الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

تخصص قانون إقتصادي

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر الموسومة ب:

تكوين العقد الإلكتروني و صحته دراسة مقارنة في ظل الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي

إعداد الطالب :

بوعباية عبدالمؤمن

الأستـــاذ المشرف:

د.خنفوسي عبدالعزيز

أعضاء لجنة المناقشة:

الأستاذ.....حاج علي بدر الدين.....رئيـــسا

الأستاذ .....خنفوسي عبد العزيز.....عضوا ومشرفا

الأستاذ.....مرزوق محمد.....عضوا مناقشا

السنة الجامعية 1438-1439هـ/2017-2018م

إهداء

إلى معلم البشرية ومنقذها إلى رسول الله الأكرم
محمد صلى الله عليه وسلم

إلى الوالدين الكريمين

إلى إخوتي وأخواتي

إلى أصدقائي وكل من عرفتهم في مشواري الدراسي

إلى كل سند اهدي هذا الجهد المتواضع

شكر وتقدير

أولا احمد الله واشكره على فضله العظيم وعلى عونه في انجازي لهذا الموضوع

كما أتقدم بجزيل الشكر ووافر الاحترام والتقدير إلى الأستاذ الدكتور **خنفوسي عبد العزيز** لتفضله بالإشراف على هذه المذكرة ولما بذله معي من جهد

كما أتقدم بالشكر إلى عضوي لجنة المناقشة لتفضلهما بمناقشة هذه المذكرة

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى أعضاء الهيئة التدريسية في كلية الحقوق

قائمة المختصرات :

ج ر : الجريدة الرسمية

د ط : دون طبعة

ص: صفحة

ص ص : من صفحة إلى صفحة

ق م ج : قانون مدني جزائري

ق م م : قانون مدني مصري

مقدمة:

الإطار العام للموضوع: شهد العالم وبشكل كبير تطورا هائلا ومتسارعا في تكنولوجيا عالم الإتصالات حتى أصبحت وسائل الإتصال وأبرزها الإنترنت وسيلة لا يمكن التخلي عنها فبعد أن كانت الإتصالات تعتمد على الهاتف ثم الفاكس ظهر الإنترنت وأصبح الوسيلة المثلى في نقل المعلومات والإتصال وبفضلها أصبح العالم قرية صغيرة بحيث أختصرت المسافات وأصبح بالإمكان تواصل الأشخاص بغضّ النظر على المسافات.

وقد ظهرت النواة الأولى لفكرة شبكة الإنترنت في أواخر الستينات من القرن الماضي وبالتحديد عام1969م،بطلب وزارة الدفاع الأمريكية (البنتاجون) من خبراء الكمبيوتر إيجاد أفضل طريقة للإتصال بعدد غير محدود من أجهزة الكمبيوتر دون الإعتماد على كمبيوتر واحد

ومن أهم التعريفات الواردة على الأنترنت هو أنها:شبكة هائلة من أجهزة الكمبيوتر المتصلة فيما بينها بواسطة خطوط الاتصال عبر العالم،فالإنترنت إذا هو مجموعة شبكات وأجهزة الحاسب الإلكتروني المتواجدة في مختلف دول العالم والمتصلة ببعضها البعض ويجمع بينها نظام نقل المعلومات،ويمكن لأي شخص لديه جهاز كمبيوتر وخط تليفوني و إشتراك لدى أحد مقدمي هذه الخدمة،الدخول على هذه الشبكة والتواصل مع الآخر دون مانع من زمان أو مكان أو مشقة.

ونتيجة لهذا التطور التكنولوجي ظهرت التجارة الإلكترونية التي يرجع الفضل في نشأتها إلى شبكة الإتصالات الحديثة كإحدى روافد ثورة المعلومات،ووصلت إلى جل أنحاء العالم إن لم نقل كل العالم فأضحت في كل منزل ومتجر وشركة،وغدت العمود الفقري لدول العالم في المعاملات الاقتصادية والعلاقات المالية وعقد الصفقات وإبرام العقود،هذا بعد أن كانت قاصرة على وزارة الدفاع الأمريكية والأبحاث العلمية.

بالإنتشار الهائل للإنترنت شاع مصطلح التجارة الإلكترونية الذي أتاح العديد من المزايا لرجال الأعمال من حيث توفير الوقت والمال من أجل الترويج للمنتجات والخدمات بعد أن كان العائق أمامهم يتمثل في مشقة السفر والإنتقال من بلد إلى آخر للقاء شركائهم وعملائهم، وأصبح في مقدور المستهلك إقتناء ما يريده دون التنقل أو إستخدام النقود التقليدية بل كل ما يحتاجه هو جهاز كمبيوتر و إشتراك بشبكة الإنترنت،حتى يتمكن من ولوج هذا العالم الإفتراضي.

كما أن هذه الأخيرة تتخذ من شبكة الإنترنت وسيلة لعرض منتجاتها وتسويقها وسهولة الوصول إلى هذه الشبكة يرجح أن يكون للتجارة الإلكترونية الأثر الأكبر على المشاريع الصغيرة والمتوسطة،وأهم ما يميزها عن التجارة التقليدية أو يجعل لها خصوصية عن التجارة بمفهومها التقليدي هو الوسيلة التي تمر بها،حيث تتم من خلال بيئة إلكترونية تستخدم فيها وسائل إتصال حديثة على رأسها الإنترنت.

كما لا ننسى أن إنتشار إستعمال هذه الشبكة في التجارة الإلكترونية تولد عنه مساوئ ومحاسن تلخص في حماس وقلق من يعتمدون على هذه الوسيلة،فمن حيث الحماس فهو فتح باب جديد لحرية الإتصال بأشخاص لا يمكن الإتصال بهم في الواقع بالسهولة التي تتم عبر الإنترنت وإمكانية عقد الصفقات التجارية،أما القلق فمن أجل إحتمال عدم تأمين الإتصالات أو إنتهاك السرية عبر شبكة الانترنت أو القرصنة والإطلاع على البيانات الشخصية و إنتهاك الخصوصية والحسابات البنكية أو إستخدامها في التجارات المشبوهة كالمخدرات أو تجارة الأسلحة أو التجسس والتخابر الدولي والمساس بأمن الدول،ذلك أنّه يسهل الوصول إلى المعلومات السرية والكشف عنها عبر شبكة الإنترنت وهو ما يثير القلق لدى الأشخاص أو الشركات أو الدول.

ونتيجة لإزدياد المعاملات في التجارة الإلكترونية حتى أصبحت واقعا عالميا فرض نفسه على المستوى العالمي،قامت هيئة الأمم المتحدة ممثلة في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسترال) بإصدار قانون نموذجي للتجارة الإلكترونية سنة1996م،

وهو قانون ساوى بين الكتابة والمحررات الإلكترونية والكتابةوالمحررات الورقية من حيث الوظائف و إحتوى في مضمونه مجموعة قواعد وإرشادات هدفت إلى تهيئة بيئة قانونية أكثر ملائمة للتجارة الإلكترونية من خلال الإعتراف بالتبادلات الإلكترونية للبيانات وقبول الرسائل الإلكترونية والإعتراف بالإثبات الإلكتروني.

وقد نتج عن التجارة الإلكترونية الكثير من الجدل والنقاش حول العديد من المبادئ والقواعد القانونية التي تحكم نظم التعاقد وإبرام الصفقات والنشاط التجاري،حيث أن الوسائل المتعلقة بإبرام العقد وطرق التعبير عن الإيجاب والقبول ومكان وزمان إبرام العقد لا تفي بمقتضيات التجارة الإلكترونية،خاصة و أن تلك القواعد تعتمد على المستندات الورقية،وهي من الأمور التي تجاوزتها التجارة الإلكترونية،ف إستخدام نظم الكمبيوتر كقناة للإتصال والتعاقد يؤدي إلى التساؤل عن كيفية إتمام العملية المستندية إلكترونيا؟وكيفية إمكان إبرام العقد إلكترونيا؟وهذا ما سنحاول بحثه في المراحل القادمة من دراستنا التي تنصب على العقد الإلكتروني من حيث تكوينه وصحته حتى يعتد به من ناحية الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

الدراسات السابقة: نظرا لطبيعة الموضوع الذي سنتكلم فيه عن تكوين العقد الإلكتروني وصحته في ظل الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي،فاني وجدت نماذج عنه في دراسات تكلمت عن إبرام العقد الالكتروني إلا انه لم يحض بالدراسة المعمقة ولم يشبع بالكتابات والبحوث من ناحية الفقه الإسلامي إلا أنني وجدت بعض الكتب و الأطروحات والرسائل الجامعية ومقالات على شبكة الانترنت تتعلق بالعقود الإلكترونية والتجارة الالكترونية منها:

1/العقود الإلكترونية على شبكة الانترنت بين الشريعة والقانون،وهو كتاب لمؤلفه ميكائيل رشيد علي الزيباري عن دار الجامعة الجديدة الإسكندرية صدر سنة 2015،تناول فيه التعريف التام والكامل بمفهوم العقود الإلكترونية وأنواعها ومجالاتها وبيان الحكم الشرعي والقانوني وتعزيز دور الفقه الإسلامي

في حياة الناس المعاصرة.

2/إبرام العقد الإلكتروني، للمؤلف خالد ممدوح إبراهيم، وهو كتاب تناول فيه ماهية العقد الإلكتروني وتمييزه عن غيره من العقود، وتحدث فيه عن الإنترنت، والتجارة لتبيان البيئة الإلكترونية للعقد.

3/مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الالكترونية-دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي-لمؤلفه أسامة عبد العليم الشيخ والذي تناول فيه حكم مجلس العقد وطبيعته في ظل التجارة الإلكترونية وهل يعد مجلس حقيقي أم مجلس حكمي.

4/أحمد أمداح،التجارة الإلكترونية،وهي رسالة ماجستير بجامعة الحاج لخضر بباتنة كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية-الجزائر-تناول فيها التجارة الالكترونية في منظور الفقه الإسلامي

الإطار النظري للدراسة: يتمثل موضوع الدراسة في تكوين العقد الإلكتروني وصحته في ظل الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي،الذي يتم من خلال شبكة الانترنت بين طرفي العقد بصيغ تختلف عن تلك المعهودة في العقود التقليدية وتتمثل هذه الخصوصية في أنها تتم عبر الوسائط الإلكترونية ما يستوجب التركيز والاهتمام من أجل محاولة الوصول إلى الحكم الشرعي الصحيح والتنظيم القانونيالمناسب للعلاقات المختلفة بين الأفراد، وتبرز أهمية هذا الموضوع من خلال أن العقد الإلكتروني يعتبر من الموضوعات الهامة التي فرضت نفسها في الواقع، وما له من أهمية عملية وعلمية.

الأهمية العملية: تكمن أهميته العملية في أنه أصبح من العقود التي يزداد التعامل بها يوما بعد يوم حيث أصبح التعامل بهذه العقود الدولية يفرض نفسه نتيجة لشبكة الإتصالات الحديثة على الأفراد والدول بالنظر إلى مزاياها زم توفره من جهد ووقت،دون الإنتقال والسفر من بلد إلى آخر ما

إستدعى إيجاد أساليب لحماية هذه العقود،كما أن الإهتمام بهذا النوع من العقود تزايد نظرا لأهميتها الكبيرة في حياة الأفراد والدول،ومن الهيئات التي تصب اهتمامها على هذه العقود لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسترال)

الأهمية العلمية: تتمثل في مساعدة المتعاملين في هذا المجال في توعيتهم بالآثار القانونية للتعامل عبر هذه الوسيلة ومساعدة الدول في استيعاب العمليات الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الإنترنت،عبر دراسة ما يتعلق بإنعقاد هذا النوع من العقود ودراسة الأمور العلمية التي تشكل عقبة في توسعة إستعمال الإنترنت في التعاقد،وطرح الحلول وتقديم الأطر القانونية الملائمة لهذه التجارة بشكل يحقق الثقة والأمان والطمأنينة لدى طرفي العقد.

أسباب الدراسة: لعلّ أبرز سبب في إختياري لهذا الموضوع هو أهميته وحداثة نشأته، حيث أصبحت ملحة لظهور دراسات قانونية ودراسات فقهية إسلامية حول ماهية موضوع العقد الإلكتروني لمعرفة مدى الإستجابة لمعطيات الحداثة وتكنولوجيا المعلومات في التجارة والمعاملات الإلكترونية.كثرة إبرام العقود الإلكترونية في عصرنا الحالي، فالتعامل بها وصل إلى حد ملايين الأشخاص وكذا كثرةالأموال المنفقة في هذا المجال،لذلك يستوجب تبيان الحكم الشرعي والقانوني لمثل هذه المعاملات.

تميزه عن باقي العقود بالسرعة والإختصار للمسافات وتوفير الجهد والوقت.

قلة الدراسات الفقهية الإسلامية والقانونية معا حسب ما إطلعت عليه في مجال العقود الإلكترونية.

بيان مركز الشريعة الإسلامية ومدى صلاحيتها لكل زمان ومكان و أنها قادرة على الحكم على التغيرات والمستجدات مهما كانت.

الصعوبات:واجهتناصعوبات في إعداد هذا البحث تمثلت في قلة المراجع المتخصصة في هذا النوع من العقود والتجارة بصفة عامة،كما أنه لا يوجد قانون في الجزائر ينظم التجارة الإلكترونية ويحدد المسؤولية القانونية في إطار العقود الإلكترونية.

الإشكالية الرئيسية للموضوع: تكمن إشكالية الدراسة في الإجابة على عدة تساؤلات حول،كيفية إتمام العملية المستندية إلكترونيا؟هل للفقه الإسلامي القدرة على التعامل مع ما يستجد من قضايا في حياة الناس المعاصرة؟هل للأهلية تأثير على العقود المبرمة عبر الانترنت أم لا؟

منهجية الدراسة: إتبعت في دراستي، المنهج الإستنباطي من خلال إستنباط أحكام شرعية لقضايا البحث من القرآن الكريم والسنة النبوية.والمنهج التحليلي من خلال دراسة المسائل دراسة فقهية مقارنة عند المذاهب الإسلامية الأربع من خلال طرح أفكار كل مذهب وترجيح رأي من خلال ما يتفق مع الشريعة الإسلامية

خطة الدراسة:قسمنا موضوع البحث إلى فصلين يسبقهما مبحث تمهيدي وذلك على النحو التالي:مبحث تمهيدي تناولنا فيه الإطار المفاهيمي للعقد الإلكتروني،يليه الفصل الأول قسمناه بدوره إلى ثلاث مباحث ونتحدث فيه عن تكوين العقد الإلكتروني في ظل الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي من خلال دراسة التفاوض الإلكتروني في المبحث الأول ثم في المبحث الثاني الإيجاب والقبول ،ثم المبحث الثالث نتحدث فيه عن مجلس العقد الإلكتروني،ثم الفصل الثاني والذي خصصناه لدراسة صحة العقد الإلكتروني في ظل الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي،وبدوره قسمناه إلى ثلاث مباحث،المبحث الأول للأهلية في العقد الإلكتروني ثم المبحث الثاني لعيوب صحة العقد الإلكتروني،يليه المبحث الثالث نتحدث فيه عن المحل والسبب في العقد الإلكتروني،ثم الخاتمة والتي تتضمن أهم ما توصلنا إلية من نتائج وتوصيات.

مبحث تمهيدي:الإطار المفاهيمي للعقد الإلكتروني:

قبل التصدي للتعريف بالعقود الإلكترونية,لابد من التطرق إلى العقود التقليديةبشكل عام,فالعقد تصرف قانوني بمقتضاه تقوم رابطة الإلتزام مابين الدائن والمدين(وهما طرفا العقد)[1] والعقد عند علماء اللغة يطلق على عدة معاني منها:

العقد مصدر من الفعل الثلاثي عقد والعقد مفرد ,وجمعه أعقاد وعقود وهو الربط والشد وهو نقيض الحل,وعقده يعقد عقدا أي شده وأحكمه.

ومن معاني العقد:العهد يقال:عقدت له بمعنى عاهدته,ويؤيد ذلك قوله تعالى:«يأيها الذين ءامنوا أوفوا بالعقود»[2]أي بالعهود.

ويقصد بالعقد أيضا التوثيقوالتأكيد وا لإلتزام فالعقد عند علماء اللغة يشمل كل مافيه معنى الربط أو التوثيق آو الإلتزام من جانب واحد أو من جانبين,ويقال عقد العهد واليمين,يعقدها عقدا بمعنى أكدهما [3]ومنه قوله تعالى :«ولكن يؤاخذكم بماعاقدتم الأيمان» [4]أيأكدتموه.والعقد يعني العزم وعقد النية العزم على شئ,وعقد اليمين والعهد أيأكدهما بان ربط بين الإرادة وتنفيذ ما إلتزم به ومنه قوله صلى الله عليه وسلم:«لأمرن

---

[1] **زياد إبراهيم النجار** ،قواعد جماية المستهلك من التغرير والغبن في العقود الإلكترونية ، الطبعة الأولى ، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع عمان الأردن 2017م ، ص35

[2] **سورة المائدة**,الآية 1.

[3] **ميكائيل رشيد علي**,االعقود الإلكترونية على شبكة الأنترنت بين الشريعة والقانون ، الطبعة الأولى ،دار الجامعة الجديدة ،الأسكندرية ، مصر 2015 ص83

[4] **سورة المائدة**,الآية 79.

بناقة ترحل ثم لااحل لها عقدة حتى أقدم المدينة» أيأواصل المسير ولا احل عزمي حتى أقدمه ا

وبذا ف إن العقود الالكترونية تختلف عن العقود التقليدية في عدم اتحاد مجلس العقد,بالنظر إلى اختلاف مكان كل من البائع والمشتري,الأمر الذي دفع بنا لاستهداف التعريفات الواردة في قوانين التجارة لبعض الدول العربية والتعريف الوارد في منظمة الأونسترال[1]

المطلب الأول:تعريف العقد الالكتروني :

يرتبط العقد الالكتروني ارتباطا وثيقا بالتجارة الالكترونية ويعد الأداةالأساسية لهذه التجارة,وهو لايختلف في أساسياته عن العقد التقليدي من حيث ضرورة توافر أركانه وشرائط صحته,لذا تنطبق عليه أحكام المادة 165 من قانون الموجبات والعقود اللبناني,والمواد المشابهة لها في القانون الفرنسي ومختلف القوانين العربيةغير انه بالنظر إلىأن العقد يتم من حيث المكان بين غائبين ووفقا لتقنيات خاصة حديثة,فان الأمر يقتضي تدخل المشرع لوضع الضوابط والضمانات التي تكفل سلامة انعقاده,وتوفير الحماية القانونية اللازمة لأطرافه'ومواكبة التطور المتنامي في مجال العقود الالكترونية,التي أصبحت حقيقة واقعة لاتقف أفاقهاوإمكاناتها عند حد [2]إضافةإلى تحديد مكان العقد

---

[1] **زياد إبراهيم النجار**,المرجع السابق,ص36.

[2] **الياس ناصيف**,العقود الدولية,العقد الالكتروني في القانون المقارن,ط1,منشورات الحلبي الحقوقية,بيروت لبنان 2009,ص35

والجهة المختصة بالفصل بين المتعاقدين,حال اختلافهما والقانون الذي يطلق على العقد, هل قانون بلد الموجب أم القابل للعقد.[1]

الفرع الأول:التعريف وفقالبعض التشريعات العربية

تصدى المشرع الأردني لتعريف العقد الالكتروني,حيث ذكر:بأنه الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية كليا أو جزئيا (المادة 2 من قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001).وبذا فكل اتفاق يتم انعقاده كليا أو جزئيا بواسطة وسائل الكترونية بما فيه شبكة الانترنت يعد عقدا الكترونيا.

وجاء المشرع المصري بتعريف أدق من ذلك,حيث عرفه بأنه:«كل اتفاق أوإرسالأو استقبال أو تخزين لرموز أوإشارةأو كتابة أو صورة أو صوت أو معلومات أيا كانت طبيعتها من خلال وسيط الكتروني(المادة1 من قانون المعاملات الالكترونية المصري).[2]

وبذا فان الدقة التي اتصف بها التعريف المصري,مردها إلى انه اعتبر أنأي تصرف يسبق العقد أو يلازمه,إذا تم القيام به كليا أو جزئيا من خلال وسيط الكتروني,فان العقد يعد تبعا لذلك عقدا الكترونيا,وبحسب المادة 1 من القانون المصري فان التجارة الالكترونية هي كل معاملة تجارية تتم عن بعد باستخدام وسيلة الكترونية,يستوي في هذه الوسيلة أن تكون الانترنت أو غيرها.[3]

---

[1] **ميكائيل رشيد علي**,المرجع السابق,ص95

[2] **زياد إبراهيم النجار**,المرجع السابق,ص36.

[3] **حجازي عبد الفتاح بيومي**, حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية ،ط1، المحلة الكبرى،دار الكتب القانونية ، مصر ،2008,ص72.

في حين عرف القانون التونسي في شان المبادلات والتجارة الالكترونية,التجارة الالكترونية بأنها:«أي عملية تجارية سواء كان موضوعها سلعة أو خدمة أوأداء عمل يتم عن طريق المبادلات الالكترونية»بحيث لم يأتعلى ذكر الوسائل الالكترونية التي يتم عن طريقها التعاقد عن بعد(الفصل 2من القانون التونسي في شان المبادلات والتجارة الالكترونية).

أما قانون التجارة والمعاملات الالكترونية الإمارة دبي الصادر عام 2002,فقد عرف التجارة الالكترونية بأنها:«المعاملات التجارية التي تباشر بواسطة المراسلات الالكترونية»كما وعرف المعاملات الالكترونية بأنها:«أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامهاأو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الالكترونية .(المادة 2من قانون التجارة والمعاملات الالكترونية لإمارة دبي رقم2 لسنة2002)[1].

الفرع الثاني:التعريف وفقا للقانون النموذجي للأمم المتحدة(الاونسترال):

اكتفى القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الالكترونية في المادة 2/ب بتعريف تبادل البيانات الالكترونية,حيث نصت بأنه:«يراد بمصطلح تبادل البيانات الالكترونية نقل المعلومات من حاسوب إلىأخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات» [2] . ورأت اللجنة المعدة المعدة لهذا القانون بان هذا التعريف ينصرف إلى كل استعمالات المعلومات الالكترونية في 16ديسمبر 1996,يتكون هذا القانون من مواد قانونية,يلحق بها ملحق داخلي يوجه خطابا للدول الأعضاء بكيفية إدماجهضمن تشريعاتها الداخلية,ويتضمن هذا القانون نوعين من القواعد,قواعد

[1] **زياد إبراهيم النجار**,المرجع السابق,ص37.

