جامعة عمار ثليجي بالأغواط

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

الموضوع:

التعبير عن الإرادة في العقود التجارية في القانون الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون أعمال

إعداد الطالبين :

– عبد الرزاق جموعي

– الهاشمي بورزق

تحت إشراف الدكتور:

–د/ عبد المالك الدح

لجنة المناقشة

الإسم و اللقب	الرتبة	الصفة
العربي رزق الله	أ.الدكتور	رئيسا
عبد المالك الدح	أ.الدكتور	مشرفا و مقررا
الجيلالي شويرب	أ.الدكتور	مناقشا

السنـة الجامعيـــــ2023/2024 ــة

بسم الله الرحمن الرحيم
١٤٣٨

شكر وتقدير

الحمد والشكر لله الذي أعاننا على إنجاز هذا البحث، والذي نتمنى أن يترك أثرا في مجال البحث العلمي، ونسأله تعالى أن يكون خالصا لوجهه الكريم.

ولا بد أن نبدأ بالشكر إلى مشرفنا الدكتور **عبد المالك الدح** الذي تفضل بالإشراف على بحثنا، فكان خير معين لنا على إنجازه.

ونتوجه بالشكر لكل من ساعدنا في هذا العمل المتواضع.

إهداء

نسأل الله أن يكون هذا العمل خالصا لوجهه الكريم وأن يرزقنا إخلاص النية وصدق القول وسداد الفكر وإحسان العمل وحسن العرض وأنه ولي ذلك والقادر عليه.

مهداة إلى الذين شاركونا لحظة لطالما إنتظرناها إلى العائلة الكريمة

وفي الختام هذا الجهد يعلم الله أننا قد بلغنا فيه الوسع، فإن كنا قد وفقنا فهذا فضل الله يؤتيه من يشاء وإن كنا قد قصرنا فهذا جهد بشر يشوبه النقص والتقصير.

-عبد الرزاق جموعي

- الهاشمي بورزق

مقدمة

تمثل الإرادة في العقد الجزائري الأطراف المتقاعدة للإلتزام بإلتزاملتها، وتشير إلى القرار الحر والمتعاقد النية بإبرام العقد.

إن الإرادة حرة الترغيب أو الترهيب ويتضمن تشكيل الإرادة عناصر مختلفة وتشكيل إتفاق ملزم بين الأطراف.

إن الإرادة تعد المحرك الرئيسي لتشكيل الإلتزامات التعاقدية في القانون الجزائري، وتختلف اشكال الإرادة في العقود الجزائرية من إرادة في العقود التقليدية وإرادة في العقود الحديثة الإلكترونية .

التعبير عن الإرادة ، موضوع ذو صلة جوهرية بالعقد الذي هو مصدر أساسي للإرادة.

و قد خص المشرع الجزائري العقد بـ 71 مادة تقننه في المدونة القانونية ، من المادة 54 إلى 123 مكرر1 ، نظرا لأهميته . فأغلب المعاملات تسري في شكل عقود و باختلاف أطرافها – أشخاص طبيعية و معنوية – . و العقد كما عرفه الفقهاء هو (توافق بين إرادتين باتجاه إحداث أثر قانوني) ، بمعنى هو تراضي بين طرفين تتوافق إرادتيهما بالتعبير عنهما و يكون محله و سببه مشروع .

و العقد يقوم على ثلاثة أركان هي : التراضي ، المحل و السبب ، يضاف إليها عنصر الشكلية في بعض العقود حيث يشترط القانون ذلك ، و سوف نتناول في هذا البحث ركن التراضي من حيث التعبير عنه ، و آثاره القانونية . و المسافة بين التعبير و الآثار هي التطابق ، بمعنى أنه لا يمكننا البحث في موضوع التعبير عن الإرادة و آثاره ، دون التطرق لتطابق الإرادتين .

وهذا ماسنتطرق له في هذا البحث، إذ يمكننا طرح التساؤل التالي:

الإشكالية: ماهي اوجه التعبير عن الإرادة في القانون الجزائري ؟

1-أسباب إختيار الموضوع

إن وراء دراستنا لموضوع التعبير عن الإرادة في العقود الجزائرية في القانون الجزائري عدة أسباب أهمها:

-الرغبة في فهم الإرادة يعكس التأثيرات الثقافية والتقاليد الجزائرية على تشكيل وتنفيذ العقود.

-أهمية الموضوع في تحديد الإرادة في تنظيم العلاقات التجارية والتعاملات الإقتصادية داخل السوق الجزائري.

-محاولة فهم ان تفعيل الإرادة يعزز الثقة في نظام العقود الجزائرية مما يشجع على الإستثمار والتعاملات.

2-أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى التعريف بالإرادة في العقود الجزائرية من أجل تشجيع المتعاقدين على إبرام هذه العقود، والتعريف بمختلف الصور التي تتواجد عليها.

-رفع مستوى الثقة في النظام القانوني الجزائري من خلال تحديد وتوفير بيئة قانونية.

-تسليط الضوء على مدى توافق مفهوم الإرادة في العقد الجزائري مع المعايير الدولية، وتسهيل التكامل.

3-أهمية الدراسة

-تحقيق فهم أعماق الإرادة في العقود، مما يزيد شفافية العلاقات التجارية، ويقلل من فرص التفاوض.

-يساهم في فحص الإرادة في تعزيز الأمان القانوني للأطراف مما يقوي ثقتهم في النظام القانوني ويشجع الأنشطة التجارية.

-تقدم الدراسة أساسا لتطوير التشريعات والقوانين المتعلقة بالعقود في الجزائر.

-الفهم الجيد لمفهوم الإرادة يساهم في تعزيز التفاعل الدولي والتكامل.

و لمعالجة هذه الاشكالية سوف نتطرق للتعبير عن الإرادة من خلال الفصلين :

الفصل الأول: الصور التقليدية للتعبير عن الإرادة

الفصل الثاني: الصور الحديثة للتعبير عن الإرادة

الفصل الأول

الصور التقليدية للتعبير عن الإرادة

تمهيد

إن التعبير الصريح والتعبير الضمني يعتبران شكلان من أشكال التعبير عن الإرادة في العقود الجزائرية، بحيث يظهر التعبير الصريح عن الإلتزامات بشكل واضح ومباشر، حيث يتم إستخدام لغة صريحة وصياغة دقيقة لتحديد حقوق وواجبات الأطراف، على الجانب الأخر.

يمكن أن يظهر التعبير الضمني في العقود عبر السياقات والظروف، حيث قد يتم إستنتاج بعض الإلتزامات التي هي ن المفروض أو متوقعة لكن لم يتم التصريح بها بشكل واضح.

وفي هذا الفصل سنتطرق إلى التعبير الصريح وأشكاله، التعبير الضمني وتطبيقاته، والسكوت كشكل الثالث من أشكال الإرادة في القانون الجزائري.

المبحث الأول: التعبير الصريح

المطلب الأول: تعريف التعبير الصريح

يتم التعبير الصريح حسب الفقه التقليدي باللفظ أو الكتابة أو الإشارة بينما يعتبر إتخاذ موقف تعبيرا ضمنيا أما الفقه الحديث فيرى أن التعبير عن الإرادة يتكون من عنصرين:

عنصر مادي يتمثل في اللفظ أو الكلمة أو الإشارة المتداولة بين الناس أو الموقف المتخذ.

العنصر المعنوي: والذي يتمثل في نية المعبر أي الغرض من إستعمال هذه الألفاظ أو الكلمات أو الموقف.

فيكون التعبير صريحا كلما إنصرفت نية المعبر إلى الكشف عن إرادته، حيث تكون الغرض من الكلمات أو الكتابة أو الإشارة أو الموقف المتخذ هو الإعلان والكشف عن الإرادة[1].

[1]–علي فيلالي: الإلتزامات النظرية العامة للعقدن موفم للنشر، الجزائر، 2008، ص98.

كما يعرف التعبير الصريح :

التعبير المباشر الذي يهدف إلى إيصال إرادة المعبر بطريقة مباشرة إلى علم من وجهت إليه هذه الإرادة، ا، هو التعبير الذي يستعمل فيه أحد وسائل التعبير عن الإرادة فيجعل له مظهرا خارجيا[1].

إن التعبير الصريح عن الإرادة الوارد في الفقرة الأولى من المادة 60 من ت م ج هو التعبير الذي يفصح بذاته وبصوره مباشرة عن الإرادة، حسب المعتاد بين الناس، وبطريقة مباشرة من غير إعمال الفكر في الإستنتاج.

