جامعـــــة مولـــــــود معمـــــري - تيـــزي وزو-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

نظام ل م د.

طرق التعبير عن الإرادة في القانون الجزائري

(دراسة مقارنة)

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون
تخصص: القانون الخاص الداخلي

إعداد ***الطالب :***

- نابي سليمان

تحت إشراف الأستاذة:

– سايكي وزنة

لجنة المناقشة:

*-**الأستاذة تراربيت رشيدة** ، أستاذة مساعدة (أ)..... جامعة مولود معمري.....رئيسا*

*- **الأستاذة سايكي وزنة** ، أستاذة مساعدة (أ)، جامعة مولود معمري.....مشرفا و مقررا*

*- **الأستاذ بوخرس بلعيد** ، أستاذ مساعد (أ)، جامعة مولود معمري .....* **ممتحنا**

تاريخ المناقشة : 30/06/2016

« شكر وعرفان»

أتقدم بالشكر الجزيل والعرفان إلى الأستاذة الفاضلة سايكي وزنة على قبولها الإشراف على هذه المذكرة ، وعلى ما قدمته لي من نصائح وإرشادات قيمة ساعدتني في إتمام هذا العمل كما أتقدم بالشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة وكافة الأساتذة.

الإهداء

- ✓ أهدي هذا العمل إلى والديا الكريمين وإلى كافة عائلتي وأقربائي وإلى أصدقاء الدراسة والزملاء.

✍ سليمان

قائمة المختصرات:

باللغة العربية:

ت. م. ج..... تقنين المدني الجزائري.

ق. أ. ج..... قانون الأسرة الجزائري.

ج.ر.ج.ج ..... الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

ص..... صفحة.

ص ص ..... من صفحة إلى صفحة.

باللغة الفرنسية:

p. .....page.

مقدمة

تعد النظرية العامة للالتزام أهم جزء في القانون المدني، ذلك أن هذه النظرية تعتبر الأصل العام والقاعدة العامة التي يجب الرجوع إليها، سواء في القانون المدني أوفي القانون التجاري أو في القوانين الأخرى طالما أنه لم يرد نص خاص في هذه القوانين.

يرجع أصل هذه النظرية إلى القانون الروماني، ثم جاء فقهاء القانون الفرنسي القديم فاستمدوا صياغة النظرية من القانون الرماني، وكملوا هذه الصياغة وبلوروها طبقا للتطور الزمني، ومن أكبر الفقهاء الذين كان لهم الفضل هما **"دوما"** ثم **"بوتيه"** من بعده، وقد استمد واضعو قانون نابليون أحكام هذه النظرية من هذين الفقهين، ثم استمدت قوانيننا العربية أحكام هذه النظرية من القانون المدني الفرنسي، لكنها كملتها بما أخذته عن الشريعة الإسلامية من أحكام [1].

يعرف الالتزام على أنه حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين المدين بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، لشخص أخر الدائن ذي قيمة مالية [2].

لا تزال الأنظمة القانونية المقارنة مختلفة في تنظيم دور الإرادة في إنشاء الالتزامات الشخصية والتكيف القانوني للتصرفات الإرادية بشكل عام.

ترى المدرسة اللاتينية أن لا قيمة قانونية لما يسمى بالتصرف الانفرادي حتى لا ينتج هذا التصرف أي أثر طالما لم يوافق عليه الطرف المقابل، بالتالي لا يمكن إدراج هذا الجانب من التصرفات ضمن طائفة العقود كمصدر من المصادر الإرادية للالتزام.

في المقابل تبالغ المدرسة الجرمانية في التعامل مع التصرف الإنفرادي وتعتبر أن العقد في معناه العام هو شكل من أشكال تلاقي تصرفات انفرادية صادرة عن الأفراد [3].

تتعدد مصادر الالتزام، أي الأسباب المولدة له، وتندرج تحت قسمين أولهما يتعلق بالمصادر الإرادية والتي العقد والإرادة المنفردة [4]. فيعتمد هذا التقسيم أساسا على دور

1-علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص5.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص 22.

3- محمود فياض، الطبيعة القانونية لمصادر الالتزام الإرادية في الأنظمة القانونية الغربية، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2014، ص 22-26.

الإرادة الفردية في إنشاء الرابطة القانونية، فالإرادة يتم التعبير عنها بتصرفات خارجية تصدر عن الشخص الطبيعي للكشف عن نيته في التعاقد [5].

تعرف الإرادة لغة بأنها المشيئة، مما يعني أنها قوة في النفس تمكن صاحبها من اعتماد أمر ما وتنفيذه. لا يمكن إدراكه مباشرة لأن الإرادة بهذا المعنى لا تقع تحت الحس ، ولا يعلم بها إلا خالق النفس البشرية وصاحبها، أما غيرهما فلا يمكن العلم بالإرادة إلا إذا عبر عنها صاحبها[6] .

يرد التعبير عن الإرادة في مرحلتين:

المرحلة الأولى: العملية النفسية الذهنية(الإرادة الباطنة)التي تنشأ في وجدان الشخص.

المرحلة الثانية: خروج هذه الإرادة إلى العالم الخارجي من خلال التعبير عنها (الإرادة الظاهرة) بقصد ترتيب أثار قانونية [7]، فالتعبير عن الإرادة هو الذي يبرز وجودها وأثارها [8]، ما يعني إخراج النية من عالم المشاعر والأفكار إلى نطاق الظواهر حيث تدرك بالحواس وهو النطاق الذي يعمل به القانون وبغير حدوث هذا التعبير لا يتحقق للتصرف القانوني أي وجود مادي أو قانوني [9].

فالتعبير عن الإرادة ضرورة تقتضيها الرغبة في إظهارها وبيانها والتدليل على وجودها لتصبح حقيقة ملموسة من خلال أحد وسائل التعبير عنها كاللفظ والكتابة والإشارة والفعل والسكوت الملابس [10].

4- يعيش مجيد، دور السكوت في التصرفات القانونية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، تخصص قانون خاص، جامعة أبي بكر بلقا يد تلمسان، 2008، ص2.

5- محمود فياض، المرجع السابق، ص ص 22-26.

6- مؤيد عيسى محمد دغش، المساعدة القضائية في التعبير عن الإرادة، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الدراسات العليا، جامعة فلسطين، 2008، ص 22.

7- يعيش مجيد، المرجع السابق، ص 2.

