وسائل حديثة تسمح بتحديد تواريخ وصول التعبير الالكتروني من إرادة طرفي المتعاقدين على نحو يقيني و موثوق به .

وإذا كانت القاعدة العامة أن تحديد المكان يتبع تحديد زمان انتقاد العقد[1]، فإن الأمر يختلف في التعاقد الالكتروني اذا يختلف مكان العقد من تحديد زمانه ، فضلا لو أن شركة في الولايات المتحدة الأمريكية أرسلت إيجابا عن طريق شبكة الأنترنت إلى شركة أخرى في مصر يعرض عليها بيع أجهزة كمبيوتر مثل ويثمن معين وذكر أن هذا العرض قائم خلال أسبوع من تاريخ وصول الرسالة الإلكترونية إليه وعند وصول الإيجاب اليها أجابت الشركة السرية بالرد برسالة الكترونية بالموافقة فوصلت تلك الرسالة إلى الشركة الأمريكية وعلمت بالموافقة ما يثور التساؤل ومتى ينعقد العقد ؟ هل هو وقت اعلان التعبير عن ادارة القبول من الشركة المصرية أم هو وقت على الشركة الأمريكية بقبول القابل ؟ للإجابة.

على هذا التساؤل يجب التعرض للقراء والتشريعات الفقهية المختلفة حول هذا الموضوع.

آراء الفقه: :لقد اختلفت الآراء وتشبعت النظريات حول هذه المسألة إلى عدة مذاهب يمكن إجمالها في أربع نظريات فقهية، وعند تطبيقها على العقد الالكتروني يكون هناك أربع لحظات[2] عند محاولة تحديد زمان نظريات إبرام العقد الإلكتروني:

1) نظرية اعلان القبولSystème de Déclaration:

[1] خالد ممدوح ابراهيم ،المرجع السابق ،ص96

[2] اسامة مجاهد ،المرجع السابق ،ص91

ومقتضى هذه النظرية أن العقد يتم بمجرد اعلان القبول للموجب لأنه يوافق إرادتين وبتم هذا التوافق بمجرد صدور قبول مطابق للإيجاب، دون حاجة إلى علم الموجب بالقبول أو علم علمه، فالقول وفقا لهذه النظرية يعتبر إرادي غير واجب الإتصال فيكفي مجرد إعلانه من صاحبه . وقد أخذ بهذه النظرية الفقه الإسلامي في التعاقد بين غائبين[1] . وتستند هذه النظرية إلى أن مقتضيات الحياة التجارية تقتضي السرعة في المعاملات فالقابل يستطيع بمجرد الان قبوله أن يطمئن إلى انعقاد العقد ويجرى تعامله مع الغير على هذا الأساس[2].

طبقا لهذه النظرية فإن لحظة إبرام العقد الالكتروني في اللحظة التي يترد فيها القابل رسالة الكترونية تتضمن القبول دون تصديرها.

يضيف البعض[3] أنه يمكن اليمان القبول الإلكتروني وفقا لهذه النظرية ، من طريق قيام القابل بالنقر على الأيقونة المخصصة لذلك على الشاشةAcetp / ok ، وعدم تصديره وذلك بالنقر على مفتاح التوقف STOP الموجود في أعلى صفته البريد الالكتروني حيث أن القبول لن يخرج في هذه الحالة من سلطة القابل، ويشفي بذلك في مرحلة إعلان القبول ولا توجد ضمن التشريعات المنظمة التجارة الالكترونية من أخذ بهذه النظرية.

2) نظرية تصدير القبول Systeme d'expedition :

[1]خالد ممدوح ، المرجع السابق ،ص97

[2]محمد السعيد رشدي ، المرجع السابق ،ص34

[3]محمد ابراهم ابو الهجاء ،القانون الواجب التطبيق على العقود التجارة الالكترونية ،رسالة دكتوراه حقوق القاهرة ،2004،،ص56

تشترط النظرية حصول واقعة مادية هي تصدير القبول زيادة على إعلانه حتى يكون نهائيا لا يمكن الرجوع فيه، وذلك بأن يرسل القبول فعلا إلى الموجب، أي خروج القبول من يد صاحبه .[1]

وطبقا لهذه النظرية بعد العقد مبرما منذ لحظة خروج الرسالة الإلكترونية المحبوبة على القبول ودخولها في سيطرة الوسيط الإلكتروني مقدم خدمة الأنترنت ولا يشترط وصول الرسالة إلى صندوق البريد الإلكتروني الموجود موقع الموجب على على شبكة الانترنت لم تصنف التشريعات العربية هذه النظرية و لا القانون الفرنسي لكن محكمة النقض الفرنسي اعتمدتها في بعض قراراتها الا ان القضاء الفرنسي ضل مترددا بشان أي من النضريات المتعلقة بتحديد لحظة ابرام العقد بين غائبين فاخد بنظرية العام و اعلان القبول .