المطلب الثاني: صور التعبير عن الإرادة

الفرع الأول : التعبير الصريح باللفظ والكتابة:

الإفصاح عن الإرادة بصورة مباشرة، فيكون هذا التعبير بالكلاموالألفاظ وهذه هي الطريقة العادية للتعبير عن الإرادة في التعاقد بين حاضرين، وقد يكون بالكتابة الرسمية أو غير الرسمية وكثيرا ما تستخدم الكتابة وسية للتعبير عن الإرادة بين الغائبين عن طريق التراسل، والتعبير باللفظ والكتابة هما الوسيلتان الأكثر شيوعا في التعبير عن الإرادة الصريحة.

[1]–خليل أحمد حسن قدادة،الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره القانونية والشرعي، مجلة جامعة الازهر، سلسلة العلوم الإنسانية، مجلد8،عدد2،غزة،2006، ص26.

التعبير عن طريق اللفظ هو الطريق المعتاد للتعبير عن الإرادة، لأن الإنسان عرف هذه الطريقة قبل أن يعرف أي وسيلة أخرى من وسائل التعبير فضلا عن الالفاظ أدل من غيره على إرادة المتكلم وحقيقتها ويقصد بالتعبير عن طريق اللفظ، التعبير عن طريق الكلام والذي يفصح به المتكلم عن قصده[1].

ويتم ذلك بإستعمال أو إيراد الألفاظ الدالة على المعنى الحقيقي الذي تقصده أو تنطوي عليه الإرادة ويستوي في أن يتم التعبير بالكلام أو بالألفاظ، مباشرة من الشخص الأصيل عن طريق الهاتف أو إيفاد رسول عنه ليست له صفة النيابة في التعبير يكلف بنقل التعبير كما هو إلى طر الأخر ومهما كانت اللغة المستعملة، شرط أن يفهمها الأطراف مهما كانت صفة الألفاظ التي وردت بها، سواءا في الماضي أو المضارع أو الأمر[2].

إشترط المشرع الجزائري لانعقاد الزواج صحيحا، وجود إرادتين متطابقتين تتجهان إلى إبرام عقد الزواج، ومن ثم لا يعتد إلا بالإرادة الواضحة من حيث اللفظ، ويكون ذلك بتبادل الإيجاب والقبول من الطرفين، فالإرادة الباطنة ليس لها

[1]–مؤيد عيس محمد دغش، المساعدة القضائية في التعبير عن الإرادة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، فلسطين،2008، ص9.

[2]–عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد،ط2، منشورات الحلبي الحقوقية،الجزائر،2006، ص153.

أي أثر قانوني، وعليه فإنه لا بد من التعبير على وجود الإرادة، وقد بين المشرع الجزائري في المادة 10 من ق. أ. ج[1] كيفية التعبير عن الإرادة حيث نص " يكون الرضاء بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا.

ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة ".

لم يجعل المشرع الجزائري طرق التعبير عن الإرادة في نفس المرتبة بل أعطى الأولوية للكلام، فإن كان الشخص المقبل على الزواج قادرا على أن يعبر عن إرادته بالكلام فله ذلك، ويجب أن يحترم هذه الطريقة من طرق التعبير عن الإرادة. أما إن كان عاجزا عن الكلام، فله أن يعبر عن نفس إرادته بالكتابة، أو بالإشارة، ولكن ما يؤخذ على المشرع هو أنه جعل في نفس المرتبة الإشارة والكتابة بل كان عليه أن يعطي الأولوية مثل ما فعله بالنسبة للطريق الأول للكتابة عن الإشارة[2].

[1]–قانون رقم 84–11 مؤرخ في 9 جوان 1984، يضمن قانون الأسرة،ج.ر.ج،ج، العدد 24 صادرة في 12 جوان 1984، معدل ومتمم.

[2]–حسن مهداوي: دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وأثاره، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،2010، ص12.

عرف المشرع الجزائري الكتابة في المادة 323 مكرر من ت. .م. ج. كما يلي: " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف، أو أرقام أو أي علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها". يتضح من هذا التعريف أن الكتابة تتمثل في مجموعة متسلسلة من الحروف أو الأوصاف أو أرقام أو رموز الغرض من كل هذه العناصر هو التعبير عن شيء معين، فهي تحمل معنى بحيث تكون الكتابة وسيلة للتعبير عن الإرادة، تترجم من خلال الحروف أو الرموز أو الأرقام المدلول الذي انصرفت إليه إرادة الشخص .

الفرع الثاني :التعبير بالإشارة المتداولة عرفا:

إستقر العرف على أن الإشارة بهز الرأس عموديا يدل على الموافقة وعلى أن هزها أفقيا يدل على عدم الموافقة، كما أن الإشارة قد تكون هي الوسيلة الوحيدة للتعبير عن الإرادة بغير الكتابة كما هي الحال عند الشخص الأخرس الأعمى الذي لا يحسن الكتابة[1].

[1]–علي علي سليمان: النظرية العامة للإلتزام ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2006، ص15.

يشترط في الإشارة التي تعتبر وسيلة للتعبير عن الإرادة أن تكون واضحة الدلالة، وأن تكون متبادلة عرفا لا تثير الشك في حقيقة مدلولها، وإذا توافرت بالإشارة الشروط المذكورة أعلاه فإنها تصلح للتعبير عن الإرادة، سواء كانت صادرة من شخص أصم أو أبكم أو من شخص يستطيع النطق وعلى هذا الأساس ورد نص المادة 93 من التقنين المدني الأردني والتي جاء فيها "... وبالإشارة المعهودة عرفا ولو من غير الأخرس . والقانون الجزائري لا يمنع أن يكون التعبير بالإشارة بين القادرين على الكلام، دون تحديد الشخص القائم بها.

لا تستلزم الإشارة بالضرورة وجود عرف ملزم بالمعنى الفني، لأن العرف بهذا المعنى إما أن يكون محله قواعد قانونية لا إشارات مادية ولا الاصطلاح على معاني هذه الإشارات[1] .

الفرع الثالث : التعبير باتخاذ موقف

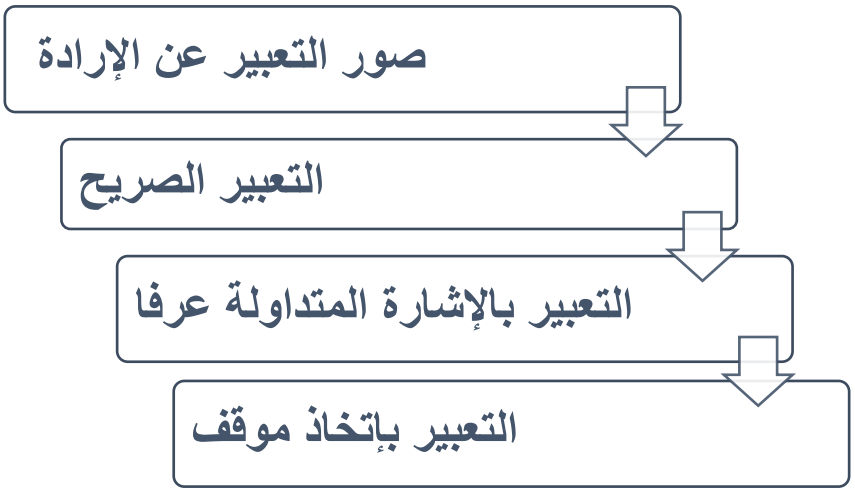
لا يدع مجال للشك في دلالته عن مقصود صاحبه يكون التعبير أيضا صريحا متى تم باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته.

[1]–يعيش مجيد :دور السكوت في التصرفات القانوينية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون،تخصص القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان،2008 ، ص19.

وذلك إذا ما كان هذا الموقف المتخذ يدل في ذاته دلالة كافية وأكيدة على معنى معين وفقا لما تعود عليه الناس، وبمعنى آخر أن الموقف المتخذ يدل مباشرة على إرادة الشخص بمجرد استعماله دون إعمال للفكر في استنتاج إرادة صاحبه.

من أمثلة ذلك وقوف سيارات الأجرة في الأماكن المعدة لتوقوفها أو عرض البضائع في واجهات المحالات التجارية ووضع بطاقة عليها أسعار ، فهذه مواقف لا تدع شكا في أن سائق السيارة يعرضها للركوب وتاجر البضاعة يعرضها للبيع، ويقوم هذا الموقف مقام الإرادة الصريحة[1].

الشكل رقم: يمثل مخطط توظيحي لصور الإرادة يالتصريح



[1]–علي علي سليمان: مرجع سابق،ص39.

المبحث الثاني: التعبير الضمني

المطلب الأول: تعريف التعبير الضمني

أجازت الفقرة الثانية من المادة 60 من ت م ج أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إلا أن المشرع الجزائري لم يعرفه مثله مثل العديد من التشريعات، وإنما ترك مسالة تعريفه الفقه[1].

فالتعبير الضمني للإرادة هو التعبير الذي لا يستدل منه مباشرة على وجود الإرادة وإنما يستدل عنها بطريق غير مباشر .