8- محمود فياض، المرجع السابق، ص ص 22-26.

9- خليل أحمد حسين قدادة، الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره القانوني والشرعي، مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية، المجلد الثامن، العدد الثاني، 2006 ، ص 26-28.

10- مؤيد عيسى محمد دغش، المرجع السابق، ص8.

كما كشف تقدم الوسائل العلمية الحديثة في الاتصال ونقل المعلومات والبيانات عن طرق أخرى لإبرام المعاملات والعقود وتقوم هذه الطرق على استخدام عدد من وسائل الاتصال الحديثة والتي تعرف بوسائل التبادل الالكتروني لبيانات وأهم هذه الوسائل الانترنت، البريد الالكتروني، التلكس والهاتف، وقد أخذت هذه الوسائل تحل محل الوسائل التقليدية في إبرام المعاملات والعقود [11].

تظهر أهمية هذا الموضوع في أن الإرادة في ذاتها، عمل نفسي لا يعلم به إلا صاحبه وهي لا تتخذ مظهرها الاجتماعي، وبالتالي لا يعتد بها القانون إلا بالتعبير عنها، مما يستوجب إذن البحث عن مختلف الطرق والوسائل التي يتم من خلالها إخراج الإرادة وإبرازها للعالم الخارجي لكي تنتج أثارها.

تتمحور إشكالية بحث طرق التعبير عن الإرادة حول مدى كفاية الطرق التقليدية للتعبير عن الإرادة ؟

تم اعتماد في محاولة الإجابة عن هذه الإشكالية المنهج الوصفي الذي يعتمد على جمع المعلومات والحقائق عن موضوع معين ووضعها في قالب محكم ومكتمل والمنهج التحليلي مع إجراء مقارنة ببعض التشريعات.

فللإجابة عن الإشكالية التي يثرها موضوع طرق التعبير عن الإرادة تم إعتماد تقسيم ثنائي للموضوع

احتوت الدراسة فصلين، تم تخصيص الفصل الأول للطرق التقليدية للتعبير عن الإرادة، أما الفصل الثاني فكان حول الطرق الحديثة للتعبير عن الإرادة، وأنهينا دراسة هذا البحث بخاتمة تضمنت أهم النتائج وتوصية.

11- منصور الصرايرة، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الالكترونية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25 العدد الثالث، 2009، ص 823-824.

الفصل الأول

الطرق التقليدية للتعبير عن الإرادة

يكمن الهدف من التعبير عن الإرادة في إحاطة الوسط الخارجي العلم بها من أجل أن تتمكن من ترتيب أثارها القانونية المتمثلة في إنشاء الالتزام[12]، يقضي مبدأ الرضائية المطبق في القوانين المعاصرة عدم فرض طريقة خاصة للتعبير عن الإرادة، بالتالي فإن الشخص يمكن له أن يعبر عن إرادته بالطريقة التي يريدها، ولا يستثنى من ذلك إلا الحالات التي نص عليها القانون [13].

لا تنعقد التصرفات القانونية إلا إذا صدرت عن إرادة سليمة جازمة لما كانت الإرادة أمرا خفيا لابد من توافر وسائل وطرق للتعبير عنها، ينحصر دورها في تجسيد ما تهدف إليه من أثار قانونية، فقد يكون التعبير عنها صريحا أو ضمنيا [14].

يثور التساؤل حول مدى اعتبار السكوت وسيلة للتعبير عن الإرادة [15]؟

لم تهتم غالبية التشريعات بمعالجة موضوع السكوت لاعتباره طريق من طرق التعبير عن الإرادة، ولابد وره في التصرفات القانونية، إلا أن البعض منها تناولت السكوت كطريق استثنائي للتعبير عن الإرادة[16].

يتم في هذا الفصل بيان الطرق أو الوسائل التي يتم من خلالها إظهار الإرادة وإبرازها والتي تتجسد في التعبير الصريح والتعبير الضمني كطرق عادية **(مبحث أول)**، ثم السكوت كطريق استثنائي **(مبحث ثان).**

12- مؤيد عيسى محمد دغش، المرجع السابق، ص 4.

13- فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، قصر الكتاب، الجزائر، 2005، ص53.
14- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 80.
15- يعيش مجيد، المرجع السابق، ص 2.
16- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص83، أنظر كذلك يعيش مجيد، المرجع السابق، ص2.

المبحث الأول

الطرق العادية

تنص المادة 60 من ت م ج [17]على ما يلي" **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."

كذلك الحال لدى مختلف التشريعات نجد المادة 90 من التقنين المدني المصري[18]التي جاء فيها **"التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، وبالإشارة المتداولة عرفا،كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود. ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا، إ ذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا".** كذلك نص المادة49 من التقنين المدني الأردني [19] جاء فيها **"التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، وبالإشارة المعهودة عرفا ولو من غير الأخرس، وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي، وباتخاذ أي مسلك لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على التراضي."**

لابد أن تأخذ إرادة المتعاقدين مظهرا خارجيا ليعرف كل منهما إرادة الآخر، فلا يعتد القانون بالإرادة الباطنة بل يعتد بالإرادة الظاهرة ولو اختلفت عن الإرادة الباطنة [20]، فالتعبير عن الإرادة قد يكون صريحا (**مطلب أول**)، كما قد يكون ضمنيا (**مطلب ثاني**).

17- الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج. ر.ج. ج عدد78 المؤرخة في 30سبتمبر1975، معدل ومتمم.

18- قانون رقم 131صادر بتاريخ29 جويلية1948، يتضمن القانون المدني المصري، جريدة رسمية عدد28 مكرر،سنة 2011 معدل ومتمم.

19- قانون رقم43 لسنة1976 يتضمن القانون المدني الأردني، جريدة رسمية عدد2645، سنة1976 معدل ومتمم.

20- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 28- 29.

المطلب الأول

التعبير الصريح

لا يعتد القانون بالإرادة، باعتبارها أمر نفسي، إلا إذا عبر عنها، فتخرج إلى الواقع في إحدى الصور التي عدها القانون فقد تكون صريحة وهي أكثر انتشارا في الواقع العملي، يتم في هذا المطلب بيان المقصود بالتعبير الصريح(**فرع أول**) ثم مظاهر أو صورهذا التعبير (**فرع ثاني**).

