Route Educational & Social Science Journal
Volume 6(3) ; February 2019
Artical History

Received/ Geliş	Accepted/ Kabul	Available Online/yayınlanma
18.11.2018	13.2.2019	15.2.2019

أثر وسائل الاتصال الحديثة على نظام العقود

The Impact Of Modern Means Of Communication On The System Of Contracts

د. جامع مليكة

Dr. DJAMA MALIKA

أستاذ محاضر، معهد الحقوق والعلوم السياسية –قسم الحقوق– (تخصص قانون خاص)

المركز الجامعي تندوف (الجزائر)

الملخص:

إن ثورة المعلومات التي شهدها العالم وما صاحبها من انفتاح على الأسواق العالمية وكسر للحواجز المكانية والزمانية، والتي جعلت العالم قرية صغيرة وسط شاشة حاسوب أتاحت للمتعاقدين ولو كان بينهما بعد مكاني إمكانية إبرام عقدهما بكل سهولة ويسر وفي مدة زمنية قصيرة مـن خلال كبسة زر على جهاز الحاسب الآلي، ليتم إبرام العقد عبر شبكة الإنترنت متخطين بذلك الحدود والفواصل الجغرافية والزمنية بين الدول.

وبذلك كان للثورة المعلوماتية أثرها البليغ وانعكاسها الأكبر على نظام العقود، فأصبح بالإمكان اللجوء إلى وسائل الإتصال الحديثة من أجل التفاوض على العقود وإبرامها بل حتى تنفيذها دون اللجوء إلى الوسائل التقليدية المعروفة في ظل القواعد العامة.

ووسائل الإتصال الحديثة لا يمكن حصرها نظرا لارتباطها مع التطور التكنولوجي، إلا أنه يعد الإنترنت أحدث وأقوى هذه الوسائل وأهم ما توصلت إليه التكنولوجيا الرقمية من أجل إبرام العقد الإلكتروني، هذا الأخير الذي فرض وبإلحاح تحيين بعض المفاهيم التقليدية حتى تتماشى مع طبيعته، كونه يتم بوسيلة إلكترونية لا تستلزم الوجود المادي والمتعاصر لطرفيه، لذلك سنحاول من خلال هذه الدراسة الإجابة على إشكالية مفادها كيف أثرت وسائل الإتصال الحديثة على النظام القانوني للعقود التقليدية؟

الكلمات المفتاحية: وسائل الإتصال، الإنترنت، العقد الإلكتروني، المعلوماتية.

Abstract

The information revolution witnessed by the world and its openness to the world markets and the breaking of the spatial and temporal barriers, which made the world a small village in the middle of a computer screen that allowed the contractors, even if they were between them after my place, the possibility of concluding their contract easily and in a short period of time through a button on the computer To conclude the contract over the Internet, bypassing the geographical and temporal boundaries between countries.

Thus, the information revolution has had its eloquent impact and its greatest reflection on the contract system. It has become possible to resort to modern means of communication in order to negotiate and conclude contracts and even implement them without resorting to the traditional means known under the general rules.

The modern means of communication can not be limited because of their association with technological development. However, the Internet is the latest and most powerful of these means and the most important of the digital technology for the conclusion of the electronic contract. The latter imposed the necessity of updating some traditional concepts to be compatible with their nature. Does not require physical and contemporary presence of the parties, so we will try through this study to answer the problem of how the modern means of communication influenced the legal system of traditional contracts?

Keywords: Communication, Internet, Electronic Contract, Informatics

المدخل

يشهد العالم في الوقت الحاضر تطورا هائلا في مجال تكنولوجيا عالم الاتصالات، حيث أصبحت وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة والتي أثبتت قدرتها على ربط الأشخاص فيما بينهم رغم بعد المسافات من الضروريات التي من الصعب الاستغناء عنها، فبعد أن كانت الاتصالات في السابق تعتمد بشكل كبير على الهاتف الثابت ثم الفاكس والتلكس، ظهر بعدها الهاتف المحمول الذكي المزود بخدمة الجيل الثالث والجيل الرابع، هذه الخدمة جعلت الإنترنت الوسيلة المثلى في الاتصال ونقل المعلومات، وزالت بفضلها الحدود والفواصل الجغرافية والزمنية (العيشي، 2016-2017، صفحة 1)، وأصبح الأفراد يعتمدون عليها في معاملاتهم اليومية والمالية حتى أصبح أي عطل يصيب الشبكة من شأنه أن يعطل جانب مهم من حياتهم.

تبعا لذلك فالتطور الذي عرفته وسائل الإتصال الحديثة أدى إلى انتشار المعاملات الإلكترونية فازداد إقبال الأفراد على شبكة الإنترنت، وأصبحوا يستخدمونها كوسيلة تعاقد من أجل تلبية حاجاتهم الشخصية واليومية، نظرا لما يمتاز به من سرعة في الاتصال وسهولة في التعاقد، والتي لا يحتاج فيها المتعاقد إلا الدخول إلى موقع الشبكة أو إرسال رسالة إلكترونية من خلال كبسة زر على جهاز الحاسب الآلي، ليتم إبرام العقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت، دون أن يتحرك من مكانه.

وإن كان العقد الإلكتروني لا يختلف عن العقد التقليدي إلا من حيث الوسيلة الإلكترونية التي يبرم بها، والتي تجعله يدخل في نطاق العقود المبرمة عن بعد، وتخصه بخصائص تميزه عن العقد التقليدي، فإن هذا الأمر استدعى بالضرورة تحيين وتغيير بعض المفاهيم التقليدية حتى تتفق مع طبيعة هذا العقد الذي يتم بوسائل إلكترونية، فظهر الإيجاب والقبول الإلكترونيين، طرق الدفع الإلكترونية، وسائل الإثبات الإلكترونية ومدى حجيتها في الإثبات، والتسوية الإلكترونية وغيرها.

وأمام الخصوصية التي تمتاز بها العقود الإلكترونية كونها تتم في بيئة رقمية لا تعرف أدنى مرتكزات جغرافية فقد باتت القواعد التقليدية عاجزة عن الإلمام بمختلف الإشكالات القانونية التي يثيرها هذا النمط الجديد من التعاقد، أهمها صعوبة التحقق من مجلس العقد الإلكتروني، صعوبة التأكد من أهلية المتعاقد الأمر الذي قد يعرض العقود الإلكترونية لمخاطر التعاقد مع ناقصي الأهلية كالقاصرين أو فاقدي الأهلية بسبب أحد العوارض الأخرى الجنون والعته والسفه والغفلة. كما يثير التعاقد الإلكتروني صعوبات بالإختصاص التشريعي والقضائي وصعوبات أخرى في مجال إثبات هذا النوع من العقود خاصة أن فكرة تطويع القواعد التقليدية في الإثبات لا تصلح لتطبيقها على هذا النوع من التعاقد الذي يتم تدوينه على محرر إلكتروني، وبالتالي لا يمكن التوقيع عليه خطيا بل لا بد من إيجاد وسيلة تتماشى مع طبيعته وهي التوقيع الإلكتروني.