3) **نظرية وصول القبول** **système de réception**:

و مقتضى هذه النظرية ان وقت انعقاد العقد هو وقت وصول الرسالة المتضمنة القبول إلى الموجب[2] والمقصود بالوصول هذا السيطرة الفعلية للموجب على الرسالة المتضمنة للقبول بحيث تكون تحت تصرفه. والقبول بوصوله إلى مكان الموجب يصبح نهائيا لا يستطيع القابل استرداده. ومن ثم يعتبر العقد قد انعقد وذلك سواء أكان الموجب قد علم فعلا بالقول أن لم يعلم به. ويرى أنصار هذه النظرية أن من مزاياها توزيع المخاطر بين الموجب والقابل بصورة

[1] خالد ممدوح ، المرجع السابق ،ص98

[2] سلمان مرقص ، المرجع السابق ،ص 94

عادلة فيحمل القابل مخاطر عدم انعقاد العقد بسبب تأخر القبول بالرغم من وصوله للموجه اليه، فهذه النظرية لا تستند إلى الخطأ بل الى الخطر [1].

وبتطبيق هذه النظرية على التعاقد الالكتروني نجد أن لحظة إبرام العقد ليست هي لحظة دخول الرسالة الالكترونية المحتوية القبول في سيطرة مقدم خدمة الإنترنت بل لحظة وصولها إلى الموجب.

ولكن ماذا لو وصلت رسالة القبول إلى مقدم خدمة الإنترنت ولم تصل إلى الموجب في الوقت المحدد؟ ولتوضيح ذلك تفترض مثلا أن الموجب قد حدد الإيجابية فترة زمنية تنتهي في تمام الساعة الواحدة مساء، وأرسل الموجه إليه الإيجاب قبوله قبل الموعد المحدد ولكن لوجودعيب تقني في شبكة الإتصالات والتي تكون غالبا شبكة القيمة المضافة قام مقدم الخدمة الانترنت بتوصيل الرسالة.

ولكن ماذا لو وصلت رسالة القبول إلى مقدم خدمة الإنترنت ولم تصل إلى الموجب في الوقت المحدد والتوضيح ذلك تفترض مثلا أن الموجب قدمه والإيجابه فترة زمنية تشتهي في تمام الساعة الواحدة مساء، وأرسل الموجه إليه الإيجاب قبوله قبل الموعد المحدد ولكن لوجود بيب تغني في شبكة الإتصالات، والتي تكون غالبا شبكة القيمة المضافة رقام معلم خدمة الإنترنت بتوصيل الرسالة ولكن بعد الميعاد المحدد أي بعد الساعة الواحدة مساء، فهل ينعقد العقد ؟ أم أن الموحد فين ملزم بابرام العقد لأن الرسالة وملته بعد انتهاء الميعاد الذي حدده ؟ يذهب البعض

[1] Isabelle de lamberterie ,michel vivant ,l'internet et le droit ,collection le girsse,paris ,2001 p 64

إلى أن الموجب في هذه الحالة وملزم بابرام التعاقد ولا يكون أمامه إلا الرجوع على مقدم خدمة الإنترنت طبقا القواعد المسؤولية[1] .

4) نظرية العلم بالقبول Système d'information:

وحسب هذه النظرية فإن التعاقد يتم في الزمان والمكان الذين يعلم فيهما الموجب فعلا بقبول القابل، بأن يطلع على الرسالة الالكترونية المتضمنة لقبوله ويعلم بما تضمنته و ذلك لأن القبول إرادة والتعبير عن الإرادة لا ينتج أثره الا إذا اتصل بعلم من وجه اليه .

و لقد اخدت العديد من التشريعات بهذه النظرية ، و منها القانون المدني في المادة 67 منه بنصها "يعتبر التعاقد مابين الغائبين قد تم في المكان و الزمان الذين يعلم فيها الموجب بالقبول مالم يوجد اتفاق او نص قانوني يقضي بغير ذلك و يفترض ان الموجب قد علم بالقبول في المكان و في الزمان وصل اليه فيها القبول" .

فكما أن الإيجاب لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم الموجب له فإن القبول لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم الموجب ولما كان العلم الحقيقي قد يكون صعب الاثبات فإن وصول القبول إلى الموجب يعتبر قرينته على العلم به و لكنها قرينته تقبل اثبات العكس فيستطيع الموجب اثبات انه لم يعلم بالقبول رغم وصوله .