الفرع الأول

تعريف التعبير الصريح

يتم التعبير الصريح حسب الفقه التقليدي باللفظ أو الكتابة أو الإشارة بينما يعتبر اتخاذ 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،
- عنصر معنوي يتمثل في نية المعبر، أي الغرض من استعمال هذه الألفاظ أو الكلمات أو الموقف.

فيكون التعبير صريحا كلما انصرفت نية المعبر إلى الكشف عن إرادته، حيث يكون الغرض من الكلمات أو الكتابة أو الإشارة أو الموقف المتخذ هو الإعلان والكشف عن الإرادة [21].

كما يعرف التعبير الصريح بأنه التعبير المباشر الذي يهدف إلى إيصال إرادة المعبر بطريقة مباشرة إلى علم من وجهت إليه هذه الإرادة، أو هو التعبير الذي يستعمل فيه أحد وسائل التعبير عن الإرادة فيجعل له مظهرا خارجيا[222].

21- علي فلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2008، ص98.
22- خليل أحمد حسين قدادة، المرجع السابق، ص 26.

التعبير الصريح عن الإرادة، الوارد في الفقرة الأولى من المادة 60 من ت م ج، هو التعبير الذي يفصح بذاته وبصورة مباشرة عن الإرادة، حسب المعتاد بين الناس، وبطريقة مباشرة من غير إعمال الفكر في الاستنتاج [23].

تأخذ الإرادة الظاهرة مظهرها الخارجي حسب النص إما باللفظ وإما بالكتابة وإما بالإشارة المتداولة عرفا، وإما باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على ما تقصده الإرادة، وعلى ضوء هذه المظاهر الأربعة تكون الإرادة صريحة[24].

الفرع الثاني

صور التعبير الصريح عن الإرادة

تتعدد صور التعبير الصريح عن الإرادة إما باللفظ و الكتابة أولا، وإما بالإشارة المتداولة عرفا ثانيا، وإما باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على ما تقصد الإرادة ثالثا.

أولا: التعبير باللفظ والكتابة :

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

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 أن الألفاظ أدل من غيره على إرادة المتكلم وحقيقتها ويقصد بالتعبير عن طريق اللفظ، التعبير عن طريق الكلام والذي يفصح به المتكلم عن قصده [25]، ويتم ذلك باستعمال أو إيراد الألفاظ الدالة على المعنى الذي تقصده، أو تنطوي عليه الإرادة ويستوي في أن يتم التعبير بالكلام أو بالألفاظ

23- يعيش مجيد، المرجع السابق، ص20.
24- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص29.
25- مؤيد عيس محمد دغش، المرجع السابق، ص9.

مباشرة من الشخص الأصيل أو عن طريق الهاتف أو إيفاد رسول عنه ليست له صفة النيابة في التعبير يكلف بنقل التعبير كما هو إلى الطرف الأخر ومهما كانت اللغة المستعملة، شرط أن يفهمها الأطراف ومهما كانت صفة الألفاظ التي وردت بها سواء في الماضي أو المضارع أو الأمر[26].

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 أي أثر قانوني، وعليه فإنه لا بد من التعبير على وجود الإرادة، وقد بين المشرع الجزائري في المادة 10 من ق. أ. ج[27] كيفية التعبير عن الإرادة حيث نص **" يكون الرضاء بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الأخر 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 [28].

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،

26- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص153.

27- قانون رقم 84- 11 مؤرخ في 9 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج. ر. ج. ج عدد 24، صادرة في 12 جوان 1984، معدل ومتمم.

28- حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وأثاره، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010، ص 12.

والغرض 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[29] في أي شكل من أشكالها، عرفية كانت أو رسمية، في شكل سند أو كتاب أو نشرة أو إعلان موقعا عليها أو غير موقع، مكتوبة باليد أو بالآلة الكاتبة أو بالآلة الطابعة أو بأي طريقة أخرى، أصلا كانت أو صورة، وسواء كانت هذه الصورة مصنوعة باليد أو مصورة وسواء كان نقل الكتابة مباشرا أو بطريق الهاتف أو بطريق إشارات مصطلح عليها أو بغير ذلك من الطرق [30]، غير أن المشرع الجزائري اشترط في بعض العقود أن تكون الكتابة رسمية فيها، كما هو الحال في الرهن الرسمي والعقود الواقعة على العقار، وقد يكتفي أن تكون الكتابة عرفية كما في عقد الكفالة، وكذلك في كل تصرف مدني تزيد قيمته عن ألف دينار.

يشترط في الكتابة أن تكون مستبينة مما يقرأ خطه، كأن يكتب أحد العاقدين للأخر كتابا بإيجابه قاصدا به التعبير عنها على أن تكون هذه الكتابة واضحة بينة مرسومة بالطريقة المتعارف عليها بين الناس، وثابة لا تتغير بعد الانتهاء منها ومن الكتابة التي شاعت في العصر الحاضر الكتابة عبر الانترنت [31].

ثا نيا :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[32] يشترط في الإشارة التي تعتبر وسيلة للتعبير عن الإرادة أن تكون واضحة الدلالة، وأن تكون متبادلة عرفا لا تثير الشك في حقيقة مدلولها، و إذا 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

29- علي فلالي، المرجع السابق، ص 295.

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق،153.

2- محمد خلف محمد بن سلامة، مشروعية عقود الزواج بالكتابة عبر الانترنت، مجلة الجامعة الإسلامية، المجلد الثاني والعشرون، العدد الثاني، 2014، ص ص 509-535.

3 - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص15.

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[33].

لا تستلزم الإشارة بالضرورة وجود عرف ملزم بالمعنى الفني، لأن العرف بهذ ا المعنى إما أن يكون محله قواعد قانونية لا إشارات مادية ولا الاصطلاح على معاني هذه الإشارات[34].

ثالثا :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[35] وذلك إذا ما كان هذ ا الموقف المتخذ يدل في ذاته دلالة كافية وأكيدة على معنى معين وفقا لما تعود عليه الناس، وبمعنى أخر أن الموقف المتخذ يدل مباشرة على إرادة الشخص بمجرد استعماله دون إعمال للفكر في استنتاج إرادة صاحبه [36]. 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 [37].

المطلب الثاني

التعبير الضمني عن الإرادة

كما تكون الإرادة صريحة تكون أيضا ضمنية، في الحالة الأخيرة يكشف عنها من خلال الظروف والملابسات التي أحاطت سلوك الشخص وتصرفاته، نبين في هذا المطلب المقصود بالتعبير الضمني (**فرع أول**) ثم نماذج لهذا التعبير (**فرع ثاني**).