وبالنظر إلى الإشكالات التي تطرحها العقود الإلكترونية في مختلف مراحل العملية التعاقدية بدءً من مرحلة تكوين العقد إلى غاية تنفيذه، فقد ارتأينا معالجتها وقصرها فقط على مرحلة إبرام العقد الإلكتروني من خلال الإجابة على إشكالية مفادها: ما مدى تأثير التعاقد الإلكتروني على النظام القانوني للعقود التقليدية خلال مرحلة تكوينه؟ وللإجابة على هذه الإشكالية فقد اعتمدت منهجا وصفيا تحليليا قصد جمع المعلومات والحقائق ومحاولة تحليلها وتمحيصها، متبعة في ذلك خطة ثنائية تقتضي تقسيم الدراسة إلى مطلبين عالجت في المطلب الأول أثر التعاقد الإلكتروني على وجود التراضي، أما المطلب الثاني فخصصته لأثر التعاقد الإلكتروني على صحة التراضي.

المطلب الأول: أثر التعاقد الإلكتروني على وجود التراضي

يشترط القانون لقيام العقد وجود التراضي وتوافق إرادتا المتعاقدين على إحداث الأثر القانوني المقصود من العقد، الإرادة باعتبارها مكونة للرضا ليس لها أية قيمة قانونية إلا إذا تم التعبير عنها بفعل خارجي ظاهر (حامدي، 2014-2015، صفحة 55). ولما كان التصرف لا يوصف بأنه عقد إلا إذا تلاقت فيه إرادتين من أجل إحداث أثر قانوني، يتمثل في إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، فالعقد الإلكتروني لا يخرج عن هذه القاعدة، حيث يتطلب تكوينه توافق الإيجاب الإلكتروني مع القبول الإلكتروني، عبر وسيلة إلكترونية لإحداث أثر قانوني المتمثل في إبرام العقد، لذلك فإنه قبل البحث في التعبير عن الإرادة الإلكترونية (الفرع الثاني)، وتطابق الإيجاب والقبول (الفرع الثالث)، سنحاول أن نحدد مفهوم العقد الإلكتروني (الفرع الأول).

الفرع الأول: مفهوم العقد الإلكتروني

نتيجة التطور التكنولوجي شهدت العقود الإلكترونية نموا متزايدا حيث باتت تمثل نسبة هائلة من حجم التجارة الدولية، والسبب في ذلك راجع إلى سهولة إبرامها، بشكل يتفق مع ما يتطلبه التعامل التجاري من سرعة في المعاملات التجارية، الأمر الذي جعل جل المنشآت التجارية العالمية تفضل هذا النوع من العقود. والعقد الإلكتروني لا يختلف عن العقد التقليدي إلا من حيث الوسيلة الإلكترونية التي يبرم بها، والتي تجعله يدخل في نطاق العقود المبرمة عن بعد، وتخصه بخصائص متميزة عن العقود التقليدية، مما يجعلنا نتساءل عن طبيعة هذه العقود هل هي بين حاضرين أم بين غائبين.

أولا: تعريف العقد الإلكتروني

يمكن تعريف العقد الإلكتروني بأنه العقد الذي يتم تبادل الإيجاب والقبول فيه عبر وسيط إلكتروني أياً كان هذا الوسيط (التهامي، 2008، صفحة 18). أما التوجيه الأوروبي الصادر في 20 ماي 1997 المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد عرّفت المادة 02 منه العقد الإلكتروني بأنّه "عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد والذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية حتى إتمام العقد".

وقد عرّفه المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 مايو 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية (قانون التجارة الإلكترونية رقم 18-05، 2018)، حيث نصت المادة 06 منه بأنه "يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي:..... العقد الإلكتروني: العقد بمفهوم القانون 04-02 المؤرخ في 05 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ويتم إبرامه عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني".

ثانيا: خصائص العقد الإلكتروني

إن كان العقد الإلكتروني لا يختلف عن العقد التقليدي إلا من حيث وسيلة إبرامه إلا أن هذا لا يمنع من القول بأن له من المميزات ما يجعله يختلف عن سائر العقود التقليدية نحاول بيان بعضها فيما يلي:

1/ أنّه عقد يتم إبرامه بوسيلة إلكترونية: العقد الإلكتروني هو عقد عادي ولكنّه يكتسب الطابع الإلكتروني من الطريقة التي ينعقد بها، إذ أنه يتم بوسيلة إلكترونية والتي لا يمكن حصرها نظرا لارتباطها مع التطور التكنولوجي، ومن بين هذه الوسائل الإلكترونية إضافة إلى الهاتف والتليفزيون ما يلي:

أ/ **المينيتيل:** هو جهاز قريب الشبه بجهاز الكمبيوتر، ولكنه صغير الحجم نسبيا، يتكون من شاشة صغيرة ولوحة مفاتيح تشمل حروف وأرقام قريبة الشبه بلوحة مفاتيح الكمبيوتر، وهو وسيلة اتصال مرئية تنقل الكتابة على الشاشة دون الصور ويلزم لتشغيله أن يوصل بخط الهاتف (مناني، 2009، صفحة 37).

ب/ **التلكس:** عبارة عن جهاز برقية متصل بأحد فروع هيئة الاتصالات السلكية واللاسلكية وعن طريقه يستطيع المشترك الاتصال بأي مشترك آخر يملك نفس الجهاز في أي مكان في العالم، وذلك بتخصيص رقم لكل مشترك بحيث يستطيع الطرفان إرسال واستقبال الرسائل عبر الأجهزة في ثوان معدودة (التهامي، 2008، صفحة 43).

ج/ **الفاكس:** جهاز استنساخ بالهاتف يمكن من خلاله نقل الرسائل والمستندات المخطوطة باليد والمطبوعة بكامل محتوياتها كأصلها وتسليمها عن طريق شبكة الهاتف المركزية أو عن طريق الأقمار الصناعية (التهامي، 2008، صفحة 45).

د/ **الحاسب الآلي:** وهو جهاز قادر على استقبال البيانات وتخزينها واسترجاعها آليا وإجراء العمليات الحسابية والمنطقية عليها (الجمال، 2007، صفحة 83) حيث أتاحت تقنية الحاسب الآلي التعبير عن الإرادة من خلال الشبكات الإلكترونية المغلقة والمفتوحة لاسيما عبر البريد والمواقع الإلكترونية (مرزوق، 2012، صفحة 93).

هـ/ الإنترنت: ويعد أحدث وأقوى وسائل الاتصال ومن أهم ما توصلت إليه التكنولوجيا الرقمية، وهو عبارة عن مجموعـــة من شبكات الكمبيوتر المتصلة مع بعضها البعض بواسطة الخطوط الهاتفية أو كابلات الألياف الضوئية (التهامي، 2008، صفحة 08).

2/ أنّه عقد مبرم عن بعد: تعرف العقود المبرمة عن بعد بأنّها تلك العقود التي تتم ما بين غائبين، فهو عقد يبرم بين طرفين يتواجدان في أماكن بعيدة وهذا باستعمال وسيلـــة أو أكثر من وسائـــل الإتصال، أي عدم الحضور المادي المتعاصر لأطرافه لحظة تبادل الرضا بينهم" (مناني، 2009، صفحة 39).

3/ أنه عقد يغلب عليه الطابع التجاري: حيث يستأثر البيع التجاري بالجانب الأكبر من مجمل العقود التي تبرم عبر الانترنت، وغالبا ما يكون مقدم السلعة أو الخدمة على الأقل تاجر يتمتع بالصفة التجارية (عدنان خالد، 2012، صفحة 394)، لذلك يطلق عليه عقد التجارة الإلكترونية والتي عرفها المشرع الجزائري بالمادة 06/1 من قانون التجارة الإلكترونية بأنها "النشاط الذي يقوم بموجه مورد إلكتروني باقتراح أو ضمان توفير سلع وخدمات عن بعد لمستهلك إلكتروني، عن طريق الاتصالات الإلكترونية".