[2] **ميكائيل رشيد علي**,المرجع السابق,ص96.

آمرةوأخرى تكميلية لا تطبق على المستخدمين إلا في حالة عدم وجود اتفاق يخالف توحيد القواعد القانونية المعمول بها في مجال التجارة الالكترونية,كما يساعد الدول والأشخاص المتعاملين في هذه التجارة الأخذ بأحكامه,ويعد ذلك عملا تشريعيا صادرا عن الجمعية العامة للأمم المتحدة.

ويشمل بذلك إبرام العقود والأعمال التجارية المختلفة, وعليه فان العقد الالكتروني حسب هذا القانون هو العقد الذي يتم التعبير عن الإرادة من خلاله بين المتعاقدين باستخدام الوسائل المحددة في المادة(2/ا)و(2/ب) وهي:

نقل المعطيات من كمبيوتر إلىأخر وفقا لنظام عرض موحد.

نقل الرسائل الالكترونية باستعمال قواعد عامة أو قواعد قياسية.

النقل بالطريق الالكتروني لنصوص باستخدام الانترنت,أو عن طريق استعمال تقنيات أخرى كالتلكس أو الفاكس.[1]

وواضح مما تقدم أنالإنترنت حسب هذا القانون,ليست الوسيلة الوحيدة لتمام عملية التعاقد والتجارة الالكترونية,بل تشاركها وسائل أخرى مثل جهازي التلكس والفاكس,وهذا القانون يعتبر الدستور للعمل بالانترنت فعمل به كل الدول التي لها خدمة بهذا الجهاز فهو الإطار العام له.

[1] **ميكائيل رشيد علي**,المرجع السابق,ص97

وان القانون الموحد للتجارة الالكترونية,الصادر عن لجنة القانون الدولي للأمم المتحدة, لم يعرف العقد الالكتروني,لكنه عرف الوسائل المستخدمة في إبرامه,كما أن القانون توسع في سرد وسائل إبرام هذه العقود,فبالإضافةإلى شبكة الانترنت هناك وسيلة الفاكس والتلكس.[1]

المطلب الثاني:مزايا العقد الالكتروني وخصائصه.

يمتاز العقد الالكتروني بمزايا كما ينفرد بعديد من الخصائص الذاتية التي تميزه عن العقد التقليدي.

الفرع الأول:مزايا العقد الالكتروني.

يمتاز العقد الالكتروني بالمزايا الآتية:

يمتاز بسرعة الاتصال,وخاصة في التعاملات الدولية

[2]تحسين الكفاءة,إذ ليس هناك حاجة لإعادةإدخال البيانات .

قلة التكلفة,حيث يؤدي نظام تبادل البيانات بطريقة الكترونية إلى الاستغناء بدرجة كبيرة عن وجود المخازن.

---

[1]**أنظر,القاضي برني نذير** ،العقد الالكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري ،مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء في الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية،وزارة العدل،ص ، ص 1 ،2

علاقات متقاربة بين العملاء والموردين,بحيث تكون مواقع التجارة الالكترونية دائما محدثة على شبكة الانترنت,مايجعل من العملاء والموردين على علم فوري بأي تغيرات تحدث في السوق.

طريقة سريعة وسهلة للحصول على المعلومات والمنتجات والمواقع التجارية داخليا وخارجيا لشركة معينة .

وجود قنوات بديلة للمبيعات وإتمام الصفقات من خلال الموقع على الشبكة.

إلى ماتقدم يمكن أن نلحظ بان العقد الالكتروني يتكون وينتهي في جميع مراحله بطريقة الكترونية ودون حاجة للوجود المادي لتنفيذه في أي مرحلة من مراحله[1]

الفرع الثاني:خصائص العقد الالكتروني

إن العقد الالكتروني ينفرد بعدد من الخصائص الذاتية التي تميزه عن العقد التقليدي أبرزها.

غياب التعاصر المادي بين طرفي العلاقة العقدية:فالعقد التقليدي يتطلب لانعقاده وجود طرفيه في مجلس العقد,من اجل على تفاصيله وماقد يسبقه من مفاوضات قد تأخذأكثر من جلسة,بينما العقد الالكتروني لايوجد فيه مجلس عقد بالمعنى

[1] **حجازي عبد الفتاح بيومي**، المرجع السابق،ص ، ص 67/66.

التقليدي,بل يتم دون التواجد المادي لطرفيه وبذا يعد من العقود التي تتم بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان[1].

العقود الالكترونية تتم عن طريق استخدام الوسائط الالكترونية: ويعد ذلك من أهم مظاهر الخصوصية في العقد الالكتروني ,بل إنهاأساس هذا العقد حيث يتم إبرامه عبر شبكة الاتصالات الكترونية فالعقد الالكتروني لايختلف من حيث الموضوع أوالأطراف عن سائر العقود الالكترونية ولكنه يختلف فقط من حيث طريقة إبرامه وكونه يتم باستخدام وسائط الكترونية,وتلك الوسائط هي التي دفعت إلى اختفاء الكتابة التقليدية التي تقوم على الدعائم الورقية لتحل محلها الكتابة الالكترونية التي تقوم على دعائم الالكترونية[2]

العقد الالكتروني عقد رضائي: حيث يكفي لانعقاده أن يتم التراضي بين طرفيه عبر وسائل الاتصال الالكترونية,ويلاحظ أن العقد الالكتروني باعتباره عقدا رضائيا,يشترطلانعقاده توف رأركان الانعقاد اللازمة لكل عقد بوجه عاموهي التراضي والمحل والسبب,وليس هناك مايمنع قانونا من أن يتم التعبير عن الرضى بوسائل الكترونية[3]

---

[1] **عبيدات لورنس محمد**,إثبات المحرر الالكتروني,ط1,الإصدار الثاني, دار الثقافة للنشر والتوزيع,عمان,2009,ص27.

[2] **خالد ممدوح إبراهيم**،إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة الطبعة الثانية ،دار الفكر الجامعي دار النشر الإسكندرية ،مصر ،ص75.

[3] **أنظر,عجيل طارق كاظم**, ثورة المعلومات وانعكاسها على القانونالمدني,دراسات وبحوث,ط 1, منشورات الحلبي الحقوقية,بيروت,لبنان ،2011,ص154

العقد الالكتروني يستقل بخاصية الإثبات والوفاء بالبدل:من حيث الإثبات فالدعامة الورقية هي التي تجسد الوجود المادي للعقد التقليدي,أما العقد الالكتروني فيتم إثباته عبر المستند الالكتروني والتوقيع الالكتروني فالمستند الالكتروني يتبلور فيه حقوق طرفي التعاقد,فهو المرجع للوقوف على مااتفق عليه الطرفان وتحديد التزاماتهما القانونية والتوقيع الالكتروني هو الذي يضفي حجية على هذا المستند [1]أما بشان الوفاء فقد حلت في العقد الالكتروني النقود الالكترونية محل النقود العادية من خلال بطاقات الدفع والائتمان ومنها البطاقات البنكية والأوراق التجارية الالكترونية والنقود الالكترونية بالإضافةإلى الوسائط الالكترونية الجديدة التي ظهرت حديثا مثل الذهب الالكتروني والشيك الالكتروني وتتم عملية تحويل الأموال الكترونيا بين أطراف العقد الالكتروني عبر شبكة الانترنت بواسطة جمعية الاتصالات المالية العالمية بين البنوك ,وذلك نتيجة لتوسع نطاق التجارة الالكترونية وازدياد التعامل بها حيث ظهرت كأسلوب مبتكر لسداد المدفوعات في مثل هذه المعاملات.

العقد الالكتروني عقد مقترن بحق العدول:من المقرر ووفقا للقواعد العامة وبموجب القوة الملزمة للعقد لايستطيع طرفا العقد أن يرجعا عنه,فمتى تم التقاء الإيجاب والقبول ابرم العقد,ولكن نظرا لان المستهلك الالكتروني ليس لديه الإمكانية الفعلية لمعاينة السلعةوالإلمام بخصائص الخدمة قبل إبرام العقد,فانه يجب أن يتمتع بحق العدول وقد تقرر هذا الحق للمستهلك بنص المادة26/121 من تقنين الاستهلاك الفرنسي[2]

[1] **خالد ممدوح إبراهيم**,المرجع السابق,ص79.

[2] **خالد ممدوح إبراهيم**, المرجع السابق,ص 77.

الفصل الأول:تكوين العقد الإلكتروني في ظل الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

لاريب أنأركان العقد هي جوهره, ولكي يتم العقد يجب أن يكون للشخص إرادة ذاتية تعتد بها الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي,ولايكفي وجودها وإنما يجب التعبير عنها ولايعتد بها ألاإذا ظهرت للعالم الخارجي,والقاعد أن للشخص الحرية في التعبير عن إرادته بالطريقة التي تحلو له,مثلما نصت المادة 79 من القانون المدني العراقي بقولها:كما يكون الإيجابأو القبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة وبالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الاخرص وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ أي مسلك أخر لاتدع ظروف الحال شكا في دلالته على التراضي[1] وقد بحث الفقهاء أركان العقد فلا تتحقق ألاإذا توفر الإيجاب والقبول والعاقدان والمعقود عليه(المحل) وعلى هذا اتفق الفقهاء ولكنهم اختلفوا في عدد الأركان على رأيين:

فعند الحنفية :للعقد ركن واحد هو الإيجاب والقبول فعليه يتوقف العقد والانعقاد,وماعدا ذلك العاقدان والمحل هما من لوازم الإيجاب والقبول

وعند المالكية والشافعية أركان العقد ثلاثة هي :عاقد ومعقود عليه وصيغتهوعند الحنابلة:أن العقد ينعقد بالقول الدال على البيع والشراء,وهو الإيجاب والقبول وبالمعاطاة

[1] **يقابلها نص المادة60 من القانون المدني الجزائري**

اما موقف الفقه القانوني والقانون المعاصر من أركان العقد يتبين من دراسة نصوص القوانين المعاصرة,ويضاف إليه الشكل إذا كان العقد شكليا.

والرأي الراجح هو رأي الجمهور من اعتبار أركان العقد وذلك بالتأمل في أقوال العلماء نجدهم اختلفوا في عباراتهم في عد أركان العقد مع ذلك اتفقوا في الجملة في عدد هذه الأركان فالحنفية الذين قال وان ركن البيع الصيغة,فالصيغة عندهم إيجاب وقبول والإيجاب يقتضي بائعا ومبيعا والقبول يقتضي مشتريا وثمنا وبذلك يتبين آن الخلاف بين الحنفية والجمهور خلاف لفظي وليس خلاف حقيقي[1]

كما لابد من أن يسبق انعقاد العقود الالكترونية,كغيره من العقود مرحلة المساومة والتفاوض,ولهذه المرحلة أهميتها في العقد,بوجه عام,وغالبا ما تسبق مرحلة مجلس العقد,وتعد مدخلا له,وذلك عندما يحتاج التعاقد إلى مفاوضات ومساومات لا سيما في المعاملات الجوهرية,والعقود المهمة,والصفقات الكبيرة وقد تسبقها وساطة ك:السمسرة,وتبد أ هده الفترة(المفاوضات)عادة منذ اللحظة التي يعلن فيها احد الطرفين عن رغبته في التعاقد مع الطرف الأخر,وتنتهي في اللحظة التي ينعقد فيها العقد تماما,ويدخل في طور التنفيذ. [2]وسنحاول في هذا الفصل الإلمام بجميع مراحل تكوين العقد بالحديث على التفاوض الالكتروني الذي يسبق إبرام العقد ثم الانتقال إلىالصيغة في إبرام العقد بالتكلم عن الإيجاب والقبول,ثم التطرق إلى مجلس العقد الالكتروني لنختمه بزمان ومكان إبرام العقد عبر الانترنت.

---

[1] **ميكائيل رشيد علي**,المرجع السابق,ص ،ص191/190.

[2] **عبد الفتاح عبد الباقي**,نظرية العقد والإرادة المنفردة-دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي-(د.ط)مطبعة النهضة,مصر,1984,ص95

المبحثالأول:التفاوض الالكتروني والالتزامات المفروضة فيه.

إن التطور في استخدام الوسائل الحديثة في عقود التجارة الدولية وما تتسم به من تعقيد والذي لا يمكن بأية حال من الأحوالأن يبرم بإيجاب وقبول فوريين,وإنما لابد أن تسبقها مرحلة مفاوضات لا سيما تلك القائمة على التعامل الالكتروني [1],ولعل ما يثير الاهتمام في هذه الدراسة هو التعرف على التفاوض الالكتروني لغة واصطلاحا وتبيان ما إذا كان هناك فرق بين مفهومه في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ودراسة أهميته وكذا الالتزامات الناشئة في هذه المرحلة.

المطلب الأول:ماهية التفاوض الإلكتروني وأهميته.

الفرعالأول:موقف الشريع منه.

لم ينظم القانون المدني الجزائري صراحةأحكام المرحلة السابقة على التعاقد,تاركا الأمر للفقه والقضاء,مكتفيا بالنص على أن العقد لا ينعقد إلا بتبادل التعبير عن الإيجاب والقبول وارتباطهما ببعضهما(59ق,م,ج)وانه لابد من الاتفاق على جميع المسائلجوهرية التي تفاوضا عليها للقبول بانعقاد العقد(المادة 65و71ق,م,ج),كما نصت المادة 107ق,م,ج على انه:يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية.[2]

---

[1] **معمري مرزاقة**,المفاوضات في عقود التجارة الدولية باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصال,مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ،كلية الحقوق والعلوم السياسية,جامعة قاصدي مرباح,ورقلة,2016,ص7

[2] **بلحاج العربي**,الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة،طبعة2010،-دار وائل للنشر الجزائر ،ص45

وهذا بعكس القوانين الأجنبية,كالقانون الايطالي والألماني والسويسري,والتي نصت صراحة على التزام الأطرافأثناء المفاوضات,باستعمال الحقوق وتنفيذ الالتزامات وفقا لقواعد حسن النية والأمانة والشرف في التعامل[1]

وكان يستحسن على المشرع الجزائري ضمن تعديلات عام 2005,تنظيم المرحلة السابقة على التعاقد وتحديد التزامات طرفي التفاوض,وحمايتهم في هذه المرحلة الحساسة,بصفة واضحة وليس بالضمنية,لما ينشا عنها من مشكلات قانونية عديدة,الأمر الذي يفتح باب النزاع والصراع مستقبلا.

وقد أشار المشرع الجزائريإلىإلزاميةإعلام المستهلك على شكل مبدأ عام في المادتين(17و18)من القانون رقم 03/09 المؤرخ في 25/02/2009 والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش [2]، كما يحمي المشرع الجزائري المتعاقد العادي من التدليس أو التغرير في المرحلة السابقة على التعاقد,وخاصة في وقتنا الحاضر مع اتساع وسائل الدعاية والإعلانوالإشهار,وانتشار الطرق الاحتيالية وتأثيرها في الأفراد,فان القانون يفرض على المتفاوضين التزامات الأمانة وحسن النية في مرحلة التفاوض كما انه يجوز وفقا لنص المادة 86ق,م,ج إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجا إليها احد المتعاقدين من الجسامة,بحيث لولاها لما ابرم الطرف الثاني العقد[3]

الفرع الثاني:تعريف التفاوض الالكتروني.

---

[1] **خالد ممدوح إبراهيم**,المرجع السابق,ص266

[2] **بلحاج العربي**, المرجع السابق ,ص46

[3] **بلحاج العربي**, النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ،طبعة 2007,الجزء الأول,ديوان المطبوعات الجامعية,الجزائر, ص110.[3] **ميكائيل رشيد علي**,المرجع السابق,ص261

التفاوض لغة: مشتق من الفعل فوض,يقال:فوض إليهالأمر,أي صيره إليه وجعله الحاكم فيه وفاوضه في آمره,أي جاراه,ويقال:فاوضه في الحديث أي بادله في القول فيه,وتفاوضا:أي فاوض كل صاحبه

اصطلاحا: تعددت التعريفات الخاصة بالتفاوض فيرى البعض بأنه:«تبادل الاقتراحات والمساومات والإمكانيات والتقارير والدراسات الفنية بل والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهم على بينة من أفضلالأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق من التزامات وحقوق للأطراف.

كما عرفه جانب أخر من الفقه بأنه:التحاور والمناقشة وتبادل الأفكاروالآراء والمساومة بالتفاعل بين الأطراف من اجل الوصول إلى اتفاق معين حول مصلحة أو حل لمشكلة ما.[1]

التعريف الشرعي(الفقه الإسلامي): مفهوم المفاوضات في الفقه الإسلامي لا يختلف عن مفهومها في القانون فكلاهما يقصدان بالمفاوضات:بذل المحاولات للوصول إلى تفاهم متبادل بين الطرفين ليقف كل منهما على مدى استعداد كل طرف لقبول شروط الطرفالأخر,حتى يتسنى الوصول إلى تسوية واتفاق يتم صبه في قالب إيجاب يتم توجيهه إلى الطرف الأخر.[2]

[1] **خالد ممدوح إبراهيم** ،المرجع السابق ص267

[2] **ميكائيل رشيد علي**,المرجع السابق,ص262.

الفرع الثالث:أهمية التفاوض الالكتروني

تظهر أهمية التفاوض الالكتروني بصورة خاصة في العقود التجارية أو الصناعية التي يمتد تنفيذها لفترة زمنية طويلة,من ناحية كونه وسيلة فعالة لإعادة التوازن العقدي في حالة تغير الظروف,إذ نظرا لقابلية الظروف الاقتصادية المحيطة بالعقد للتغير المستمر,مما قد يخل بتوازن العلاقات التعاقدية.[1]

كما أن التفاوض الالكتروني من شانه أن يذلل الصعوبات التي تتمثل في التعقيدات القانونية الفنية التي يتعرض لها طرفي العقد,حيث أنها تجد في المخاطر الجسيمة التي يمكن أن تواجه العقد,في إتمامه وانعقاده على اعتبار أن العقد ينعقد دون حضور مادي للطرفين,فاللجوء إلى التفاوض من شانه الحدمن الإشكالات القانونية التي من الممكن أن تظهر في المستقبل من جراء عدم الالتزام بالعقد أو لحدوث جهل لدى احد طرفيه,وعليه تبرز أهمية التفاوض على النحو الآتي:[2]

أولا:موضوعي:يرجع إلىأن العقود المعاصرة ليست بالعقود البسيطةالتي يمكن أن يتفق على جميع عناصرها وتبرم في أول لقاء,فهي عقود مركبة ومعقدة فنيا.

ثانيا:سبب شخصي:يرجع إلىأنأطراف هذه العقود غالبا ما تكون شركات قوية اقتصاديا تتعامل مع بعضها,أو مع أشخاص عاديين (مستهلكين)لهم إمكانيات مادية

---

[1] **خالد ممدوح إبراهيم**,المرجع السابق,ص269.

[2] **لما عبد الله صادق سلهب** ,مجلس العقد الالكتروني,رسالة ماجستير في القانون الخاص,مقدمة لكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية,نابلس,فلسطين,2008,ص50.

[2] **ميكائيل رشيد علي**,نفس المرجع,ص264

بسيطة,كل ذلك يستلزم الدخول بمفاوضات شاقة وعسيرة قد تستغرق الكثير من الوقت والجهد والدراسات.

ثالثا:تزداد أهمية التفاوض من خلال أن كونه من العقود المبرمة عن بعد,يثير القلق والغموض وعدم اليقين بالنسبة للمتعاقدين فيما يتعلق بعناصر العقد ولغته وأطرافه وسبل تنفيذه مما يدفع كل طرف إلى التساؤل والتحفظ قبل الدخول في العقد النهائي.

رابعا:التفاوض في العقود الالكترونية يعمل على توفير الزمن والنفقات,حيث أن المفاوضات يمكن أن تلعب دورا مهما في تفسير العقد عن غموضه ومعرفة قصد طرفيه من خلال ما جرى في هذه المرحلة وتلعب دورا مكملا للعقد,أي يتم الرجوع إليها بوصفها جزء من العقد لتحديد السعر ومكان البيع,وبذلك تصبح ملزمة في الأمور المشار إليهاأثناء المفاوضات وليس بناءا على قانون ملزم مما يعني أن للمفاوضات الحاصلة دورا تيسيريا وتكميليا لانعقاد العقد.[1]

خامسا:تلعب المفاوضات دورا وقائيا بالنسبة لمرحلة إبرام العقد,فحسنإدارة المفاوضات يحد من النزاعات في المستقبل فأثناء التفاوض يتم تجاوز العيوب التي تلحق بالإرادة عن طريق المناقشات والحوار بين الطرفين,

[1] **محمد فواز المطالقة**,الوجيز في عقود التجارة الالكترونية,أركانه,إثباته,القانون الواجب التطبيق,حمايته,التشفير,التوقيع الالكتروني-دراسة مقارنة-ط,1,دار الثقافة للنشر والتوزيع,عمان,2006,ص48.

كما يتم اختيار القانون الواجب التطبيق ووضع القواعد المكملة للعقد.[1] سادسا:ويعتبر التفاوض ابسط أنواع الوسائل البديلة لحل المنازعات الكترونيا حيث يهدف الى توفير مساحة يلتقي فيها الأطراف للوصول إلى اتفاق,ولا يحتاج أي طرف ثالث بل يعتمد على الحوار بين الطرفين مباشرة,إلا انه لا يوجد ما يمنع من تمثيل المتنازعين بواسطة محامين او وكلاء لهم,إذ لا يغير ذلك من طبيعة التفاوض مادام الوكلاء يملكون سلطة اتخاذ القرار عن موكلهم.[2]

وأخيراإن مرحلة المفاوضات يحكمها مبدآنلإيجاد التوازن بين الأطراف هما:

مبدأ حرية التعاقد: حيث لطرفي العقد الحرية أما في قطع المفاوضات في أي مرحلة أوتيسيرها.

مبدأ حسن النية:الذي يقضي بالنزاهة والشرف والأمانة والثقة لدى طرفي العقد.

المطلب الثاني:الإلتزامات الناشئة في مرحلة التفاوض.

يترتب على عقد التفاوض عدة التزامات تقع على عاتق كل طرف يجب أن يلتزم بها وهي,الإلتزام بحسن النية والاعتدال والجدية والالتزام بعدم إفشاءالأسرار والتعاون والإعلام.

الفرع الأول:الإلتزام بحسن النية والاعتدال والجدية.

يلعب مبدأ حسن النية وكذا الاعتدال دورا بارزا في مجال العقد,بقصد الوصول بالمفاوضات إلى نهاية منطقية وانعقاد العقد.