الفرع الأول

المقصود بالتعبير الضمني

33- يعيش مجيد، المرجع السابق، ص19.
34- نفس المرجع، ص20.
35- فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص54.
36- يعيش مجيد، المرجع السابق، ص21.
37- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص29.

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 للفقه [38].

فالتعبير الضمني للإرادة هو التعبير الذي لا يستدل منه مباشرة على وجود الإرادة وإنما يستدل عنها بطريق غير مباشر[39]، 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 [40].

لا يعتبر التعبير الضمني الأسلوب المعتاد للتعبير عن الإرادة، ومع ذلك فإنه يرتب نفس الآثار القانونية للإرادة المعبر عنها بهذه الطريقة كما لواستعمل الأسلوب المعتاد للتعبير عن إرادته (التعبير الصريح) في حالة جواز استعمال التعبير الضمني حيث لا يكتفي في بعض الأحوال بالتعبير الضمني[41]، فقد يشترط القانون في حالات خاصة أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا بهدف تنبيه المتعاقد إلى خطورة وأهمية الأمر الذي يريد الإقدام عليه[42] ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 505 من ت 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."**

38- يعيش مجيد، المرجع السابق، ص20.
39- خليل أحمد حسين قدادة، المرجع السابق، ص26-27.
40- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص60.
41- خليل أحمد حسين قدادة، المرجع السابق، ص28.
42- بشار محمود دود ين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الأنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص111.

وقد يتطلب القانون أن يكون التعبير عن الإرادة مفرغا في شكل خاص كما في المادة 162 من القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها[43] بنصها **"...وتشترط الموافقة المكتوبة على المتبرع بأحد الأعضاء، وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين "**، إذ لا يمكن تصور تعبير ضمني عن إرادة الطرفين حين تعاملهما بالعضو البشري ذلك أن حساسية محل التعاقد الذي هو العضو البشري تفرض أن يكون التعبير صريحا.

تتطلب غالبية التشريعات للاعتداد بصحة الرضاء الصادر من المتبرع باستئصال جزء من جسمه أن يكون مكتوبا وموقعا عليه منه وتطلب إفراغ الرضاء في شكل كتابي يوفر المزيد من الحماية للمتبرع نظرا لما تنطوي علية عملية الاستئصال من خطورة بالنسبة له، كما أن هذا الشرط يتيح للمتبرع أن يصدر رضاه بعد تفكير وأناة وروية، بما يكفل حمايته من التعرض لأي ضغط أو إكراه [44].

اشترط المشرع الفرنسي في المرسوم رقم 501 الصادر في 31 مارس 1978، في المادة الثانية منه أن يصدر رضاء المتبرع البالغ في حالة استئصال عضو متجدد منه أمام رئيس المحكمة الابتدائية الذي يقع في دائرة موطن المتبرع أو أمام قاضي يعينه رئيس هذه المحكمة على أن يثبت هذا الرضاء في شكل كتابي موقعا علية من القاضي و المتبرع وتعطي صورة منه إلى المستشفى الذي سيتم به الاستئصال ، وتحفظ النسخة الأصلية لدى قلم كتاب المحكمة.

وتنص المادة الثالثة من القانون المصري رقم 103 لسنة 1963 والخاص ببيك العيون على ضرورة الحصول على قرار كتابي من المتبرعين وهم كاملا الأهلية، وإذا كان المتبرع قاصرا أو ناقص الأهلية فيلزم الحصول على إقرار كتابي من وليه.

اشترطت بعض التشريعات توافر شهادة شخص راشد بجانب الكتابة، كما في القانون البلجيكي الصادر في 14 فبراير 1987 بشأن استقطاع وزرع الأعضاء[45].

يضمن تحرير الرضاء كتابة في هذه الحالات سلامة رضاء المتبرع، كما يحمي الطبيب الجراح الذي يجري عملية الاستئصال ويجنبه المسؤولية الجنائية والمدنية وإن كان

43- قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16 فبراير1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج. ر. ج. ج عدد 08 صادرة في 17 فبراير 1985، معدل ومتمم.

1- محمد الباز، شروط مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2011، ص ص12-38.

2- نقلا عن محمد الباز، المرجع السابق، ص12- 38.

يمكن التعبير عن الإرادة بأي وسيلة أخرى غير الكتابة إلا أن اشتراط المشرع للكتابة هو دليل توافر عنصر أخر هو التبصر بالعملية التي ستجرى وبعواقبها ومخاطرها فالكتابة تكشف عن أن الرضاء صادر عن وعي وإدراك لعواقب العملية الجراحية[46].

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[47]، فوجود قانون يفرض على المتعاقدين اتخاذ شكل صريح عند التعبير عن إرادتهم أو بموجب تطابق الإرادتين للأخذ بذلك الشكل، يصبح التعبير الضمني غير مرتب لآثاره وعليه فإن التعبير الصريح هو الأصل ، أما التعبير الضمني هو الاستثناء عن هذا الأصل[48].

الفرع الثاني

تطبيقات التعبير الضمني

أورد المشرع الجزائري بعض حالات التعبير الضمني منها ما جاء في نص المادة 318 من ت 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 الدائن بأنه تعبير ضمني، كذلك ما ورد في نص المادة965 ت م ج **"ينقضي أيضا حق الرهن الحيازي بأحد الأسباب الآتية:**

- إذ ا 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 د ون 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

3- محمد الباز، المرجع السابق، ص12- 38.

4- علي فلالي، المرجع السابق، ص99.

5- عبد الوهاب عجيري، شرط التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف، 2014 ، ص 11 .

يدل على أنه قبض الدين، وكإعلان مدير المسرح في برامجه عن مسرحية عرضها عليه مؤلف تعبير ضمني عن قبول شراء حق الأداء العلنى منه[49]. كذلك الحال إذا صدر توكيل لشخص ولم يصدر منه قبول صريح بالوكالة، ولكنه قام بتنفيذها كان هذا دليل على قبولها[50].

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 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 [51].

1 -علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 30.
2- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 60.
51- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص82، أنظر كذلك مؤيد عيسى محمد دغش، المرجع السابق، ص 13.