4/ أنه عقد يتسم بالطابع الدولي غالبا: ذلك أن أغلب المعاملات تتم بين أشخاص يتواجدون وينتمون إلى دول مختلفة.

5/ أنه عقد يتم الوفاء به إلكترونيا: في مقابل حصوله على السلعة أو الخدمة موضوع التعاقد، يلتزم المستهلك بأداء الثمن للتاجر، ووفقا للتعاقد التقليدي يتم الالتزام بدفع الثمن بأحد الوسائل المعروفة، فهو إما أن يكون نقدا أو شيك أو حوالة أو سند لأمر أو سفتجة أو غيرها من طرق الوفاء التقليدي.

ألا أنه في ظل بيئة الإنترنت الرقمية اللامادية التي لا تعترف إلا بالبيانات المشكلة من الأرقام، أصبح من غير الممكن أن يتم الدفع في مجال التجارة الالكترونية بالطريقة التقليدية المعتمدة على النقد الورقي والمعدني، لذا كانت الحاجة لإيجاد طرق جديدة تستجيب والمتطلبات الخاصة لهذه البيئة، وبذلك ظهرت العديد من وسائل الدفع التي وجدت لأجل مواكبة خصائص التجارة الإلكترونية والبيئة الرقمية التي تتم عبرها (حمودي، 2015، صفحة 125).

وفي هذا السياق عرفت المادة 06/5 من قانون التجارة الإلكترونية الجزائري **وسيلة الدفع الإلكتروني** بأنها "كل وسيلة دفع مرخص بها طبقا للتشريع المعمول به تمكن صاحبها من القيام بالدفع عن قرب أو عن بعد، عبر منظومة إلكترونية".

كما قضت المادة 27 من قانون التجارة الإلكترونية الجزائري السالف الذكر بأن "الدفع في المعاملات التجارية الإلكترونية يتم إما عن بعد أو عند تسليم المنتوج، عن طريق وسائل الدفع المرخص بها، وفقا للتشريع المعمول به. عندما يكون إلكترونيا، فإنه يتم من خلال منصات دفع مخصصة لهذا الغرض، منشأة ومستغلة حصريا من طرف البنوك المعتمدة من قبل بنك الجزائر وبريد الجزائر وموصولة بأي نوع من أنواع محطات الدفع الإلكتروني عبر شبكة المتعامل العمومي للمواصلات السلكية واللاسلكيّة. يتم الدفع في المعاملات التجارية العابرة للحدود، حصريا عن بعد، عبر الاتصالات الإلكترونية".

ومن طرق الوفاء الإلكترونية المقاصة الإلكترونية التي نظمها المشرع الجزائري بمقتضى النظام رقم 05-06 (النظام رقم 05-06 المتعلق بمقاصة الصكوك وأدوات الدفع الخاصة بالجمهور العريض الأخرى، 2005)، حيث نصت المادة 02/1 منه على أنه "ينجز بنك الجزائر نظام المقاصة الإلكترونية الذي يدعى نظام الجزائر للمقاصة المسافية ما بين البنوك-أتكي (ATCI)، ويتعلق الأمر بنظام ما بين البنوك للمقاصة الإلكترونية للصكوك والسندات والتحويلات والاقتطاعات الأتوماتيكية السحب والدفع باستعمال البطاقة المصرفية".

كما حدد المشرع بمقتضاه الأنظمة التي يتم بواسطتها نظام المقاصة الإلكترونية، وفي هذا نصت المادة 02/3 منه على أنه "يشتغل نظام أتكي (ATCI) وفقا لمبدأ المقاصة المتعددة الأطراف لأوامر الدفع التي يقدمها المشاركون في هذا النظام"، أما المادة 03 منه نصت على أنه "يتم حساب أرصدة المقاصة المتعددة الأطراف من قبل نظام أتكي (ATCI)، ثم تدفق بغرض تسويتها في نظام التسوية الإجمالية الفورية للمبالغ الكبيرة والدفع المستعجل المسمى أرتس ARTS".

من جهة أخرى حاول المشرع الجزائري تحيين كافة وسائل الدفع التقليدية لتتناسب مع مقتضيات التجارة الإلكترونية، لذلك اعترف بالمعالجة الإلكترونية للأوراق التجارية وهي السفتجة والشيك والسند لأمر (الأمر 75-59 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، 1975، المواد 3/414، 2/502 و467).

الفرع الثاني: التعبير عن الإرادة الإلكترونية

الإرادة ظاهرة نفسية تتمثل في قدرة الكائن المفكر على اتخاذ موقف أو قرار يستند إلى أسباب واعتبارات معقولة، مما يستدعي وجود الإدراك وحسن التدبير عند صاحب الإرادة (فيلالي، 2001، صفحة 69).

وما دامت الإرادة عملا نفسيا لا يعلم به إلا صاحبه، فكان لا بد من التعبير عنها حتى ترتب أثرا قانونيا، وفي ذلك نصت المادة 60 ق م على أنه "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا".

حيث يستفاد من نص المادة أن التعبير عن الإرادة قد يكون صريحا كما قد يكون ضمنا، أو باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه، الأمر الذي يفهم منه أن التعبير عن الإرادة يمكن أن يتم بوسيلة تقليدية أو إلكترونية ما دام أنها ترجمت نية المتعاقدين.

وبإعتبار أن العقد الالكتروني لا يختلف عن العقد التقليدي إلا من حيث الوسيلة التي يتم بها، لذلك يمكن أن يتم التعبير عن الإرادة إلكترونيا عبر شبكة الإنترنت وذلك باستخدام الوسائط الإلكترونية المتاحة عبر شبكة الإنترنت، وأهمها:

أولا: التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني E-mail

يقصد بالبريد الإلكتروني تبادل الرسائل بين الأطراف بطريقة إلكترونية، والتعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني يكون بالكتابة، ولا تختلف هذه الكتابة عن الكتابة العادية إلا في الوسيلة المستعملة وهي الدعائم الإلكترونية بدلا من الورقية، حيث تتم عملية إرسال رسالة إلكترونية إلى عنوان البريد الإلكتروني للطرف الآخر، والذي يتكون من ثلاثة أجزاء، الأول هو إسم الدخول والثاني علامة الدخول والثالث إسم الحقل المرسل إليه. ويتم نقل الرسائل بواسطة الإشارات بوصفها ظاهرة فيزيائية وتتحول إلى كتابة إلكترونية يمكن قراءتها بصورة واضحة، والتعبير في الرسالة الإلكترونية يكون صريحا إذ تترجم في الأخير لتتخذ شكل كتابة لا تختلف في جوهرها عن الكتابة العادية إنما تختلف فقط في الوسيلة المستعملة وهي الكمبيوتر، والذي يعتبر آلة طابعة حديثة يتم النقر فيها بالأصابع بدلا من الإمساك بالقلم (مرزوق، 2012، صفحة 65).

ثانيا: التعبير عن الإرادة عبر الموقع Web-site

المواقع الإلكترونية أو مواقع الويب WEB SITE كما يطلق عليها، هي مجموعة من الصفحات الإلكترونية ذات تنسيق وترتيب معين تتعلق بمواضيع معينة تستخدمها الشركات على نطاق واسع لعرض المنتجات أو الخدمات التي تقدمها وتكون متاحة لجميع مستخدمي الشبكة العالمية وتحدد فيها المواصفات والنصائح ومزايا وقوائم الأسعار وطرق الدفع والتسليم، وبموجب هذه الطريقة يستطيع المستهلك الدخول إلى موقع شركة معينة على شبكة الإنترنت واستعراض السلع أو الخدمات المتوفرة عليه، ومن ثم اختيار ما يناسبه والتعبير عن إرادته في شراء السلعة عن طريق إدخال المعلومات المتعلقة به كاسمه وعنوانه وبريده الإلكتروني فيعد ذلك إيجابا منه يتطلب تعبير البائع عن إرادته بالقبول لانعقاد العقد (مخلوفي، 2011-2012، صفحة 83).