---

[1] **عجالي بخالد**,النظام القانوني للعقد الالكتروني في التشريع الجزائري,دراسة مقارنة رسالة لنيل شهادة الدكتوراة في العلوم ,كلية الحقوق والعلوم السياسية,جامعة مولود معمري,تيزي وزو,2014,ص151.

[2] **ميكائيل رشيد علي**,المرجع السابق,ص265.

وحسن النية في فترة تكوين العقد هو إعمال مبادئ الصدق والأمانة والصراحة وعدم الغش والاحتيال,والنزاهة في التصرفات والإجراءات عموما,صيانة لمصلحة الأطراف في إدارة المفاوضات ذاتها.

كما اهتم الفقه الإسلامي بقاعدة حسن النية من خلال قول رسول الله صلى الله عيه وسلم:«إذا اشتريت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام»أي لا خديعة ولا تضليل. [1] وقوله تعالى:«والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون» [2] كما أن دور الاعتدال في التفاوض يقتضي دراسة المقترحات بنية حقيقية,وعدم التشدد والتصلب في رأي,واحترام المعاهدات والأعراف التجارية السائدة,والسعي لإنهاء عملية التفاوض في مواعيد مناسبة,كما يجب الالتزام بعدم التفاوض مع طرف ثالث وهو ما يسمى بحظر إجراء مفاوضات موازية,وذلك شريطة أن يكون هناك اتفاق مسبق على ذلك.[3]

وعلى ذلك يرى بعض الخبراء ضرورة محاربة الأنانية المفرطة التي تثقل كاهل كل متفاوض في مواجهة الآخرين,والتي تدفع به إلى تقديس مصلحته العليا على حساب مصلحة الأطراف المشتركة,ومنتهكا الالتزام بالاعتدال في التفاوض.

---

[1] **بلحاج العربي**,الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد,المرجع السابق,ص68.

2 **سورة المؤمنون**,الآية(08).

3خالد ممدوح إبراهيم,المرجع السابق,ص74

وقد شدد على التزام حسن النية وجعله مبدأ عام يجب التزامه في كافة عقود التجارة الدولية معهد روما لتوحيد القانون الخاص عام 1994 في نص المادة الأولى منه والتي جاء فيها:«يلتزم الأطراف باحترام مقتضيات حسن النية في التجارة الدولية»[1]

الفرع الثاني:الإلتزام بالتعاون وضمان السرية.

الالتزام بالتعاون يفرضه مبدأ حسن النية عند إبرام العقود,فهو بالتالي التزام مفروض ضمنا دون حاجة إلى النص عليه صراحة,ويظل هذا المبدأ قائما طيلة مرحلة المفاوضات,كما انه يفرض المحافظة على أسرار كل طرف,ولو لم تكن هذه الأسرار تحظى بحماية قانونية كالتكنولوجيا والتطبيقات المستخدمة في إنتاج السلع والخدمات.

ويتحدد مضمون الالتزام بالإعلام بسعي كل طرف إلى فحص الآراءوالأفكار التي يقدمها الطرف الآخر,ودراستها وإبداءالرأيبشأنها في كل مرحلة من مراحل التفاوض[2]، كما انه التزام جوهري يقع على عاتق كل طرف,وبصفة خاصة على المهني أو المحترف الذي يجب عليه توجيه العميل إلى مقدار التناسب بين السلعة أو الخدمة التي يقدمها ومقدار احتياج العميل لها,وبيان خصائص وعيوب المنتج أو الخدمة.ولاتندرج صور التعاون تحت حصر فكل فعل أو تصرف يقوم على التعاون والثقة المتبادلة يندرج تحت بند التعاون.

وبالحديث عن عدم إفشاءالأسرار فانه من مقتضيات حسن النية,لذلك يوجب هذا المبدأ المحافظة على هذه الأسرار,لان كل طرف ماكان ليعلم بها لولا اتفاق التفاوض

---

[1] **معمري مرزاقة**،المرجع السابق،ص39.

[2] **عجالي بخالد**,المرجع السابق,ص ، ص ،159-160.

الذي أبرمهمع الطرف الآخر وفي حال إفشاءهلأسرار دون الموافقة من الطرف المتفاوض معه فانه قد ارتكب خطا يوجب مسائلته إذا ثبت وقوع ضرر للطرف الآخر[1].

والحفاظ على الأسرار له شقين,سواء كانت سرية المفاوضات والمناقشات فيما يخص إبرام العقد,أما الشق الثاني المقصور بالسرية الكائنة في التكنولوجيا ذاتها,والذي يسعى الطرف الأخر للحصول عليها بأثمان باهظة[2],وقد نصت المادة 2/107ق,م,ج على ذلك في مضمونها بقولها:«ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب,بل يتناول أيظا ماهو من مستلزماته,وفقا للقانون,والعرف,والعدالة,بحسب طبيعة الالتزام»[3]

كما يهدف الالتزام بالسرية إلى حماية المدين بواجب الإعلام ضد استخدام أو نشر المعلومات المدلى بها أثناء المفاوضات, باعتبارها نتيجة لازمة ومباشرة للالتزام بالإعلام ,تم قبوله في جميع الأنظمة القضائية الوطنية رغم اختلاف أسسه من نظام إلىآخر,بحيث نجد الأنظمة الرومانوجرمانية تجعل أساسه في نظرية حسن النية فهذا الالتزام مقابل للالتزام بالإعلام.

ونلاحظأن المشرع الجزائري نص على مجموعة من القوانين التي تضمن حماية المعلومات الفنية أو التقنية السرية في إطار حماية الملكية الفكرية والفنية والصناعية.

أما القانون الانجليزي فيؤسس هذا الالتزام على العدل,وعلى العكس من القانون الفرنسي بان أسس الالتزام بالسرية على حسن النية.

---

[1] **خالد ممدوح إبراهيم**,المرجع السابق,ص ، ص 307/306.

[2] **معمري مرزاقة**,المرجع السابق,ص46

[3] **ق،م، ج**،المادة(2/107).

أما القانون الأمريكي يؤسس حماية المعلومات السرية في المجال الصناعي والتكنولوجي على حق الملكية الفكرية لصالح المالك.[1]

الفرع الثالث:الإلتزام بالإعلام.

الالتزام بالإعلام هو اطلاع الطرف الآخر على كافة البيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد منذ اللحظة الأولى من إبرامه,وتبرز أهمية هذا الالتزام في التفاوض الالكتروني الذي يكتنفه القلق والغموض وعدم اليقين,مما يدفع كل طرف عند دخوله المفاوضات

إعطاء كل البيانات والمعلومات الضرورية اللازمة للتعاقد لبيان وتقرير الرضا بكل وضوح وأمانة.[2]

كما يقصد به:التزام قانوني سابق على إبرام العقد الالكتروني ,يلتزم بموجبه احد الطرفين الذي يملك معلومات جوهرية فيما يتعلق بالعقد المزمع إبرامه,بتقديمها بوسائط الكترونية في الوقت المناسب وبكل شفافية وأمانة للطرف الآخر الذي لا يمكنه العلم بها بوسائله الخاصة,

ليتم إبرامعقد خالي من أي عيب[3]

وقد حرصت القوانين على تكريس هذا الالتزام بالنص عليه في مختلف النصوص التشريعية والتنظيمية على غرار المشرع الجزائري الذي نص عليه ضمن الفصل الخامس

---

[1] **معمري مرزاقة**، المرجع السابق ،ص

[2] **معمري مرزاقة**,المرجع السابق,ص41.

[3] **الياس ناصيف**،المرجع السابق ص 62

تحت عنوان:إلزاميةإعلام المستهلك بمقتضى المادتين(17و18)من قانون حماية المستهلك وقمع الغش[1]

كما أن المتفاوض عبر شبكة الانترنت يقع على عاتقه التزام أساسيبإعلام المتعاقد الآخر بالبيانات والمعلومات,فإذا كان موضوع التفاوض عقدا من عقود خدمات المعلومات وجب على المتفاوض تزويد المفاوض الآخر بالشروط المتعلقة بالاستخداموالإرشادات التي تمكنه من التعامل التقني معه,وإذا تعلق الأمر ببرنامج حاسوب وجب عليه تزويد الطرف الآخر بالمواصفات والقدرة الفنية اللازم توافرها في البرنامج المزمع تنفيذه,وإذا تعلق الأمر بمنتج وجب عليه إعلامه بمواصفاته وملحقاته وطريقة استعماله.

المبحث الثاني:الإيجاب والقبول في العقد الالكتروني.

مما اجمع عليه فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي,على اعتبار الصيغة ركنا في العقد,وهي الركن الأول من أركانه,وتتألف من شقين هما الإيجاب والقبول,سواء كان هذا التعبير باللفظ الصريح أو بالفعل,أو بالكتابة أو بالرسول أوبالإشارة,واصطلح الفقهاء على تسميتها بالإيجاب والقبول,أما علماء القانون فيطلقون عليها مصطلح التعبير عن الإرادة,[2]

وعلى أساسأنالإيجاب والقبول الالكتروني يتمان من خلال شبكة المعلومات الدولية التي تتضمن شبكة عالمية للاتصالات سواء بطريقة مسموعة أو مسموعة ومرئية في آن

---

[3]**معمري مرزاقة**,نفس المرجع,ص42.

[2]**ميكائيل رشيد علي**,المرجع السابق,ص197

واحد أو عبر البريد الالكتروني بإرسال رسالة بيانات الكترونية للتعبير عن الإرادة في الإيجابأو القبول,[1]فانه لابد من تناول الإيجاب والقبول وذلك على النحو التالي:

المطلبالأول:الإيجاب الالكتروني.

الفرعالأول:مفهوم الإيجاب للعقد الالكتروني في الشريعة الإسلامية.

أولا:الإيجاب لغة:مصدر اوجب,يقال:اوجب الأمر على الناس إيجاباأيألزمهم به إلزاما,ويقال وجب البيع يجب وجوبا أيإذا ثبت ولزم واستوجبه استحقه.

ثانيا:الإيجاب إصطلاحا:للفقهاء في تحديد معنى الإيجاب قولان:القول الأول:عند الحنفية الإيجاب هو ما صدر أولا من احد المتعاقدين,بائعا أو مؤجرا أو مشتريا أومستأجرا,بصيغة مفيدة لإنشاء العقد [2].وقد جاء في مجلة الأحكام العدلية أنالإيجابهو:«أول كلام يصدر من احد العاقدين لأجلإنشاء التصرف,وبه يوجب ويثبت التصرف» [3]أيأن تحديد الإيجاب عنهم هو وقت الصدور,من احد المتعاقدين,اي ما صدر أولاإيجاب وما صدر ثانيا هو القبول.

القول الثاني: عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة حيث يرون أنالإيجاب هو مايصدر ممن يكون منه التمليك (البائع أو المؤجر) في العقود وما صدر عن ولي المرأة في عقد الزواج وان جاءمتأخرا[4]

---

[1]**لما عبد الله صادق سلهب**,المرجع السابق,ص71

[2]**ميكائيل رشيد علي**,نفس المرجع,ص200

[3]**مجلة الأحكام العدلية**,دار إبن حزم،بيروت،1424هـ،2004م،المادة(101).

[4]**ميكائيل رشيد علي**,المرجع السابق,ص200

الفرع الثاني:مفهوم الإيجاب الالكتروني في القانون

يعرف الإيجابأنه التعبير الصادر من احد المتعاقدين متضمنا رغبته الأكيدة في التعاقد مع الآخر,فيما لو صدر قبول من هذا الأخير[1]

وقد عرفته المادة 168 من مجلة الأحكام العدلية:الإيجاب والقبول في البيع عبارة عن كل لفظين مستعملين لإنشاء البيع في عرف البلد والقوم.[2]

ويعرف التوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد,الإيجابأنه :كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليهأن يقبل التعاقد مباشرة,ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان[3]

ويعد الإيجابالإرادةالأولى التي تظهر في العقد ولذلك يمتاز بناحيتين هما

أن يكون باتا ومحددا:أيأن يكون صادرا عن نية باتة في التعاقد.

أن يكون متضمنا لجميع العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه:حيث يتم من خلال شبكة دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية ويتضمن كافة العناصر اللازمة لإبرام العقد بحيث يستطيع من يوجه إليهأن يقبل بالتعاقد مباشرة ولذلك فهو لايختلف عن الإيجاب التقليدي إلا في الوسيلة المستخدمة فقط مع بقاء الجوهر نفسه[4]

---

[1] **لما عبد الله صادق سلهب**,المرجع السابق,ص71

[2] **مجلة الأحكام العدلية**,المادة 168

[3] **خالد ممدوح إبراهيم**,المرجع السابق,ص317

[4] **لما عبد الله صادق سلهب**, المرجع السابق,ص72

والإيجاب الالكتروني قد يكون إيجابا خاصا موجه إلىأشخاص محددين,وهو يتم في الغالب في عروض التعاقد بواسطة البريد الالكتروني أو برنامج المحادثة وقد يكون إيجابا عاما موجها إلىأشخاص غير محددين,وهو مايحدث في حالة التعاقد عبر مواقع الويب التجارية المنتشرة على شبكة الانترنت[1]

والإيجاب الالكتروني يمكن أن يكون شفهياأو مكتوبا ويمكن أن يتم هذا الإيجاب عن طريق الاتصالات الحديثة مثل الهاتف أو الفاكس أو البريد الالكتروني أو عبر صفحات الويب أو عن طريق المشاهدة أو المحادثة الصوتية والمرئية عبر الانترنت[2]، وق د عرفته محكمة النقض المصرية في احد أحكامهابأنه :العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين ,بحيث إذا مااقترن به قبول مطابق له انعقد العقد [3]

ويستخلص مما سبق أن قوانين ومشاريع قوانين التجارة الالكترونية محل البحث لم تورد تعريفا خاصا بالإيجاب الالكتروني يختلف في مضمونه عن تعريف الإيجاب التقليدي إلا في الوسيلة المستخدمة للتعبير عنه حيث يتم عادة بوسائل الكترونية بدلا من الوسائل التقليدية ولم تشترط أي من التشريعات المدنية المنظمة لأحكام العقد عموما شكلية معينة للإيجاب بل أجازت التعبير عنه بالوسيلة المناسبة للموجب التي لاتثير

---

[1] **خالد ممدوح إبراهيم**,المرجع السابق,ص319

[2] **ميكائيل رشيد علي**,المرجع السابق,ص203

[3] **عجالي بخالد**,المرجع السابق,ص167

شكا في دلالته على التراضي,سواءا كانت هذه الوسيلة هي اللفظ أو الكتابة أو رسالة البيانات وغيرها[1]

الفرع الثالث: الشروط التعاقدية للإيجاب الالكتروني

لكي يعتد بالإيجاب الالكتروني كتعبير نهائي عن الإرادة يجب أن يتوفر فيه شروط فالإيجاب يجب أن يكون مقترنا بقبول مطابق له حتى يتم التعاقد لذا يتعين تحديد الشروط الواجب توافرها في الإيجاب ليعتد به إيجابا بالمعنى القانوني ,ولكي يتم تمييزه عن المرحلة التمهيدية السابقة للتعاقد, ويمكن إجمالها في مايلي:

أولا:يكون الإيجاب موضحا وموجها إلى شخص أوأشخاص معنيين أومطلقا .

فالإيجاب الذي يتم عبر الانترنت قد يكون إيجابا خاصا موجها إلىأشخاص محددين وهو الذي يتم غالبا بواسطة البريد الالكتروني أو عن طريق برنامج المحادثة وقد يكون إيجابا عاما موجها إلىأشخاص غير محددين ا والى جميع زائري الموقع عبر صفحات الويب,والقوائم الإخبارية والمتاجر الافتراضية,وبما أن شبكة الانترنت تمتاز بالصفة الدولية فان الإيجاب الموجه عبرها يكون هو الآخر دوليا أي موجها إلى كل زائري

الموقع بغض النظر عن دولته ومكان تواجده,ومع ذلك يجوز أن يكون الإيجاب محددا بنطاق مكاني أي النطاق الذي يشمله الإيجاب بالنص على ذلك صراحة,غير انه يجب أن يتضمن الموقع التجاري الشيء المبيع من حيث مقداره ونوعه وكميته وثمنه وطريقة أداء الثمن,وغير ذلك من الأمور الضرورية التي يعدها صاحب الموقع[2]

---

[1] **لما عبد الله صادق سلهب**,المرجع السابق,ص73

[2] **ميكائيل رشيد علي**,المرجع السابق,ص205.

وبإستقراء النصوص المنظمة للإيجاب الالكتروني يتضح انه توجد قواعد تتعلق بشكل الإيجابوأخرى بمضمونه يجب أن تتم مراعاتها حتى يستوفي الإيجاب الالكتروني وصفه ويكون صالحا من الناحية القانونية.

فيجب أن يتضمن الإيجاب تحديدا دقيقا لهوية الموجب وعنوانه ورقم هاتفه وذلك لتحقيق الثقة والامان لمن وجه له الإيجاب في المعاملات الالكترونية[1]

وقد نصت المادة (5) من التوجيه الأوروبي,بشان حماية المستهلكين الصادر بتاريخ حزيران/جويلية2000م على إلزام الموجب ضرورة:

بيان اسمه وعنوانه وبريده الالكتروني.

توضيح الخصائص المتعلقة بالسلعة أوالخدمة.

تحديد السعر.

بيان تكاليف إضافية كأجور النقل.

منح المستهلكين الحق المطلق في إرجاع المبيع,وذلك خلال سبعة أيام,وان لم يحدد سبب الإرجاع.

توضيح مدة عرض المبيع.

توفير نظام خاص لتلقي أية شكاوى أو ملاحظات من المستهلكين ما بعد البيع.[2]

وفي مشروع قانون تعديل التقنين المدني الجزائري في جزئه المتعلق بعقد البيع أورد القائمون على المشروع المادة 412مكرر 03 التي جاء فيها:«مع عدم الإخلال

[1] **عجالي بخالد**,المرجع السابق,ص171

[2] **ميكائيل رشيد علي**,المرجع السابق,ص206.

بالنصوص المتعلقة بقانون حماية المستهلك يجب أن يتضمن عرض عقد البيع البيانات التالية:-هوية بائع المال,رقم هاتفه وعنوانه.»[1]

كماأكدت المادة السابقة الذكر في فقرتها الثانية ضرورة أن يتضمن الإيجاب مدة صلاحية.

ومن المعلوم أن المادة 63 من القانون المدني الجزائري تنص على أن:«إذا عين اجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابهإلى انقضاء هذا الأجل وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال,أو من طبيعة المعاملة.»[2]

ثانيا:يجب أن يكون الإيجابباتا ومحددا تحديدا كافيا.

قد تتمخض مرحلة المفاوضات بين الطرفين عن عرض بات فنكون في هذه الحالةأمامإيجاب,مثل أن يتقدم احد الطرفين بعرض إلىالآخر,يتضمن استعداده للتعاقد على موضوع معين وفقا لأحكام مبينة جملة وتفصيلا دون أن يعلق هذا الاستعداد على شرط ودون توقيته بزمن,عندئذ نكون أمامإيجاب بات من لحظة وصوله إلى علم الطرف الآخر ويكون صالحا لان يقترن به قبول وينعقد العقد باقتران الإيجاب بالقبول.[3]

---

[1] **عجالي بخالد**,المرجع السابق,ص172

[2] **القانون المدني الجزائري**,المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-10،المؤرخ في 20يونيو2005م،(ج.ر44،الصادرة بتاريخ 2007،ص22)المادة(63

[3] **لما عبد الله صادق سلهب**,المرجع السابق,ص78

كما يجب أن يخلو من أية تحفظات مؤثرة في إلزامية العرض,أي بما يدل على أن صاحب العرض غير جاد في إبرام العقد وفي قبول العرض.[1]

ويجب أن يكون هذا الإيجاب واضحا باتا متضمنا للمسائل الجوهرية في العقد دالا على نية الموجب في الالتزام به,بمعنى اتجاه نيته الجازمة لإبرام عقد معين بمجرد صدور أي تعبير من الطرف الآخر يشير إلى القبول وإذا تعلق هذا الإيجاب على شرط لا يتعارض مع بقائه إيجاباأو مع صدق نية الموجب طالما انصرفت إرادتهإلى التعاقد,غير أن هذا الإيجاب لاينفذ إلاإذا تحقق الشرط.[2]

المطلب الثاني:القبول الالكتروني.

القبول هو التعبير الصادر عن إرادة الطرف الذي وجه إليهالإيجاب يفيد موافقته على ما جاء في الإيجاب.[3]

كماأن القبول هو الإرادة الثانية في العقد الصادرة ممن وجه إليهالإيجاب ويجب أن يتضمن النية القاطعة في التعاقد أي يصدر منجزا بلا قيد أو شرط.[4]

ولأنه لايختلف مفهوم القبول الالكتروني عبر الانترنت عن القبول التقليدي إلا في أداة التعبير عنه,حيث يتم من خلال وسائل الكترونية عبر الانترنت,فهو قبول عن بعد, لذا سنتناول في هذا المطلب مفهوم القبول في الفقه الإسلامي,والقبول في القانون

---

[1] **ميكائيل رشيد علي**،المرجع السابق،ص 207

[2] **لما عبد الله صادق سلهب**, المرجع السابق,ص78

[3] **عجالي بخالد**,المرجع السابق,ص179

[4] **خالد ممدوح إبراهيم**, المرجع السابق, ص339

وطرق القبول الالكتروني عبر الانترنت,والقبول بشكل عام هو تعبير عن الإرادة لمن وجه إليهالإيجاب.

الفرعالأول:تعريف القبول في الشريعة الإسلامية.

أولا:القبول لغة:من قبل الشيء يقبله قبولا,والقبول:هو الرضا بالشيء,وميل النفس إليه.

ثانيا:القبول اصطلاحا:للفقهاء في تحديد معنى القبول قولان:

القول الأول:هو ما صدر ثانيا عن العاقد الآخر دالا على الموافقة والرضا بالإيجاب [1],وعرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه:«ثاني كلام من احد العاقدين لأجلإنشاء التصرف,وبه يتم العقد,أو ما صدر ثانيا من المتعاقد الثاني,لأنه يقع قبولا ورضا بما أوجبهالأول»[2]

القول الثاني:عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية القبول هو ما صدر من المتملك ممن يصير إليه الملك(المشتري)أو ينتفع بالعين المؤجرة(المستأجر)أو من الزوج في عقد الزواج,وان جاء متقدما أي لاعبرة عندهم بوقت صدور اللفظ,بل بالجهة التي صدر عنها ويتبين من خلال هذا انه لا يحدث خلافا في العقد ولا يبطله لان العبرة بالمعنى وإفادة المقصود,وذلك حاصل في الحالتين,سواءا تقدم الإيجاب على القبول أو

[1] **ميكائيل رشيد علي**,المرجع السابق,ص209

[2] **مجلة الأحكام العدلية**,المرجع السابق،المادة(102).