المبحث الثاني

السكوت كطريق استثنائي للتعبير عن الإرادة

إن التعبير عن الإرادة قد يكون صريحا كما قد يكون ضمنيا، يثور الإشكال عن السكوت هل هو تعبير صريح أم أنه تعبير ضمني؟ أو هو طريق أخر من طرق التعبير عن الإرادة؟ لمعالجة هذا الإشكال يقتضي بنا التعرض له وذلك من خلال تعريفه وبيان طبعته ومدى صلاحيته للتعبير عن الإرادة.

المطلب الأول

مفهوم السكوت

مما يتصل بالقبول كتعبير عن الإرادة مسألة السكوت، وهذا خروجا عن القاعدة العامة إذ على الشخص الذي وجه إليه الإيجاب أن يعبر عن إرادته بالقبول أو الرفض، يتم في هذا المطلب تعريف السكوت (**فرع أول**) ثم طبيعة السكوت (**فرع ثاني**).

الفرع الأول

تعريف السكوت

أولا ـ تعريف السكوت لغة:

يعرف السكوت على أنه السكون والإمساك والصمت وعدم الكلام أي أنه موقف من لا يريد التعبير عن فكرة ويمسك على إبداء رأيه [52]. و كذلك يستعار السكوت للسكون والهدوء وهذا من قوله تعالى:**" ولما سكت عن موسى الغضب أخذا الألواح وفي نسختها هدى ورحمة للدين هم لربهم يرهبون"** أي سكن وهدأ [2].

52- مؤيد عيسى محمد دغش، المرجع السابق، ص.13

2- سورة الأعراف، الأية 154.

ثانيا: تعريف السكوت اصطلاحا :

يكاد الفقه القانوني يتفق على أن السكوت موقف سلبي لا يدل على شيء بحسب الأصل لكن هذا السكوت إذا أحاطت به ظروف ولابسته ملابسات جعلته يؤخذ على تعبير معين، فإنه يعتد به على هذا النحو وهذا ما يعرف بالسكوت الملابس الذي تلا بسه ظروف معينة تجعله يفيد دلالة القبول، وهذه الظروف وما تحمله من دلالة على القبول تعتبر مسألة موضوعية تدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع [53].

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[54]. 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 أخر 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[55].

لا يختلف السكوت في اصطلاح فقه القانون في معناه عن المعنى اللغوي له، وذلك بالنظر إليه بوجه عام، أو على أساس مدى صلاحيته للتعبير عن الإرادة أنه عدم الكلام أو الكتابة وهو عدم [56].

53- يعيش مجيد ، المرجع السابق، ص5.

54- نقلا عن نفس المرجع، ص 9.

55- عبد الرحمان جمعة، أثر السكوت في الإعلان عن الإرادة وفقا للقانون المدني الأردني، دراسات، علوم الشريعة والقانون المجلد 36 العدد1، 2009، ص ص 230- 240.

56- يعيش مجيد، المرجع السابق، ص9.

الفرع 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 دلالته على حقيقة المقصود منه وهذه الوسائل منصوص عليها في المادة 60 من ت م ج أو بعبارة أخرى هل السكوت نوع أو وسيلة [57]؟

يتم بيان هذه الطبيعة في نظر القانون وفي الفقه وف القضاء تبعا على النحو الأتي:

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 [58].

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. ويعتبر السكوت عن الرد قبولا، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه."** هذه المادة تناولت السكوت و حالات اعتباره قبولا وهي

57- عبد الرحمان جمعة، المرجع السابق، ص230.
58- يعيش مجيد ،المرجع السابق، ص9.

خاصة بالقبول دون الإيجاب لأن السكوت وضع سلبي لا يتصور أن يكون تعبيرا عن الإيجاب[59].

ثانيا: موقف الفقه:

تعددت الآراء الفقهية في تحديد طبعة السكوت على النحو الأتي:

اتجه الرأي الأول[60] 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 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 أثار 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.

اتجه الرأي الثاني [61] إلى أن التعبير عن الإرادة إما أن يكون صريحا وإما أن يكون ضمنيا ولكل منهما طريقته المستقلة، وبالتالي فإن السكوت الملابس لا يعد طريقا من طرق التعبير الصريح أو الضمني وإنما هو طريق استثنائي بحت، له طبيعة خاصة، ولا يشاركه فيها أي من نوعي التعبير الصريح أو الضمني.

59- **La notion d' offre peut être définie comme une déclaration unilatéral de volonté adresse par une personne a une autre ou au public en générale et par la quelle l' offrant propose a autrui la conclusion d' un contra.**
Ainsi donc, l'offre implique une manifestation extériorisée de volonté, ce que veut dire que l'idée d'offre est nécessairement associée a l'idée d actions. Le fait que l'offre puisse être considérée comme la manifestation d'une volonté fermé et précise de passe un contrat peut faire pressentir qu'une antinomie existe entre la notion de silence et celle d'offre il est cependant possible de se demande sil existe un place pour l'offre silencieuse en droit civile. » Olivier Fréderic Boyes, Le silence et le contra thèse, Montréal, institut de droit compare université mC Gill 1991, p7.

60- يعيش مجيد، المرجع السابق، ص9، أنظر كذلك عبد الرحمان جمعة، المرجع السابق، ص230.

61- يعيش مجيد،المرجع السابق، ص9، أنظر كذلك عبد الرحمان جمعة ،المرجع السابق،ص230.

الرأي الثالث [62] الذي يعول عليه فيرى أن السكوت المجرد لا يعد إرادة ضمنية ولا تعبير عن الإرادة، لكن السكوت المعبر عن الإرادة– **الموصوف أو الملابس**- وسيلة استثنائية للتعبير عن الإرادة في مجال القبول وليس الإيجاب.

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 قرارا ضمنيا من المؤجر بالموافقة على هذا التبادل ويغني عن إصدار تصريح كتابي بذلك "** لكن في أحكام أخرى وهي قليلة، اعتبرته بمثابة التعبير الصريح [63].

يرى الأستاذ **" أمجد محمد منصور"** من خلال أراء الفقه والقضاء السابقة، أن السكوت يعد 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[64].

المطلب الثاني

حالات صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة

يعد 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 برفضه، 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 (**فرع أول**)، و في حالة السكوت الملابس (**فرع ثاني**).

62- يعيش مجيد، المرجع السابق، ص9، أنظر كذلك عبد الرحمان جمعة، المرجع السابق، ص230.
63- يعيش مجيد، المرجع السابق، ص9.
64- نقلا عن نفس المرجع، ص9.