ظاهر أن هذه النظرية تولى تمام العقد إلى وقت علم الموجب بالقبول[2] " ولذلك يرى البعض [3]أن العقد الالكتروني ينعقد في اللحظة و المكان الذين يصل فيهما إلى الموجب قبول من وجه إليه

[1]خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 99-100
[2]سلمان مرقص،المرجع السابق ،ص195

[3]برهام محمد عطاالله ،المرجع السابق ،ص 177

الإيجاب وحيث أن الموجب يعلم هذا القبول حين يقرأ الرد على جهاز الكمبيوتر فإن العقد يعتبر قد يفقد في المكان الذي يوجد فيه الكمبيوتر وفي اللحظة التي وصل فيها الى ونرى أن هذه النظرية وهي التي تبناها المش المصري و لا تصلح كمعيار التحديد لحظة إبرام العقد الالكتروني لأن القابل لا يملك دليلا لإثبات على الموجب بالقبول والتزامه بالعقد مما قد يعطي الفرصة للموجد بأن يدعي عدم علمه بالقبول إذا دعته الظروف لذلك و بالتالي فهي نظرية يصعب الأخذ بها في مجال التعاقد الإلكتروني.

وجدير بالذكر أن مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري قد نص على أنه يعتبر العقد قد تم بمجرد تأكيد وصول القبول، وهو ما يعني أنه تبني نظرية جديدة مختلفة عن نظرية العلم التي تبناها في القانون المدني. أما في الفقه والقضاء المقارن فقد جرى العمل على أن يكون زمان إبرام العقد مرتبط بالعلم الحقيقي من قبل الموجب بالقبول كما هو الحال في نص المادة (2/1) من نموذج جمعية المحامين الأمريكية، ويأخذ المشرع الإنجليزي بذات التوجه

وكذلك الفقه و القضاء في ألمانيا و سويسرا .[1]

ويلاحظ مما سبق أن هناك نظريات تقدم حلا واحد المسألة تحديد زمان انعقاد العقد ومكانه ولذلك سميت هذه النظريات باسم النظريات الثنائية .[2]

على ان تأكيد الطلبية يؤدي الى تكوين العقد " و هو ما يودي الى تكوين العقد " و هو ما يعني التوجه نحو التبني تصور خاص لنظريات القبول في مجال نشاط التجارة الالكترونية بعيدا عن التصور الكلاسيكي للموضوع .

[1] خالد ممدوح ابراهيم ،المرجع السابق،ص 101-100
[2] عباس العبودي ،المرجع السابق ،ص

الفرع الثاني : مكان انعقاد العقد الالكتروني

تبرز أهمية خاصة في تحديد مكان إبرام العقد من تحديد مكان عقد التجارة الالكتروني نظر التعلق المسألة بطبيعة الوسيط الإلكتروني من جهة وبصفة الدولية من جهة أخرى ويترتبه على هذا الكثير من الصعوبات التي تظهر من تحديد المحكمة المختصة بنظر المنازعات الناشئة عن هذا العقد، والقانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة يثور التساؤل حول هل مكان المرسل أم المستلم أو مكان نظام معالجة المعلومات ؟[1]

تحرص بروتوكولات و اتفاقيات نقل رسائل البيانات الإلكترونية بين أنظمة المعلومات المختلفة على تسجيل اللحظة التي سلمت فيها الرسالة من نظام معلومات على آخر أو اللحظة التي يتم فيها تسلمها إذن فإن العقد الالكتروني يبرم في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه وذلك إذا لم ينفق طرف التعاقد الالكتروني على خلاف ذلك ، فيجوز لهما أن يحددا مكان الاخر بالاتفاق فيما بينهما على أنه مكان الارسال او مكان الاستلام.[2]

أما في الفقه والقضاء المقارن فقد جرى العمل على أن يكون زمان إبرام العقد مرتبط بالعلم الحقيقي من قبل الموجب بالقول كما هو الحال في نص المادة (2/1) من نموذج جمعية المحامين الأمريكية، ويأخذ المشى الإنجليزي بذات التوجه لم يتطرق قانون اليونشرال النموذجي للتجارة الالكترونية إلى بحث مسألة مكان انتقاد العقد عبر الوسائل الالكترونية و انما يقتصر بحثه على مسألة مكان إرسال رسائل البيانات ومكان تسلمها، وذلك لأهميتهما باعتبار أن هذه الوسائل هي التي تحمل الإرادات التعاقدية وقد حددت المادة الخاصة تنص في فقرتها

[1] فادي محمد عماد الدين توكل ،المرجع السابق ،ص124
[2] خالد ممدوح ابراهيم ، المرجع السابق،ص 390-391

الرابعة (04/15) منه مسألة مكان إرسال وتسليم رسالة البيانات حيث جاء فيها ما يلي : ما لم يتفق المنشئى أو المرسل إليه على غير ذلك يعتبر أن رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ و يعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل اليه والأمراض هذه الفقرة:

-إذا كان المنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد كان متى العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية ،أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل تلك المعاملة.