العكس,وعليه فان الخلاف شكلي لا جوهري,وبعبارة أخرى هو ما صدر عن المشتري دالا على رضاه بالتعاقد سواءا اصدر أولاأم ثانيا.[1]

الفرع الثاني:القبول في القانون.

يمكن تعريف القبول بأنه التعبير الصادرالموجه إليهالإيجاب برضاه بإبرام التعاقد بالشروط الواردة بالإيجاب.

والقبول بشكل عام هو التعبير عن إرادةمن وجه إليهالإيجاب, لإبرام التعاقد بناءا

على البيانات التي تم إرسالها من خلال الإيجاب دون إحداثأي تعديل,والموافقة على محتوياته ليطابق القبول الإيجابفإذا اختلف القبول عن الإيجاب اعتبر إيجابا جديدا وليس قبولا,وهذا ما جاء في نص المادة(96)من القانون المدني المصري,والتي جاء فيها:«إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجابأو يقيد منه أو يعدل فيه,اعتبر رفضا يتضمن إيجابا جديدا.»والتي اعتبرت أن القبول غير المتطابق مع الإيجاب يعتبر رفضا يتطلب إيجابا جديدا,وكذلك المادة(99)من القانون المدني الأردني والتي جاء فيها:« 1-يجب أن يكون القبول مطابقا للإيجاب. 2-وإذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجابأو يقيده أو يعدل فيه اعتبر رفضا يتضمن إيجابا جديدا.»حيث جاءت بنفس حكم.

وقد أشار بهذا الخصوص العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الالكترونية في بنده السابع بعنوان"قبول العرض"إلىأن موافقة المشتري يجب أن تتضمن تحديدا لبعض العناصر وهي الشيءأو الخدمة المتعاقد عليها والثمن وطريقة الوفاء وطريقة التسليم والطريقة التي تتم

---

[1] **ميكائيل رشيد علي**, المرجع السابق,ص210.

بها خدمة ما بعد البيع,فالإشارةإلى هذه العناصر تستهدف ضمان اتفاق القبول مع الإيجاب في العناصر الرئيسية للعقد والتي لا ينعقد دون الاتفاق عليها.[1] ويعرف القبول على الانترنت بأنه:«تعبير عن إرادة الطرف الآخر الذي تلقىالإيجابيطلقه نحو الموجب ليعلمه بموافقته على الإيجاب.»فهو الإيجاب بالموافقة على عرض الموجب,وبإضافتهإلىالإيجاب يتكون العقد.[2]

وقد عرفته مجلة الأحكام العدلية كالتالي:«القبول ثاني كلام يصدر من احد العاقدين لأجلإنشاء التصرف وبه يتم العقد.»[3]

وقد تكلمت المادة(11)من قانون الأمم المتحدة النموذجي بشان التجارة الالكترونية (الاونسترال)الصادر في: 1996/12/16م على انه يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن القبول,وان لا ينعقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لهذا الغرض.

وتنص المادة (13) من القانون المدني الأردني رقم 58لسنة 2001م المتعلق بالمعاملات الالكترونية على أن تعبير الرسالة الالكترونيةوسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانونا لإبداءالإيجابأو القبول بقصد التعاقد.

كما تنص المادة (06)من القانون الإماراتي المتعلق بالمعاملات والتجارة الالكترونية على انه ليس في هذا القانون ما يتطلب من شخص أن يستخدم أو يقبل معلومات بشكل الكتروني,إلا انه يجوز استنتاج موافقة الشخص من سلوكه الايجابي.

---

[1] **لما عبد الله صادق سلهب**,المرجع السابق,ص94

[2] **خالد ممدوح إبراهيم**,المرجع السابق,ص340

[3] **مجلة الأحكام العدلية**,المرجع السابق،المادة(102).

وتنص أيضا المادة(10) من قانون 2002/09/14م البحريني المتعلق بالتجارة الالكترونية,على انه يجوز التعبير عن الإرادة(القبول)بالوسائل الالكترونية.[1]

الفرع الثالث:طرق القبول الالكتروني.

يتم التعبير عن القبول الالكتروني بعدة طرق منها الكتابة بما يفيد الموافقة أو باستخدام التوقيع الالكتروني عبر البريد الالكتروني,أو عن طريق اللفظ من خلال غرف المحادثة,أو التنزيل عن بعد من خلال تنزيل البرنامج أو المنتج أو السلعة عبر الانترنت وتحميلها على جهاز الكمبيوتر الخاص بالقابل.

ومن طرق القبول الالكتروني أيضا النقر مرة واحدة بالموافقة على العلامة الخاصة بذلك-الأيقونة-,حيث نجد عبارة "أنا موافق"وتستخدم مواقع الويب التي تتعامل باللغة الفرنسية,في الغالب عبارات تدل على الموافقة مثل عبارة "اقبل العرض"أو "حسنا",أما موقع الويب باللغة الانجليزية فتستخدم عبارة"أنا اتفق"أو "حسنا".[2]

وقد يشترط الموجب في حالة التعاقد بهذه الصورة بغرض التأكد من صحة إجراء القبول أن يتم النقر المرتين على الأيقونة المخصصة للقبول الموجودة على شاشة الحاسوب,وفي هذه الحالة فان النقر مرة واحدة لا يرتب أثرا بشان انعقاد العقد ويصبح القبول عديم الأثر,وغالبا ما يلجا الموجب إلى هذه الطريقة للتأكد من موافقة القابل

---

[1] **ميكائيل رشيد علي**,المرجع السابق,ص،ص211-212.

[2] **خالد ممدوح إبراهيم**,المرجع السابق,ص،ص341-342

على التعاقد,وحتى لا يتذرع بان النقرة الأولى كانت عن طريق السهو أو خطا غير مقصود.[1]

وقد يتخذ الموجب بعض الإجراءات اللاحقة لصدور القبول,كالإجابة على بعض الأسئلة التي توجه إلى القابل مثل تحديد محل إقامته الذي يتعين إرسال المنتج إليه,أو كتابة بعض البيانات الخاصة التي تظهر على شاشة جهاز الحاسب الآلي كرقم ونوع بطاقته الائتمانية,وواضح ان القصد من هذه الإجراءات اللاحقة هو تأكيد القبول وجعله في صورة أكثر فاعلية,يمنح القابل فرصة للتروي والتدبر والتأكد من رغبته في القبول وإبرام العقد حتى إذا تم منه بالشكل المطلوب كان معبرا بالفعل عن إرادته الجازمة في القبول.[2]

كما قد يتم مباشرة عبر الشبكة وذلك بالضغط على أيقونة خاصة بالقبول ويكون ذلك بملأ الفراغ المخصص بإحدى العبارات التي تفيد القبول ومنها:"اقبل العرض"أو "أنا اتفق",أو بمجرد اللمس أو الضغط على –الأيقونة–المعدة سلفا للقبول.[3]

وإذا كان الأصل العام أن القبول يمكن أن يتم صراحة أو ضمنا,فان من المتصور إمكانية ذلك في القبول الالكتروني,حيث يتم التعبير صراحة عن القبول عبر الوسائط الالكترونية المتعددة,وقد يكون ضمنيا كان يقوم من وجه إليهالإيجاب بتنفيذ العقد الذي اقترح الموجب إبرامه,كالدفع مثلا عن طريق بطاقات الائتمان بإعطاء الموجب رقم البطاقة السري دون ان يعلن صراحة قبوله فيتم العقد وفق هذا القبول الضمني.

---

[1] **عجالي بخالد**,المرجع السابق,ص118

[2] **خالد ممدوح إبراهيم**,المرجع السابق،ص342

[3] **لما عبد الله صادق سلهب**,المرجع السابق,ص104

وان كان السكوت وفقا للقواعد العامة لا يصلح تعبيرا عن إنشاءالإيجاب,فانه على العكس من ذلك قد يصلح أن يكون قبولا,ويثور التساؤل عما إذا كان السكوت يمكن أن يكون تعبيرا عن إرادة احد الأشخاص في التعاقد الالكتروني.[1]

وقد أثار الفقه مسالة السكوت ودلالته عن القبول في بيئة العقد الالكتروني,فالأصلأن مجرد سكوت من وجه إليهالإيجاب لايعد قبولا وذلك تطبيقا للقاعدة الشرعية القائلة بأنه لا ينسب لسكوت قول.

واستثناءا من هذه القاعدة قرر الفقه,ونص التشريع على اعتبار السكوت قبولا اذا كان سكوتا ملابسا اقترنت به ظروف دلت على القبول[2]

وفي هذا الإطار نصت المادة(68)من القانون المدني الجزائري على مايلي:«إذا كانت طبيعة المعاملة,أو العرف التجاري,أو غير ذلك من الظروف,تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحا بالقبول فان العقد يعتبرقد تم,إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب.

ويعتبر السكوت في الرد قبولا,إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين ,أوإذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه.»[3]

---

[1] **خالد ممدوح إبراهيم**,المرجع السابق,ص343

[2] **عجالي بخالد**,المرجع السابق,ص182

[3] **القانون المدني الجزائري**,المرجع السابق،المادة(68).

وقد يكون القبول الالكتروني عن طريق إلزام بعض المواقع الالكترونية لمن يتعامل معها بان يحرر أمرا بالشراء على صفحة الويب,وقد يحتاج الأمرإلى تحرير عدة أوامر,فإذا قام العميل الذي دخل على الموقع بتحرير هذه الأوامر,فان ذلك يعد قبولا منه بالتعاقد.

ومن هذه التشريعات القانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة بشان التوقيعات الالكترونية **(الاونسترال)** لعام 2001م,المتعلق بالتوقيع الالكتروني,والتوجيه الأوروبي رقم1993/99 المتعلق بالتوقيع الالكتروني.

كما اهتمت بعض التشريعات العربية الحديثةبإثبات المعاملات الالكترونية ومنها:القانون التونسي رقم(83)لسنة 2000م,والقانونالأردني رقم(85)لسنة 2001م,والقانون المصري رقم(65)لسنة 2004م,ونص المادة (10)من قانون التجارة البحريني.[1] والتي جاء في مفهومها انه يجوز التعبير حكميا او جزئيا,عنالإيجاب والقبول,وكافة الأمور المتعلقة بإبرام العقد.

المبحث الثالث:مجلس العقد الالكتروني عبر الانترنت.

مجلس العقد قاعدة إسلامية,ومن صنع الفقه الإسلامي,لاقت عناية كبيرة من فقهاء الشريعة الإسلامية,واختلفت آراؤهم حول تحديدها وتفسيرها,والغرض منها هو تحديد المدة التي يصلح أن تفصل القبول عن الإيجاب حتى يتمكن من عرض عليه الإيجاب التفكير والتروي من قبوله أو رفضه,كما أن الفقهاء القدامى لم يضعوا تعريفا لمجلس العقد فحسب,وإنما صاغوا أحكامه من خلال عقود,وخاصة عقد البيع.[2]

---

[1] **ميكائيل رشيد علي**,المرجع السابق,ص214

[2] **ميكائيل رشيد علي**,المرجع السابق,ص447

كما يعد مرحلة ضرورية من مراحل التعاقد كما يعد الحلقة الأخيرة في مرحلة قيام العقد فعلا, ففترة المجلس هي الفترة التي ينعقد خلالها العقد وبدونها لاينعقد[1]

المطلبالأول: ماهية مجلس العقد الالكتروني

الفرعالأول:تعريف مجلس العقد في الشريعة الإسلامية

أولا:المجلس لغة:من الفعل جلس وبكسر اللام ,موضع أو مكان الجلوس والجلوس هو القعود وهو نقيض القيام ويطلق لفظ المجلس على كل موضع يجلس فيه الإنسان,لقوله تعالى:«يأيها الذين ءامنواإذا قيل لكم تفسحوا في المجالس فافسحوا يفسح الله لكم وإذا قيل انشروا فانشروا يرفع الله الذين ءامنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات والله بما تعملون خبير» [2]والمجلس مشتق من جلس يجلس جلوسا,ومنه اشتقت كلمة جلسة وهي حصة من الوقت يجلس فيها جماعة يختصون بالنظر في شان وهي مغلقة إذا لم يشهدها إلىأعضائها ومفتوحة إذا شهدها معهم غيرهم والمقصود به هنا زمان ومكان إبرام العقد عند الفقهاءثانيا اصطلاحا:مجلس العقد هو الحال التي يكون فيها المتعاقدان منشغلين فيه بالتعاقد او هو اتحاد الكلام في موضع التعاقد[3]

---

[1]**بلقاسم حامدي** ،إبرام العقد الالكتروني ،أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية،تخصص:قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية,جامعة الحاج لخضر,باتنة2015,ص87

[2]**سورة المجادلة**,الاية11

[3]**ميكائيل رشيد علي**,نفس المرجع,449.

كما جاء تعريفه في مجلة الأحكام العدلية بأنه :الاجتماع الواقع لأجل التعاقد[1]

كما أنآراء الفقهاء في تعريفه تعددت منهم من رأى :أن مجلس العقد قاعدة إسلامية صاغها الفقهاء المسلمون على نحو لامثيل له في الشرائع والقوانين الأخرى ومضمونه أن يصدر الإيجاب والقبول في نفس المكان والزمان معا أي :هو الحالة التي ينشغل فيها المتعاقدان بإبرام العقد فقط ولايشتغلا بما يقطعه عرفا هذا الرأي عند الحنابلة.

ويرى المالكية والشافعية والحنفية بان مجلس العقد وحدة مكانية فهم يرون انه لابد من صدور الإيجاب والقبول في مكان انعقاد العقد,فإذا اختلف المكان لاينعقد.

ويرى اتجاه آخر بان المجلس وحدة زمانية ولايشترط وحدة المكان وقد نسب هذا القول الى بعض الفقهاء من الشافعية والحنفية حيث قالوا:انه الفترة الزمانية التي يكون فيها المتعاقدان منشغلين بالتعاقد[2]

الفرع الثاني:تعريف مجلس العقد في القانون

مجلس العقد فكرة من ابتداع فقهاء الشريعة الإسلامية صاغوها في شكل نظرية بلغت من الإتقان درجة كبيرة [3]وقد ورد مصطلح مجلس العقد في القانون المدني الجزائري في المادة 64 منه والتي جاء فيها:«إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر

---

[1] **مجلة الأحكام العدلية**،المرجع السابق،المادة181.

[2] **ميكائيل رشيد علي**,المرجع السابق,ص450

[3] **عبد الرزاق احمد الصنهوري**, الوسيط في شرح القانون المدني,الجزء الأول,مصادر الالتزام,دار إحياء التراث,بيروت لبنان,طبعة1993,ص231.

دون تحديد اجل القبول فان الموجب يتحلل من إيجابهإذا لم يصدر القبول فورا وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلىآخر بطريق الهاتف أوبأي طريق مماثل.

غير أن العقد يتم ولو لم يصدر القبول فورا اذا لم يوجد مايدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة مابين الإيجاب والقبول وكان القبول صدر قبل ان ينفض مجلس العقد»[1]

وقد حاول الفقه وضع تعريف لمجلس العقد فقال بعضهم بان مجلس العقد هو مكان وزمان التعاقد والذي يبدأ بالانشغال البات بالصيغة وينفض بانتهاء الانشغال بالتعاقد.[2]

وقد تعددت مفاهيمه في الفقه المدني,إذأن للفقهاء رأيين في تعريفه.

الرأيالأول:يرى بان مجلس العقد وحدة مكانية وعرفه بأنه:«تواجد أطراف العلاقة القانونية في مكان واحد يضلون فيه منشغلين بالعملية التي يتفاوضون بشأنها دون أن ينصرف اهتمامهم عنها.»وعرفه البعض الآخربأنه:«اجتماع المتعاقدين في زمان محدود ومكان محدود بقصد الاتفاق على عقد.»

الرأي الثاني:يرى بان مجلس العقد وحدة زمانية وعرفوه بأنه:«المكان الذي يضم المتعاقدين دون أن يصرفهما عن ذلك شاغل.»وعرفه آخرونبأنه:«الفترة الزمنية الفاصلة

[1] **القانون المدني الجزائري**،المرجع السابق،المادة 6

[2] **عجالي بخالد**,المرجع السابق,ص192

مابين الإيجاب والقبول والتي تتحدد خلالهما المدة التي يبقى فيها الإيجاب صالحا لاقترانه بالقبول.»[1]

ويقوم مجلس العقد على ركنين هما:الركن المادي وهو المكان,والركن المعنوي هو الزمان,أي الفترة الزمنية بين صدور الإيجاب والقبول.

وبتطبيق ذلك على العقد الالكتروني نجد انه مكان افتراضي لأنه يتم في فضاء الكتروني,

وبما ان العقود الالكترونية تبرم عن بعد عبر شبكة الاتصال الدولية وتتم عبر فضاء الكتروني,فان لجنة الاونسترال وضعت مشروع قانون العقد الالكتروني وقامت فيه بتحديد مكان إبرام العقد في المادة(4/15)حيث قرر:«إن مكان إرسال الرسالة الالكترونية يتخذ بالمكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ وان مكان استلامها هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه,ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك.» [2]

الفرع الثالث:صور مجلس العقد وشروطه.

قد يكون مجلس العقد حقيقيا حيث يتم التعاقد بين حاضرين معا ويجمعهما حيز مكاني واحد,وقد يكون حكميا حيث يكون احد المتعاقدين غائبا عن مكان مجلس العقد أو تفصله عن الآخر مسافة لاتتيح له رؤيته والالتقاء به بشكل فعلي الأمرالذي يمكن التساؤل عنه حول حقيقة التعاقد عن طريق هذه الوسائل هل يأخذ صورة

---

[1] **ميكائيل رشيد علي**,المرجع السابق,ص,ص451-452.

[2] **خالد ممدوح إبراهيم**,المرجع السابق,ص362

التعاقد بين حاضرين وبالتالي تسري عليه أحكام مجلس العقد الحقيقي؟أميأخذ صورة التعاقد بين غائبين وتسري عليه أحكام مجلس العقد الحكمي؟[1]

أولا:مجلس العقد الحقيقي.

1/المقصود بمجلس العقد الحقيقي:هو المكان الذي يجمع المتعاقدين بحيث يظلا على اتصال مباشر بحيث يسمع احدهما كلام الآخر مباشرة حال كونهما منصرفين إلى التعاقد لا يشغلهما عنه شاغل.

ويعرفه البعض الآخربأنه:اتصال المتعاقدين بمكان بحيث يسمع احدهما كلام الآخر مباشرة دون أن يصرفهما صارف,ويبدأبالإيجاب وينتهيبالقبول أو الرفض في حضور متزامن بين متعاقدين وجها لوجه.[2]

2/شروط مجلس العقد الحقيقي:لكي يكون مجلس العقد حقيقيا لابد أن تتوافر عدة شروط لتكون ضمانات لتحقيق الاتصال الفعال بين الإيجاب والقبول بما يؤدي لإبرام العقد على النحو المقصود شرعا وقانونا,ومنها:

- يشترط حضور كلا المتعاقدين حضورا حقيقيا ولكي يكون حضور الطرفين فعليا في مجلس العقد ذا جدوى فيجب أن يكون النطاق المكاني لمجلس العقد الحقيقي يسمح لهما بتبادل الإيجاب والقبول ويتيح لكل منهما أن يرى الآخر ويسمعه بوضوح.[1]

---

[1] **بلقاسم حامدي**,المرجع السابق,ص92

[2] **ميكائيل رشيد علي**,المرجع السابق,ص456.

ولفقهاء الشريعة رأيان في هذا الشرط.

الرأيالأول:عند الحنابلة وبعض من الحنفية,يشترط حضور المتعاقدان سويا في مجلس العقد,بحيث يتيح لكل منهما أن يرى الآخر ويسمعه,بتبادل الإيجاب والقبول بوضوح ويسر.

الرأي الثاني:عند بعض فقهاء الحنفية قول آخر,بحيث لا يشترط حضور المتعاقدين معا في مجلس العقد,إنما يكفي حضور احدهما,فالمعول عليه هو أن يكون صوت العاقد الآخر وكلامه واضحا لالبس فيه ولا غموض,وان كان يتحدث خلف ستار,كما لو كانت امرأة لاتختلط بالرجال وتعبر عن إرادتها بشان إبرام العقد.

●يشترط العلم[2] بالإيجاب فور صدوره في مجلس العقد,لان هذا الأخير حقيقي يقتضي أن يكون المتعاقدين حاضرين,وهذا لايعني لزوم فورية الرد على الإيجاب بمجرد صدوره,فلا يوجد ما يمنع انقضاء فترة زمنية معقولة بين صدورالإيجاب والعلم به والرد عليه,وخلاصة القول:سواء صدر القبول فور صدور الإيجابأو كان بينهما فاصل أو فارق أثناء قيام مجلس العقد لا يمكن القول بان الإيجاب قد صدر وتم العلم به في وقت واحد وهو وقت انعقاد المجلس.

ثانيا:مجلس العقد الحكمي.

1/المقصود بمجلس العقد الحكمي:يقصد به التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مجلس واحد بغض النظر عن وسيلة التعاقد.

---

[1] **بلقاسم حامدي**, المرجع السابق,ص،ص92-93.

[2] **ميكائيل رشيد علي**,المرجع السابق,ص448

كما يعرف أيضابأنه:«ذلك المجلس الذي يكون فيه احد المتعاقدين غائبا.»بمعنى,لا يجتمع المتعاقدان في مجلس واحد ويتم التعبير عن الإرادة بصدده بالكتابة أو الرسول أو الاتصال عبر شبكة الاتصال الحديثة.[1] كما جاء نص المادة(67) من القانون المدني الجزائري ليؤكد على ذلك بنصه في فقرتها الأولىعلى انه:«يعتبر التعاقد مابين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول,ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.»

وفي فقرتها الثانية:«ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان,وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول.»[2]

2/شروط مجلس العقد الحكمي:يتفق مجلس العقد الحقيقي مع نظرية الحكمي من حيث ضرورة توافر أركان العقد المعروفة,من ثم يتوافر الإيجاب والقبول وتطابقهما على أن مجلس العقد الحكمي يختلف من حيث مكان وزمان صدور الإيجاب والوصول إلى علم الموجب له والعكس,وتتبين تلك الخصوصية من صور مجلس العقد من خلال الشروط التالية:

- وجود الإيجابأو القبول وتوافر وسيلة نقلهما لعلم الطرف الآخر,أي علم الموجه إليه الخطاب بالإيجاب,مفاد هذا انه لابد من صدور الإيجابأو القبول وفقا للقانون ،[3]بحيث ينوب وصول الإيجاب للموجب له عن حضور الموجب نفسه بمكان وصول

---

[1] **بلقاسم حامدي**,المرجع السابق,ص94.