وقد يعبر عن الإرادة عبر مواقع الويب بالكتابة أو بالنقر على زر الموافقة سواء الموجودة على لوحة المفاتيح، أو بالضغط على المؤشر (الفأرة) في الخانة المخصصة لذلك، أو باستخدام بعض الإشارات أو الرموز المتعارف عليها بين مستخدمي الإنترنت، فإشارة الوجه المبتسم تدل على الموافقة في حين يدل الوجه الغاضب على الرفض (مرزوق، 2012، صفحة 66).

ثالثا: التعبير عن الإرادة عن طريق المحادثة Internet Relay chat

غرف المحادثة أو الشات CHAT هي إحدى طرق التعبير عن الإرادة عبر شبكة الإنترنت، حيث يستطيع مستخدم الإنترنت من خلالها المحادثة مع شخص أخر في وقت واحد، عن طريق الكتابة أو المحادثة الكلامية، ويشترط لتشغيل نظام المحادثة أن يكون الطرفين متصلين، ويقوم هذا البرنامج بتقسيم الصفحة الرئيسية إلى جزأين، حيث يقوم احد الأطراف بكتابة أفكاره على شاشة جهاز الحاسب الشخصي في الجزء الأول وسيرى في الوقت نفسه ما يكتبه الطرف الأخر على الجزء الثاني من صفحة البرنامج، وتوفر هذه الوسيلة التعاصر الزمني لتبادل الأفكار بين الطرفين كما تعتبر وسيلة فعالة لعقد المؤتمرات بين عدة أشخاص في دول مختلفة في نفس الوقت وقد يمكن إضافة كاميرا رقمية تسمح لكل طرف مشاهدة الطرف الأخر فيصبح التعاقد عن طريق المحادثة، والمشاهدة في نفس الوقت، مما يؤدي إلى التقارب، ويؤكد التفاعل المعتد به قانونا بين طرفي العقد ومطابقة الإيجاب والقبول لإرادتي المتعاقدين مما يحقق السهولة في انتشار التعاقد عبر الإنترنت (مخلوفي، 2011-2012، صفحة 84).

الفرع الثالث: تطابق الإيجاب والقبول الإلكترونيين

يتطلب تكوين العقد الإلكتروني توافق الإيجاب الإلكتروني مع القبول الإلكتروني، عبر وسيلة إلكترونية لإحداث أثر قانوني، غير أنه إذا كان الأصل في عملية التعاقد هو الحضور المادي للطرفين حيث يجمعهما مجلس عقد واحد يتلاقى فيه الإيجاب والعقود دون فاصل زمني أو مكاني، إلا أن التعاقد يثير صعوبة حول تحديد مجلس العقد مما يجعلنا نتساءل حول طبيعته القانونية.

أولا: الإيجاب الإلكتروني

إنّ لفظ الإلكتروني إذا ما أضيفت إلى الإيجاب فإنها لا تغير من أصله المتمثل في معناه الوارد في النظرية العامة للالتزامات، فالمسألة مجرد وصف لا أكثر بسبب اختلاف وسيلة التعبير عن الإرادة عبر شبكة الإنترنت (حماد عبد، 2011، صفحة 161). فالإيجاب هو تعبير مفرد الجانب عن الإرادة موجه إلى الجمهور أو إلى شخص محدد بغرض إبرام العقد (عدنان خالد، 2012، صفحة 397).

ويعرف التوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلكين في التعاقد عن بعد لسنة 1997 الإيجاب الإلكتروني بأنّه "كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة التي تمكن الموجه إليه الإيجاب من أن يقبل التعاقد".

ويشترط في الإيجاب الإلكتروني أن يكون محددا وواضحا لا يشوبـــه أي لبـس أو غموض، ويكون كذلك إذا استعمل الموجب عبارات واضحة الدلالة في التعبير عمّا يريده (عدنان خالد، 2012، صفحة 400).

كما يتعين أن يكون التعبير عن الإرادة عبر الوسيط الإلكتروني باتا "أي لا رجعة فيه من قبل الموجب، فإذا أعد الموجب الإيجاب وطرحه على المستهلكين لا يجوز له أن يرجع فيه، بحيث إذا لقي قبولا من أحد المستهلكين انعقد العقد فلا يجوز أن يكون معلقا على شرط أو أمر معين، كما يجب أن يكون الإيجاب جازما يعبر عن إرادة مصممة وعازمة نهائيا على إبرام العقد إذا صادف قبولا" (عدنان خالد، 2012، صفحة 404).

ثانيا: القبول الإلكتروني

لا يكفي لإبرام العقود وجود الإيجاب وحده، فلا بد أن تقابله إرادة عقدية أخرى تتضمن قبولا لهذا الإيجاب مطابقا له من المتعاقد الآخر (بوطالبي، 2012-2013، صفحة 46).

ويجمع الفقه أن القبول الإلكتروني لا يختلف عن القبول بمفهومه التقليدي إلا من حيث الوسيلة الإلكترونية المستخدمة في التعبير عنه، وبالتالي فهو يخضع لنفس الأحكام التي تنظم القبول التقليدي.

فالقبول هو ذلك السلوك الذي يقوم الموجب بمقتضاه بالتعبير عن إرادته عن قبول العناصر الأساسية للعقد (ROGER, Lemieux Gowling, & Henderson, 31 juillet 1998, p. 26). وعلى ذلك يمكن تعريف القبول الإلكتروني بأنه تعبير يصدر ممن وجه إليه الإيجاب باستخدام وسيلة إلكترونية تفيد موافقته على إبرام العقد طبقا للشروط الواردة في الإيجاب (عدنان خالد، 2012، صفحة 431).

ويتم التعبير عن إرادة القابل إما عن طريق البريد الإلكتروني أو عن طريق غرف المحادثة أو عن طريق الضغط على الأيقونة المخصصة لإعلان الموافقة والقبول في الحاسب الآلي، حيث يتم النقر على الأيقونة التي تحمل عبارة "موافق" أو "قبلت العرض" ثم يقوم القابل بتأكيد قبوله عن طريق الضغط على الأيقونة المحددة له، فلا يكفي الضغط على أيقونة القبول مرة واحدة للقول بانعقاد العقد بل لا بد من تأكيد ذلك بأي وسيلة (عدنان خالد، 2012، صفحة 443)، ولا شك أن هذا الأمر –تأكيد القبول– فيه حماية لرضا المستهلك ليعبر عن إرادته بشكل صريح وذلك تحاشيا للمشاكل الناجمة من حصول القبول سهوا أو بصورة غير مقصودة إذا تمّ النقر مرة واحدة.

لـذلك فإن تأكيد القبول سواء عن طريق البريد الإلكتروني أو الإجابة عن بعض الأسئلة الموجهة للقابل أو ملأ بعض البيانات التي تطلب منه، يدل على أن التعبير الصادر من القابل بقبوله العرض كان صريحا وواضحا ولم يصدر نتيجة خطأ أو سهو.