يكون بالاستنباط من الأفعال التي يقوم بها الشخص كمؤشر لتلك الإرادة وما تنطوي عليها، أو هو التعبير الذي لا يستعمل فيه أحد وسائل التعبير عن الإرادة الصريح ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسره دون أن يفترض وجود هذه الإرادة كالدائن الذي يسلم سند الدين للمدين، إذ في هذا دليل على أنه أراد انقضاء الدين ما لم يثبت عكس ذلك[2].

لا يعتبر التعبير الضمني الأسلوب المعتاد للتعبير عن الإرادة، ومع ذلك فإنه يرتب نفس الآثار القانونية للإرادة المعبر عنها بهذه الطريقة كما لو استعمل

[1]–يعيش مجيد، مرجع سابق،ص 20.

[2]–خليل أحمد حسين قدادة، مرجع سابق،ص 26

الأسلوب المعتاد للتعبير عن إرادته التعبير الصريح في حالة جواز استعمال التعبير الضمني حيث لا يكتفي في بعض الأحوال بالتعبير الضمني ، فقد يشترط القانون في حالات خاصة أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا بهدف تنبيه المتعاقد إلى خطورة وأهمية الأمر الذي يريد الإقدام عليه[1] .

ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 505 من ق م ج " لا يجوز للمستأجر أن يتنازل عن حقه في الإيجار أو يجري إيجار من الباطن دون موافقة المؤجر كتابيا، ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك. " اشترطت كذلك المادة 935 من ت م ج اتفاقا صريحا حيث نصت "لا يترتب على بيع عقار مرهون انتقال الدين إلى المشتري إلا إذا وجد اتفاق صريح على ذلك .

وقد يتطلب القانون أن يكون التعبير عن الإرادة مفرغا في شكل خاص كما في المادة 162 من القانون رقم 05-08 مؤرخ في 06 جوان 2005، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، والمُعدّل والمُتمّم بالقانون رقم 18-15 مؤرخ في 04 جويلية 2018. ا بنصها "... وتشترط الموافقة المكتوبة على المتبرع بأحد الأعضاء، وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين "، إذ لا يمكن تصور تعبير

[1]-بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الأنترنيت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،الأردن، 2010،ص111.

ضمني عن إرادة الطرفين حين تعاملهما بالعضو البشري ذلك أن حساسية محل التعاقد الذي هو العضو البشري تفرض أن يكون التعبير صريحا.

يتفق المتعاقدين على أن يتخذ مظهر التعبير عن الإرادة شكلا خاصا بأن يكون تعبيرا صريحا، أو يكون عقد مكتوبا إذا أريد بالكتابة أن تكون ركنا في العقد لا مجرد طريق لإثباته، وقد يتفق المتعاقدين على أن تكون الكتابة رسمية فيجب احترام هذا الاتفاق فوجود قانون يفرض على المتعاقدين اتخاذ شكل صريح عند التعبير عن إرادتهم أو بموجب تطابق الإرادتين للأخذ بذلك الشكل، يصبح التعبير الضمني غير مرتب الآثاره وعليه فإن التعبير الصريح هو الأصل ، أما التعبير الضمني هو الاستثناء عن هذا الأصل[1] .

المطلب الثاني: تطبيقات التعبير الضمني

أورد المشرع الجزائري بعض حالات التعبير الضمني منها ما جاء في نص المادة 318 من ق م ج ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقرارا صريحا أو ضمنيا. ويعتبر إقرارا ضمنيا، أن يترك تحت يد الدائن مالا له مرهونا رهنا حيازيا تأمينا لوفاء الدين" فالموقف الذي يتخذه المدين المتمثل في ترك ماله تحت يد

[1]–عبد الوهاب عجيري، شروط التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف،2014،2014،ص11.

الدائن بأنه تعبير ضمني، كذلك ما ورد في نص المادة 965 ق م ج ينقضي أيضا حق الرهن الحيازي بأحد الأسباب الآتية:

– إذا تنازل الدائن المرتهن عن هذا الحق على أنه يجوز أن يحصل التنازل ضمنا بتخلي الدائن باختياره عن الشيء المرهون أو من موافقته على التصرف فيه دون تحفظ يضرب الفقه للتعبير الضمني أمثلة منها تصرف شخص في شيء عرض عليه ليشتريه، فتصرفه فيه يدل ضمنيا على قبوله أو تسلم الدائن مخالصة بالدين للمدين، فإن هذا يدل على أنه قبض الدين وكإعلان مدير المسرح في برامجه عن مسرحية عرضها عليه مؤلف تعبير ضمني عن قبول شراء حق الأداء العلني منه كذلك الحال إذا صدر توكيل الشخص ولم يصدر منه قبول صريح بالوكالة، ولكنه قام بتنفيذها كان هذا دليل على قبولها[1] .

يتضح مما سبق أن الفرق بين التعبير الصريح والتعبير الضمني هو أن التعبير الصريح يفصح عن الإرادة وبأسلوب معتاد ومباشر، أما التعبير الضمني فإنه يتم إذا لم يكن الأسلوب المتبع في التعبير عن الإرادة من الأساليب التي اعتاد استعمالها، بحيث لا يتاح استخلاص دلالة التعبير إلا عن طريق الاستنتاج

[1]–بلحاج العربي،.النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،1999ص60.

أي أن التعبير الضمني يكون بطريق غير مباشر والأصل أن التعبير الصريح أقوى في دلالته من التعبير الضمني إلا أنهما متساويان في القيمة، فيعتد بالإرادة سواء عبر عنها صراحة أو ضمنا كقاعدة عامة[1].

المبحث الثالث: السكوت

المطلب الأول: تعريف السكوت

لغة: يعرف السكوت على أنه الإمساك والصمت وعدم الكلام في أي موقف من لا يريد التعبير عن فكرة ويمسك على إبداء رأيه.

تعريف السكوت اصطلاحا:

من تعريفات السكوت ما ذكره الدكتور سليمان مرقس أنه في ظاهره هو عدم التعبير عن الإرادة، بل أكثر هو انعدام التعبير بنوعيه صريحا كان أو ضمنيا، وهو ما عبر عنه أيضا "الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري " أن السكوت في حد ذاته، ومجردا عن أي ظرف ملابس لا يكون تعبيرا عن الرضاء لأن الرضاء عمل إيجابي والسكوت شيء سلبي [2].

[1]–محمد صبري السعدي: الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر،2006، ص82.

[2]–يعيش مجيد: مرجع سابق،ص5.

وبمعنى أخر السكوت هو التزام حالة سلبية لا يرافقها لفظ أو كتابة أو إشارة أو عمل يحمل معنى التعبير عن الإرادة، وقد يحمل هذا السكوت معنى التعبير عنها، إذا لابسته ظروف معينة، أو بتعبير آخر هو موقف سلبي لا يدل على الإرادة إلا عند الحاجة بدليل فالسكوت يعتبر موقفا سلبيا، ولا يعبر عن الإرادة بأي شكل صريح كان أو ضمني، ما لم تحط به ظروف معينة تجعله دالا على الإرادة المعبر عنها. فليس هناك ما يمنع أن يخرج نص القانون أو الاتفاق على هذا الأصل ويعطي لهذا السكوت دلالة القبول[1].

المطلب الثاني: طبيعة السكوت المعبر عن الإرادة

تقوم التصرفات القانونية على الإرادة والكلام أهم الوسائل المعتادة للتعبير عنها، ويصح السكوت في نظر القانون والفقه والقضاء كوسيلة للتعبير عن الإرادة، ولكن هل يضاف السكوت إلى جانب التعبير الصريح والتعبير الضمني كوسيلة للتعبير عن الإرادة؟ أم أنه يضاف إلى وسائل التعبير عن الإرادة شأنه في ذلك شأن الكتابة والنطق والإشارة أو اتخاذ أي موقف لا تدع ظروف الحال شكا في

[1]–عبد الرحمان جمعة: أثر السكوت في الإعلان عن الإرادة وفقا للقانون الاردني، دراسة علوم الشريعة والقانون، المجلد 36، العدد1، 2009، ص233.

دلالته على حقيقة المقصود منه وهذه الوسائل منصوص عليها في المادة 60 من ت م ج أو بعبارة أخرى هل السكوت نوع أو وسيلة[1]؟

أولا: موقف القانون

تناولت التشريعات المختلفة طرق التعبير عن الإرادة ولكنها لم تحدد السكوت باعتباره تعبيرا صريحا أو ضمنيا، لكنها عدت السكوت قبولا في حالات استثنائية إذا لابسته ظروف معينة من تلك التشريعات نجد المشرع الجزائري في المادة 68 من ت م ج التي جاء فيها " إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب[2].