-اذا لم يكن المنشئ او المرسل اليه مقر عمل ، يشار من ثمة الى محل اقامته المعتادة.

الفرع الثالث :التوقيع الالكتروني

يعتبر وسيلة من وسائل التحقق من أهلية المتعاقد الإلكتروني ، يتميز التوقيع الإلكتروني بعدة خصائص تميزه وتمنح له خصوصية خاصة ومن أهمها مايلي :يحدد شخصية الموقع ويميزه عن غيره ويتم ذلك عن طريق كلمات السر والبطاقات الذكية وغيرها من وسائل التحقق من هوية المستخدم - .يعبر عن رضا الموقع بما ورد في المحرر الإلكتروني[1] - .وجود تدخل طرف ثالث أو الغير الثقة والذي يقوم بدور الوسيط بين أطراف التصرف القانوني لضمان سلامة المحرر الإلكتروني من العبث والتحريف - .يحقق الأمان والخصوصية وكذا السرية بالنسبة للموقع وكذلك بالنسبة للمتعاملين مع أنواعه وخاصة مستخدمي شبكة الانترنيت. ويوجد فيه عدة انواع نذكر منها [2]:

اولا/التوقيع الرقمي :

[1] عمر خالد الرزيقات، عقد البيع عبر الأنترنيت، دار حامد للنشروالتوزيع، عمان، الأردن، 2007 ،ص248

[2] حسن عبد الباسط جمعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الأنترنيت، دار النهضة العربية، مصر، 2000 ،ص43

يعتبر هذا النوع من أهم صور التوقيع الإلكتروني وأكثرها إستخداما في التعاقدات التي تتم عبر الأنترنيت ويستخدم لتأمين سلامة الرسالة ولتأكيد عدم تعرضها لأي تغيير .يقصد بالتوقيع الإلكتروني الرقمي كل بيانات أو معلومات متصلة بمنظومة بيانات أخرى أو صياغة منظومة في صورة شفرة، وحتى يكون التوقيع رقميا يجب أولا إستخدام المعادلات لتحويل المحرر المكتوب إلى معادلة رياضية وتحويل التوقيع إلى أرقام، ولكي يكتسب الصفة القانونية وجب وضع التوقيع عليه.[1]

يتم فك تشفيرها ممن يملك المفتاح، والمفتاح نوعان :

- مفتاح عام: يكون هذا المفتاح في متناول أي شخص مهتم بالقيام بقراءة رسالة البيانات عبر الأنترنيت لكن لا يستطيع إدخال أي تعديل عليها ويمكن إستعماله للتأكد من هوية وشخصية الموقع [2].
- مفتاح خاص: هذا المفتاح لا يملكه إلا صاحب التوقيع الرقمي ويلزم بالإحتفاظ به سرا بحيث لا يمكن إجراء أي تعديل عليه من خلال أي شخص خلافا لصاحبه[3]

ثانيا/ التوقيع البيومتري أو التوقيع بالخواص الذاتية :

هو التحقق من شخصية المتعامل عن طريق الخواص الطبيعية والفيزيائية والسلوكية مثل بصمة الأصبع، خواص اليد، مسح العين البشرية، [4]التحقق من نبرة الصوت، التعرف على الوجه البشري .يتم إستخدام هذا النوع من التوقيعات عن طريق إدخال المعلومات للحاسب

[1] عمر خالد الرزيقات، نفس المرجع،ص250
[2] محمد بودالي، التوقيع الإلكتروني، إدارة، المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، العدد الثاني، 2003 ،ص54.
[3] المرجع نفسه ،ص57
[4] عمر خالد الرزيقات، نفس المرجع،ص254

أو الوسائل الحديثة وذلك مثل إلتقاط صورة حديثة لعين المستخدم أو صوته أو يده ويتم تخزينها بطريقة مشفرة في ذاكرة الحاسب ليقوم بعد ذلك بالمطابقة، ولا يمكن لأي شخص الدخول إلى هذا النظام إلا إذا تطابقت إحدى الصور السابقة الذكر مع ماهو مسجل ومشفر داخل الحاسوب الآلي[1]

ثالثا/التوقيع بالقلم الإلكتروني :

يتم التوقيع عن طريق القلم الإلكتروني بإستخدام قلم إلكتروني خاص تتم الكتابة بواسطته على شاشة الحاسوب الآلي عن طريق برنامج معين، ويقوم هذا الأخير بإلتقاط التوقيع والتحقق من صحته بواسطة الماسح الضوئي ويقوم بنقل الصورة إلى الملف المراد إضافة التوقيع إليه لإعطائه الحجية القانونية اللازمة[2] .