ويشترط في القبول الإلكتروني أن يكون مطابقا للإيجاب ويطابـق العناصر الجوهرية للعقد التي تضمنها الإيجاب. كما يجب أن يكون صريحا ذلك أنه طبقا للقواعد العامة، يكون التعبير عن الإرادة باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع شك في دلالته على مقصود صاحبه، كما يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا (الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، 1975، المادة 60).

وإن كانت هذه القواعد العامة تسري على القبول الإلكتروني متى كان التعبير صريحا، ولكن الأمر ليس كذلك بالنسبة للتعبير الضمني والذي يدخل السكوت في نطاقه.

وعليه، يصعب الاعتداد بالتعبير الضمني والسكوت كطريق للتعبير عن إرادة القابل في نطاق التعاقد الإلكتروني، إذ يصعب أن يتم هذا النوع من القبول ضمنا فهو يتم عن طريق أجهزة وبرامج إلكترونية تعمل آليا، وهذه الأجهزة لا يمكنها استخلاص أو استنتاج إرادة المتعاقد (حماد عبد، 2011، صفحة 175).

فضلا على ما تقدم يشترط في القبول الإلكتروني أن يكون واضحا وحرا، باتا وجازما أي أن يعبر عن نية القابل في إحداث الأثر القانوني، وهو مطابقة القبول للإيجاب ومن ثم إبرام العقد، إلا أن السؤال الذي يطرح هو حول الزمان والمكان الذي ينعقد فيهما العقد الإلكتروني؟.

طبقا للقواعد العامة، فإن التعاقد بين حاضرين لا يطرح أي إشكال كون أن المتعاقدين يجمعهما مجلس عقد واحد، وبذلك ينعقد العقد في نفس زمان مجلس العقد طبقا للمادة 61 ق م ج، إلا أن تطبيق هذه القواعد على التعاقد الإلكتروني أمر فيه صعوبة لأنه وكما سبق الإشارة بمناسبة الحديث عن طبيعة العقد الإلكتروني لا نستطيع الجزم أن التعاقد تم بين حاضرين أو غائبين من حيث الزمان تبعا لاختلاف الوسيلة الإلكترونية في التعاقد.

لذلك إستنادا إلى نص المادة 67 ق م ج التي تنص على أنه "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين 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".

حيث يستفاد من خلال نص المادة أن المشرع أخذ بنظرية العلم بالقبول ولكنه وضع قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، مفادها أن وصول القبول قرينة على العلم به، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد وازن بين مصلحة الموجب والقابل فأخذ بنظرية العلم بالقبول حتى لا يفرض على التاجر تعاقدا لا يعلم عنه شيئا، كما افترضت علم الموجب بالقبول بمجرد وصوله إليه، وهو بذلك يكون قد راع مصلحة المستهلك وحتى لا يمتنع التاجر عن إبرام العقد متذرعا بأن القبول لم يصل بعد، كما أنه أجاز لأطراف التعاقد الاتفاق على غير ذلك (حماد عبد، 2011، صفحة 460).

وإن كانت تطبيق القاعدة الواردة في المادة 67 ق م لا يطرح أي إشكال بخصوص العقد التقليدي، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للعقد الإلكتروني وذلك راجع لصعوبة تحديد مكان استقبال الرسالة التي تتم عبر فضاء إلكتروني ومن تم يثار التساؤل حول الاعتداد بمحل إقامة المستهلك أو المكان الذي تسلم الرسالة أو القبول فيه؟.

وللإجابة عن هذا التساؤل فإن قانون الأونيستيرال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996 وضع قاعدة خاصة أوردتها المادة 15.

ونحن نأمل من المشرع الجزائري أن يدرج نصا قانونيا آمرا يحدد بمقتضاه مكان إبرام العقد الإلكتروني لما له من أهميته في معرفة القانون الواجب التطبيق على العقد والمحكمة المختصة بنظر النزاع.

ثالثا: مجلس العقد الإلكتروني

يعتبر العقد منعقدا في اللحظة التي يقترن فيها القبول بالإيجاب، باعتبار أن التقاء الإرادتين هو الذي يخلق العقد وهو الذي يحدد وقت تحقق الرابطة القانونية، غير أن الإشكال يطرح في العقد الإلكتروني باعتباره عقدا مبرما عن بعد، فالبعد المادي لطرفيه ووسيلة إبرامه قد ألغيا كل المفاهيم المرتكزة على عنصر التحديد المكاني مما أثار خلافا حول الطبيعة القانونية لهذا العقد، الأمر الذي أثر على ماهية العقد الإلكتروني (مرزوق، 2012، صفحة 154).

وإذا كان العقد الالكتروني لا يختلف عن العقد التقليدي إلا من حيث الوسيلة الإلكترونية التي يبرم بها، إلا أنه باعتباره من عقود التجارة الإلكترونية التي تبرم عن بعد، فهو يثير إشكال قانوني يتمثل في مدى اعتباره تعاقدا بين حاضرين أو بين غائبين أو هو عقد من طبيعة خاصة؟.

لقد وجد خلاف فقهي حول هذه المسألة، فذهب رأي إلى اعتباره تعاقدا بين غائبين لوجود فاصل زمني بين الإيجاب والقبول فضلا عن الفاصل المكاني.

في حين ذهب رأي آخر إلى اعتبار أن العقد المبرم عبر شبكة الانترنت هو عقد بين حاضرين "استنادا إلى أن الاتصال بين طرفي الشبكة هو في الأصل اتصال مباشر شأنه شأن الاتصال عبر الهاتف، وأن عدم وجود الطرفين في مكان واحد لا يعني بالضرورة أن التعاقد بين غائبين، فالعبرة هي في إمكانية وصول القبول إلى علم من وجه إليه لا في وجودهما في المكان ذاته ومن تم يكون مجلس العقد حكميا لا حقيقيا وتطبق عليه قواعد التعاقد بين حاضرين" (حماد عبد، 2011، صفحة 180).

أما الرأي الثالث فذهب إلى أنه إذا وجد اتصال مباشر بين طرفي العقد كأن يتم التعاقد عن طريق المحادثة أو المشاهدة المباشرة، ففي هذه الحالة لا يمكن اعتبار هذا التعاقد تعاقدا بين غائبين لعدم وجود فاصل زمني بين صدور التعبير عن الإرادة وعلم الطرف الآخر بها. أما إذا لم يوجد اتصال مباشر بين المتعاقدين كأن يبعث

الموجب إيجابه عبر البريد الالكتروني إلا أن القابل لا يفتحه إلا بعد مدة معينة، فلا يمكن اعتبار العقد في هذه الحالة عقدا بين حاضرين لوجود فاصل زمني بين الإيجاب والقبول.

ونحن نرى أن الاتجاه الثالث هو الاتجاه الصائب والذي نرجحه، حيث أنه إذا استطعنا أن نحقق لطرفي العقد مجلس حكمي وذلك كأن يجري التعاقد بينهما عن طريق المحادثة مثلا فلا يوجد فاصل زمني بين الإيجاب والقبول فيمكن اعتبار التعاقد في هذه الحالة تعاقدا بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان. أما إذا لم نستطع تكوين مجلس عقد حكمي كأن يتم التعاقد عن طريق البريد الالكتروني ففي هذه الحالة يعتبر التعاقد بين غائبين من حيث الزمان والمكان.

إلا أن المشرع الجزائري حسم هذا الخلاف عندما اعتبر بموجب المادة 06 من قانون التجارة الإلكترونية السالفة الذكر أن العقد الإلكتروني هو العقد الذي يتم إبرامه عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه، وهذا ما يفهم منه أن المشرع اعتبر التعاقد الإلكتروني تعاقدا بين غائبين.