ثانيا: موقف الفقه:

تعددت الآراء الفقهية في تحديد طبعة السكوت على النحو الآتي إلى أن السكوت ليس تعبيرا عن الإرادة، وإن كانت تترتب عليه بعض الآثار القانونية باعتباره موقفا موضوعيا، ويقيم هذا الرأي تفرقة بين السكوت الموصوف والسكوت الملابس فيقول: "أن السكوت باعتباره مجرد موقف عضوي لا يتضمن سوى

[1]–عبد الرحمان جمعة: مرجع سابق، ص230.

[2]–يعيش مجيد مرجع سابق،ص9.

القصد فإنه لا يعد أصلا تعبيرا عن الإرادة باستثناء تلك الحالة التي يكون فيها موصوفا، حيث يشكل تعبيرا صريحا عن الإرادة، وفي غير هذه الحالة المحددة، فإنه لو ترتبت آثار قانونية أحيانا على السكوت فإن ذلك لا يعني مطلقا أنه تعبير عن الإرادة ولكن باعتباره مجرد واقعة قانونية مادية خاضعة لتقدير القضاء في كل حالة خاصة ".ويتضح من هذا الاتجاه الأول أنه ينظر إلى السكوت الملابس باعتباره واقعة قانونية مادية قد تترتب عليها بعض الآثار القانونية لكن ذلك لا يعني أنه وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة[1].

ثالثا: موقف القضاء:

إن كان الفقه قد اختلف في تحديد نوع التعبير عن الإرادة بالسكوت، فإن القضاء بدوره لم يحسم الأمر في هذا الصدد، فغالبية الأحكام قد ذهبت إلى أن السكوت تعبير ضمني عن الإرادة فتقول محكمة النقض المصرية " إن عدم اعتراض الشركة المؤجرة على واقعة تبادل المستأجر بذات العقار للعين المؤجرة لكل منهما رغم إخطارها بذلك مع استمرارها في تقاضي الأجرة مدة طويلة يعتبر

[1]–يعيش مجيد: مرجع سابق، ص 230.

قرارا ضمنيا من المؤجر بالموافقة على هذا التبادل ويغني عن إصدار تصريح كتابي بذلك " لكن في أحكام أخرى وهي قليلة، اعتبرته بمثابة التعبير الصريح[1] .

يرى الأستاذ " أمجد محمد منصور" من خلال آراء الفقه والقضاء السابقة، أن السكوت بعد وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة، وهو يدل عليها بصورة صريحة في حالات السكوت الموصوف وبشكل ضمني في حالات السكوت الملابس، ومما يؤيد ذلك حالات السكوت من جهة ومظاهر كل من السكوت الموصوف والسكوت الملابس . المطلب الثاني الشروط صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة بعد السكوت المجرد من أي ظرف ملابس في حكم العدم، لذلك يقول فقهاء الشريعة الإسلامية "لا ينسب لساكت قول ". ومعنى ذلك لا ينسب إلى الساكت إرادة، لا بقبول الإيجاب، ولا يرفضه، هذا المبدأ العام الذي يقول به جمهور الفقهاء وعمل به القضاء وأخذت به التشريعات الحديثة على أن هناك أحوالا يعتبر السكوت فيها قبول ويكون ذلك في حالة إقرار القانون[2].

[1]–يعيش مجيد: مرجع سابق، ص9.

[2]–يعيش مجيد: نفس المرجع، ص10.

خلاصة

إن التعبير الضمني والصريح وكذا السكوت يحملان أهمية كبيرة في العقود الجزائرية، والتعبير الصريح يساهم في وضوح الإلتزامات والحقوق للأطراف، مما يقلل من فرض التفسيرات المتنازع عليها، بينما يسهم التعبير الضمني في تعبير الإرادة عبر السياقات مما يمنح مرونة في تكييف العقد مع المتغيرات.

إن فهم الدقيق لكل من التعبيرات يحد من المخاطر القانونية ويساهم في تحقيق عقد قائم على الشفافية والتوازن بين الأطراف في البيئة الانونية الجزايرية.

الفصل الثاني

الصور الحديثة للتعبير عن الإرادة

تمهيد

إن العقد الإلكتروني لا يختلف عن غيره من العقد إذ هو يمثل الصور الحديثة للعقود، له أركانه وأثار مترتبة عليه، من حيث المسؤولية، انما يختلف في وسيلة إبرامه، إذ يتم بطريقة إلكترونية يتم التواصل بين المتعاقدين بوسيلة مرئية مسموعة عبر شبكة دولية.

يخضع العقد الإلكتروني في تنظيمه لقواعد وأحكام العامة.

وسنتطرق في هذا الفصل إلى مفهوم العقد الإلكتروني ومختلف خصائصه، والتعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني وصورها المختلفة، كذلك تطرقنا في المبحث الأخير إلى صحة ولاسمة الإرادة من العيوب.

المبحث الأول العقد الالكتروني

المطلب الأول: تعريف العقد الإلكتروني

إن المقصود بالعقد الالكتروني يعد من بين الأمور التي أثارت جدلا واختلفت وجهات النظر فيها ، ويرجع هذا إلى حداثة هذا النوع من العقود وتنوع وسائل الاتصال الالكترونية لهذا لم يحظى العقد الالكتروني بتعريف موحد [1].

التعريف الفقهي للعقد الالكتروني :

عرف جانب من الفقه الأمريكي العقد الإلكتروني بأنه ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري و التي تكون قائمة على صيغ معدة سلفا ومعالجة الكترونيا و تنشأ التزامات تعاقدية .كما عرف جانب من الشراح بأنه العقد الذي يتم انعقاده بوسيلة الكترونية كليا أو جزئيا ، و تتمثل الوسيلة الالكترونية في كل وسيلة كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو الكترومغناطيسية أو أي وسيلة أخرى مشابهة صالحة لتبادل المعلومات بين المتعاقدي[2]..

[1] – المادة 54 من الأمر رقم 75–8 المؤرخ في 26/09/1975 يتضمن القانون المدني الجزائري ، ج ر العدد 78 الصادر في 30/09/1975 معدل ومتمم

[2] – ارجيلوس رحاب الإطار القانوني للعقد الالكتروني أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه متخصص القانون الخاص المعمق كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة أحمد دراية – ادرار – سنة 2018 ص 11.

كما ركز جانب آخر في تعريفه للعقد الالكتروني على الصفة الدولية بأنه: " العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع و الخدمات التي يعبر عنها بالوسائط التكنولوجية المتعددة خصوصا شبكة المعلومات الدولية من جانب أشخاص متواجدين في دولة أو دول مختلفة بقبول يمكن التعبير عنه من خلال ذات الوسائط بإتمام العقد.

من خلال التعريفات الفقهية السابقة تلاحظ أن الفقه انقسم في تعريفه للعقد الالكتروني إلى عدة أراء فمنهم من ربط تعريف العقد الالكتروني وفقا لكيفية إبرامه ومنهم من يرى أن العقد الالكتروني لا يبرم فقط عن طريق الانترنت وإنما بوسائل اتصال أخرى حديثة كالهاتف و التلفاز أو التلكس أو الفاكس وغيرها[1].

وفي نفس السياق عرف بعض الفقه عقود التجارة الالكترونية بأنها : " مجموعة المبادلات المرقمة المرتبطة بالأنشطة التجارية بين المشروعات و الأفراد أو بين المشروعات و الإدارة ويتميز بإلغاء المسافات الجغرافية و اقتصار الوقت.

وكما هو واضح فان هذا التعريف ركز على الصفة التجارية والاستهلاكية للعقد، والواقع انه وان كانت تلك الصفة تغلب على العقد لاستئثار البيوع التجارية

[1] –اريلوس رحاب: مرجع سابق،ص11.

على البيئة الالكترونية بمختلف وسائلها ، فان هذا العقد الالكتروني يمكن إن يتم بين الأفراد العاديين الذين ليسو تجارا، كما يمكن أن يرد على الخدمات و العقود المدنية البحتة كالإيجار والعارية، ولذلك فانه لا يمكن أن تكون صفة أطراف العقد غالبة على تعريفه[1].

المطلب الثاني : خصائص العقد الالكتروني

الفرع الأول : العقد الالكتروني عقد مبرم بوسيلة الكترونية

يتم إبرام العقد الالكتروني دون التواجد المادي الأطرافه لذلك ينتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد وهي السمة البارزة فيه إذ يتم بين طرفين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي كما عرفت المادة 121-16 من تقنين الاستهلاك الفرنسي التعاقد عن بعد بأنه

: كل بيع المال أو أداء الخدمة يبرم دون الحضور المادي المتعاصر للأطراف بين مستهلك و مهني و اللذين يستخدمان الإبرام هذا العقد على سبيل الحصر وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد [2].

[1] -عجالي خالد: النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري-دراسة مقارنة-رسالة لنيل الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري،تيزي وزو،2014،ص18-19.

[2] -عجالي خالد: مرجع سابق،ص57.