[2] **القانون المدني الجزائري**،المرجع السابق،المادة(67).

[3] **ميكائيل رشيد علي**,المرجع السابق,ص459.

الإيجاب,إذ يستعاض عن دلك بوسائل الاتصال وأهمها الانترنت في حالة التعاقد الالكتروني كوسيلة نقل الإيجاب لعلم الموجب له أو العكس هي التي تؤدي إلى التباعد المكاني بينهما وقت إبرام العقد,بون صدور الإيجابأو القبول لا قيمة للوسيلة وبدون هذه الأخيرة لا يتحقق التطابق بين الإرادتين بالتالي لا يمكن انعقاد العقد,ولا يخفى على أن كل متعاقد حين يعبر عن إرادته فانه يقصد وصولها لعلم الطرف الآخر ويكون منتظرا للرد الأخير بغية إتمام العقد,يستلزم ذلك أيضاأن يكون وصول التعبير عن الإرادة والعلم به ممن وجه هذا التعبير إليه في وقت واحد.

●أن يظل المتعاقدان منشغلان بالتعاقد,يعني ذلك أن الموجب يجب أن يظل على إيجابه بحيث لا يصدر عنه ما يفيد عدوله أوإعراضه عنه,كما يجب أن يظل القابل كذلك مهتما بأمر التعاقد بحيث لم يشغله عنه شاغل آخر على دلك,فإذا اتصل جزائري بتونسي عن طريق الانترنت وعرض عليه أن يبيعه منزلا بالجزائر فبدا الأخير يس أل عن مساحة المنزل وثمنه ثم انحرف بالحديث إلىأحوال الجزائريين ومشكلة الأسعاروالانتخابات السياسية.....الخ فان العقد لا ينعقد لان احد الطرفين انشغل عن مواصلة الاهتمام بأمر التعاقد بالتالي لم تتوافر شروط مجلس العقد الحكمي.

يرتبط بما سبق أيضا ضرورة أن يصدر القبول خلال المدة التي يبقى فيها الإيجاب ملزما,فإذا كان الموجب قد حدد هذه المدة التي يبقى فيها الإيجاب ملزما صراحة فلا مشكلة,أماإذا لم يحدد الموجب تلك المدة التي يلتزم خلالها بالإيجاب فان القاضي بما يتمتع به من سلطة تقديرية,يتولى أمر تحديدها في ضوء ظروف التعاقد وطبيعة العقد وأهمية محله,على ذلك فإذاأرسل الموجب رسالة عبر البريد الالكتروني للموجب له تتضمن إيجابا محددا وباتا وساريا لمدة أسبوع فان القبول المطابق يجب أن يصدر خلال هذه المدة,فإذا صدر ذلك القبول بعد ذلك فلا ينعقد العقد لان هذا القبول المتأخر

لا يغدو عندئذ أن يكون مجرد إيجاب جديد يحتاج هو ذاته للقبول,كذلكالشأن لو صدر القبول خلال المدة لكنه لم يكن مطابقا للإيجاب.[1]

المطلب الثاني:زمان ومكان إبرام العقد عبر الانترنت.

يحضى تحديد الزمان والمكان بأهمية خاصة في كل ما يتصل بالتعاقد,فمن تحديد مكان انعقاد العقد الى زمان انعقاده,أحكام متعددة تنظمها القواعد العامة في التعاقد في القانون المدني [2]بينما لاتثار مشكلة في تحديد زمان ومكان انعقاد العقد عندما يكون المتعاقدان حاضرين,حيث لايوجد فاصل زمني بين القبول وصدور القبول ,فالقابل يصدر القبول فورا وينعقد العقد من تلك اللحظة.

الفرعالأول:زمان ومكان العقد في التعاقد بين حاضرين.

للفقهاء في تحديد زمان انعقاد العقد بين حاضرين رأيان

الرأيالأول:العلم بالقبول ,ويقصد بذلك أن العقد لايتم إلا بعلم الموجب بالقبول,حيث يكون زمان العقد هو لحظة سماع الموجب قبول القابل بحيث لايستطيع القابل الرجوع عنها,لان من حق القابل التراجع عن قبوله قبل علم الموجب به ,وبهذا قالت الحنفية.

الرأي الثاني:إعلان القبول,ويقصد ب هان العقد يتم في زمان ومكان الإرادتينأي عند اقتران القبول بالإيجاب,دون توقف على علم الموجب بالقبول أو عدم علمه لان

---

[1] **بلقاسم حامدي**،المرجع السابق،ص95

[2] **لما عبد الله صادق سلهب**،المرجع السابق،ص123

الطرف القابل للعقد تعلق حقه بمجرد إعلان قبوله,فيمتنع على الموجب من ذلك العدول عن الإيجاب,وبهذا قالت الشافعية[1]

الفرع الثاني: زمان ومكان العقد في التعاقد بين غائبين

لتحديد زمان ومكان إبرام العقد الالكتروني أهمية كبيرة وتترتب عليه أثار عديدة ,حيث يترتب معرفة الوقت للعدول عن التعاقد ,وكذا يصير العاقدان بعد العقد مقيدين بمضمون العقد ولان التزاماته تبدأ منذ إنشاءه كما لو وقع حادث ,ثم تم إبرام عقد التامين بعده فورا ليحصل على تغطية مالية غير مشروعة,وكذلك لتحديد مكان إبرامهأهميته في تحديد القانون واجب التطبيق أو التحديد لمحكمة التنازع حول العقد الالكتروني [2] ولتحديد زمان ومكان إبرامه باعتباره عقدا بين غائبين ظهرت أربع نظريات في القانون الوضعي:

أولا:نظري ة إعلان القبول : ويرى أصحاب هذه النظرية أن العقد الالكتروني يتم بمجرد إعلان القبول لأنه توافق وتطابق إرادتين ,وعليه متى صدر القبول المطابق فقد تم العقد,وهي اللحظة التي يقوم القابل بالإعلان عن إرادته فيها من خلال تحرير رسالة بيانات وإرسالها عبر الوسائل الالكترونية

---

[1] **ميكائيل رشيد علي**،المرجع السابق،ص464

[2] **لزهر بن سعيد** ، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية ، ط1،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،2010مصر،ص95.

سواءا كانت بريدا الكترونيا أو اتصالا مباشرا على الموقع الخاص بالقبول أوبأية وسيلة الكترونية أخرى,بحيث تتضمن هذه الرسالة قبولا مطابقا للإيجابوبإعمال هذه النظرية على العقد الالكتروني يمكن القول بان لحظة إبرام العقد هي اللحظة التي يضغط فيها القابل على خانة القبول بالموافقة,وإذا كان العقد يتم عن طريق البريد الالكتروني فان لحظة إبرام العقد هي اللحظة التي يضغط فيها القابل على خانة إرسال البريد الالكتروني على زر الإرسال المتضمن قبوله[1]

ثانيا :نظرية تصدير القبول :وهو يتفق مع أصحاب النظرية الأولى مع بعض التغييرات باشتراط أن يكون وقت القبول من اللحظة التي يتم فيها الجزم بالقبول ويتم ذلك بقيام القابل بإرسال القبول إلى الموجب,فإذا

تم الإرسال بالبريد الالكتروني إلى القابل أو الضغط على أيقونةالإيجاب فان هذه اللحظة هي وقت القبول عندها,لان القابل لايمكنه استرداد قبوله الذي أرسله عبر الوسائل الالكترونية[2]

وعلى الرغم من ذلك يؤخذ عليها انه قد يحدث خلل في الأجهزة الالكترونيةأثناءإرسال الرسالة مما يحول دون إتمامإرسالها ووصولها إلى الموجب.

كما أن هذه النظرية تستند في الأساسإلىأن عملية تصدير القبول تؤدي إلى خروجه من سيطرة الموجب له وتفوت عليه إمكانية استرداده والرجوع عنه,وهو ما يعني صيرورته نهائيا.[3]

---

[1] **عجالي بخالد**,المرجع السابق,ص199

[2] **ميكائيل رشيد علي**,المرجع السابق,ص467.

[3] **بلقاسم حامدي**,المرجع السابق,ص102.

وتشترط النظرية حصول واقعة مادية هي تصدير القبول زيادة على إعلانه حتى يكون نهائيا لا رجعة فيه,وذلك بان يرسل القبول فعلا إلى الموجب أي خروج القبول من يد صاحبه. [1]وقد أعاب الفقه على هذه النظرية بان قال أنها لم تضف عن النظرية السابقة سوى واقعة مادية هي تصدير القبول وهي واقعة لا اثر لها في الإرادة ولا تضيف أية قيمة للقبول[2]

ثالثا:نظرية إستلام القبول:

يرى أنصار هذه النظرية أن العقد يتم عندما يتسلم الموجب جواب الطرف القابل ولو قبل الاطلاع على مضمونه,حيث باستلام القبول يجعل منه نهائيا إذ تنتفي إمكانية استرداده, ويستوي علم الموجب بالقبول من عدم علمه بمضمونه,وعند أنصار هذه النظرية يتم توافق الإرادتين بوجود هذا القبول. [3]وقد أخذت بهذه النظرية الأمم المتحدة في القانون النموذجي للتجارة الالكترونية,وتعد هذه النظرية من أكثر النظريات حظا في التطبيق وأكثرها ملائمة للتعاقد عبر الانترنت وبالإضافة لذلك فإنها عادلة في تعاملها مع إرادة كلا الطرفين(الموجب والقابل).[4]

وكتقييم لهذه النظرية فإنهاتتأرجح بين النظريتين السابقتين فهي تأخذ بنظرية التصدير متأنية حتى يصل القبول إلى الموجب,وتأخذ بنظرية العلم المتعجلة إذ تجعل وصول

---

[1] **خالد ممدوح إبراهيم**,المرجع السابق,ص377.

[2] **عجالي بخالد**,المرجع السابق,ص200.

[3] **لما عبد الله صادق سلهب**,المرجع السابق,ص126

[4] **ميكائيل رشيد علي**,المرجع السابق,ص469.

القبول قرينة على العلم به,هي لا تعدو أن تكون واقعة مادية لا يوجد لها قيمة قانونية فالعبرة بعلم الموجب بالقبول,كما أن الانتقادات السالفة لا ترد على هذه النظرية فيما لو استخدمت في بيئة الكترونية كشبكة الانترنت.ولمنظمة المؤتمرالإسلاميرأي في هذا من خلال القرار رقم(6/3/54)من مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته السادسة قد نص على انه:«إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد ولا يرى احدهما الآخر معاينة ولا يسمع كلامه وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة,أو السفارة(الرسول)وهذا ينطبق على الكمبيوتر.»ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجابإلى الموجه إليهوقبوله.[1]

رابعا: نظرية العلم بالقبول.

وحسب هذه النظرية فان التعاقد يتم في الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بقبولالقابل,بان يطلع على الرسالة الالكترونية المتضمنة لقبوله ويعلم بما تضمنته,وذلك أن القبول إرادة والتعبير عن الإرادة لا ينتج أثرهإلاإذا اتصل بعلم من وجه إليه.[2]

وفي مجال العقود الالكترونية يتوقف العلم بالقبول على أسلوب التعاقد عبر الانترنت,فإذا كان الاتصال والتفاعل مباشرة بين الموجب والموجب له عبر الخط فان العلم اليقيني بالقبول يتحقق فورا وأثناء التفاعل المباشر بين المتعاقدين حيث لا تنقضي ثمة فترة بين صدور القبول والعلم به,أماإذا كان التعاقد يتم من خلال البريد الالكتروني

[1] **بلقاسم حامدي**,المرجع السابق,ص106

[2] **خالد ممدوح إبراهيم**,المرجع السابق,ص378.

فان لحظة العلم الحقيقي بالقبول الالكتروني يتحقق في لحظة فتح الموجب لصندوق البريد الالكتروني الخاص به,ومطالعته للرسالة الالكترونية المشتملة على القبول.[1]

وتستمد هذه النظرية أساسها من نص المادة(67) من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها:«-يعتبر التعاقد مابين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان الذين يعلم فيهما الموجب بالقبول,ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.

ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان,وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول.»[2]

والجدير بالذكر أن غالبية الفقه يميل للأخذ بهذه النظرية لسلامة أساسها القانوني,غير ان هذه النظرية لم تسلم من الانتقاد على أساسأن علم الموجب بالقبول ليس شرط انعقاد بل هو شرط لزوم ونفاذ,أيبمجرد علم الموجب بالقبول سوف يلتزم بتنفيذ العقد ويطالب بحقوقه في مواجهة الطرف الآخر في نطاق العقود الالكترونية أن لا يخلو من احتمال العبث بتاريخ علم الموجب بالقبول الالكتروني بتقديم تحريفه أو تزويره من الموجب صاحب جهاز الحاسب الآلي.

وتطبيقا لهذه النظرية فانه لا يكفي الضغط على خانة القبول في نماذج العقود على مواقع الويب,بل يجب أن يصل هذا القبول إلى الموجب ويعلم به.[3]

---

[1] **بلقاسم حامدي**,المرجع السابق,ص115

[2] **القانون المدني الجزائري**،المرجع السابق،المادة(67).

[3] **بلقاسم حامدي**، المرجع السابق،ص116.

الفصل الثاني:صحة العقد الالكتروني في ظل الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

نظرا لان العقود الالكترونية,تتم عن بعد وبدون تواجد مادي ملموس لأطرافها في مجلس العقد,بل هو مجلس افتراضي تتحدث فيه لغة الأرقام والبيانات,ولكي يكون العقد صحيحا ومعتبرا في الشرع والقانون,فبدونها يكزن العقد باطلا أو قابلا للإبطال لنقص في أهلية احد المتعاقدين,وكذلك يشترط لصحته أن يخلو من العيوب والنقائص,وحتى لا تكون العقود الالكترونية مجالا خصبا للاحتيال والقيام بعمليات غير مشروعة عبر الانترنت ،[1]لذا يتضمن هذا الفصل ثلاثة مباحث اخصص الأول منها للأهلية,أما الثاني فأتناول فيه صحة عيوب الإرادة,والمبحث الثالث نتكلم فيه عن المحل والسبب في العقود الالكترونية عبر الانترنت.

المبحثالأول:شرط الأهلية في العقد الالكتروني.

تعد الأهلية لدى المتعاقدين شرطا أساسيا ولازما لقيام العقد صحيحا,ولوجود الإرادة وصحتها في نظر القانون,فان انعدمت كان العقد باطلا,وان كانت ناقصة أصبح العقد قابلا للإبطال.[2]

المطلب الأول: ماهية الأهلية وعوارضها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. لكي يكون العقد صحيحا يجب ان تتوافر لدى العاقدين الأهلية القانونية الازمة لإبرامه،أي أن يكونا بالغي سن الرشد وإلا يكون العقد باطلا.

---

[1]**ميكائيل رشيد علي**,العقود الالكترونية على شبكة الانترنت بين الشريعة والقانون,المرجع السابق,ص477.

[2]**عجالي بخالد**, النظام القانوني للعقد الالكتروني في التشريع الجزائري,دراسة مقارنة,المرجع السابق,ص207.

الفرع الأول:تعريف الأهليةفي الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

أولا:في الفقه الإسلامي.

1/الأهلية لغة:ثلاثي من الفعل الماضي أهل,وهي الاستحقاق والصلاحية,يقال:فلان أهل لكذا أي صالح له,وهو صالح للإكرامأي مستحق له,ومعناها يرجع أيضاإلى الجدارة والكفاءة لأمر من الأمور.أهلته لهذا الأمرتأهيلاأيأعددته.

وجاء في اللسان:أهل الرجل عشيرته,وذوو قرباه,والجمع اهلون,وأهال,واهلات,...وهو أهل لكذا أي مستوجب له.[1]

2/الأهلية اصطلاحا:هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية.ويشترط لصحة العقد أن تتوافر لدى طرفيه الأهلية القانونية المطلوبة لإبرامه ويعتبر التحقق من هذا الأمر ميسورا في العقود التقليدية التي تتم بين حاضرين أما في العقود الالكترونية التي تنعقد عن بعد فانه قد يصعب على احد طرفي العقد التحقق من أهلية المتعاقد الآخر,قبل إبرام العقد.[2]

وبعبارة أخرى هي:صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلا صالحا لخطاب تشريعي,ولكن تعريف الجرجاني هو الأدق والشامل حيث قال بأنها:«صلاحية الشخص للإلزام والالتزام.»

---

[1] **ميكائيل رشيد علي**,نفس المرجع,ص478

[2] **بلقاسم حامدي**,إبرام العقد الالكتروني,المرجع السابق,ص127.

وهي تنقسم إلى قسمين:أهلية الوجوب وأهليةالأداء وكل منهما تنقسم إلى قسمين أماأهلية ناقصة وأماأهلية كاملة.

فأهلية الوجوب الكاملة يقصد بها صلاحية لثبوت الحق له وعليه وتثبت بولادة الإنسان حيا فمناطها الحياة وهي الصفة الإنسانية,أي كونه إنسانا تكون الأهلية كاملة.

أماأهلية الوجوب الناقصة فتثبت للجنين بمعنى أن له حقوقا فقط وتكون طول مدة وجوده في الرحم حتى يولد.

أماأهليةالأداء الكاملة فيقصد بها صلاحية الشخص لثبوت حقوقه له وعليه,وصلاحية الأداء تتعلق بقدرة فهمه للخطاب أي عاقل,وقدرة العمل بذلك الخطاب أي تمكنه في بدنه لايكون ضعيفا ومناطها البلوغ والرشد أي كمال العقل والبدن ويتحقق الرشد بقدرة الشخص على التصرف المالي,أيإذاأحسن التصرف بإدارة ماله كان رشيدا.[1] لقوله تعالى:«وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهمأموالهم ولاتاكلوها إسرافا وبداراأن يكبروا ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف فإذا دفعتم إليهمأموالهم فاشهدوا عليهم وكفى بالله حسيبا.»[2]

وبخصوص أهلية الأداء الناقصة فهي صلاحية الشخص لممارسة بعض الأعمال دون البعض الأخر ويترتب الأثر عليها,ومناطها هو التمييز الذي يكتمل في سن السابعة غالبا لقوله صلى الله عليه وسلم:«مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين »[3] وهذا

---

[1] **ميكائيل رشيد علي**،المرجع السابق،ص،ص478،482

[2] **سورة النساء**,الاية06.

[3] **أخرجه أبو داود في سننه**,باب متى يأمر الغلام بالصلاة,رقم495

دليل على أن سن التمييز لبعض الأموريبدأ من سن السابعة,كما تستمر هذه الأهلية حتى سن البلوغ.

ثانيا:الأهلية في القانون الوضعي.

الأهلية في القانون لاتختلف عنها في الشريعة الإسلامية وهي صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات القانونية وجاء في تعريفها:بأنها صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق وتحمل الواجبات التي يقررها القانونأو هي صلاحية الشخص لان تكون له حقوق وعليه التزامات وصلاحيته لاستعمال هذه الحقوق والالتزامات[1]

وقد نظم المشرع الجزائري أحكامالأهلية في القانون المدني الجزائري في المواد 45.44.43.42.40[2]

ويلاحظ من مختلف تلك النصوص أن تقنيننا المدني لم يأخذ بفكرة الفقه الإسلامي في تقسيمه لتصرفات ناقص الأهلية تبعا لمراحل أهلية الأداء إلى ثلاثة أقسام وهي:

التصرفات النافعة نفعا محضا والتصرفات الضارة ضرا محضا والتصرفات المتراوحة بين النفع والضرر[3]

ولقد ذهبت القوانين المدنية المعاصرة إلى تحديد سن معينة للرشد,فقد حدد القانون المدني العراقي سن الرشد بثمانية عشر سنة والقانون المدني الجزائري بتسعة عشر سنة

---

[1] **ميكائيل رشيد علي**,المرجع السابق,ص483.

[2] **أنظر،القانون المدني الجزائري**،المرجع السابق

[3] **عجالي بخالد**,المرجع السابق,ص207.

والقانون المصري بإحدى وعشرين سنة فإذا بلغ الشخص هذه السن وهو عاقل ولم يكن محجوزا بسبب السفه فانه يصبح كامل الأهلية ويجوز له التصرف في ماله

وإبرام العقود التي يريدها,حسب القانون والشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني:عوارض الأهليةفي الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

عدد علماء الشريعة جملة من العوارض التي قد تصيب الشخص بعد بلوغه سن الرشد فتحول بينه وبين أهليته وتؤثر عليها,فتصيبها إما بالنقص أو الانعدام,وهذه العوارض منها ما لادخل للإنسان فيه,كالجنون,ويسمى العوارض السماوية,ومنها مكتسبة,وهي التي للإنسان دخل فيها كالسكر.وهي كالآتي:

أولا:الجنون.

لغة:مصدر من الفعل جن,يجن,جنونا,وهو زوال العقل أو فساده.

اصطلاحا:هو اختلال العقل,بحيث يمنع جريان الأفعالوالأقوال على نهج العقل إلا نادرا.أي لا يملك القدرة بان يميز بين الأمور الحسنة والقبيحة ولذلك يمنع من العقود.وتعد تصرفاته, كتصرفات الصبي غير المميز,لذلك لا تصح تصرفاته حتى لو كانت نافعة نفعا محضا للمجنون.

والجنون أنواع:أهمها بالنسبة للأهلية نوعان.

جنون مطبق:أي مستمر.

جنون غير مطبق:أي متقطع.

وفي كلتا الحالتين فهو معدوم الأهلية,لان مناط أهليةالأداء هو العقل,وقد اختل فتنعدم الأهلية,وإما ما يصدر منه وقت الإفاقة من الجنون المتقطع فتكون صحيحة مادام عقله سليما,وقد اخذ القانون المدني العراقي بهذا من خلال المادتين(94-108)

ثانيا:العته.

لغة:يعرف بأنه,نقص في العقل.

اصطلاحا: هواختلال في العقل,يجعل صاحبه قليل الفهم,مختلط الكلام,فاسد التدبير,أي انهآفة عن الذات توجب خللا في العقل,فيصير صاحبه مختلط الكلام,فيشبه بعض كلامه كلامالعقلاء,وبعض كلامه كلام المجانين,وحكم تصرفاته كتصرفات الصبي المميز,فتصح مافيها نفع محض,ولا تصح مافيها ضرر محض,وبهذا اخذ القانون المدني العراقي في المادة(107)حيث اعتبر المعتوه محجوز لذاته وهو في حكم الصغير المميز.[1]

ثالثا:السفه.

لغة:الخفة.