رابعا /التوقيع بإستخدام البطاقة الممغنطة المقترنة بالرمز السري التوقيع الكودي :

يقصد به إستخدام مجموعة من الأرقام أو الحروف يختارها صاحب التوقيع لتحديد هويته وشخصيته ويتم ترتيبها في شكل كودي بحيث لا يعلمها إلا صاحب التوقيع ومن يبلغه به . ويكون هذا النوع في مجال المراسلات وإبرام العقود الإلكترونية وخاصة في المعاملات المصرفية البنكية حيث يستخدم في عملية السحب النقدي أو كشف حساب وكذا تحويلات مالية إلى حساب أخر .ويقوم هذا النوع من التوقيعات الإلكترونية بإستخدام اللوغاريتمات المعقدة من خلال معادلة رياضية تعمل على تحويل الأحرف إلى أرقام، بحيث لا يمكن لأحد أن يعيدها إلى صيغتها الأولى إلا الشخص الذي يملك الرقم السري.

[1] محمد بودالي،نفس المرجع ،ص67
[2] حسن عبد الباسط جمعي،نفس المرجع ،ص70

خلاصة الفصل :

في الختام، تظهر طرق التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية وأهمية مجلس العقد أن التكنولوجيا لعبت دوراً حيوياً في تيسير وتسريع عمليات التعاقد وتقديم الحماية القانونية للأطراف.

في عصر التكنولوجيا الحديثة، أصبحت العقود الإلكترونية أداة حيوية للتعاملات التجارية عبر الإنترنت. بفضل استخدام التوقيعات الإلكترونية والموافقات الرقمية، يمكن للأفراد والشركات إبرام الصفقات والتزاماتهم بأمان وفعالية أكبر من أي وقت مضى. يسهم مجلس العقد في توثيق الإرادة القانونية للأطراف وضمان شفافية وسلامة العقود. بالتالي، تمثل هذه التقنيات التقدم الذي يعزز من الثقة بين الأطراف ويساهم في دعم النمو الاقتصادي العالمي من خلال تعزيز الأمن القانوني وتحقيق الإنصاف في البيئة الرقمية المعاصر .

الخاتمة

الخاتمة

برزت أهمية العقود الالكترونية و زيادة استخدامها بشكل عام و على الأخص في مجال إجراء المعاملات المدنية و التجارية في إطار ما يسمى التجارة الالكترونية و لقد ظهر نتيجة تحولات كبيرة في مجال التكنولوجيا و الاتصالات و المعلوماتية و من خلال ما درسنا هذا الموضوع و استجابة لتطورات المتوصلة على ضوء القانون المدني الجزائري الذي يندرج تحت وسم التجارة الالكترونية .فحاولنا التطرق للعقد الالكتروني في اغلب جوانبه و في ضوء ما تقدم توصلنا إلى مجموعة من النتائج و التوصيات يمكن تلخيص أهمها فيما يلي :

اولا : النتائج

1_ يمتاز هذا العقد هذا العقد بعدة خصائص تتمثل في انه يبرم عن بعد بوسيلة الكترونية ذات طابع تجاري و استهلاكي يكون اما داخليا او دوليا كما يتم إثباته و الوفاء به بطريقة خاصة .

2_ لا يتصور التعبير عن الإرادة في العقد الالكتروني إلا بوجود عرض من جانب التاجر أو المنتج أو الخدمة من الطرف الآخر و هو المستهلك معبرا عن قبواه و باعتبار المستهلك الحلقة الأضعف في العقد و حظي وقوعه ضحية استغلال من طرف الناتج و ضياع حقوقه تدخل المشرع الجزائري و اقر لها حماية قانونية كضمان حقوقه .

3_ بالنسبة لتحديد زمان و مكان إبرام العقد فهناك مسائل هامة نصت عليها القواعد العامة للعقد فاعتبر المشرع الجزائري انه في حالة غياب الاتفاق بخصوص زمان و مكان انعقاد العقد

فان الانعقاد هو زمان العلم بالقبول و مكان الانعقاد هو مكان موجب بالقبول فبالتالي اخذ بنظرية الأخذ بالقبول .

4_ يتم التعبير عن الإيجاب و القبول عبر شبكة الانترنت عن طريق البريد الالكتروني أو المحادثات التي تتم بين طرفي العقد في مجلس العقد الالكتروني الذي يكون بين حاضرين زمانا و غائبين مكانا .كما يمكن أن يكون بين العكس .