كما حاول المشرع الجزائري في مشروع تعديل التقنين المدني الذي سبقت الإشارة إليه وضع تعريف البيع عن بعد في المادة 412 مكرر 01 من المشروع التي جاء فيها: " يعتبر بيعا عن بعد كل عملية بيع تبرم دون حضور مادي للأطراف في أن واحد وفي نفس المكان بين مشتري مستهلك وبائع مهني بواسطة تقنية اتصال عن بعد أو أكثر دون سواها

ومن خلال تعريف العقد عن بعد في تلك النصوص يتبين أن العقد الالكتروني باعتباره ينتمي الى زمرة العقود عن بعد، يتم بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي بل حكمي افتراضي ، وذلك باستخدام وسائط الكترونية في إبرامه[1].

وقد مر معنا عند ذكر التعريف القانوني للعقد الالكتروني في التوجيه الأوروبي رقم 97/07 الذي عرف العقد عن بعد في نص المادة الثانية منه التي جاء فيها: " التعاقد عن بعد هو كل عقد يتعلق بالبضائع والخدمات يبرم بين مورد

[1] –شحاتة غريب شلفامي: التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية،دار النهضة العربية،القاهرة، 2005،ص42.

ومستهلك في نطاق بيع أو تقديم الخدمات عن بعد ينظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد تقنية أو أكثر للاتصال عن بعد الإبرام العقد[1].

الفرع الثاني : العقد الالكتروني هو عقد مبرم عن بعد

يتم إبرام العقد الالكتروني بدون التواجد المادي لإطرافه، فالسمة الأساسية للتعاقد الالكتروني أنه يتم بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي حيث يتم التعاقد عن بعد بوسائل اتصال تكنولوجية، ولذلك فهو ينتمي إلى طائفة العقود عن بعد ، حيث يتم تبادل الإيجاب والقبول الالكتروني عبر الانترنت فيجمعهم بذلك مجلس عقد حكمي افتراضي ولذلك فهو عقد فوري متعاصر ، وقد يكون العقد الالكتروني غير متعاصر أي أن الإيجاب غير معاصر للقبول وهذا التعاصر هو نتيجة صفة التفاعلية فيما بين أطراف العقد[2].

فالعقد الالكتروني عقد ينتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد، و المقصود بذلك تلك العقود التي تبرم بين طرفين يتواجدان في أماكن متباعدة ، وهذا

[1] –محمد حسن قاسم: التعاقد عن بعد قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع الإشارة لقواعد القانون الأوروبي،دار الجامعة الجديدة، مصر ،2006،ص17.

[2] –خالد ممدوح إبراهيم:إبرام العقد الإلكتروني،دراسة مقارنة،ط1، دار النشر الثقافية،الإسكندرية،2007ص47–

باستعمال وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد فالسمة الأساسية لهذا النوع من العقود تتمثل في:

– عدم الحضور المادي المعاصر الأطرافه في لحظة تبادل الرضا بينهم، فهو عقد مبرم بين طرفين لا يتواجدان وجها لوجه في لحظة التقاء إرادتهما– .

ونذكر منها المطبوعات الصحفية مع طلب الشراء الراديو وسائل الاتصال المرئية الهاتف مع تدخل بشري أو بدون تدخل بشري التلفزيون مع إظهار الصورة الانترنت الرسائل الالكترونية و التلفزيون التفاعلي ويشترك العقد الالكتروني في صفة الإبرام عن بعد مع بعض العقود مثل التعاقد بالمينيتيل MINITEL ، او بالتلفزيون ، او بالتلفون ، أو بالمراسلة كإرسال كتالوج ، ولكنه يتميز عن تلك العقود بتلاقي الأطراف بصورة مسموعة مرئية عبر الانترنت ويسمح بالتفاعل بينهم[1].

الفرع الثالث : العقد الالكتروني عقد تجاري استهلاكي:

يتسم العقد الالكتروني بالطابع التجاري ، ولذلك يطلق عليه عادة تسمية "عقد التجارة الالكترونية وفي الواقع فان هذه الخاصية جاءت من السمة الغالبة

[1] –مناني فراح: العقد الإلكتروني وسيلة إثبات جديدة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع،عين مليلة،الجزائر،2009 ص44.

لذلك العقد ، حيث يستأثر البيع التجاري بالجانب الأكبر من مجمل العقود التي تبرم عبر الانترنت، إلا أنه يمكن أن يتم بين الأفراد العاديين من جهة، ويمكن أن يرد على الخدمات والمنافع في صورة إيجار أو مقاولة من جهة أخرى[1] .

ولذلك يخضع العقد الالكتروني عادة للقواعد الخاصة بحماية المستهلك، على نحو ماجاء به التوجيه الأوروبي بشان حماية المستهلك رقم 7/97 وكذا قانون الاستهلاك الفرنسي و التي تفرض على التاجر المهني باعتباره الطرف القوي في التعاقد العديد من الواجبات و الالتزامات القانونية تجاه المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العقد، ومن أهم هذه الالتزامات الالتزام العام بالإعلام، ويستفاد ذلك من نص المادة 113/3 من قانون الاستهلاك الذي أوجب على كل شخص محترف أن يحيط المستهلك علما بكافة البيانات والمعلومات المتعلقة بسعر البيع بكافة الشروط المحددة أو المعفية من المسؤولية فأول ما يهم المستهلك معرفته في التعاقد الالكتروني، لكونه يتم عن بعد ولاتكون السلعة تحت يده كما في التعاقد

[1] –العيشي عبد الرحمان: ركن الرضا في العقد الإلكتروني،أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون،قسم قانون خاص، كلي الحقوق، جامعة الجزائر1، 2016–2017 ص25.

التقليدي وهو البيانات و المعلومات التي تتصل بالخصائص الأساسية و السمات الجوهرية للمنتج الذي يسعى إلى الحصول عليه[1].

الفرع الرابع : العقد الالكتروني يتسم بالطابع الدولي

الطابع العالمي لشبكة الانترنت وما يرتبه من جعل معظم دول العالم في حالة اتصال دائم على الخط ON LINE يسهل العقد بين طرف في دولة و الطرف الآخر في دولة أخرى .ويثير الطابع الدولي العديد من المسائل كمسألة بيان مدى أهلية المتعاقد وكيفية التحقق من شخصية المتعاقد الآخر ومعرفة حقيقة المركز المالي له ، وتحديد المحكمة المختصة وكذلك القانون الواجب التطبيق على منازعات إبرام العقد الالكتروني[2].

الفرع الخامس : الوفاء في العقد الالكتروني

قد يكون الكترونيا لقد تطورت تقنية المعلومات وازدهرت التجارة الالكترونية عبر شبكة الانترنت، فظهرت الحاجة الى ابتكار وسائل جديدة تتلاءم مع سرعة انجاز المعاملات التجارية بكل ثقة واطمئنان ما بين المستهلكين والتجار ، هذه الوسائل الجديدة تتمثل في أنظمة الدفع الالكتروني التي تتميز بالسرعة والسهولة

[1] –خالد ممدوح إبراهيم: مرجع سابق، ص76.

[2] –مناني فراح: مرجع سابق، ص44.

في تسوية المدفوعات من بين الوسائل نجد البطاقات المصرفية و البطاقات الذكية والنقود الالكترونية و الشبكات الالكترونية، فضلا عن التوجه الحديث للدفع بواسطة الهاتف المحمول وغيرها من هذه الوسائل الالكترونية في الدفع حلت محل النقود العادية.

فلا يمكن تصور وجود عقد الكتروني بدون تطور مستمر لأساليب ووسائل الدفع الالكتروني ، فعملية تحويل مبالغ السلع و الخدمات أصبحت الأساس في قياس مدى نجاح وتطور التجارة الالكتروني[1].

الفرع السادس : العقد الالكتروني يتم إثباته ووفائه بطريقة خاصة

العقد الالكتروني يتم إثباته ووفائه بطريقة خاصة :

العقود الالكترونية المبرمة عن طريق الانترنت تكون غالبا غير مثبتة على دعامة ورقية على خلاف العقود التقليدية.

أما الوفاء في العقود الالكترونية خاصة البيع الالكتروني فان الوفاء يتم بالطريقة الالكترونية التي تتخذ عدة صور منها : البطاقات البلاستيكية الممغنطة الشيكات الالكترونية النقود الالكترونية المبرمجة، لذلك فان المعاملات والخدمات

[1] –العيشي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص37.

المتاحة على الشبكة والتوقيع عليها يتم بأسلوب الكتروني .فلا يمكن تصور وجود عقد الكتروني بدون تطور مستمر لأساليب ووسائل الدفع الالكتروني ، فعملية تحويل مبالغ السلع و الخدمات أصبحت الأساس في قياس مدى نجاح و تطور التجارة الالكتروني[1].