المطلب الثاني: أثر التعاقد الإلكتروني على صحة التراضي

لا يكون الرضا صحيحا ومنتجا لآثاره إلا إذا كان صادرا من ذي أهلية وغير مشوب بعيب من عيوب الإرادة، فإذا صدر الرضا من شخص أهلا للتعاقد وعن إرادة سليمة فإن الأمر لا يطرح أي إشكال، ولكن ماذا إذا صدر عن شخص قاصر أو أن المستهلك أقدم على التعاقد نتيجة وقوعه في غلط أو تدليس أو إكراه، فكيف يمكن حماية المستهلك في هذه الحالة.

الفرع الأول: التحقق من أهلية المتعاقد الإلكتروني

يثير التعاقد الإلكتروني عدة إشكاليات قانونية كونه يتم بصفة عامة بين طرفين لا يعرف أحدهما الآخر، وبالتالي لا يمكنه التحقق من أهليته وصفته الأمر الذي قد يعرض العقود الإلكترونية لمخاطر التعاقد مع ناقصي الأهلية كالقاصرين أو فاقدي الأهلية بسبب أحد العوارض الأخرى كالجنون والعته والسفه والغفلة (مخلوفي، 2011-2012، صفحة 85). وتقضي للقواعد العامة (الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، 1975، المواد 40-45) أنه لا يجوز لعديمي الأهلية وناقصيها التعاقد بمفردهم، بل لا بد من حضور من ينوب عنهم قانونا(LUCILE, 2003-2004, p. 49) ،

حيث تنص المادة 81 ق أ على أنه "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون".

كما تقضي القواعد العامة ببطلان تصرفات عديم التمييز (القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، 1984، المادة 82)، ومن جهة أخرى تقضي هذه القواعد بقابلية العقود التي يبرمها القاصر المميز للإبطال إذا كانت دائرة بين النفع والضرر، حيث تنص المادة 83 ق أ على أنه "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة له وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

فإذا كان التعاقد التقليدي لا يطرح أي إشكال بخصوص تطبيق هذه القواعد كونه يتم بين حاضرين، إلا أن الأمر ليس كذلك بالنسبة للتعاقد الإلكتروني الذي يتم عن بعد بين متعاقدين يفصل بينهما حاجز مكاني، فما هي السبل الكفيلة التي من شأنها أن يتحقق مقدم السلعة أو الخدمة الإلكتروني من أهلية المتعاقد؟.

من المتفق عليه أن التعاقد عبر الإنترنت شأنه شأن التعاقد التقليدي لا بد أن يكون قائما على مبدأ حسن النية، الذي يقتضي أن يفصحا كلا الطرفان (المستهلك والبائع) عن بياناتهما كاملة، ويلتزم البائع (مقدم السلعة أو الخدمة) بالتأكد من هوية المتعاقد معه لما لهذا الأمر من أهمية في الإستقرار القانوني للعقد.

ويتم التثبت من هوية وأهلية المتعاقد في الواقع العملي بوضع تحذيرات على الشبكة يطلب فيها عدم الدخول إلى الموقع إلا من قبل الشخص الذي يتمتع بالأهلية القانونية، وتطلب أيضا من العميل الداخل إلى الموقع الكشف عن هويته والإفصاح عن عمره، وذلك بملء نموذج معلومات موضوع على الشبكة، فإذا تبين أن الشخص ذا أهلية يسمح له بالدخول إلى الموقع وإبرام العقد (مخلوفي، 2011-2012، صفحة 86).

وبما أن التصرف الذي يبرمه فاقدو الأهلية وناقصوها من شأنه أن يكون عرضة للبطلان أو الإبطال، فقد تطورت الوسائل التي تسمح بالتحقق من أهلية المتعاقد الالكتروني:

أولا: التوقيع الإلكتروني: يعمل على تحديد هوية الأطراف ومكان المعلومات، كما يسمح بتأمين أن المرسل المتصل بالإنترنت أي المستهلك هو نفسه المرسل إليه المعلن عنه والذي أبدى رغبته في القبول، وأيضا التأكد من محتوى المعلومات وأنها لم تتم عن طريق الغش (كريم، 2005، صفحة 144). فمن غير المتصور أن يتم منح شخص

عديم الأهلية أو ناقصها توقيعا إلكترونيا، لأن هذا الأمر يبنى عليه أمور كثيرة يتوجب أن يكون صاحب التوقيع كامل الأهليـة للقيام بها من أجل استصدار هذا التوقيع من لجهـة المختصة.

ثانيا: سلطة التصديق: يسلم العديد من الغير الموثوق بهم شهادات إلكترونية من شأنها التدليل على شخصية الحاملين، وهذا العمل يتم في الغالب لصالح المشروعات، ولكن تطبيقه على الأفراد لا يمكن إهماله، وتعد عملية التصديق معقدة ولكن جيدة وجادة إذ تتضمن مواجهة مادية بين طالب الشهادة مع وكيل له سلطة الشهادة على شخصيته، وهذا الإجراء يسمح إذن بأن تستبعد الشهادة على قاصر أو بالغ سن الرشد ناقص الأهلية، ولا يمنع نص ذلك (عدنان خالد، 2012، صفحة 487).

هذا وباعتبار عقود التجارة الالكترونية عقودا عابرة للحدود الوطنية، فقد وجد إشكال بخصوص مسألة الأهلية، فقد يعتبر المتعاقد أهلا للتعاقد في دولته ويكون ناقص الأهلية طبقا لقانون دولة مقدم السلعة أو الخدمة، فأي القانونين يمكن الاعتداد به، هل يعتد بقانون دولة المستهلك أم قانون دولة المحترف.

برجوعنا للأحكام العامة، نلاحظ أن المادة 10 ق م ج أجابت على هذا الإشكال، حيث اعتبرت أنه "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم

ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية، وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة...."

ولا شك أن هذه القاعدة مستمدة من نظرية حماية الوضع الظاهر التي تعمل على استقرار المعاملات التجارية الإلكترونية والتقليل من طلب إبطال العقود.

هذا ولما كان القانون المطبق على الأهلية يتحدد بجنسية الشخص وفقا لنص المادة 10 ق م ج والتي تقابلها المادة 3/03 ق م فرنسي، فقد يثور إشكال بخصوص عديمي الجنسية، فإلى أي قانون يتعين إخضاعهم؟.

أجابت على هذا الإشكال نص المادة 3/22 ق م حيث قضت أنه في حالة انعدام الجنسية يطبق قانون المواطن أو قانون محل الإقامة.

الفرع الثاني: حماية رضا المتعاقد من عيوب الإرادة

يعتبر الرضا قوام العقد وأساسه، لذلك اهتم المشرع بتنظيمه وحرص على أن يكون صحيحا وغير معيبا بأي عيب من عيوب الإرادة التي تزعزع استقرار العقد وتجعله عرضة للإبطال.