إصطلاحا:عرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه:«الذي ينفق ماله في غير موضعه ويبذر في نفقاته,ويضيع أمواله ويتلفها بالإسراف.»[2]

وعرفه الجرجاني بأنه:عبارة عن خفة تعرض للإنسان من الفرح والغضب,فيحمله على العمل بخلاف طور العقل وموجب الشرع [1]وتعد تصرفات السفيه بعد الحجر في

[1]**ميكائيل رشيد علي**,المرجع السابق،ص،ص485،484

[2]**مجلة الأحكام العدلية**،المرجع السابق،المادة(946).

المعاملات كالصغير المميز,أما تصرفاته التي لا تقبل الفسخ:كالنكاح والطلاق,فتقع منه صحيحة نافذة خلافا للحكم بالنسبة للصغير المميز,أما قبل الحجر فحكمه حكم البالغ الراشد,إلاإذا وقع الحجر من قبل الحجر عن طريق الغش والتواطؤ مع الغير,ويعد السفيه المحجور عليه هو في المعاملات كالصبي المميز,ولكن ولي السفيه هو المحكمة أو وصيها فقط وليس لأبيه وجده ووصيهما حق الولاية,وتصح وصايا السفيه بثلث ماله,وإذا اكتسب السفيه المحجور رشدا فكت المحكمة حجره.

رابعا:الغفلة.

لغة:غيبة الشيء عن بال الإنسان وعدم تذكره له,أو ترك الشيءإهمالاوإعراضا.[2] كما في قوله تعالى:«وهم في غفلة معرضون»[3]

اصطلاحا:عرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه:«هو كل شخص يغفل في الأخذ والعطاء,ولا يعرف طريق تجارته وتمتعه بسبب بلاهته وخلو قلبه.»[4] ,وحكم تصرفاته كتصرف السفيه

خامسا:النوم.

---

[1] **الشريف علي بن محمد الجرجاني**,كتاب التعريفات,دار الكتب العلمية,ص122

[2] **ميكائيل رشيد علي**، المرجع السابق،ص487.

[3] **سورة الأنبياء**,الآية(1).

[4] **مجلة الأحكام العدلية**،المرجع السابق،المادة(946).

لغة:مأخوذ من الفعل الثلاثي,نام,ينام,نوما,والنوم غشية ثقيلة تهجم على القلب,فتقطعه عن المعرفة بالأشياء.

إصطلاحا:النوم حالة طبيعية تتعطل معها القوى بسبب ترقي البخارات إلى الدماغ,ومن خلال هذا يتبين بأنه: فتور طبيعي يعتري الإنسان في فترات منتظمة,ولا يزيل العقل بل يعطله كما يعطل الحواس عن الإدراك والعمل,فلا يعتد بأقوالهوأفعاله,لان النائم يفقد أهليةالأداء نهائيا لقول النبي صلى الله عليه وسلم:«رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى يكبر وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق»

سادسا:الإغماء

لغة:ماغمي عليه,أي عرض له ما افقده الحس والحركة,فهو مغمى عليه.

اصطلاحا:«هو فتور غير أصلي لا بمخدر,يزيل عمل القوى»[1],قوله:غير أصلي يخرج النوم,وقوله:لا بمخدر يخرج الفتور بالمخدرات,وقوله:يزيل عمل القوى,يخرج العته.وعرفها آخرونبأنها:مرض في القلب أو الدماغ,يعطل القوى المحركة للإنسان,أو القوى المدركة,لا يزيل العقل ويكون المغمى عليه طول إغمائه كالنائم حال نومه سواء بسواء في العقود والتصرفات,ولا ينتج عنها اثر,لانعدام التمييز في هاتين الحالتين,ولا يعتد بشيء من أقواله مطلقا,فلو صدر منه ما يصلح بذاته أن يكون إيجاباأو قبولا كان ما صدر منه لغوا لا قيمة له.[2]

---

[1] **الشريف علي بن محمد الجرجاني**,المرجع السابق,ص243.

[2] **ميكائيل رشيد علي**,المرجع السابق,ص489

سابعا:السكر.

لغة:غيبوبة العقل واختلاطه من الشراب المسكر.

اصطلاحا:هو زوال العقل بتناول المسكرات(الخمر أو غيرها) التي تذهب العقل فتعطله عن العمل والإدراك والتمييز بحيث لا يدري بعد إفاقته ماقد صدر منه حال سكره.

أما حكم تصرفاته,فينبغي التمييز بين السكر المباح والمحرم,ففي السكر المباح لا تعتد بعبارة السكران في أي عقد من العقود,ولا يترتب عليها اثر قانوني,وفي السكر المحرم تعتبر عبارته,فتنفذ عليه,ويترتب عليها آثارها زجرا وعقوبة له في الإخلال بعقله,ولم تتطرق القوانين المعاصرة إلى هذا الموضوع,غير أن الفقرة الأولى من المادة(35) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم(188) لسنة 1959 نصت على انه:«لا يقع طلاق السكران»

المطلب الثاني:أهلية التعاقد عبر الانترنت ووسائل التحقق من صحتها.

الفرع الأول:الأهلية في التعاقد عبر الانترنت.

بعد بيان موقف الشريعة الإسلامية والقانون للأهلية في العقود بشكل عام,يطرح التساؤل,هل للأهلية تأثير على العقود التي تبرم على شبكة الانترنت,كالعقود التقليدية أم لا؟[1]

إن العقد الالكتروني كأي عقد آخر,يجب لانعقاده صحيحا أن يصدر التعبير عن الإرادة من شخص يعتد في الشريعة والقانون بأهليته,وبما انه يتم عن بعد ودون حضور

[1] **ميكائيل رشيد علي**,المرجع السابق,ص490

مادي للمتعاقدين,فانه من الصعب التحقق من أهلية الطرف الآخر,فقد يدعي شخص كمال أهليته وهي ناقصة أو منعدمة.

وقد يلجا القاصر إلى وسائل احتيالية كاستخدام موقع والده او بريده الالكتروني أو رمزه السري لإبرام العقد زهنا يثور التساؤل عمن يتحمل المسؤولية عن الأضرار اللاحقة بالطرف الثاني.[1]

كما قد يحصل القاصر على بطاقة ائتمانية لأحد والديه ويستعملها في التعاقد,وربما يتعاقد على سبيل اللهو واللعب,وفي هذا السياق نصت معظم التشريعات الدولية على ضرورة وجوب تمتع المتعاقدين بالأهلية الكاملة عند إبرام العقود الالكترونية,وذلك حماية لمصلحة كلا المتعاقدين,حيث أكدت المادة(1/4) من التوجيه الأوربي رقم(1997/07/97) بشان البيع عن بعد فانه عند إبرام العقد عن بعد عبر تقنيات الاتصال الحديثة تحديد هوية الأطراف المتعاقدة بما في ذلك بيان الأهلية القانونية.

ونصت المادة(13)من قانون الاونسترال النموذجي بشان التجارة الالكترونية لعام 1996 على ضرورة التأكد من هوية رسالة البيانات حيث قالت:«-تعتبر رسالة البيانات الصادرة عن المنشئإذا كان المنشئ هو الذي أرسلها بنفسه.

في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه,تعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشئ إذاأرسلت,من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق برسالة البيانات.»

---

[1] **عجالي بخالد**,المرجع السابق,ص209.

أما بالنسبة للتشريعات العربية فلم يتطرق القانون المدني العراقي لذلك ولكن هناك بعض القوانين المدنية الأخرى جاءت بأحكام للحرص على التأكد من الأهلية,حيث نصت المادة(25)من القانون المدني التونسي رقم 83لسنة 2000م,على انه:«يلزم عند إبرام العقد الالكتروني الإفصاح عن الهوية بطريقة واضحة ومفهومة.»[1] أما بالنسبة للمشرع الجزائري فانه جاء في نص المادة(2/103):«غير انه لايلزم ناقص الأهليةإذاأبطل العقد لنقص أهليته,إلا برد ماعاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد,

يحرم من الاسترداد في حالة البطلان للعقد من تسبب في عدم مشروعيته أو كان عالما به.»[2]

ونلاحظ من خلال هذا أن المشرع الجزائري لم يحقق العدالة للطرف المتعاقد مع ناقص الأهلية بوسائل احتيالية أو لعبا ولهوا.

ويرى البعض في هذا الخصوص انه يجب لعلاج هذه المسالة الأخذ بنظرية الوضع الظاهر وهو اتجاه الفقه الفرنسي :بحيث يعطي للتاجر حسن النية الحق في التمسك أمام القضاء عندما يظهر الطرف الآخر ناقص الأهلية,بالحجة الظاهرة وهي أن القاصر قد تعاقد معه على انه شخص كامل الأهلية,ففي هذه الحالة يجب حماية

---

[1] **ميكائيل رشيد علي**,المرجع السابق,ص492

[2] **القانون المدني الجزائري** ،المادة(103)،معدلة بالقانون رقم 05-10،المؤرخ في20يونيو 2005م،(ج.ر44الصادرة بتاريخ 2007،ص22)،حررت في ظل الامر 75-58المؤرخ في26ديسمبر 1975كما يلي:«يحال المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله,فان كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل,غير انه لا يلزم ناقص الأهلية,إذا بطل العقد لنقص أهليته,أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد.»

التاجر وانعقاد العقد وفي حال إبطاله يحق للتاجر المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية[1]

الفرع الثاني:الوسائل التقنية المستخدمة للتحقق من صحة الأهلية

إن مسالة التحقق من أهلية المتعاقد في العقود الالكترونية تستوجب تظافر جهود علماء الشريعة الإسلامية والقانون وخبراء متخصصين في الانترنت بغية إيجاد حلول لهذه المشكلة ومن أهم هذه الوسائل:

أولا: البطاقات الالكترونية: هي عبارة عن كروت ذكية يتم تصنيعها من السيليكون ووحدات وشرائح فائقة القدرة والتي يمكن من خلالها تخزين جميع البيانات الخاصة لحاملها مثل الاسم,السن,محل الإقامة,المصرف المتعامل معه وجميع المعاملات الخاصة بهذه البطاقة كما أنها تحتوي على سجل كامل من المعلومات,البيانات الشخصية والرقم السري,هذه البطاقة مزودة بعدة عناصر للحماية ضد عملية التزوير وسوء الاستخدام من جانب الغير في حالة سرقتها,أو محاولة تقليدها نظرا لنوع اللدائن المستخدمة,الشريط الممغنط,الصورة الفوتوغرافية لصاحبها,الرقم السري,وعدم القدرة على فتح الغطاء الخارجي لها كما تستعمل هذه البطاقة على نحو واسع في الدول الأوروبية والولايات المتحدة وكذا اليابان ويمكن استخدامها كبطاقة لتعريف الهوية أو كبطاقة الكترونية تملا وتفرغ بالنقود [2]وعلى الرغم من هذه المميزات ,فإنها لم تسلم من

[1] **ميكائيل رشيد علي**,المرجع السابق,ص493

[2] **بلقاسم حامدي**,المرجع السابق,ص129.

القرصنة الالكترونية والاستيلاء عليها بغرض سرقة الأموال وبيانات المتعاملين على شبكة الانترنت.

ثانيا: التصديق الالكتروني:يتم الاستعانة به حيث يعتبر طرف ثالث محايد تسند إليه مهمة تنظيم العلاقة بين طرفي العقد,ودوره الرئيسي هو التحقق من هوية الأطراف المتعاقدة وأهليتهم القانونية,وإصدار شهادة مصادق عليها تتعلق بالمتعاقدين ويمكن تعريفها بأنها,شهادة يصدرها مزود خدمات التصدير يفيد فيها تأكيد هوية الشخص أو الجهة الحائزة على أداة توقيع معينة ويشار إليها بالشهادة.

وقد تضمنت اغلب تشريعات التجارة الالكترونية تنظيم هذه الخدمة أي المصادقة الالكترونية,وفي نص المادة 2 من قانون الاونسترال النموذجي لسنة 2001 م

والقانون الإماراتي رقم 2 بشان المعاملات والتجارة الالكترونية[1]

ثالثا: الوسائل التحذيرية:تعتبر من أكثر الوسائل استخدما في الوقت الحاضر وهي تمارس عن طريق وضع تحذيرات على الانترنت تنبه بعدم الدخول إلى الموقع إلا من شخص تتوافر لديه الأهلية القانونية,ويلتزم هذا الشخص بالكشف عن هويته قبل دخول الموقع,والإفصاح عن عمره من خلال ملا نموذج معلومات معروض على الانترنت وفي حالة عدم ملا هذه البيانات أوإذا اتضح منها عدم أهلية المستخدم فانه يسمح له بالدخول إلى الموقع ,بينما لايستطيع أبرامأية عقود [2]وتعد هذه الوسائل التحذيرية من أكثر الوسائل استخداما في الوقت الحاضر إلاأنها لاتخلو من مخاطر,إذقد

---

[1] **ميكائيل رشيد علي**,المرجع السابق,ص496

[2] **بلقاسم حامدي**,المرجع السابق,ص131.

يقوم المستخدم بوضع بيانات تخالف الحقيقة بشان أهليته ,مما يؤدي إلىإيجاد وسائل أخرى لحل هذه المشكلة[1]

كل هذه القواعد والوسائل من شانها أن تتيح لكلا طرفي العقد أن يتحقق من أهلية الطرف الآخر وتخلق الأمان للمتعاقدين.

المبحث الثاني:عيوب صحة العقد الالكتروني.

من المقرر وفقا للقواعد العامة وما وردت به نصوص القانون المدني,انه يجب لتمام إبرام العقد وجود إرادتين متطابقتين,أيإيجاب معين وقبول مطابق له عن تراض صحيح وتتحقق صحة التراضي إذا كانت إرادة كل من الطرفين صادرة من ذي أهلية وخالية من العيوب,

وإلاأصبح العقد قابلا للإبطال.[2]

لذا سنقوم في هذا المبحث بدراسة هذه العيوب التي من شانها إبطال العقد حيث سنتناول في هذه الدراسة رأي الشريعة الإسلاميةورأي القانون الوضعي فيها,وسنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين كل مطلب نتحدث فيه على عيبين من عيوب الرضا على شكل فروع.

المطلب الأول:الإكراه والغبن.

---

[1] **الياس ناصيف**،العقود الدولية،العقد الالكتروني في القانون المقارن،ط1،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،لبنان2009،ص128.

[2] **خالد ممدوح إبراهيم**,المرجع السابق,ص179

الفرعالأول:الإكراه.

أولا:في الشريعة الإسلامية.

لغة:مصدر من الفعل الثلاثي,كره ,يكره,كرها,بمعنى المشقة,يقال:قام على كره,أي مشقة.

اصطلاحا:عرفه الفقهاء بتعاريف عدة ومعناه الاصطلاحي لا يبعد عن معناه اللغوي ومنها:

1/عند المالكية:مايفعله الإنسان مما يضره,أو يؤلمه منضرب أو غيره بدون رضاه أوإرادته.

2/عند الشافعية:أن يصير الرجل في يد من لايقدر على الامتناع منه من سلطان أو لص أو متغلب على واحد من هؤلاء,ويكون المكره يخاف خوفا عليه.

3/عند الحنفية:هو فعل يفعله المرء بغيره, فينتفي به رضاهأو يفسد به اختياره.

4/عند الحنبلية:هو أن ينال من العذاب كالضرب أو الخنق أو العصر أو الحبس أو الغط في الماء مع الوعيد وما أشبه.[1]

ثانيا:الإكراه في القانون.

يعرف على انه ضغط على الشخص يولد في نفسه رهبة تحمله على التعاقد.[2]كما عرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه:«إجبار احد على أن يعمل عملا بغير حق من دون

---

[1]**ميكائيل رشيد علي**،المرجع السابق،ص،ص،499،498.

[2]**مجلة الأحكام العدلية**،المرجع السابق،المواد(948-949).

رضاه بالإخافة ويقال له المكره(بفتح الراء)ويقال لمن اجبر مجبر ولذلك العمل مكره عليه وللشيء الموجب بالخوف مكره به.[1] وقد تناول المشرع الجزائري الإكراه في المادتين 88-89 من القانون المدني الجزائري,حيث جاء في نص المادة 88 ق,م,ج انه:«-يجوز إبطال العقد للإكراهإذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق.

وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو,أو احد أقاربه في النفس أو الجسم,أو الشرف أو المال.

ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه,وسنه,وحالته الاجتماعية والصحية,وجميع الظروف الأخرى التي من شانها أن تؤثر في جسامة الإكراه.»

أما نص المادة 89من ق,م,ج جاء فيها انه:«إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين,فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إلاإذا اثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه.»[2]

وقد عرفته محكمة التمييز الأردنية:«إن الإكراه الذي يعيب الرضا ولا يعدمه في العقود هو إجبار شخص بغير حق على أن يعمل عملا دون رضاه.»والإكراه يعيب الإرادة فيجعل رضاء الشخص غير سليم حيث يفقده الحرية والاختيار,والإكراه ليس بذاته

---

[1] **عبد الله ذيب محمود** ،حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني ،دراسة مقارنة ،ط-1،دار الثقافة للنشر والتوزيع،الاردن2012،ص53

[2] **القانون المدني الجزائري**،المرجع السابق،المواد(88-89).

هو الذي يفسد الإرادة ويعيب الرضاء,وإنما يفسدها ويعيبها ما يولده الإكراه في نفس المتعاقد من خوف ورهبة.[1]

ثالثا:الإكراه في العقود الالكترونية.

والإكراه بهذا المفهوم الذي ذكرناه يصعب تصوره في العقود الالكترونية,وبما انه يتم بين شخصين متباعدين,ومجلس العقد هو مجلس افتراضي يجمعهما فانه يمكنه غلق الإعلانأو البريد الالكتروني فالمبادرة ترجع إليه دائما.

عير أن المجال الخصب للإكراه في العقود الالكترونية يمكن ان يكون ضمن نطاق الاحتكار,حيث يسيطر احد المنتجين على احد المنتجات مما يدفع المستهلكين إلى التعاقد معه نظرا لانفراده بالسيطرة على هذا المنتج,ويمكن تصور ذلك بصدد توريد المنتج واحتكار إنتاجهش بيع قطع غياره بشروط مجحفة,حيث يجد الطرف الآخر نفسه مضطرا للتعاقد تحت الرهبة والخوف التي تنبعث في نفسه حفاظا على مصالحه.

الفرع الثاني:الغبن.

أولا:الغبن في الشريعة الإسلامية.

لغة:النقص,ويقال:فلان غبن رأيه غبنا أي:قل ذكاءه.

[1] **خالد ممدوح إبراهيم**,المرجع السابق,ص189.

اصطلاحا:هو النقص والمراد به أن يكون احد العوضين مقابلا بأقل مما يساويه في الأسواق كمن يبيع دارا بخمسمائة وقيمتها ستمائة.

وعرفه الأصفهانيبأنه:أن تبخس صاحبك في معاملة بينك وبينه في ضرب من الإخفاء.

والغبن نوعان:غبن يسير وغبن فاحش.

1/أقوال فقهاء الشريعة في الغبن اليسير:هو مايقوم به المقوم ويدخل تحت تقويم المقومين,أي تقدير أهل الخبرة في المعقود عليه,فإذا باع شخص عقارا بألف وقدره بعضهم بثمانمائة وبعضهم بتسعمائة,وبعضهم بألف فان الغبن يسير,ولا تكاد تخلو غنه المعاملات في الغالب.[1]

أما بالحديث عن حكم الغبن في العقد فان فقهاء الحنفية استثنوا حالات يجوز فيها فسخ العقد بسبب الغبن وقالوا بان الغبن اليسير لا اثر له على العقد كونه كثير الوقوع ويتسامح الناس فيه عادةبينما حالات كما ذكرنا لا تستبعد فسخ العقد كان يبيع الوصي شيئا من أموال اليتيم أوإذا ماباع المدين بدين مستغرق شيئا من ماله ولو بغبن يسير,وكان محجورا عليه أو مريضا مرض الموت فان للدائنين الحق في فسخ العقد.

2/أقوال فقهاء الشريعة في الغبن الفاحش:انقسمت إلى ثلاث أقسام.

القول الأول:ذهب جمهور الفقهاء إلىأن الغبن الفاحش لا اثر له على العقد سواءا وقع فيه تضليل أم لا لأنه لا يقع إلا بتقصير من المغبون غالبا وتركه للاحتياط والتروي.

القول الثاني:ذهب الفقه الحنبليإلىأن الغبن الفاحش يؤثر في العقد ويكون لمن وقع عليه الغبن حق الخيار في إمضاءهأو فسخه.

---

[1] **ميكائيل رشيد علي**،المرجع السابق،ص502 ومايليها.

القول الثالث:ذهبت الحنفية إلىأن ليس للغبن الفاحش وحده تأثير على العقد,وليس للمغبون أن يفسخ العقد إلاإذا انظم للغبن الفاحش تغرير لان في هذه الحال نتج الغبن عن تغرير وخداع بحكم انه في الغبن هو السبب لأنه لو تروى لما وقع في الغبن وبالتالي عليه تحمل نتيجة تقصيره.[1]

وهو ماجاء في نص المادتين(356و357)من مجلة الأحكام العدلية حيث جاء في المادة 356 انه:«إذا وجد غبن فاحش في البيع,ولم يوجد تغرير,فليس للمغبون أن يفسخ العقد,إلا انه إذا وجد الغبن وحده في مال اليتيم لا يصح البيع ومال الوقف وبيت المال حكمه حكم مال اليتيم.»وجاء في نص المادة 357 منها انه:«إذا غر احد المتبايعين الآخر,وتحقق ان في البيع غبنا فاحشا فللمغبون أن يفسخ البيع حينئذ.»[2]

ثانيا:الغبن في القانون.

يعرف على انه:عدم التعادل بين التزامات كل من العاقدين في العقد الملزم للجانبين,ولا يكون إلا في عقود المعاوضات,وهو يقوم على مجرد عدم التعادل بين الالتزامات المتقابلة والأصلأن في التشريع المصري الغبن لا يؤثر في العقد التقليدي لمجرد عدم تعادل الالتزامات.[3]

---

[1] **ميكائيل رشيد علي**،المرجع السابق،ص504 ومايليها.

[2] **مجلة الأحكام العدلية**،المرجع السابق،المواد(356-357).

[3] **خالد ممدوح إبراهيم**،المرجع السابق،ص187

وجاء في نص المادة 90من القانون المدني الجزائري في نص الفقرة 3 انه:«يجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال,إذا عرض مايراه القاضي كافيا لرفع الغبن.» تحدثت هذه الفقرة على صلاحية القاضي المتمثلة في رفع الغبن عن المغبون.[1]

وقد تناول الفقه تعريف الغبن من خلال الحديث عن طبيعته و الأثر الذي يمكن أن يترتب عليه,فمن حيث طبيعته فهو على ماسلف يتمثل في عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه بموجب العقد.