المبحث الثاني: الإرادة في التعاقد الالكتروني:

المطلب الأول: صدور الإرادة في العقد الإلكتروني

الفرع الأول : قاعدة جواز التعبير عن الإرادة الأصل أن التعبير عن الإرادة في معظم التشريعات الحديثة لا يشترط فيه شكل خاص أوضع معين ، وبالتالي فهو جائز بكافة الوسائل التي يمكن أن تؤدي إليه

الفرع الأول : موقف المشرع من خلال القانون المدني

المشرع الجزائري في القانون المدني لم ينص صراحة على قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل في حين نصت المادة 64 من القانون المدني الجزائري على أنه ..... إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق

[1] –العيشي عبد الرحمان، مرجع سابق،ص37.

الهاتف أو بأي طريق مماثل – لعبارة أي طريق مماثل تفيد أنه يجوز أن يمتد النص أن يشمل كافة الوسائل الالكترونية .

وكذلك نصت المادة 323 مكرر من نفس القانون على أنه ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل الحروف أو أوصاف أو أرقام أي علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تضمنتها ، وكذا طرق إرسالها[1].

الفرع الثاني : موقف المشرع من خلال القانون رقم 15/04

من خلال هذا القانون يمكن استنتاج موقف المشرف من استخدام كافة الوسائل في التعبير عن الإرادة في حين نصت المادة 06 من القانون 15/04 على يستعمل التوقيع الالكتروني لتوثيق هوية الموقع واثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الالكتروني.

فمن خلال هذه العبارتين نستنتج أن المشرع أجاز ضمنيا التعبير عن الإرادة بالوسائل الالكترونية ، والتوقيع ما هو إلا الوسيلة لإثبات هذا التصرف فهو مميز لشخصية صاحبه ويعبر عن هويته وإرادته في قبول محتوى السند الموقع عليه بما يتضمن من معلومات وبيانات فمن خلال هذه العبارتين نستنتج أن المشرع أجاز

[1] –محمود عبد الرحيم شريفات: التراضي في العقد الإلكتروني،دراسة مقارنة،دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية،2011، ص41.

ضمنيا التعبير عن الإرادة بالوسائل الالكترونية ، والتوقيع ما هو إلا الوسيلة لإثبات هذا التصرف فهو مميز لشخصية صاحبه ويعبر عن هويته وإرادته في قبول محتوى السند الموقع عليه بما يتضمن من معلومات وبيانات. في حين يتضح أن القواعد العامة الواردة في القانون المدني و القواعد الخاصة المتعلقة بالمعاملات الالكترونية أجازت التعبير عن الإرادة الكترونيا [1].

المطلب الثاني: التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني

يعتبر البريد الالكتروني خدمة مجانية، ويقصد به تبادل الرسائل بين الأطراف ولكن بطريق الكترونية .ففكرة البريد الالكتروني تقوم على نفس فكرة الصندوق العادي للبريد حيث لكل شخص مشترك بهذه الخدمة صندوق مراسلات خاصة توفره أغلب المواقع الالكترونية عبر شبكة الانترنت

لذلك أضحي التعبير عبر البريد الإلكتروني حقيقة واقعة فرضت نفسها في مجال المعاملات الإلكترونية بصفة عامة والعقود الإلكترونية بصفة خاصة حيث يتم تبادل الرسائل الالكترونية وفق هذا النظام .وعلى ذلك يستطيع الموجه إليه

[1] –بن حسان أحمد، بن حسان عبد الرحمان: التراضي في العقد الإلكتروني في التريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير تخصص الحقوق، كلية حقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة دراية، أدرار،1019–2020 ص22–23.

الإيجاب أن يستخدم البريد الإلكتروني في إرسال موافقته على الإيجاب الذي وصله بنفس الطريقة، ومما لا ريب فيه أن إرسال مثل هذه الرسالة بعد قبولا صريحا للإيجاب[1].

الفرع الأول : التعبير عن الإرادة عبر المشاهدة والمحادثة

لا مانع من تلقي القبول علي مواقع المحادثة الفورية والمباشرة فيستطيع مستخدم الإنترنت من خلال برنامج المحادثة التحدث مع شخص آخر في وقت واحد عن طريق الكتابة بالسئطبع شريطة أن يكون الطرفين متصلين بأحد أجهزة خدمة حيث يقوم هذا البرنامج بتقسيم الصفحة إلى جزأين، فيقوم أحد الأطراف بكتابة أفكاره على الجزء الثاني من صفحة البرنامج ، وهنا يتضح لنا التعاصر الزمني لتبادل الأفكار بين الطرفين ، كما أنه هذه الوسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة ذات فعالية لعقد المؤتمرات بين عدة أشخاص في دول مختلفة وفي ذات الوقت[2] .

[1] –شادي رمضان إبراهيم الطنطاوي: النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكتروني،مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع،ط1،2016،ص194.

[2] –مفيدة العوادي:التعبير عن الإرادة في العقود عبر شبكة الأنترنيت، شعبة الحقوق، تخصص قانون أعمال، جامعة العربي بن مهيدي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، أم البواقي،2015–2016 ص21.

وقد نجد في بعض الأحيان إضافة كاميرا رقمية تسمح بان يشاهد كل متعاقد الطرف الآخر ، فيصبح التعاقد هنا عن طريق المحادثة والمشاهدة معا

. ونلاحظ هنا التعبير عن الإرادة يمكن أن يكون باللفظ أو الكتابة أو بالإشارة ، حيث يرى ويسمع المتعاقدان كل منهما الآخر[1].

الفرع الثاني : صور خاصة للتعبير عن الإرادة الالكترونية

التعبير عن الإرادة من خلال التنزيل عن بعد التعبير الإلكتروني عن الإرادة بواسطة التنزيل عن بعد قد يعبر عنه باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود ، مثال ذلك أن يعرض الموجب على الموجب إليه بتسجيل رقم بطاقته الائتمانية الخاصة به في الخانة المخصصة لذلك على الشاشة فيتم خصم قيمة المبيع من رصيده فورا عن طريق التحويل الإلكترونية للأموال ، ويقوم الموجب بنقل المبيع إلى جهاز الكمبيوتر الخاص بالموجب إليه عبر الانترنت[2].

-التعبير عن الإرادة من خلال الضغط على أيقونة الموافقة

[1] – خالد ممدوح إبراهيم: مرجع سابق، ص171.

[2] –خالد ممدوح إبراهيم، مرجع نفسه،171.

في هذه الصورة يتم التعبير عن الإرادة من خلال الضغط على مفتاح القبول في لوحة المفاتيح الحاسوب على الخانة المخصصة للقبول ، ففي أغلب العقود التي تتم عبر الانترنت وبالذات عبر موقع الويب يجب الراغب في التعاقد مع هذه المواقع خانة مخصصة للقبول تتضمن عبارات تدل على الرضا أو الموافقة مثل (ok)أو (accepte) فهل يعتبر الضغط بالمؤثر على هذه الخانة كافيا للتعبير عن الإرادة بالموافقة ؟

بالرجوع إلى الفقه القانوني نجده قد استقر على كفاية مثل هذا الإجراء للتعبير عن الإرادة طالما استطاع صاحب الموقع التجاري أن يفهم منه بصورة يقينية أن الطرف الآخر قبل التعاقد[1] .

[1] –مفيدة العوادي: مرجع سابق، ص23.

المبحث الثالث: صحة التعبير عن الإرادة الالكترونية

المطلب الأول: الأهلية

الفرع الأول : أنواع الأهلية : يمكن تقسيمها إلى نوعين:

أولا: أهلية الوجوب : هي صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له وما عليه وتثبت للإنسان منذ ولادته حيا إلى وفاته بل يمكن أن تثبت للجنين في بطن أمه .

ثانيا : أهلية الأداء : هي قدرة الإنسان على مباشرة التصرفات القانونية بنفسه مع سريان أثاره في حقه ، فإذا كامل الأهلية فإن كل التصرفات القانونية صالحة ويستطيع مباشرة تصرفاته ، أما إذا كان مكتمل الأهلية فامتنع عليه مباشرة كل التصرفات القانونية ، وإذا باشرها مخالفا للقانون أصبح تصرفه باطلا أو قابل للإبطال[1].

[1] –حميشي هنية:الإرادة الإلكترونية،مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في القاون، تخصص عقود ومسؤولية،جامعة أكلي محند أولحاج،كلية الحقوق والعوم السياسية، البويرة،2015–2016، ص8.