الفرع الأول

في حالة إقرار القانون

المقصود بالقانون سواء كان مصدره التشريع أو العرف، ومن أمثلته نص التشريع على اعتبار السكوت قبولا ما قضت له المادة 1/355من ت م ج بنصها **"في البيع على شرط التجربة، يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه وعلى البائع أن يمكنه من التجربة. فإذا رفض المشتري المبيع يجب عليه أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها، فإن لم يكن هناك إتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا... ".**

كذلك يقضى العرف التجاري، في حالة إرسال البنك كشف حساب جاري لعميل لديه فسكت العميل ولم يعترض، اعتبر سكوته قبولا بصحة الحساب[65].

الفرع الثاني

حالة السكوت الملابس

يعتبر السكوت في أحوال استثنائية قبولا إذا اقترن بملابسات تفيد التعبير عن الرضا silence circonstancie وقد نصت المادة 68 من ت م ج بأمثلة على السكوت الملابس فذكرت:

أولا: إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري تدل على ذلك: في مثل هذه الحالة يعتبر السكوت قبولا ومثال سكوت صاحب الحساب الجاري في البنك على بيان العمليات التي يكون البنك قد بعثها إليه فسكوته بعد مدة معينة يعتبر قبولا لهذا الحساب، وكذلك يعتبر قبولا في حالة ما إذا وجد ت ظروف أخرى تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول كتاجر الجملة الذي يرسل لتاجر التجزئة ما طلبه من بضائع مرفقة ببيان أسعارها [66].

65- محمد صبري السعدي، المرجع السابق ، ص85.

2- نفس المرجع ، ص 88.

ثانيا: حالة ما إذا وجد تعامل سابق بين المتعاقدين: يعتبر السكوت قبولا إذا كانت بين المتعاقدين تعامل سابق واتصل الإيجاب بهذا التعامل السابق، ففي هذه الحالة يكون سكوت من وجه إليه الإيجاب قبول للعقد، كتاجر اعتاد إرسال بضاعة إلى عميل له دون أن ينتظر ردا، فيعتبر سكوت العميل قبولا، والتزام بتنفيذ العقد إذ أنه في هذه الحالة كان يجب على تاجر الجملة الرد، إذا لم تكن لديه نية القبول ومن ذلك أيضا إذا انتهى عقد إيجار مبرم لمدة معينة وعرض المستأجر على المؤجر التجديد، فسكت المؤجر أمكن تفسر سكوته على أنه قبول التجديد بنفس الشروط [672].

ثالثا: إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه: وفي هذه الحالة يكون الإيجاب، نافعا للطرف الأخر الذي وجه إليه الإيجاب فسكوت الموهوب له في حالة الهبة التي لا تستلزم فيها الرسمية يعد قبولا لها[68].

هذه الحالات التي أوردها المشرع الجزائري ليست إلا مجرد أمثلة، فكل سكوت ملابس في غير هذه الحالات يكفي قبولا [69]،كما إذا علم الموكل بتجاوز الوكيل حدود الوكالة فسكت فيعتبر سكوته إجازة وكما في حالة بيع ملك الغير وسكت المالك الحقيقي بعد علمه دون عذر فإن سكوته يعتبر إقرارا منه بالبيع في كل ما سبق من الأمثلة والفروض لو أراد الساكت أن يعترض لتكلم ولكنه سكت في معرض الحاجة إلى الكلام، و لذا يعتبر سكوته بيان طبقا لقول فقهاء الشريعة الإسلامية في هذه الحالة (**السكوت في معرض الحاجة بيان**)[70].

جاءت عبارات المادة 68 من ت م ج غامضة وتطرح عدة مشاكل تتعلق بالتفسير وتخضع للسلطة التقديرية الواسعة المخولة للقاضي المدني، ذلك أن المشرع الجزائري لم يوضح ما هي المعاملات أو الظروف التي تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحا بالقبول ؟ كما أنه لم يبين من هو الذي سيقدر وكيفية تقدير الإيجاب النافع لمصلحة المعروض عليه[71].

1- محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 88.

68- محمد صبري السعدي، المرجع السابق ، ص88، أنظر كذلك فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص55-56.
69- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص88.
70- نفس المرجع، ص88.
71- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص62.

خلاصة الفصل الأول

لا يخضع التعبير عن الإرادة لشكل معين، فللشخص أن يعبر عن إرادته بالوسيلة التي يراها مناسبة ويتم هذا التعبير صراحة أو ضمنيا، فيكون صريحا إذا كان الموقف المتخذ موضعا للكشف عن الإرادة أي فهمها مباشرة دون استنتاج أو تخمين وله أربعة وسائل وهي:

اللفظ: باللسان وبأي لغة يفهمها من وجهت له سواء مباشرة أو بالهاتف أو عن طريق رسول.

الكتابة: بأي لغة كانت على أن يفهمها المتعاقدين حتى ولو استعنا بمترجم.

الإشارة: يشترط فيها أن تكون متداولة كهز الرأس إلى الأعلى والأسفل للتعبير عن الإيجاب أو يمين ويسار للرفض.

اتخاذ موقف: كعرض سلعة بثمن في السوق، وقوف الحافلة في محطة الوقوف.

أما التعبير الضمني فيكون إذا كان الموقف المتخذ ليس موضعا للكشف عن الإرادة وفي هذه الحالة لا يتم التعرف عن إرادة المتعاقد مباشرة وإنما عن طريق الاستنتاج، كبقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار وهو يدل على رغبته في التعاقد من جديد، كذلك العامل الذي يستمر في العمل رغم انتهاء عقد العمل، فهو تعبير ضمني على رغبته في تمديد عقده، فهنا المتعاقد لم يعبر عن إرادته بصورة صريحة وإنما يكشف عنها من خلال الظروف والملابسات التي أحاطت سلوكه وتصرفاته.

في الحالتين نجد المتصرف يأخذ موقفا إيجابيا يعبر من خلاله عن إرادته.

أما السكوت فهو موقف سلبي لا يصلح تعبيرا عن الإيجاب، ولكن يصلح أن يكون قبولا في بعض الحالات (طبيعة المعاملة أو العرف، أو وجود تعامل سابق بين الأطراف، أو كان الإيجاب باتا لمنفعة من وجه إليه).