ثانيا : التوصيات

1_تنظيم التقنيات التجارة الالكترونية المستخدمة في مجال التفاوض على العقود و إبرامها و إعادة النظر في القواعد العامة و ضرورة استحداث قواعد قانونية خاصة بحماية المستهلك عندما يكون طرفا في العقود الالكترونية المبرمة عبر الانترنت .

2_ العمل بشكل جاد و فعال لبذل جهود على مستوى المؤسسات الرسمية و غير رسمية و الجهات الأخرى ذات العلاقة بإيجاد بنية تحتية تكنولوجية آمنة و فعالة تستوعب تطبيقات التجارة الالكترونية و معاملاتها و تبعت بثقة و اطمئنان لدى المتعاملين معها و تشمل في نفس الوقت إمكانية التحول إلى الشبكة و الاستفادة من تقنيات التجارة الالكترونية في مختلف المجالات و خصوصا في مجال التفاوض على العقود و إبرامها سواء بين قطاع الأعمال أنفسهم أو مع المستهلكين .

3_ إعادة النظر في القانون 18_05 المتعلق بالتجارة الالكترونية على انه جاء بأحكام غير كافية لتنظيم العقد الالكتروني من حيث الانعقاد و الإثبات .

4_قيام المشرع إضافة قوانين توفر حماية كافية من الإعلانات الكاذبة و استغلال التاجر الالكتروني .

قائمة
المصادر و
المراجع

المصادر :

اولا /القوانين المحلية :

1-الامر 58/75 رقم المتضمن القانون المدني الجزائري المؤرخ في 26-09-1975 الجريدة الرسمية78 لسنة1975 المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في20-06-2005 الجريدة الرسمية .

2-القانون رقم 11/84المؤرخ في09-02-1984 المتضمن قانون الاسرة الجزائري المعدل و المتمم بموجب الامر 02 المؤرخ في 27-02-2005الجريدة الرسمية رقم 15

ثانيا / القوانين الاحنبية :

القانون المصري:

لحماية المستهلك رقم 67 لسنة 2006

القانون العراقي :

في العراق ، تم إقرار قانون الاتصالات والمعلوماتية رقم 70 لسنة 2012 الذي ينظم العقود الإلكترونية. هذه المواد28-27-26- 7 تؤكد تنظيم العقود الإلكترونية وتوفير القواعد القانونية اللازمة للتعامل بها في السياق القانوني في العراق.

المراجع :

اولا /الكتب العامة :

1_ أحمد الذهوري ، الموجز في النظرية العامة للإلتزامات ، المجمع الإسلامي ، بيروت ، 1980 .

2_ أسامة أبو الحسن مجاهد ، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت ، دون طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 .

3 _ بلحاج العربي ، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2011

4_ بشار محمود دروين ، الإطار القانوني للعقد المبرم على شبكة الأنترنت ، دار الثقافة ، الأردن ، 2010

5_ برهام محمد عطا الله ، مقدمة علم قواعد المعاملات ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، 1967

6_ حسن علي دنون ، النظرية العامة للإلتزامات ،جامعة المستنصرية ، بغداد ، 1976

7_ حسام الدين كامل الأهواني ، النظرية العامة للإلتزام ، الجزء الأول ، المجلد الأول ، المصادر الإرادية ، الطبعة الثالثة ، 2000

8_ حسام الدين كامل الأهواني ، الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الجانب الآلي ، بحث متقدم إلى مؤتمر القانون و الجانب الآلي المنعقد في الكويت ، أيلول ، 1989

9_ خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، إسكندرية ، 2007

10_ دربال عبد الرزاق ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام ، دار العلوم ،2004

11_ رمضان أبو السعود ، مصادر الإلتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، 2003.

12_ سمير برهان ، إبرام العقد في التجارة الإلكترونية ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة.

13_ سمير تناغو ، النظرية العامة للإلتزام ، دار المعرفة الجامعية ، 1993

14_ سمير دنون ، العقود الإلكترونية في إطار تنظيم التجارة الإلكترونية ، الطبعة الأولى ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، 2012

15_ سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، المجلد الرابع ، الطبعة الرابعة ، جامعة القاهرة ، القاهرة ، 1987

16_ صبحي المحمصاني ، النظرية العامة للموجبات و العقود في الشريعة الإسلامية.