الفرع الثاني : مراحل الأهلية :

تمر الأهلية بثلاث مراحل:

اولا: **مرحلة الصبي غير المميز:** تبدأ هذه المرحلة منذ ولادة الطفل إلى غاية بلوغ سن 13 سنة وهذا ما نصت عليه المادة 42 من القانون المدني [1]، وتعتبر جميع تصرفاته باطلة بطلان مطلق نظرا لانعدام الأهلية

ثانيا : **مرحلة الصبي المميز** : هي التي تبدأ من تمام الثالثة عشر من العمر حتى اكتمال التاسعة عشر ويكون الإنسان فيها مميز، وتكون تصرفاته صحيحة متى كانت نافعة نافعا محضا ، وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا ، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضر فإنها تكون قابلة للإبطال المصلحة القاصر[2] .

ثالثا: **مرحلة البالغ الرشيد:** سن الرشد يختلف من دولة إلى أخرى في القانون المدني تكون بإكمال سن 19 سنة كاملة بحسب نص المادة 40 وفي القانون المدني المصري والفرنسي تكون بسن 21 سنة بينما في القانون المدني الأردني والسوري تقدر بسن الثمانية عشر سنة [3].

---

[1] –لزعر وسيلة، ص74.

[2] –مفيدة العوادي، ص46.

[3] –مفيدة عوادي، نفس المرجع، ص46.

الفرع الثالث : عوارض الأهلية :

هناك جملة من العوارض التي قد تصيب الشخص بعد بلوغه سن الرشد ، فتؤثر في أهليته ، وهذه العوارض منها ما لا دخل للإنسان فيه كالجنون ، العته ، السفه الغفلة ا

- **الجنون** : هو اختلال العقل ، بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل ، إلا نادرا أي لا يمللك القدرة بأن 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 .[1]
- **العته** : فهو نوع من الجنون وكذلك نقص في العقل في حين صاحبه لا يلجأ إلى العنف ، وحكم تصرفاته كتصرفات الصبي المميز ن فتصح ما فيها نفع محض ، ولا تصح ما فيها خسارة خالصة .
- **الغفلة** : هو الشخص الذي لا يهندي عادة إلى التصرفات الرابحة ولا يميزها عن الخاسرة ويشترط لاعتبار الشخص سفيه ، وذي غفلة ناقص

[1] –ميكائيل رشيد علي: العقود الإلكترونية على شبكة الأنترنيت بين الشريعة والقانون،دار الجامعة الجديدة، الغسكندرية،2014–2015، ص74.

الأهلية أن يكون قد صدر حكم من المحكمة بالحجر عليه، والتصرفات القانونية بعد صدور هذا الأخير باطلة ، أما قبل صدور الحكم تكون دائرة بين النفع والضرر[1].

المطلب الثاني: وسائل التأكد من الأهلية القانونية

الفرع الأول: البطاقة البنكية :

هذه البطاقة تحتوي على سجل الحامل تخزن فيها كل المعلومات والبيانات الخاصة بحامل البطاقة كالاسم ، السن محل الإقامة ، المصرف المتعامل معه . وتتضمن رقم سري ، حيث يمكن التعرف على شخصية وأهلية الحامل.

الفرع الثاني : الموثق الالكتروني :

هو طرف ثالث تسند إليه مهمة التوفيق والتوسيط بين أطراف العقد وتنظيم العلاقات العقدية، ويقوم بالتحقيق من أهلية كل متعاقد وضمان صحة سير المعلومات المتبادلة كمل يصدر شهادات مصادق عليها تتعلق بأطراف العقد[2].

[1] –مفيدة العوادي: مرجع سابق، ص47.

[2] –روافي سميحة، متناني خلود: النظام القانوني للعقد الإلكتروني، مذكرة لنسل شهادة الدكتوراه، في القانون أعمال، جامعة أكلي ، البويرة، 2018–2019، ص35.

الفرع الثالث : الوسائل التحذيرية :

يتم ذلك عن طريق وضع تحذيرات على الانترنت تنبه بعدم الدخول إلى مواقع الانترنت إلا من شخص تتوافر لديه الأهلية القانونية ، يلتزم هذا الشخص قبل الدخول إلى الموقع بالكشف عن هويته والإفصاح عن عمره، وذلك من خلال ملء نموذج معلومات معروض على الانترنت ، فإذا توفرت لديه الأهلية القانونية فغنه يستطيع الدخول إلى هذا الموقع ، وإبرام العقود، وفي حالة عدم ملء هذه البيانات ، أو اتضح انه لا يملك الأهلية الكاملة لإبرام العقود فلا يسمح له الدخول إلى الموقع[1].

المطلب الثالث: سلامة الإرادة من العيوب

الفرع الأول :عيب التدليس:

التدليس هو إيهام الشخص بأمر مخالف للحقيقة ، عن طريق استعمال طرق احتيالية يقصد دفعها إلى إبرام العقد، ومن شروط الإبطال للتدليس، باعتباره عيبا في الرضا إن يتوافر ثلاث شروط وهي استعمال طرق احتيالية ، وان يكون التدليس دافعا للتعاقد ، وصدور التدليس من المتعاقد الآخر أو إمكان العلم به .

[1] -لزعر وسيلة: مرجع سابق، ص81-82.

.والتدليس في العقد الالكتروني لا يختلف عن التدليس التقليدي بل أنه منصور أكثر في العقود الالكترونية نتيجة الكذب في الإعلانات والدعايات الالكترونية طالما تجاوزت الحد المألوف وكان مؤثر في إرادة المدلس عليه ودافعا إلى التعاقد، فيعطي للمدلس عليه الحق في إستعمالها[1].

الفرع الثاني : عيب الغلط

: كثيرا ما يقع الغلط في العقد الالكتروني بسبب العرض الناقص للمنتجات ، والغموض مضمون العرض ، لذلك ألزم التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 المتعلق بالتجارة الالكترونية في المادة 11 منه بأن يقوم كقدمي الخدمات بعرض الخدمة على العميل بالتفصيل والتدقيق مع إعلامه بذلك باستخدام وسائل فعالة وسهلة الأخذ بها حتى يتمكن من فهم المعطيات الالكترونية ، الأمر الذي يجنبه الوقوع في الغلط.

إلا أن الادعاء بالوقوع في الغلط من الصعب إثباته لأنه يتم على صفحة الويب فمن الممكن أن يقوم أحد بتغيره وتعديله بدون أن يترك أثر ماديا لأنه يتم بوسيلة إلكترونية .

[1] –بن حسان أحمد، بن حسان عبد الرحمان، مرجع سابق، ص33.

ولتفادي الوقوع في هذه الصعوبات، ينصح العميل بتسجيل بيانات الإعلام على دعامة الكترونية لحفظها واسترجعها عند الضرورة أو القيام بالتوثيق المعلومات[1] .

الفرع الثالث : عيب الإكراه

عيب الغلط يقصد به وهم يقوم في ذهن الشخص ، يجعله يتصور الواقع على خلاف حقيقته ، وهو يؤدي إلى بطلان العقد إذا أنصب على ماهيته ، أو على شرط من شروط الانعقاد ، أو على محل العقد.

وعيب الغلط في التعاقد الالكتروني أمر متصور الحدوث ، فمثلا قد يتوهم أحد المتعاقدين أن الطرف الآخر معروف لديه ، والذي يقدم منتجات تصنع بطريقة يدوية مثلا ، وأنه 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 فسخ العقد [2].

الفرع الرابع : عيب الاستغلال

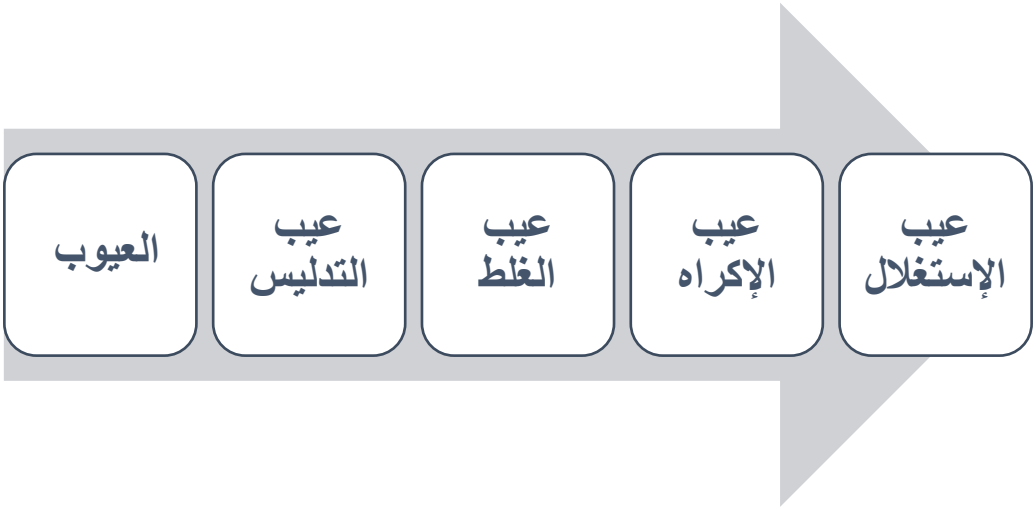
الاستغلال هو انتهاز حالة ضعف شخص ، وجعله يبرم عقد فيه غبن فاحش لهن ما كان ليقبله لولا وجود هذا الضعف واستقباله من قبل العاقد الآخر، في حين نصت عليه المادة 90 من القانون المدني الجزائري . حيث لم يرتب القانون

[1] –روافي سميحة، متناني خلود: مرجع سابق،ص36.