وسنعرض فيما يلي إلى عيوب الإرادة لمعرفة مدى توافقها مع التعاقد الإلكتروني:

أولا: الغلط: هو وهم أي اعتقاد في ذهن المتعاقد يدفعه إلى التعاقد (الصبري، 2012، صفحة 162)، فهو حالة نفسية تحمل على توهم غير الواقع (الفار و ملكاوي، 2014، صفحة 79). وقد عالجه المشرع الجزائري في المواد 81-85 ق م ج، وباستقراء نصوص هذه المواد يستفاد أن المشرع أخذ بالمعيار الذاتي في تقريره للغلط، والذي يُرجع فيه إلى ما يعتبره المتعاقد جوهريا أو ما يجب أن يعتبره كذلك (الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، 1975، المادة 1/82)، بحيث يكون قد بلغ إلى حدٍ يجعله يمتنع عن التعاقد لو علم به قبل إبرامه للعقد، ويستوي أن يكون هذا الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته ما دامت جوهرية في اعتبار المتعاقد أو ما يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد وحسن النية (الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، 1975، المادة 2/82) الذي ينبغي أن يسود التعامل بين الناس، وما دامت أن تلك الذات أو هذه الصفة هي السبب الرئيسي في التعاقد (الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، 1975، المادة 3/82).

تبعا لذلك متى كان الغلط جوهريا وفقا لما تقدم فقد رتب المشرع على العقد قابليته للإبطال، فيجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله.

ونحن نتصور إمكانية وقوع المتعاقد عن بعد في غلط يدفعه إلى التعاقد، "فقد يتوهم أحد المتعاقدين أن الطرف الآخر معروفا لديه والذي يقدم منتجات تصنع بطريقة يدوية، وأنه يرغب في التعاقد معه لمهارته وخبرته ثم يتضح أنه يتعامل مع شخص آخر لتشابه الأسماء أو لتشابه موقع الويب الذي يعرض نفس السلعة" (ذيب، 2012، صفحة 140)، نتيجة لذلك يحق للمتعاقد الإلكتروني المطالبة بإبطال العقد للغلط.

ثانيا: التدليس: هو إيهام الشخص غير الحقيقة بالالتجاء إلى الحيلة والخداع لحمله على التعاقد، ويقترب التدليس من الغلط فإذا كان هذا الأخير تلقائيا فإن التدليس وهم بفعل شخص آخر ولذا يسمى بالتغليط أي الإيقاع في الغلط (الصبري، 2012، صفحة 176).

وقد قضى المشرع الجزائري بموجب المادة 86/1 ق م بقابلية العقد للإبطال إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه بلغت من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.

مما تقدم يمكن القول أنه من المتصور وجود عيب التدليس في العقد الإلكتروني نتيجة الكذب في الإعلانات والدعايات الإلكترونية، كما أن المتعاقد (المستهلك) في التعاقد الإلكتروني –خلافا للتعاقد التقليدي- لا يمكنه معاينة السلعة معاينة حقيقية أو فعلية، إنما يعاينها من خلال شبكة الحاسب الآلي الأمر الذي يمكّن التاجر الإلكتروني من استخدام حيل تكنولوجية قصد حمل المستهلك على التعاقد، لذلك يرى البعض أنه في عقد البيع الإلكتروني إذا قام البائع بخداع المشتري عن طريق استخدام الحيل التكنولوجية في عرض المنتج أو الخدمة فإنه يجب إبطال العقد للغش، إذ أن الغش مفسد للتصرفات كما أن السكوت في التعاقد الإلكتروني يعد تدليسا حتى ولو ذكرت بعض المعلومات وسكت عن بعضها الآخر (بوزكري، 2012-2013، صفحة 33).

وطرق الغش والتدليس في العقد الإلكتروني كثيرة ومتنوعة، مثل استعمال علامة تجارية لشخص آخر وتعمد نشر بيانات غير صحيحة على السلع والخدمات قصد ترويجها، ومن أشهر طرق الغش استخدام موقع وهمي لا وجود له على الإطلاق.

ثالثا: الإكـــــراه: هو إجبار الشخص بغير حق أن يعمل عملا دون رضاه، وهذا هو تعريف الإكراه المعتبر شرعا في الفقه الإسلامي (القيسي، 2002، صفحة 19)، ويمكن تعريف الإكراه بأنه ضغط يقع على أحد المتعاقدين فيولد في نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد. وقد قرر المشرع الجزائري بموجب المادة 88 ق م جواز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان ورهبة بيّنة يبعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق.

والإكراه مستبعد في التعاقد الإلكتروني أو على الأقل غير متصور، لأن التعاقد الإلكتروني يتم بين طرفين يفصل بينهما المكان ويجمعهما مجلس عقد حكمي وليس حقيقي، وإن كان من الممكن حدوثه أحيانا بسبب التبعية الاقتصادية، حيث يضطر المتعاقد إلى إبرام العقد تحت ضغط العوز الاقتصادي، ويمكن تصور ذلك بصدد توريد المنتج واحتكار إنتاجه ثم يبيع قطع غيار بشروط مجحفة يضطر المتعاقد لقبولها (إبرام العقد الإلكتروني (مذكرة تخرج المدرسة العليا للقضاء)).

رابعا: الاستغلال: هو أن يستغل شخصا طيشا بينا أو هوى جامحا في آخر لكي يبرم تصرفا يؤدي إلى غبن فادح به (الصبري، 2012، صفحة 198). وقد نص المشرع الجزائري في المادة 90/1 ق م على أنه "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص من التزامات هذا المتعاقد".

يتضح من النص أن المشرع يصف الضحية بالمغبون مما يذكرنا بمفهوم الغبن الذي اعتمده المشرع في بعض الحالات الخاصة (الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، 1975، أنظر المواد 358، 415، 732)، ويشير في نفس الوقت إلى فعل "استغلال الضعف النفسي" وهذا يذكرنا كذلك بعيوب الرضا. ولقد أثار هذا المزج بين مفاهيم متباينة مشكل تكييف هذه الحالة، هل هي عيب في الرضا أم عيب في العقد؟، وفي اعتقادنا هي حالة أقرب إلى عيوب الرضا، لأن العبرة بالدرجة الأولى هي بالضعف النفسي لا بتفاوت الالتزامات، فالعقد لا يبطل بالتفاوت الموجود بين الالتزامات، وإنما يبطل بسبب استغلال طيش أو هوى المتعاقد الذي نتج عنه اختلال في توازن التزامات المتعاقدين، وبعبارة أخرى يعتبر التفاوت بين الالتزامات معيارا للغبن ويكون نتيجة لعملية الاستغلال (فيلالي، 2001، صفحة 150). ونظرا لأثر الاستغلال على العقد كونه يؤدي إلى الإخلال في توازن الإلتزامات، فقد أجاز المشرع للمتعاقد المستغل أن يطلب من القاضي إما إبطال العقد أو تصحيحه وذلك بإنقاص التزاماته إلى الحد الذي يرفع معه الغبن.

وبتطبيق هذه الأحكام على التعاقد الإلكتروني، فإن البعض رأى أن الاستغلال لا يؤثر في العقد الإلكتروني إلا في حالة اندفاع المستهلك للتعاقد نتيجة طيشه وهواه الجامح (ذيب، 2012، صفحة 136)، ونحن نتفق مع هذا الرأي الذي ينسجم مع الأحكام الواردة في المادة 90 ق م.

الخاتمة:

ختاما ومن خلال ما تقدم فقد أفرز الدراسة جملة من النتائج والتوصيات نوجزها في الآتي:

أولا: النتائج

1/ لا يختلف العقد الإلكتروني عن العقد التقليدي إلا من حيث الوسيلة الإلكترونية التي يعتمد عليها في إبرامه أو تنفيذه، إذ أنه يتم بأسلوب إلكتروني، وعليه فهو يتطلب في تكوينه توفر الأركان العامة للعقود من رضا ومحل وسبب، إلى جانب القواعد الخاصة المنصوص عليها في قوانين المعاملات الإلكترونية.