وقد تصدت العديد من التشريعات العربية لتعريف الغبن منها القانون اللبناني في المادة 213 منه حيث عرفه بأنه:«التفاوت وانتفاء التوازن بين الموجبات التي توضع لمصلحة فريق,والموجبات التي تفرض على الفريق الآخر في العقود ذات العوض.»[2]

ثالثا:الغبن في العقود الالكترونية.

يشير الواقع في مجال العقود الالكترونية إلى انتشار استخدام شبكة الانترنت في إبرام العقود سواءا ممن يملكون الخبرة في ذلك,أو من طرف الأشخاص العاديين قليلي الخبرة,وهذا مايؤدي إلى استغلال هؤلاء لنقص خبرتهم ومعرفتهم في هذا المجال,

---

[1] **ق،م،ج**،عدلت بالقانون رقم05-10المؤرخ في20جويلية2005،(ج،ر44،الصادرة بتاريخ2007ص22).

[2] **زياد إبراهيم النجار**،قواعد حماية المستهلك من التغرير والغبن في العقود الالكترونيةدراسة مقارنة،(ط-1)الدارالعلمية الدولية للنشر والتوزيع،الأردن،2017،ص53.

ولحماية هذه الفئة وغيرها بدأت مختلف التشريعات العالمية المنظمة للتجارة الالكترونيةتهتمبشكل كبير بحماية المستهلكين.[1]

ولعل القانون التونسي للمعاملات الالكترونية من أفضل التشريعات العربية التي تصدت لهذه الحماية حيث نصت المادة 50منه على انه:«يعاقب كل من استغل ضعف,أو جهل شخص في اطر عمليات البيع الالكترونية بدفع للالتزام حاضرا,أوأجلابأي شكل من الأشكال بخطية تتراوح مابين 1000و20000دينار,وذلك إذا ثبت من ظروف الواقعة أن هذا الشخص غير قادر على تمييز أبعاد تعهداته,أو كشف الحيل,أو الخدع المعتمدة بالالتزام أوإذا ثبت انه كان تحت الضغط مع مراعاة أحكام المجلة الجنائية.»ويتبين من خلال هذاالنص حماية المستهلك في العقد الالكتروني على أساسأن دفع المستهلك للتعاقد,واستغلالعدم مقدرته على تمييز تعهداته إلى قابلية العقد للإبطال,ومع هذا رتب جزاءا جنائيا عليه أيضا,لان الطرف الآخر استخدم طرقا ووسائل احتيالية.[2]

والاستغلال يعد عيبا في العقود الالكترونية وان كان قليل الوقوع إن لم يكن نادرا أو مستحيلا باعتبار أن معظم مستخدمي الشبكة من طبقة عالية المستوى في الثقافة,ومع ذلك قد يستغل مورد الخدمة طيش أو هوى أو عدم خبرة أو ضعف إدراك المتعاقد الآخر على طرف الشبكة فيدخل معه في عقد الكتروني يختل فيه التوازن الاقتصادي فيكون الطرف المستغل في حالة غبن من جراء هذا العقد,فللمتعاقد المغبون في هذه

---

[1] **ميكائيل رشيد علي**،المرجع السابق،ص508.

[2] **لزهر بن سعيد**،المرجع السابق،ص93.

الحالة–وتطبيقا للقواعد العامة–الحق بطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول خلال سنة من تاريخ التعاقد أو إبطالهإذا كان التصرف تبرعا.وهذا ماجاء في نص المادة 2/90 من التقنين المدني الجزائري بالنسبة للعقود التقليدية.

المطلب الثاني:الغلط والتدليس.

الفرعالأول:الغلط.

أولا:في الشريعة الإسلامية.

لغة:غلط غلطا:أخطا وجه الصواب,يقال غلط في الأمر,أو في الحساب,أو في المنطق,فهو غلطان.وفي أصل اللغة:مجانبة الصواب,وهو أن تعيا بالشيء فلا تعرف وجه الصواب فيه. [1]اصطلاحا:هو وهم يقوم في ذهن الشخص,يجعله يتصور الواقع على خلاف حقيقته,وهو يؤدي إلى بطلان العقد إذا انصب على ماهيته,أو على شرط من شروط الانعقاد أو على محل العقد.[2]

كما أن الغلط يظهر للعاقد دائما بعد ان يتم العقد,وان المعقود عليه مخالف لما وقع عليه التعاقد في الذات أو الوصف,وجاء في حكم الغلط في الذات انه إذا كان الغلط في الذات عند إنشاء العقد كان يشتري شخص خاتما من ذهب فيتبين له انه من نحاس أو يشتري قمحا

---

[1]**ميكائيل رشيد علي**،المرجع السابق،ص509.

[2]**خالد ممدوح إبراهيم**،المرجع السابق،ص184.

ليتبين انه شعير فقد ذهب الفقهاء إلى انه في غلط الذات لا ينعقد العقد لان اختلاف الجنس يجعل محل العقد معدوما,وبهذا فان العقد على المعدوم باطل,وبهذا نصت المادة 208 من مجلة الأحكام العدلية حيث جاء فيها:«إذا باع شيئا وبين جنسه,فظهر المبيع من غير ذلك الجنس,بطل البيع فلو باع زجاجا على انه الماس,بطل البيع.»[1]

وجاء في حكم الغلط في الوصف عند الحنفية أن حكمه حكم جنس المعقود عليه ويبطل به العقد,لأنه في هذه الحال باع المسمى وأشارإلى غيره:كان يشتري دارا على أنها مبنية من الحجارة ليتبين له أنها مبنية من الطوب,وذلك فاسد عند جمهور الحنفية.

ثانيا:الغلط في القانون.

الغلط هو وهم يقوم في نفسية الشخص ويكون إما واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها أو صحيحة يتوهم غير صحتها.

وقدأورد المشرع الجزائري نصوصا تشريعية تستوعب الغلط إذا وقع فيه المتعاقد أثناءإبرامه العقد.[2] غير أن التطور التقني والتكنولوجي الذي أحدثته ثورة الاتصالات ولد اهتماما فقهيا وتشريعيا متزايدا بحماية الطرف الأقل خبرة سواءا من الناحية الاقتصادية أو الفنية وأدى هذا الاهتمام إلىأن فرضت التشريعات على الطرف الأكثر خبرة في العقد الالكتروني أن يوفر للطرف الثاني المعلومات الكافية التي يجب الإدلاء بها والتي تجعل المتعاقد الآخر يبرم العقد وهو على بينة من أمره,و إلا جاز له الطعن في العقد لإبطاله للغلط نتيجة عدم علمه الكافي بمحل التعاقد أو شروط العقد,أو بسبب

---

[1] **مجلة الأحكام العدلية**،المرجع السابق،المادة(208).

[2] **راجع المواد**،(81،82،83)من القانون المدني الجزائري.

عدم تبصره بالتقنيات الفنية للمنتوج أو الخدمة المتعاقد عليها.[1] ويشترط للتمسك بالغلط ان يقع احد المتعاقدين في غلط جوهري,كما انه لايؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم,ولكن يجب تصحيح الغلط وهذا طبقا لنص المادة 84ق,م,ج,والتي جاء فيها:«لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم,ولكن يجب تصحيح الغلط.»[2]

وتفاديا للوقوع في الغلط ألزم التوجيه الاوربي 31/2000الخاص بالتجارة الالكترونية في المادة(11)منه:مقدمي الخدمات,بان يقوموا بعرض الخدمة على العميل بالتفصيل الدقيق,وان يقوموا بإعلامه بوسائل مناسبة وفعالة وسهلة البلوغ على نحو يمكنه من فهم المعطيات الالكترونية ويتفادى الوقوع في الغلط.[3]

ثالثا:الغلط في العقد الالكتروني على شبكة الانترنت.

عيب الغلط في التعاقد الالكتروني أمر متصور الحدوث فمثلا قد يتوهم احد المتعاقدين ان الطرف الآخر معروف لديه,والذي يقدم منتجات تصنع بطريقة يدوية مثلا,وانه يرغب في التعاقد معه لمهارته وخبرته,ثم يتضح أن المتعامل معه شخص غير معروف لتشابه الأسماء,أو لتشابه موقع الويب الذي يعرض نفس السلعة,فهنا يمكنه طلب الفسخ للعقد,ومثال دلك أيضاأن يطلب شخص استئجار سيارة من احد الشركات العالمية من موقع الويب المحدد لها على الانترنت,فتقوم الشركة بإرسال السيارة المطلوبة

---

[1] **عجالي بخالد**،المرجع السابق،ص214

[2] **القانون المدني الجزائري**،المرجع السابق،المادة(84).

[3] **ميكائيل رشيد علي**،المرجع السابق،ص515.

ومعها عقد الملكية على أساس انه عقد بيع,فهنا يعد العقد باطلا لاختلاف طبيعة العقدين.[1]

غير ان كثيرا ما يقع الغلط في مجال العقود الالكترونية,بسبب العرض الناقص للمنتجات,وذلك بان يكون العرض غير واضح أو غير مفهوم,أو غير متضمن الوصف الدقيق للسلع والخدمات,مما يؤدي إلى الوقوع في الغلط بشان المنتج المعروض عبر الانترنت [2],لذلك ألزم التوجيه الأوربي رقم 31/2000بشان التجارة الالكترونية في المادة رقم(11)منه كما سبق وذكرنا بأنهألزم مقدمي الخدمات بعرض الخدمة على المتعاقد(العميل)بالتفصيل حتى يتفادى الوقوع في الغلط.

وخلاصة القول في الغلط انه يبقى موقوفا على المتعاقد الواقع فيه,بحيث يكون له الاختيار إمابإمضاء العقد والاستمرار فيه أو رفضه ويجوز له فسخ العقد.

الفرع الثاني:التدليس أو التغرير(الخداع).

أولا:في الشريعة الإسلامية

لغة:من دلس البائع تدليسا,إذا كتم عيب السلعة عن المشتري وأخفاه,ويقال:ليس لي في الأمر ولس ولا دلس:أي لا خيانة ولا خديعة,والدلسة بلضم:الخديعة أيضا,وهو في الأصل يدل على ستر وظلمة,والمدالسة يعني الخديعة.

والتغرير لغة:هو الخداع أوإيقاع شخص في الغرر,أي في الخطر,والمعنى اللغوي لكل من التدليس والتغرير,قد ورد كل منهما بمعنى (الخديعة).

---

[1] **خالد ممدوح إبراهيم**،المرجع السابق،ص185

[2] **ميكائيل رشيد علي**،المرجع السابق،ص510

اصطلاحا:عرفه ابنقدامهبأنه:كتم العيب عن المشتري مع علمه به.

وعرفه البعض الآخربأنه:وسيلة قوليهأو فعلية كاذبة,لترغيب أحد المتعاقدين فيالعقد,وحمله عليهوجاء في تعريف آخربأنه:إغراء العاقد وخديعته,

ليقدم علىالعقد,ظانا انه في مصلحته,أو هو قيام شخص بخديعة آخر باستعمال وسائل احتيالية قوليه أو فعلية مضللة تحمله على التعاقد معه.[1]

وجاء في حكم التدليس: بما انه طريقة من طرق الاحتيال والغش الذي يدفع الآخرإلى التعاقد,والشريعة الإسلامية حرمت الخديعة والغش وكل أنواع الاحتيال واكل أموال الناس بالباطل,لقوله تعالى:«يأيها الذين ءامنوا لا تاكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلاأنتكون تجارة عن تراض منكم ولا تقتلوا أنفسكمإن الله كان بكم رحيما.»[2] في الأمور كلها ويدخل ضمنها العقود والمعاملات المالية.

وبذلك ومن خلال الآية الكريمة فان لمن وقع في تدليس أو خداع حق إبطال العقد,كما يثبت له الخيار في إمضاء العقد إنأراد ذلك.

ثانيا:التدليس في القانون.

يعرف التدليس بأنه:استعمال شخص طرق احتيالية لإيقاع شخص آخر في غلط يدفعه إلى التعاقد,أو هو إيهام شخص بأمر مخالف للحقيقة,عن طريق استعمال طرق احتيالية بقصد دفعه إلى التعاقد.[3]

---

[1] **ميكائيل رشيد علي**،المرجع السابق،ص516.

[2] **سورة النساء**،الآية(29).

[3] **بلقاسم حامدي**،المرجع السابق،ص134

ووفقا لهذا التعريف فان للتدليس عنصران:احدهما مادي يتمثل في الطرق الاحتيالية والثاني معنوي يتمثل في نية التضليل ويشترط فيه أن يكون هو الدافع إلى التعاقد وان يتصل بالمتعاقد الآخر,ويعتبر مجرد السكوت المتعمد عن واقعة معينة أو طرف ما تدليسا إذا ثبت أن المدلس عليه ماكان ليبرم العقد لو علم بها.[1]

وعلى هذه الأحكام نصت المادة(86)من ق,م,ج,حيث جاء فيها:«يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجا إليها احد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما ابرم الطرف الثاني العقد.

ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ماكان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو الملابسة.»[2]

وقد عرّفته مجلة الأحكام العدلية بأنه:«توصيف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية.»[3]

ثالثا:التدليس في العقد الالكتروني عبر الانترنت.

تطورت نظرية التدليس بفضل الفقه والقضاء في فرنسا واتسع مداها ليستوعب الكذب والكتمان,لذلك امتد مفهوم التدليس في العقود الالكترونية ليشمل الإعلانات الالكترونية الكاذبة والمضللة نظرا لسهولة تأثيرها في سلوكات المستهلك ودفعه إلى التعاقد على سلع ومنتجات يتضح فيما بعد انه لم يكن بحاجة إليها.[4]فالمستهلك في

---

[1]**محمد سعيد جعفور** ،نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي ،ط.1دار هومة ،الجزائر، 2002،ص40.

[2]**ق،م، ج**،المرجع السابق،المادة(86).

[3]**مجلة الأحكام العدلية**،المرجع السابق،المادة(164).

[4]**عجالي بخالد**،المرجع السابق،ص217.

التعاقد الالكتروني لا يتمكن من معاينة الشيء المبيع,كما في التعاقد التقليدي,وإنما يعاين الشيء من خلال شاشة الكومبيوتر ولذلك يرى البعض انه في حالة عقد البيع الالكترونيإذا قام البائع بخداع المشتري عن طريق الحيل التكنولوجية في عرض المنتج فانه يجب إبطال العقد للغش,فالغش يفسد كل التصرفات.[1] ولا يشترط في الكتمان,لكي يعد تدليسا,أن يتعلق بكامل المعلومات التي يجب الإدلاء بها,بل يمتد ليشمل حتى الأجزاء البسيطة,ففي حالة بيع الأدوية عن طريق شبكة الانترنت إذا لم يقم البائع بذكر احد البيانات الهامة الخاصة بالدواء محل العقد كان لا يذكر موانع الاستعمال أوالأعراض الجانبية فانه يكون قد كتم معلومات يراها الطرف الآخر ضرورية بل ويجب أن ترى كذلك نظرا لطبيعة محل العقد ولذلك ينطبق عليه حكم التدليس.[2] ويمكن الحد من ظاهرة التدليس في العقود الالكترونية عن طريق تفعيل وتنشيط دور جهات التوثيق الالكتروني,أو مقدمي خدمة التوثيق, فدورها ليس قاصرا على مجرد التأكد من صحة صدور الإرادة بل التأكد من صحة هذه الإرادة وبعدها عن وسائل الغش والخداع,ولثبوت ذلك فإنه يجب إبطال العقد أواثبات الخيار لوجود الغش في العقد.[3]

المبحث الثالث:المحل والسبب في العقد الالكتروني عبر الانترنت.

---

[1] **خالد ممدوح إبراهيم**،المرجع السابق،ص181.

[2] **إيمان مأمون احمد سلامة** ،إبرام العقد الالكتروني وإثباته:الجوانب القانونية لعقد التجارة الالكترونية ،ط.1،دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية،مصر،2008،ص171.

[3] **ميكائيل رشيد علي**،العقود الالكترونية على شبكة الانترنت بين الشريعة والقانون،المرجع السابق،ص519.

المحل والسبب هما ركنان في العقد الالكتروني,حيث يشترط أن يكون هذا الأخير صحيحا وذلك بان يتفق مع ما تقرره القواعد العامة للعقد من عدم مخالفة النظام العام,ومراعاة الآداب العامة وليس بمجرد إبرام العقد الالكتروني عبر الانترنت انه أصبح في حل من وجوب مشروعية المحل للتعاقد عليه أو صحة السبب ووجوده [1],والعقد لانعقاده ولكي ينتج أثاره القانونية لابد من توافر هذين الركنين هذا بالإضافةإلى الرضا المتمثل في الإيجاب والقبول كما سبق وذكرنا,وعلى اعتبار أن العقد الالكتروني ينعقد بين متعاقدين بعدت المسافة بينهما,يكون هنالك صعوبة للتأكد من مشروعية المحل والسبب,ومن خلال ما تقدم سنتطرق إلى المحل والسبب في العقد الالكتروني.

المطلبالأول:المحل في العقد الالكتروني.

محل العقد هو الالتزامات التي يولدها العقد,وهو بهذه المثابة يعتبر ركنا في الالتزام ولكن ليس غريبا عن العقد,ومحل العقد هو العملية القانونية التي يقصد الطرفان تحقيقها بمقتضى العقد [2],ويشترط في المحل وفقا للقواعد العامة أن يكون معينا أو قابلا للتعيين وان يكون مشروعا وان يكون موجودا أو قابلا للوجود,ويشترط توافر ذات الشروط في محل العقد الالكتروني سواء أكان العقد المبرم عن طريق البريد الالكترونيأو عن طريق المواقع الإلكترونية مع بعض الخصوصية فيما يتعلق بشرط التعيين [3]،ويمكن إجمالهذه

---

[1] **عيساوي سوهيلة**،تنفيذ عقود التجارة الالكترونية،مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص القانون الخاص الشامل ،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة عبد الرحمان ميرة،بجاية،2017،ص10

[2] **لما عبد الله صادق سلهب**،المرجع السابق،ص34.

[3] **كاظم كريم علي**،ماهية العقد الالكتروني،مقال منشور على الانترنت،ص283.

الشروط الواجب توافرها في محل العقد الالكتروني ليكون عقدا صحيحا على النحو التالي:

الفرعالأول: أن يكون معيناأو قابل للتعيين. حتى يكون محل العقد الإلكتروني معينا أو قابلا للتعيين، يجب أن يتم وصف الخدمة أو المنتج عبر تقنيات الاتصال الحديثة بصورة دقيقة وكاملة بعيدا عن الإعلانات الخادعة أو المضللة,وبالنظر إلى المنتجات المعروضة والتي هي محل للتعاقد فغالبا مايكون وصفها مصحوبا بصور مثل ماهو عليه الكتالوج الورقي التقليدي وذلك لان في التعاقد الإلكتروني لايمكن رؤية محل العقد رؤية مباشرة ويتسم العرض عادة بهذه الطريقة بالطابع الاعلاني

أكثر من كونه التزاما قانونيا يقع على عاتق مقدم الخدمة أو المنتج ولكنه يتمتع بقيمة قانونية تتمثل في التزام مقدم الخدمة أو المنتج بالجودة.[1]

وبالنظر إلى نص المادة(161)من القانون المدني الأردني يتضح وجوب أن يكون المبيع موصوفا وصفا دقيقا نافيا للجهالة [2],وكذلك الحال في نص المادة(133)من القانون المدني المصري حيث أوجبتأن يكون المحل معينا بنوعه ومقداره [3]،وهذا ما أكدت عليه المادة(30)من مشروع قانون المبادلات والتجارة الفلسطيني لسنة 2003:«يوفر البائع للمستهلك في المعاملات التجارية الالكترونية قبل إبرام العقد المعلومات التالية:طبيعة ومواصفات وسعر المنتج.»

---

[1] **لما عبد الله صادق سلهب**، المرجع السابق،ص34

[2] **القانون المدني الأردني**، رقم(43)لسنة1976المادة(161).

[3] **القانون المدني المصري**، المادة(133).

كما تفرض خصوصية العقد الالكتروني وعلى وجه التحديد البيع عبر الانترنت,نجد أن هناك أشياء لا تصلح أن تكون محلا مثل "العقار"وذلك لان ملكيته لاتنقل من البائع إلى المشتري إلا بشكلية معينة وهي التسجيل وبالتالي لا يصلح أن يكون محلا لعقد البيع الالكتروني إلا المال المنقول سواءا كان ماديا أو معنويا.[1] وقد نص المشرع الجزائري في المادة 94 من ق,م,ج على مايلي:«إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته,وجب أن يكون معينا بنوعه,ومقداره وإلا كان العقد باطلا.ويكفيأن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد مايستطاع به تعيين مقداره.وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء ,من حيث جودته ولم يكن تبين ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر,التزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط.»[2]

الفرع الثاني:أن يكون ممكنا.

إذا كان محل العقد موجودا ثم هلك قبل التعاقد كان العقد باطلا سواءا علم طرفا العقد علما بذلك أو لم يعلما,أماإذا وجد محل الالتزام وقت انعقاد العقد وهلك بعد ذلك ،يكون الالتزام قد نشا وقت وجود العقد,ويكون العقد بعد ذلك قابلا للفسخ,ويصح كذلك العقد إذا قصد المتعاقدان أن يرد العقد على شيء موجود في المستقبل أو قابل للوجود,فالأصل جواز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبليا.وهذا ما أكدت عليه الفقرة الأولى من المادة 160 قانون مدني أردني:«يجوز أن يكون محلا للمعاوضات المالية الشيء المستقبل إذا انتفى الغرر.»كما نصت المادة 197 من مجلة

---

[1] **العطار محمد حسن** ،البيع عبر شبكة الانترنت-دراسة مقارنة-في ضوء قانون التوقيع الالكتروني رقم15لسنة2004،الطبعة الأولى،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،2005،ص67.

[2] **ق،م،ج**،المرجع السابق،المادة(94).

الأحكام العدلية:«يلزم أن يكون البيع موجودا.» [1]كذلك الفقرة الأولى من المادة 92
قانون مدني جزائري:«يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا و محققا.»[2]

ومن أمثلة ذلك في العقد الالكتروني أنيطلب احد المتعاقدين "المشتري"عبر رسالة الكترونية من شركة مايكروسوفت برنامجا معينا بمواصفات جديدة ويكون رد الشركة عدم وجود البرنامج ولكن من الممكن العمل على إيجاده مستقبلا مع إبداء المشتري موافقته على ذلك.ويتضح مما ذكر سابقا أن ليس هناك أيخصوصية فيما يخص شرط أن يكون المحل ممكنا في عقد التجارة الالكترونية.[3]

الفرع الثالث:أن يكون محل العقد مشروعا.