الفصل الثاني

الطرق المستحدثة للتعبير عن الإرادة

يقصد بالإرادة انعقاد العزم على إجراء العملية القانونية محل التعاقد والتعبير عن الإرادة التعاقدية يتم باستخدام وسيلة تدل على وجودها، وإن كان التعبير عن الإرادة في التعاقد التقليدي يتم بالوسائل المعتادة، فإن وسائل التعبير عنها في التعاقد الالكتروني والتفاوض الالكتروني من باب أولى، ونظرا للخصوصية التي تتمتع بها تتعدد وتختلف حيث تتم عبر شبكات الاتصال الالكترونية [72]. فيصح أن يتم التعبير عن الإرادة التعاقدية عبر وسائل الاتصال الالكترونية وبخاصة شبكة الانترنت بأي طريقة من طرق التعاقد [73].

إذ الأصل الذي جاءت به المادة 60 من ت م ج فيما يخص كيفية تعبير المتعاقدين عن إرادتيهما، يصح أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا كما يمكن أن يكون ضمنيا، سواء كان إيجابا من أحد المتعاقدين أو قبول من المتعاقد الأخر، ووضعت المادة 68 فقرة2 من ت م ج استثناء على هذه القاعدة بنصها على إمكانية أن يكون السكوت الملابس وسيلة للتعبير عن القبول.

إلا أن ظهور الوسائل الجديدة للتعبير عن الإرادة جعلت التساؤلات تطرح في الآونة الأخيرة حول صلاحيتها في إبرام العقود.

يتم في هذا الفصل بيان الصور الجديدة للتعبير عن الإرادة (**مبحث أول**)، ثم دراسة مدى صلاحية هذه الوسائل في إبرام العقود (**مبحث ثاني**).

المبحث الأول

التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني

[72]- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص163.
[73]- إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الالكتروني وإثباته، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص96.

مع اشتراط وجود الإرادة السليمة التي تجسد في الواقع أحد الأركان الرئيسة للعقد، إلا أن وجودها في التعاقد الالكتروني يقتضينا الإشارة إلى انتقال الإرادات عبر شبكات الاتصال الالكترونية، حيث تجرى عملية انتقال وخزن البيانات عبر هذه الشبكات بطريقة آلية دون تدخل مباشر من الإنسان [74].

تتعدد صور التعبير عن الإرادة في التعاقد الالكتروني، فقد يتم التعبير عنها الكترونيا عن طريق البريد الالكتروني، أو عن طريق مواقع الانترنت أو عن طريق المحادثة أو ما يسمى بنظام التخاطب عبر الانترنت أو بطريق التنزيل عن بعد[75].

كما تتعدد وسائل الاتصال الحديثة في إبرام العقود، ومن هذه الوسائل جهاز المينيتل جهاز التلكس، جهاز الفاكس الهاتف والتلفزيون، فجميع هذه الوسائل يمكن من خلالها نقل إرادة طرف إلى الطرف الأخر، وذلك ما هيأها لإبرام العقود[76].

يتم بيان صور التعبير عن الإرادة في العقود المبرمة عبر الانترنت (**مطلب أول**)، ثم صور التعبير عن الإرادة في العقود التي تبرم بالوسائل الالكترونية الأخرى (**مطلب ثاني**).

المطلب الأول

التعبير عن الإرادة في العقود المبرمة عبر شبكة الانترنت

أخذ جهاز الكمبيوتر موقعه في الحياة المعاصرة حيث أصبح أكثر الأجهزة شيوعا في مجال التعاقد الالكتروني وذلك من خلال شبكة الانترنت، ويجب أن لا نخلط بين شبكة الانترنت وشبكة الانترانت intranet وشبكة الإكسترانت extranet.

---

[74]- عزة علي محمد الحسن، الإطار القانوني والتشريعي للتجارة الالكترونية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة الخرطوم، 2005، ص45.

[75]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص168.

[76]- إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 87.

فشبكة الانترنت هي شبكة دولية لمجموعة حواسيب مرتبطة بعضها البعض بغرض تبادل البيانات عبر الشبكة[77].

تتعدد صور التعبير عن الإرادة في التعاقد الالكتروني من خلال شبكة الانترنت، فقد يتم عن طريق البريد الالكتروني أو عن طريق موقع الانترنت أو عن طريق المحادثة والمشاهدة أو ما يسمى بنظام التخاطب عبر الانترنت أو بطريق التنزيل عن بعد [78].

أما شبكة الانترانت فتستخدم نفس البروتوكولات المستخدمة في شبكة الانترنت لإجراء عملية الاتصال وغيرها، حيث يتم الربط بين هذه الشبكة وشبكة الانترنت بواسطة كمبيوتر أو أكثر يكون بمثابة المدخل الرئيس على شبكة الانترنت.

في حين تستخدم شبكة الإكسترانت نفس البروتوكولات التي تستخدمها شبكة الانترنت، وهي شبكة خاصة ملك مؤسسة معينة تستخدم في إجراء عملية الاتصال وتبادل المعلومات بين المؤسسة وموزعيها أو شركائها أو عملائها بصورة آمنة[79].

سنكتفي بعرض وسائل التعاقد الالكتروني عبر شبكة الانترنت لكونها الوسيلة المنتشرة، وسيتم التركيزعلى البريد الإلكتروني (فرع أول)، شبكة المواقع (فرع ثاني)، المحادثة والمشاهدة (فرع ثالث)، ثم التنزيل عن بعد (فرع رابع).

الفرع الأول

التعبير عن الإرادة بواسطة البريد الالكتروني

يعتبر البريد الالكتروني من أهم الخدمات التي تقدمها شبكة الانترنت، ويتم عن طريق تبادل الرسائل بين الأطراف بطريقة الكترونية، وينظر عادة إليه بأنه المكافئ الالكتروني للبريد العادي، ولذلك فإنه في مجال البريد الالكتروني يمكن تطبيق القواعد الخاصة بالبريد العادي، إلا أنه عندما تضع الرسالة العادية داخل صندوق البريد تفقد السيطرة عليها ولا تستطيع استردادها فكذلك الحال بالنسبة للبريد الالكتروني [80]، حيث يتم تخصيص صندوق

---

[77]- إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص89.

[78]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص168.

[79]- إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص93-94.

[80]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص168.