17_ عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، دار النهضة العربية ، 1974

18_ عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، الجزء الأول 1953, الطبعة الثانية ، 1920

19_ عبد الله بإبراهيم ناصر ، الفكر التربوي المعاصر

20 _ فادي محمد عماد الدين توكل ، عقد التجارة الإلكترونية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة 31 الأولى ، بيروت 2010

21_ كاظم كريم علي ، العقد الإلكتروني

22_ لزهر بن سعيد ، النظام القانونية لعقود التجارة الإلكترونية ، دار هومة للطباعة و النشر 13 و التوزيع ، الجزائر ، 2012

23_ محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ، دار الهدى ، عين ميلة ، الطبعة 4

24_ محمد حسين ، الوجيز في النظرية الإلتزام ، المؤسسة الوطنية القانونية المطبعية ، الجزائر ، 1983

25_ محمد حسين منصور ، المسؤولية الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية

26_ محمد حميد العنبكي ، مبادئ العقد في القانون الإنجليزي ، جامعة النهرين ، كلية ، 2001

27_ محسن عبد الحميد إبراهيم البيه ، النظرية العامة للإلتزامات ، مصادر الإلتزام ، الجزء ، مكتبة الجلاء الجديدة ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة

28_ مالك دوهان الحسن ، شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، مصادر الإلتزام ، مطبعة الجامعة ، بغداد

29_ منذر الفضل ، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني ، دراسة مقارنة ، الجزء الأول ، الإلتزام ، الطبعة الأولى ، مكتبة الرواد للطباعة ، 1991

30_ابراهيم الدسوقي ابو الليل العقد الغير اللازم دراسة مقارنه الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية مطبوعات جامعيه الكويت 1994

31_ مصطفى محمد الجمال ، القانون المدني في الثوب الإسلامي ، مصادر الإلتزام ، بدون ناشر ، 1996

32_ محمد السعيد رشدي ، التعاقد بوسائل الإتصال الحديثة ، دار الفكر الجامعي ، إسكندرية ، 2015

33_ مصطفى محمد زغبي ، شرح عقد البيع في القانون المدني.

34_ نوري حمد خاطر ، عقود المعلوماتية ، دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني ، دراسة الطبعة الأولى ، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2001

35_ نضال إسماعيل برهم ، أحكام عقود التجارة الإلكترونية ، دون طبعة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2005.2

ثانيا/الكتب المتخصصة :

1_ آمانج رحيم أحمد ، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الأنترنت ، الطبعة الأولى ، دار وائل للنشر ، عمان ، 2008.

2_ايناس مكي عبد الناصر ، التفاوض الالكتروني ، دراسة مقارنة ،2013.

3-حسن عبد الباسط جمعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الأنترنيت، دار النهضة العربية، مصر، 2000

4- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، إسكندرية ، 2007.

5_ عباس العبودي ، التعاقد عبر وسائل الاتصال الفوري ، دار الثقافة و النشر ، اردن ، 1997.

6_عمر خالد الرزيقات، عقد البيع عبر الأنترنيت، دار حامد للنشروالتوزيع، عمان، الأردن، 2007

7_محمود عبد الرحيم الشريفات ،التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت ،دار الثقافة النشر .

8_ محمد بودالي، التوقيع الإلكتروني، إدارة، المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، العدد الثاني، 2003

ثالثا/ المقالات العلمية :

1_ عقيل فاضل حمد الذهان ، منقذ عبد الرضا الفردان ، الإطار القانوني لعقد التفاوض الإلكتروني ، مجلة أهل البيت ، جامعة النصرة ، العدد 8 ، 2009 ، ص 59

2_ أحمد السعيد زقرد ، الحماية القانونية من الخداع الإعلامي في القانون الكويتي و المقارنة ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد 4 ، الكويت ، 1995 ، ص 29

3_ إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية ، ص 95

رابعا / أطروحات الدكتوراه و ماجستر :

1_ بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم 10 القانونية ، تخصص قانون أعمال ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة باتنة ، 2015

2_ محمد إبراهيم أبو الهجاء ، القانون الواجب التطبيق على العقود التجارة الإلكترونية ، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة ، 2004.

3-مهدي مبروكة ، الرضا في العقد الإلكتروني ، مذكرة ماجيستير في القانون الخاص ، تخصص مسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة الإخوة منتوري ، قسنطينة ، 2016 / 2017

خامسا/ المؤتمرات العلمية :

مراجع باللغة الأجنبية:

Chastim hultmarch op 78

Alaim bensonssan ,Intornet aspects jurdiques ,op ,it, Pii ,2.2

Isabelle de lamberterie ,michel vivant ,l'internet et le droit ,collection le girsse,paris ,2001 p 64

قائمة المحتويات

قائمة المحتويات

البسملة

التشكر و التقدير

الاهداء

المقدمة 1

الفصل الاول : كيفية قيام الإرادة في العقد الالكتروني

المبحث الاول : التعبير عن الارادة في العقد الالكتروني 6

المطلب الأول : إمكانية التعبير عن الإرادة في العقد الالكتروني 6

الفرع الاول : التعبير عن الإرادة عبر البريد الالكتروني و web و التنزيل عن بعد.....7