إن شرط المشروعية يمثل أهم شروط المحل للعقد الالكتروني لكي ينعقد العقد صحيحا ومنتجا لآثاره ويجب أن يكون هذا المحل مشروعا وجائز التعامل فيه وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة,وذلك طبقا لنص المادة 93ق,م,ج التي تنص انه:«إذا كان محل الالتزام مستحيل في ذاته أو مخالفا للنظام العام أوالآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا.»[4]

حسب أحكام هذه المادة يتضح لنا أن شرط المشروعية يمثل أهم شروط محل العقد الالكتروني,وذلك نظرا لكثرة المواقع التي تستغل في ممارسة التجارة غير المشروعة

---

[1] **لما عبد الله صادق سلهب**,المرجع السابق,ص36.

[2] **القانون المدني الجزائري**،المرجع السابق،المادة(92).

[3] **لماعبد الله صادق سلهب**، المرجع السابق،ص36.

[4] **القانون المدني الجزائري**،المرجع السابق، المادة(93)من الأمر رقم58/75.

كالمخدرات,انتحال صفة الغير,اقتحام مواقع الآخرين,غسيل الأموال,اذ تعد هذه التصرفات باطلة بقوة القانون لكونها مناقضة للنظام العام والآداب العامة.

فالأصل جواز التعامل في كافة الأشياء والخدمات عبر الانترنت ما لم يحضره القانون وذلك استجابة لمبدأ حرية التجارة الذي يقر بان لكل شخص حرية كاملة في ممارسة أي تجارة أو مهنة أو فن أو حرفة يراها مناسبة,وذلك بشرط مراعاة القيود التي تفرضها بعض نصوص القانون والتي تهدف إلى الحفاظ على النظام العام وحماية المستهلك أو تحقق المصلحة العامة.

وعليه ينبغي أن يكون محل العقد الالكتروني متفقا مع القوانين المنظمة للتجارة الالكترونية والمنظمة للعقود المبرمة عن بعد.[1]

المطلب الثاني:السبب في العقد الالكتروني.

السبب يعد ركن ثاني من أركان العقد الالكتروني لا يقوم العقد الالكتروني إلا به,حيث يشترط في السببأن يكون هناك سبب يحمل المتعاقد على قبول التعاقد وكذا لابد أن يكون هناك سبب مشروع [2].وارتأينا دراسة هذا المطلب بإدراج مواقف المذاهب الأربعة منه وكذا القانون الوضعي.ومدى تطبيقه على العقود الالكترونية عبر الانترنت.

الفرع الأول:السبب في الفقه الإسلامي وموقف المذاهب منه.

---

[1] **بلقاسم حامدي**،المرجع السابق،ص146.

[2] **عيساوي سوهيلة**،المرجع السابق،ص13

أولا:السبب لغة:كل شيء يتوصل به إلى غيره,أو ما يتوصل به إلى مقصود ما.

اصطلاحا:ماجعله الشرع معرفا لحكم شرعي,بحيث يوجد هذا الحكم عند وجوده وينعدم عند عدمه.

وعرفه الإمام الغزالي رحمه الله بأنه:الشيء الذي يحرك الإرادة نحو غرض من الأغراض.

ثانيا:موقف المذاهب الفقهية من السبب.

1/المذهب الحنفي:يعتد المذهب الحنفي بالسبب إذ نص عليه في صلب العقد وتضمنته صيغة العقد,أو التعبير عن الإرادة,فان لم تتضمنه الصيغة فلا يعتد به,ولا يبحث عنه خارج العقد,فإذا كان السبب على التعاقد معصية في ذاته فانه لا يجوز التعاقد,مثل عقد الإجارةعلى الغناء,فالعقد باطل باعتبار أنها من المعاصي,وفي الفقه الحنفي تطبيقات واسعة لهذه الفكرة.

2/المذهب المالكي:يعتد المذهب المالكي بالبواعث(السبب)ويرى أنها تؤثر في العقود صحة وبطلانا,وحرمة وحلا,سواءا كان ذلك في مجال العقود أو في التصرفات والعبادات,أو المعاملات,سواءا ذكر في العقد أم لم يذكر,مادام انه معلوم من الطرف الآخر,فإذا كان السبب مشروعا فالعقد صحيح,وإذا كان غير مشروع فان العقد باطل,فبيع العنب لمن يعصره خمرا باطل وغير جائز فالعقد الذي يتخذه وسيلة لأمر غير مشروع يكون باطل.

3/المذهب الشافعي:يجب أن يكون السبب داخلا في صيغة العقد حتى يعتد به,فلا يبحث عنه خارج العقد,ولابد أن تتضمنه إرادة المتعاقدين في صيغة عقدهما,أو ورد في عبارتهما في إيجاب وقبول,أو مايقوم مقامهما,ووفقا لهذا المذهب لا يجوز للقاضي أن يجوس خلال نفسية المتعاقدين,ليقرا ما إذا كان السبب على التعاقد مشروعا أم غير

مشروع,كبيع العنب حلال وليس على البائع الكشف عما يفعله المشتري بالعنب وعما يتخذه خمرا أم لا,وقد ذهب الأمام الشافعي إلى ذلك صراحة.

4/المذهب الحنبلي:يعد المذهب الحنبلي من المذاهب ذات النزعة الذاتية,فيعتد بالسبب لأنه هو الباعث على التعاقد,فالاعتداد بالقصد والنية هي المبدأالأساسي في هذا المذهب،بغض النظر عما إذا كانت صيغة العقد في شكلها الخارجي مشروعة،

أم غير مشروعة،فالمهم هو القصد وان النية تصحح العقد وتبطله.

وخلاصة القول: هو أن المذاهب اتفقت على انه في حال ظهر السبب غير مشروع بطل العقد ،إلاأن هنالك اختلاف بينهم ،فعند الحنفية والشافعية السبب جزء من صيغة العقد ولا يعتد ب هالا إذا ورد في الصيغة وكان مشروعا.وعند المالكية والحنبلية السبب هو الباعث على التعاقد.

الفرع الثاني:السبب في القانون الوضعي.

عرّفه القانون على أنه:الغرض المباشر،الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه والسبب في هذا المعنى لا يكون إلا في الالتزام العقدي،وباعتباره عنصرا في الالتزام العقدي يتصل أوثق الاتصال بالإرادة،وليس ذاتها ولكنه الغرض المباشر الذي اتجهت إليهالإرادة،فحيث توجد الإرادة يوجد السبب،وتأخذ القوانين العربية في معظمها بالسبب في الالتزام وهي تعتد بالنظريتين التقليدية والحديثة فلكل من السببين وظيفة.[1]

[1] **ميكائيل رشيد علي**،المرجع السابق،ص524

نصت المادة(136)ق،م،مصري على انه:«اذا لم يكن للالتزام سبب ،أو كان سببه مخالفا للنظام العام أوالآداب كان العقد باطلا.» [1]كما نصت المادة(97)ق،م،ج على انه:«إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أوللآداب كان العقد باطلا» [2] ويتضح لنا من خلال هذه المادة أن السبب غير المشروع ينقسم إلى قسمين:السبب المخالف للقانون والسبب المخالف للآداب العامة فيؤدي ذلك إلى بطلان التعاقد ويترتب آثار على هذا الضرر الذي قام بهذا التصرف مسؤولا عن عدم المشروعية.

أمّا فيما يخص السبب في القانون الفرنسي الحديث ف إنه:الغاية المباشرة أو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه ،أما الباعث فغاية غير مباشرة تحقق بعد أن يتحقق السبب ،ولا يصل إليها الملتزم مباشرة من وراء الالتزام ،وبناءا على ذلك يمكننا إجمالأهم المبادئ التي تضمنها القانون الفرنسي الحديث:

ينشأ العقد بمجرد الاتفاق.

يجبأن يكون هناك تعادل في الالتزامات ولا يكون هناك استغلال أو غش أوإكراه في تكوين العقد.

يجبأن يكون السبب(الباعث)على التصرفات مشروعا وإلا كان العقد باطلا.[3]

الفرع الثالث:السبب في العقد الالكتروني عبر الانترنت.

---

[1]**القانون المدني المصري**،المرجع السابق،المادة(136).

[2]**القانون المدني الجزائري**،المرجع السابق،المادة(97).

[3]**ميكائيل رشيد علي**، المرجع السابق،ص525

اتفق الفقهاء على انه يلزم لصحة العقد بان يكون قصد المتعاقدين من إبرامه مشروعا ،وغير مخالف للنظام العام أوللآدابوالأخلاق ،والسبب هو الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من خلال التزاماته الواردة بالعقد ،فهو الغرض المباشر المقصود من العقد.ويلاحظ انه كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن يكون له سببا مشروعا ،ما لم يقم الدليل على غير ذلك ،ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على مايخالف ذلك ،وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة(98)ق،م،ج والتي جاء فيها:«كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا ،ما لم يقم الدليل على غير ذلك.

ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على مايخالف ذلك،فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه.»[1]

والسبب باعتباره الباعث على التعاقد يستخدم لحماية المشروعية في التعاقد ،لذا فانه إذا كان هذا السبب غير مشروع ومخالف للنظام العام أوالآداب ،فان العقود الالكترونية تكون باطلة ،بمعنى أن عدم مشروعية تطال حتى العقود الالكترونية ، مثلها مثل العقود العادية.

[1] **القانون المدني الجزائري**،المرجع السابق،المادة(98).

خاتمة:

بعد الانتهاء من البحث والذي تناولنا فيه العقد ا لإلكتروني في اغلب جوانبه,من حيث الإطار المفاهيمي له من تعريف وذكر لأهم خصائصه ومزاياه ثم التحدث عن ما يسبق العقد بمعنى آخر"التفاوض"السابق للعقد وذكر أهم أركانه وصحته في دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي خلصنا إلى نتائج من هذه الدراسة حيث:

تناولنا العقد الالكتروني من ناحية التعريف به وبيان أهم خصائصه ومزاياه وخلصنا إلى أن ما يميزه عن غيره من العقود هو الطابع غير المادي في إبرامه من حيث انه يتم بدعائم الكترونية دون الدعائم الورقية سواءا عبر البريد الالكتروني أو المواقع الالكترونية ومن خصائصه انه عقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان.

كما أن من خلال استعراضنا للتفاوض تبين لنا أن هذا الأخير يعد اتفاق رضائي بين طرفين أو أكثر,بحيث يكون للأطراف دورا أساسيا في القيام به للتباحث وتبادل وجهات النظر بهدف التوصل إلى اتفاق ويتم غبر شبكة الانترنت.

ومن خلال تعرضنا للصيغة في العقود الالكترونية المتمثلة في الإيجاب والقبول وجدنا أن الإيجاب يتم عبر وسيط الكتروني من خلال شبكة اتصالات ومعلومات,كما أن القبول هو الآخر يمكن التعبير عنه عبر البريد الالكتروني أو بالضغط على زر الموافقة في لوحة المفاتيح الخاصة بالكمبيوتر,أو عن طريق التنزيل عن بعد,ومن خلال هذا تبين لنا أن شروط الإيجاب والقبول هي نفس الشروط في الإيجاب والقبول في العقود التقليدية ولا تختلف إلا في بعض الخصوصيات وهي التي تتعلق بالطبيعة الالكترونية للتعاقد عبر شبكة الانترنت.

وبالحديث عن مجلس العقد نجد أن الفقه الإسلامي صاغه بشكل كبير م ن الإتقان,لا مثيل له في الشرائع والقوانين الأخرى ومضمون هذا المصطلح هو صدور الإيجاب والقبول في نفس الزمان والمكان معا .

كما تبرز أهميته في تحديد زمان ومكان التعاقد وهو نوعان:مجلس حقيقي ومجلس حكمي.

أما الحقيقي فهو المكان الذي يجمع المتعاقدين بحيث يكونان على اتصال مباشر يسمع احدهما كلام الآخر بحيث لا ينشغل طرف بشاغل آخر على العقد,بينما المجلس الحكمي فيكون فيه احد طرفا العقد غائبا وهو ما يكون غالبا في العقود الالكترونية.

اما بالنسبة لزمان ومكان ابرام العقد فانه من خلال دراستنا له وجدنا انه عند التعاقد بين حاضرين فان هناك نظريتان اما العلم بالقبول وذلك بمعنى ان العقد لايتم الا بعلم الموجب بالقبول حيث يكون زمان العقد هو لحظة سماع الموجب قبول القابل،او النظرية الثانية المتمثلة في اعلان القبول والتي خلصنا فيها الى ان العقد يتم في زمان ومكان توافق الارادتين اي عند اقتران الايجاب بالقبول.

اما من حيث التعاقد بين غائبين فظهرت اربع نظريات سبق وذكرنا منها نظريتين اما تصدير القبول فيكون بقيام القابل بارسال القبول الى الموجب،فاذا تم ارسال البريد الإلكتروني وبمجرد ضغط القابل على ايقونة الايجاب فان هذه اللحظة تكون وقت القبول.

وفيما يتعلق بصحته حتى يعتد به عقدا الكترونيا،وبخصوص مسالة الاهلية والتحقق منها ومن هوية المتعاقد فإن التشريعات وضعت حلولا بسيطة من شانها تحقيق الغرض وهو اشتراط ملأ إستمارة او وضع الرقم السري الخاص بالبطاقة الإلكترونية للتأكد من اهلية المتعاقد او التوثيق الإلكتروني او عن طريق الوسائل التحذيرية،كل هذه القواعد من شأنها أن تتيح للأطراف المتعاقدة التأكد أو التحقق من أهلية الطرف الثاني

وقد استعرضنا في هذه الدراسة عيوب صحة العقد المتمثلة في الغبن والإكراه والتدليس والغلط كلها من شأنها إبطال العقد أو جعله قابلا للإبطال فالتعبير عن الإرادة والرضا بكل حرية ركن أساسي للعقد ويجب أن يكون الإيجاب والقبول سليما من هذهالعيوب.

كما تعرضنا للمحل والسبب في العقود الإلكترونية وخلصنا إلى نقاط أساسية في المحل يتفق عليها كل الفقهاء سواءا فقهاء الشريعة او القانون وهي وجوب المشروعية ومعين أو قابل للتعيين وممكن حيث يتفق عليها في العقود التقليدية والعقود الإلكترونية وكذا السبب الذي ليس فيه شيء من الخصوصية حيث يخضع في أحكامه للقواعد العامة لذا فان العقود المبرمة عبر الإنترنت تكون باطلة لعدم مشروعية السبب،إذا كانت تتضمن أفعالا مخالفة للنظام العام أو الآداب .

قائمة المصـــــادر والـمراجع :

أولا :القرآن الكريم

الحديث الشريف

ثانيـا: الكتـــــــــــــب :

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

إيمان مأمون أحمد سلامة ، إبرام العقد الإلكتروني و إثباته : الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية ، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية مصر ، 2008م

بلحاجالعربي ، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار وائل للنشر 2010م

بلحاج العربي ،النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري ، الطبعة الأولى الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2007م

حجازي عبد الفتاح بيومي ، حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية ، الطبعة الأولى ،المحلة الكبرى ،دار الكتب القانونية ، مصر ، 2008م

خالد ممدوح ابراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، الطبعة الأولى الدار الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ،2007م

خالد ممدوح ابراهيم ،ابرام العقد الإلكتروني ،دراسة مقارنة، الطبعة 2،دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر 2014م

زياد ابراهيمالنجار، قواعد حماية المستهلك من التغرير و الغبن في العقود الإلكترونية ،دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع ، الأردن 2017م

عبد الرزاق أحمد الصنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، مصادر الإلتزام ، الطبعة الأولى دار إحياء التراث بيروت لبنان ، 1993م

عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقل و الإرادة المنفردة ، دراسة معمقة و مقارنة بالفقه الإسلامي ، دط ، مطبعة النهظة 1984م

عبد الله ذيب محمود ، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن 2012م

عبيدات لورينس محمد ، إثبات المحرر الإلكتروني ، الطبعة الأولى الإصدار الثاني ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2009م

لزهر بن سعيد ، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر 2010م

محمد سعيد جعفور ،نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى ، دار هومة ،الجزائر 2002م

محمد فواز المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية ، أركانه ، إثباته ، القانون الواجب التطبيق ، حمايته ، التشفير التوقيع الإلكتروني ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الأردن 2006م

ميكائيل رشيد علي ،العقود الإلكترونية على شبكة الأنترنت بين الشريعة والقانون ،ط 1، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ،مصر 2015/2014م

المجلات و المقالات على شبكة الإنترنت :

الشريف علي بن محمد الجرجاني ،كتاب التعريفات ، دار الكتب العلمية ، مسحوب من الإنترنت www.islamicbook.ws

كاظم كريم علي ،ماهية العقد الإلكتروني ،مقال منشور على الإنترنت

مجلة الأحكام العدلية ، دار إبن حزم،بيروت ، 1424هـ 2004م ، مسحوب من الإنترنتwww.moj.p. s >images >majallatalhkam

القـــــــــــــــوانين :

القانون المدني الأردني، رقم 43 بسنة 1976م

القانون المدني الجزائري ، الأمر رقم 10/05المؤرخ في 20جويلية 2005م ج ر ، العدد 44 الصادر سنة 2007م ، المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم

القانون المدني المصري ،الصادر بقصر القبة في 9رمضان 1367هـ 16جويلية 1948، الوقائع المصرية ، عدد رقم 108 مكرر أ ، الصادر في 29 جويلية 1948م

الرسائل و الأطاريح الجامعية :

بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلو القانونية ، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الحاج لخظر ، باتنة 2015م

عجالي بخالد ، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري ، دراسة مقارنة ، رسالة لنيل شهادة دكتوراة في العلوم تخصص قانون ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جتمعة مولود معمري ، تيزي وزو 2014م

عيساوي سوهيلة ،تنفيذ عقود التجارة الإلكترونية ،مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص القانون الخاص الشامل ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية 2017/2016م

لما عبد الله صادق سلهب ، مجلس العقد الإلكتروني ، رسالة ماجيستير في القانون الخاص ، مقدمة لكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية ، نابلس ، فلسطين ، 2008م

معمري مرزاقة ، المفاوضات في عقود التجارة الدولية بإستخدام تكنولوجيا المعلومات والإتصال ، مذكرة لإستكمال متطلبات شهادة ماستر في الحقوق تخصص قانون خاص ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة 2016/2015م

الفهرس الصفحة

مقدمة.....أ

مبحث تمهيدي:الإطار المفاهيمي للعقد الإلكتروني.....1

المطلب الأول:تعريف العقد الالكتروني.....2

الفرع الأول:التعريف وفقا لبعض التشريعات العربية.....2

الفرع الثاني:التعريف وفقا للقانون النموذجي للأمم المتحدة(الاونسترال.....4

المطلب الثاني:مزايا العقد الالكتروني وخصائصه.....5

الفرع الأول:مزايا العقد الالكتروني.....6

الفرع الثاني:خصائص العقد الالكتروني.....7

الفصل الأول:تكوين العقد الإلكتروني في ظل الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.....10

المبحث الأول:التفاوض الالكتروني والالتزامات المفروضة فيه.....12

المطلب الأول:ماهية التفاوض الإلكتروني وأهميته.....12

الفرع الأول:موقف المشرع منه.....12

الفرع الثاني:تعريف التفاوض الالكتروني.....14

الفرع الثالث:أهمية التفاوض الالكتروني.....15

المطلب الثاني:الإلتزامات الناشئة في مرحلة التفاوض.....17

الفرع الأول:الإلتزام بحسن النية والاعتدال والجدية.....17

الفرع الثاني:الإلتزام بالتعاون وضمان السرية.....18

الفرع الثالث:الإلتزام بالإعلام.....20.

المبحث الثاني:الإيجاب والقبول في العقد الالكتروني.....22

المطلب الأول:الإيجاب الالكتروني.....22

الفرع الأول:مفهوم الإيجاب للعقد الالكتروني في الشريعة الإسلامية.....22

الفرع الثاني:مفهوم الإيجاب الالكتروني في القانون.....23

الفرع الثالث: الشروط التعاقدية للإيجاب الالكتروني 25

المطلب الثاني:القبول الالكتروني.....28.

الفرع الأول:تعريف القبول في الشريعة الإسلامية.....29.

الفرع الثاني:القبول في القانون.....30

الفرع الثالث:طرق القبول الالكتروني.....32.

المبحث الثالث:مجلس العقد الالكتروني عبر الانترنت.....35.

المطلب الأول: ماهية مجلس العقد الالكتروني.....35

الفرع الأول:تعريف مجلس العقد في الشريعة الإسلامية.....35

الفرع الثاني:تعريف مجلس العقد في القانون.....37

الفرع الثالث:صور مجلس العقد وشروطه.....39

المطلب الثاني:زمان ومكان إبرام العقد عبر الانترنت.....43

الفرع الأول: زمان ومكان العقد في التعاقد بين حاضرين.....43

الفرع الثاني: زمان ومكان العقد في التعاقد بين غائبين.....44

الفصل الثاني:صحة العقد الالكتروني في ظل الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.....49

المبحث الأول:شرط الأهلية في العقد الالكتروني.....49.

المطلب الأول:ماهية الأهلية وعوارضها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.....49

الفرع الأول:تعريف الأهلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.....50

الفرع الثاني:عوارض الأهلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.....53

المطلب الثاني:أهلية التعاقد عبر الانترنت ووسائل التحقق من صحتها.....57

الفرع الأول:الأهلية في التعاقد عبر الانترنت.....57.

الفرع الثاني:الوسائل التقنية المستخدمة للتحقق من صحة الأهلية.....59

المبحث الثاني:عيوب صحة العقد الالكتروني.....61

المطلب الأول:الإكراه والغبن.....62.

الفرع الأول:الإكراه.....62

الفرع الثاني:الغبن.....65.

–المطلب الثاني:الغلط والتدليس.....69.

–الفرع الأول:الغلط.....69.

الفرع الثاني:التدليس أو التغرير(الخداع).....72

المبحث الثالث:المحل والسبب في العقد الالكتروني عبر الانترنت.....75

المطلب الأول:المحل في العقد الالكتروني.....76

الفرع الأول:أن يكون معينا أو قابل للتعيين.....76

الفرع الثاني:أن يكون ممكنا.....78.

الفرع الثالث:أن يكون محل العقد مشروعا.....79

المطلب الثاني:السبب في العقد الالكتروني.....80

الفرع الأول:السبب في الفقه الإسلامي وموقف المذاهب منه.....80.

الفرع الثاني:السبب في القانون الوضعي.....82.

الفرع الثالث:السبب في العقد الالكتروني عبر الانترنت.....83.

خاتمة.....**85**

قائمة المصـــــادر والـمراجع.....**88**

الفهرس.....92