2/ إن مجلس العقد الإلكتروني هو مجلس عقد حكمي إفتراضي، يوفر التعاصر الزماني والتباعد المكاني، وعليه يمكن اعتبارها عقودا بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان، حيث يتبادل المتعاقدان الإيجاب والقبول بوسيلة إلكترونية وذلك بالضغط على أيقونة القبول، لكن ومن أجل تفادي المشاكل التي قد تنجم من حصول القبول سهوا أو بصورة غير مقصودة إذا تمّ النقر مرة واحدة، فنحن نرى أن مسألة تأكيد القبول بالنقر مرة ثانية يكرس ضمانة أساسية ليعبر المتعاقد عن إرادته بشكل صريح.

3/ طبقا للقواعد العامة فالتعبير عن القبول يكون صريحا أو ضمنيا، ولكن هذه القواعد لا يمكن إعمالها في مجال التعاقد الإلكتروني في جميع الأحوال، فإن كانت تتفق مع التعبير الصريح عن القبول الإلكتروني، إلا أنه يصعب الإعتداد بالتعبير الضمني والسكوت كطريق للتعبير عن إرادة القابل في نطاق التعاقد الإلكتروني، إذ يصعب أن يتم هذا النوع من القبول ضمنا كونه يتم عن طريق أجهزة وبرامج إلكترونية تعمل آليا، وهذه الأجهزة لا يمكنها استخلاص أو استنتاج إرادة المتعاقد فيها.

4/ إن تعزيز ثقة المتعاقد في العقود الإلكترونية لا يتأتى إلا من خلال ضمان أن محرراته الإلكترونية في مأمن من التحايل والإختراق، لذلك اهتم المشرع الجزائري بتوثيق المعاملات الإلكترونية مهما كانت صفة أطرافها، وذلك لتحقيق عنصري الأمن والسرية حيث أنشأ هيئات مختصة بالتصديق والتشفير وحفظ التواقيع الإلكترونية بمقتضى القانون رقم 15-04 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، والمرسوم التنفيذي رقم 16-142 الذي يحدد كيفيات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا.

5/ نظرا للوسيلة الإلكترونية التي يتم بها العقد الإلكتروني فكان لا بد من وجود الأنظمة التي تتماشى مع هذه الوسيلة حتى في مرحلة تنفيذه أيضا، حيث يتم الوفاء بها إلكترونيا، فهذه الخاصية تستدعي توفير بيئة تشريعية ملائمة تقر وتنظم أحكام الدفع الإلكتروني في القانون التجاري والمصرفي وتطوير خدمات المقاصة الإلكترونية وماكينات السحب الآلي، واستجابة لذلك إعترف المشرع الجزائري بالمعالجة الإلكترونية للسفتجة والشيك والسند لأمر بموجب القانون رقم 05-02 المعدل للقانون التجاري.

6/ حسنا فعل المشرع الجزائري بإصداره للقانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 مايو 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ولكن نظرا لخصوصية التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة كونه من العقود الدولية فيعاب على المشرع أنه لم يحدد بمقتضاه كيفية إبرام العقد الإلكتروني والزمان والمكان الذي يعتد به في تحديد تطابق الإيجاب والقبول، والقانون الواجب التطبيق وتحديد المحكمة المختصة لنظر النزاع.

قائمة المراجع

أولا: المراجع باللغة العربية

"*إبرام العقد الإلكتروني*" *(مذكرة تخرج المدرسة العليا للقضاء)*.(د ت). تاريخ الاسترداد 06 جويلية 2018. منتديات الجلفة لكل الجزائريين والعرب:

http://www.djelfa.info/vb/showthread.php?t=161952

إبراهيم رفعت الجمال. (2007). *إنعقاد البيع بوسائل الإتصال الحديثة*. دار الفكر الجامعي، الأزاريطة.الإسكندرية: مصر.

إنتصار بوزكري. (2012-2013). "الحماية المدنية للمستهلك في عقد البيع الإلكتروني". مذكرة ماجستير. كلية الحقوق. جامعة الباز 2: سطيف. الجزائر.

بلقاسم حامدي. (2014-2015). "إبرام العقد الإلكتروني". أطروحة دكتوراه. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة الحاج لخضر: باتنة. الجزائر.

زينب بوطالبي. (2012-2013). "الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني". مذكرة ماجستير. كلية الحقوق. جامعة محمد بوقرة. بومرداس: الجزائر.

سامح عبد الواحد التهامي. (2008). *التعاقد عبر الإنترنت (دراسة مقارنة)*. دار الكتب القانونية. المحلة الكبرى: مصر.

عامر قاسم أحمد القيسي. (2002). *الحماية القانونية للمستهلك دراسة في القانون المدني والقانون المقارن*، الإصدار الأولى، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.

عبد الرحمان العيشي. (2016-2017). "ركن الرضا في العقد الإلكتروني". أطروحة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق. جامعة الجزائر1: الجزائر.

عبد القادر الفار، وبشار عدنان ملكاوي. (2014). *مصادر الالتزام (مصادر الحق الشخصي في القانون المدني)*. ط 5. دار الثقافة للنشر والتوزيع: الأردن.

عبد الوهاب مخلوفي. (2011-2012). *"التجارة الالكترونية عبر الإنترنت*. أطروحة دكتوراه في العلوم. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة الحاج لخضر: باتنة،الجزائر.

علي فيلالي. (2001). *الإلتزامات النظرية العامة للعقد*. موفم للنشر والتوزيع: الجزائر.

فراح مناني. (2009). *العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري*. دار الهدى: عين مليلة. الجزائر.

كريمة كريم. (2005). "مدى كفاية قواعد القانون المدى لحماية المستهلك الإلكتروني", *مجلة العلوم القانونية والإداري: جامعة سيدي بلعباس. عدد خاص*.

كوثر سعيد عدنان خالد. (2012). *حماية المستهلك الإلكتروني*. دار الجامعة الجديدة: الأزاريطة، الإسكندرية.

محمد سعدي الصبري. (2012). *الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزام- العقد والإرادة المنفردة)*، دار الهدى، الجزائر.

محمود عبد الله ذيب. (2012). *حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)*، الإصدار الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع. الأردن.

موفق حماد عبد. (2011). *الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)*، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت.

ناصر حمودي. (25 فبراير 2015). "الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر.

نور الهدى مرزوق. (08 ماي 2012). "التراضي في العقود الإلكترونية"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية

LUCILE, A. (2003-2004). "la formation du contrat de vente en ligne et la protection du consommateur", mémoire, université paris 1 panthéon- Sorbonne, paris.

ROGER, T., Lemieux Gowling, K., & Henderson, S. (31 juillet 1998). "*Les droits à la protection du consommateur au canada dans le contexte du commerce électronique", Rapport présenté au Bureau de la consommation d'Industrie,* Bureau de la consommation d'Industrie, Canada.

ثالثا: النصوص القانونية

الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم. (26 سبتمبر1975). *العدد 78* . الجزائر.

الأمر 75-59 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم. (26 سبتمبر 1975). العدد *101*، الجزائر.

القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم. (09 يونيو, 1984). *العدد 24*، الجزائر.

النظام رقم 05-06 المتعلق بمقاصة الصكوك وأدوات الدفع الخاصة بالجمهور العريض الأخرى. (15 ديسمبر 2005)، *العدد 26*، الجزائر.

قانون التجارة الإلكترونية رقم 18-05. (10 مايو 2018). *العدد 28*، الجزائر.