الفرع الثاني: التعبير عن الارادة عبر الوكيل الاليكتروني.....12

الفرع الثالث: النيابة في التعاقد الالكتروني 13

المطلب الثاني: الارادة في مرحلة التفاوض في العقد الالكتروني 15

الفرع الأول: مفهوم التفاوض في العقد الالكتروني 16

الفرع الثاني : خصائص التفاوض في العقد الالكتروني 16

الفرع الثالث: مميزات التفاوض و اهميته في العقد الالكتروني 17

المبحث الثاني : سلامة الإرادة في العقد الالكتروني.....19

المطلب الأول :الأهلية في العقود الالكترونية 20

الفرع الأول :الأحكام العامة لأهلية التعاقد 20

الفرع الثاني : صعوبة التأكد من تمام الأهلية الأداء للشخص المتعاقد معه عبر شبكة الانترنت.....22

الفرع الثالث : مسؤولية المتعاقد مع القاصر في العقود الالكترونية.....23

المطلب الثاني: عيوب الإرادة في العقد الالكتروني.....25

الفرع الأول: عيب التدليس و الغلط 25

الفرع الثاني :العيب الإكراه.....35

الفرع الثالث :عيب الاستغلال 39

الفصل الثاني : طرق التعبير عن الإرادة في العقود الالكترونية و مجلس العقد

المبحث الأول : كيفية التعبير عن الإرادة في العقد الالكتروني 45

المطلب الأول :مفهوم الإيجاب الإلكتروني 46

الفرع الأول: تعريف الإيجاب اصطلاحاً و قانوناً 46

الفرع الثاني: نطاق الإيجاب 49

الفرع الثالث: الإيجاب عبر الموقع الإلكتروني الويب 50

المطلب الثاني :القبول في العقد الالكتروني 51

الفرع الأول: تعريف القبول الإلكتروني 51

الفرع الثاني: شروط القبول الإلكتروني 52

الفرع الثالث: مدى صلاحية السكوت للتعبير الإلكتروني عن القبول 57

المبحث الثاني :مجلس العقد في العقود الالكترونية 59

المطلب الاول: مفهوم المجلس العقد في العقود الالكترونية 61

الفرع الاول :تعريف مجلس العقد 62

الفرع الثاني :أنواع المجلس العقد 63

الفرع الثالث :شروط مجلس العقد 64

المطلب الثاني: وقت ومكان إبرام العقد الالكتروني 65

الفرع الأول : زمان انعقاد العقد الالكتروني 66

الفرع الثاني : مكان انعقاد العقد الالكتروني 73

الفرع الثالث :التوقيع الالكتروني 74

الخاتمة 79

قائمة المصادر و المراجع 84

الملخص

الملخص

الملخص

يعتبر العقد الالكتروني من أهم وسائل التعاقد الالكتروني إذ يتم بخصائص تميزه عن الكثير من العقود المبرمة بالوسائل التقليدية غير ان هذه الخصائص تثير الكثير من التساؤلات بخصوص إمكانية استجاب هذه القواعد الخاصة من حيث الإبرام و التنفيذ و الإثبات لهذه العقود وقد كان أول قانون في هذا الخصوص هو قانون الاويسترا النموذجي بشان التجارة الالكترونية الذي أصدره الأمم المتحدة عام 1996، إلا انم بدا الرضائية في التعاقد مكن طرفي العقد الحرية الكاملة في اختيار انه وسيلة للتعبير عن ارادتهما تماشيا مع النظرية العامة للعقد و إرادة الالتزام و انه في إطار العقد الالكتروني يثير الكثير من اللبس و الغموض خاصة فيما يتعلق تحديد هوية المتعاقدين و تحديد المعالم القانونية له في البيئة الالكترونية على نحو يوفر الأمان لهم خاصة فئة المستهلك باعتباره اضعف طرف في العقد.

الكلمات المفتاحية :

العقود الالكترونية ،عيوب الإرادة المستهلك التعبير عن الإرادة الإيجاب والقبول وسائل الاتصال الحديثة.

A bestrat :

The electroniques contract is considerd one of the must important means of electronic contracting it has characteristies that distiguish it form contracts concluded through traditionnel means however. these characteristies is raise many questions regading the possibility understanding the proof of these contracts is that the first law in this redard was the UNCITRAL MODEL LAW concerning electronic commerce ussed by the united nations in 1996.

However the pricipale freedon to choose it as a means of expressing theur will in line with the general theory of the contracts and the will to be bound and that it is with in the frime work of the electronic contracts it raises a lot of confusion and ambiguinity especially with regard to identifying this category the consomater is considered the wealeest party in the contracts.

the key words :

The electronic contracts didad vantages of consumer will power expression of will offer and acceptance moderne means of communication.