[2] –خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص185.

هذا العيب قابلية الإبطال في كل الأحول بل أجاز إبقاء العقد مع إنقاص التزامات الطرف المغبون حتى تتعادل ، وإذا طلب الطرف المغبون إنقاص التزاماته فليس للقاضي أن يحكم بالإبطال إذا يكون قد حكم بأكثر مما طلب الخصوم ، وليس له أن يقضي بزيادة التزامات المستفيد[1].

الشكل رقم:02 يمثل عيوب الإرادة



[1] –حميشي هنية، مرجع سابق، ص39.

خلاصة

إن العقد الإلكتروني يحمل أهمية كبيرة في العصر الحديث، بحيث أنه يقدم تسهيل للتعاملات التجارية عبر الأنترنيت وتحسين فعاليات العمليات.

كذلك يقلل الوقت والتكلفة ويزيد من سرعة إتمام الصفقات كما يوفر أليات لتوثيق الإلتزامات بشكل قانوني.

الخاتمة

تناولنا في بحثنا هذا الصور التقليدية للتعبير عن الإرادة في القانون الجزائري من جهة، ومن جهة مقابلة تطرقنا إلى الصور الحديثة والإلكترونية.

إن التعبير الضمني والصريح وحتى السكوت هم أركان ضرورية من العقد إذ لابد للشخص الذي يعقد العقد أن يصرح بصريح العبارة عن إرادته بهذا العقد، أو أن يكون ذلك ضمنيا يفهم من سياق الكلام.

كذلك مع مختلف التطورات التكنولوجية التي شهدها العالم أصبح العقد الإلكتروني ذو أهمية كبيرة أصبح العقد يتم عن طريق البريد الإلكتروني ، أو المشاهدة والمحادثة، أو عدة صور أخرى، إذ يقوم هذا الأخير تقريبا على نفس الشروط للعقد العادي.

ولقد توصلنا إلى مجموعة من النتائج نذكر أهمها:

-العقد الإلكتروني يتم على نفس الشروط التي يقوم عليها العقد التقليدي.

-صعوبة تحديد الطرفين الزمان والمكان لتلاقي الإرادتين والرضا إلكتروني.

قائمة المصادر و المراجع

أولا: الكتب

1. بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الأنترنيت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،الأردن، 2010.
2. بلحاج العربي،.النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر ،1999، الحلبي،الحقوقية،الجزائر ،2006.
3. خالد ممدوح إبراهيم:إبرام العقد الإلكتروني،دراسة مقارنة،ط1، دار النشر الثقافية، الإسكندرية ،2007.
4. خليل أحمد حسن قدادة،الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره القانونية والشرعي،
5. شادي رمضان إبراهيم الطنطاوي: النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكتروني،مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع،ط1 ،2011.
6. شحاتة غريب شلفامي: التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية،دار النهضة العربية،القاهرة، 2005.
7. علي علي سليمان: النظرية العامة للإلتزام ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر ،2006.
8. علي فيلاني :التزامات النظرية العامة للعقدن موفم للنشر، الجزائر، 2008.

9. محمد حسن قاسم: التعاقد عن بعد قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع الإشارة لقواعد القانون الأوروبي،دار الجامعة الجديدة، مصر،2006.

10. محمد صبري السعدي: الواضح في شرح القانون المدني الجزائري،دار الهدى، الجزائر،2006.

11. محمود عبد الرحيم شريفات: التراضي في العقد الإلكتروني،دراسة مقارنة،دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية،2011.

12. محمود عبد الرحيم شريفات: التراضي في العقد الإلكتروني،دراسة مقارنة،دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية،2011.

13. مناني فراح: العقد الإلكتروني وسيلة إثبات جديدة في القانون المدني الجزائري،دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع،عين مليلة،الجزائر،2009 .

14. ميكائيل رشيد علي: العقود الإلكترونية على شبكة الأنترنيت بين الشريعة والقانون،دار الجامعة الجديدة، الغسكندرية،2014-2015.

ثانيا: القوانين

1. المادة 54 من الأمر رقم 75-8 المؤرخ في 26/09/1975 يتضمن القانون المدني الجزائري ، ج ر العدد 78 الصادر في 30/09/1975 معدل ومتمم

2. قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 جوان 1984، يضمن قانون الأسرة،ج.ر.ج،ج، العدد 24 صادرة في 12 جوان 1984،معدل ومتمم.

3. الأمر رقم75-58 المؤرخ في 26-09-1975، معدل ومتمم بالقانون رقم 10-06 مؤرخفي 21-08-2010، ج.ر، عدد 41 الصادرة في 23-08-2010.

ثالثا: الرسائل و المذكرات

1. ارجيلوس رحاب، **الإطار القانوني للعقد الالكتروني، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ،متخصص القانون الخاص المعمق** كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة أحمد دراية – ادرار – سنة 2018 .

2. حميشي هنية:**الإرادة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون،** تخصص عقود ومسؤولية،جامعة أكلي محند أولحاج،كلية الحقوق والعوم السياسية، البويرة،2015-2016.

3. روافي سميحة، متناني خلود: **النظام القانوني للعقد الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه، في القانون أعمال،** جامعة أكلي ، البويرة، 2018-2019.

4. عجالي خالد: **النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري-دراسة مقارنة-رسالة لنيل الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون،** كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري،تيزي وزو،2014.

5. العيشي عبد الرحمان: **ركن الرضا في العقد الإلكتروني،أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون،**قسم قانون خاص، كلي الحقوق،جامعة الجزائر1، 2016-2017.

6. مفيدة العوادي:**التعبير عن الإرادة في العقود عبر شبكة الأنترنيت، شعبة الحقوق، تخصص قانون أعمال**، جامعة العربي بن مهيدي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، أم البواقي،2015-2016.

7. بن حسان أحمد، بن حسان عبد الرحمان: **التراضي في العقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير تخصص الحقوق**، كلية حقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة درارية، أدرار،1019-2020 .

8. حسن مهداوي: **دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وأثاره، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،2010.

9. عبد الوهاب عجيري، شروط **التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة، سطيف،2014،2014.

10. يعيش مجيد :**دور السكوت في التصرفات القانوينية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون،تخصص القانون الخاص**، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان،2008 .

11. مؤيد عيس محمد دغش، **المساعدة القضائية في التعبير عن الإرادة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون**، كلية الدراسات العليا،فلسطين،2008.

رابعا: المجلات والدوريات

1. خليل أحمد حسين قدادة: الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره القانني والشرعي، مجلة جامعة الازهر ،سلسلة العلوم الإنسانية ،مجلد8 ،عدد 2،غزة 2006،ص26.

2. السكوت في الإعلان عن الإرادة وفقا للقانون الاردني، دراسة علوم الشريعة والقانون، المجلد 36، العدد1، 2009.

فهرس المحتويات

شكر وعرفان	
إهداء	
مقدمة	أ–د
الفصل الأول: الصور التقليدية للتعبير عن الإرادة	
تمهيد	6
المبحث الأول: التعبير الصريح	7
المطلب الأول: تعريف التعبير الصريح	7
المطلب الثاني: صور التعبير عن الإرادة	8
المبحث الثاني: التعبير الضمني	14
المطلب الأول: تعريف التعبير الضمني	14
المطلب الثاني: تطبيقات التعبير الضمني	16
المبحث الثالث: السكوت	18
المطلب الأول: تعريف السكوت	18
المطلب الثاني: طبيعة السكوت المعبر عن الإرادة	19
خلاصة	23
الفصل الثاني: الصور الحديثة للتعبير عن الإرادة	
تمهيد	25
المبحث الأول: العقد الإلكتروني	26
المطلب الأول: تعريف العقد الإلكتروني	26
المطلب الثاني: خصائص العقد الإلكتروني	28

المبحث الثاني: الإرادة في التعاقد الإلكتروني	35
المطلب الأول: صدور الإرادة في العقد الإلكتروني	35
المطلب الثاني: التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني	37
المبحث الثالث: صحة التعبير عن الإرادة الإلكترونية	41
المطلب الأول: الأهلية	41
المطلب الثاني: وسائل التأكد من الأهلية القانونية	44
المطلب الثالث: سلامة الإدارة من العيوب	45
خلاصة	49
الخاتمة	51
قائمة المصادر والمراجع	53
فهرس المحتويات	