بريد الكتروني عبارة عن ملف وحدة الأقراص الممغنطة التي تستخدم في استقبال الرسائل، لكل شخص خاص به، حيث ترسل الرسالة إلى عنوان الشخص الذي يستطيع أن يطلع عليها باستخدام كلمة سر خاصة به والاطلاع على الرسائل الالكترونية التي يرسلها إليه الغير[81].

يتم التعبير عن الإرادة من خلال البريد الالكتروني عندما يقوم الشخص الذي لديه اشتراك في شبكة الانترنت الدخول إلى أي عنوان يرغب في إرسال رسالة بيانات إليه [82].

تقوم بعض الشركات بإرسال رسائل دعائية لنوع معين من السلع والخدمات في البريد الالكتروني الخاص بالشخص فإذا اطلع الشخص، على هذه الرسالة ورغب في السلعة أو الخدمة قام بمراسلة الشركة للتعاقد معها في هذا الشأن [83]، فيقوم بكتابة عنوان المرسل إليه على الشبكة ثم يضغط على مفتاح الإرسال الموجود في البرنامج send وحينئذ يقوم برنامج البريد الالكتروني الخاص به بإرسال الرسالة إلى الخادم mail server وحينما يتصل المرسل إليه بالخادم يقوم الأخير بتوصيل الرسالة إلى جهازه حيث تخزن في صندوق بريد المرسل إليه والذي يسمى الواردinbox ويستطيع هذا الأخير عند فتحه قراءة الرسائل التي وصلت إليه والرد عليها عن طريق زر الرد على الرسالة reply [84].

عليه فإن التراسل بواسطة البريد الالكتروني يصلح للتعاقد على أن تكون اللغة التي يتم بها التراسل واضحة وصريحة وتعبر عن رضا الأطراف بالتعاقد[85].

وسيلة التعبير عن الإرادة عبر البريد الالكتروني هي الكتابة، ولا تختلف تلك الكتابة في جوهرها عن الكتابة العادية سوى أن الوسيلة اختلفت، فإذا كانت الكتابة بشكلها المعتاد يتم تحقيقها بواسطة القلم، وكما كان القلم اختراعا عظيما في زمن تاريخي معين، فإن الكمبيوتر لا يزيد عن اعتباره آلة طابعة بشكل حديث يتم نقر الأصابع عليها بدلا من الإمساك بالقلم كل ما هناك أن التعبير بالكتابة بطريقة الكمبيوتر كتابة من نوع خاص ليست كتابة على دعائم ورقية وإنما باستخدام دعائم الكترونية [86].

81- إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 89.
82- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 169.
83- إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص90.
84- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص169.
85- إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص90.
86- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص169.

أكد القانون المدني الفرنسي على صحة التعبير عن الإرادة في التعاقد باستخدام البريد الالكتروني بإضافة الفقرة 2 للمادة 1369 من التقنين المدني الفرنسي بمقتضى المرسوم رقم 674- 2005،مؤرخ في 16 جوان 2005، حيث تنص على أن: **"المعلومات التي يتم تداولها أثناء إبرام العقد أو تنفيذه يمكن أن يتم بإرسالها باستخدام هذه الوسيلة".**

كما نصت المادة 3/1369من نفس القانون على أن: **"المعلومات التي يتم إرسالها إلى مهني يمكن أن ترسل باستخدام البريد الالكتروني منذ الوقت الذي يعلن فيه عن عنوان بريده الالكتروني [87]".**

يتمتع البريد الالكتروني بصفة عامة بالأمان والسرية، بحيث لا يمكن اختراقه من شخص ما إلا بمعرفة كلمة السر الخاصة بها و بطريقة فنية وبرامج معقدة يجيدها المحترفون في مجال المعلوماتية وشبكات الحاسوب الآلي[88].

كما ساهم البريد الالكتروني كثيرا في زيادة التواصل بين مستخدمي شبكة الانترنت وكان له أثره البالغ في مجالات البحث العلمي والتجارة الالكترونية وخاصة فيما يتعلق بالتعاقد عن طريق الانترنت حيث تتم أغلب التعاقدات ويتم التأكد عليها باستخدام البريد الالكتروني[89].

الفرع الثاني

التعبير عن الإرادة عبر شبكة المواقع

يقصد بلفظ شبكة الويب شبكة المعلومات الدولية والتي تتكون من عدد كبير من الوثائق المخزنة في حواسيب مختلفة بالعالم[90]، وقد يخلط البعض بين مصطلح الموقع الويب ومصطلح الانترنت على اعتقاد أنهما مصطلحان لمعنى واحد، ولكن الواقع أنهما مصطلحان مختلفان، فالموقع ليس هو الانترنت ولكنه وسيلة من ضمن وسائل الاتصال التي تقدم عبر شبكة الانترنت، بل إنه هو الوسيلة الأكثر استخداما في الاتصالات عبر الشبكة واستخدام

87- نقلا عن بلقاسم حامدي، ابرم العقد الالكتروني، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2014، ص 164.

88- لما عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الالكتروني، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح، فلسطين، 2008، ص10.

89- محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت، دار الثقافة عمان، 2009، ص31.

90- إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص91.

موقع على الانترنت يعني استمرارية هذا الموقع على مدار الساعة و الأيام ويتألف الموقع من مجموعة من الصفحات وصفحة رئيسية[91].

تتيح هذه الخدمة للمكتشف والباحث زيارة المواقع المختلفة على الشبكة العالمية وتمكنه من تصفح وقراءة ما بها من صفحات والحصول على ما يريد من معلومات أو صور أو مقطوعات غنائية كما تمكنه من البيع والشراء وإبرام الصفقات التجارية[92].

يتم التعبير عن الإرادة عبر مواقع الويب بالكتابة أو النقر على زر الموافقة في لوحة المفاتيح أو الضغط على الفأرة في الخانة المخصصة لذلك في صفحة الويب، يمكن أن يعبر عنه أيضا باستخدام بعض الإشارات والرموز التي أصبح متعارف عليها بين مستخدمي شبكة الانترنت، فهناك مثلا وجه مبتسم يدل على الموافقة ووجه غاضب تدل على الرفض، وهز الرأس عمودي يدل على الموافقة وهزه أفقيا يدل على رفضه هذه الإشارات لا تخرج عن معناها التقليدي سوى أن الإشارة الجديدة هي إشارة صادرة عن جهاز كمبيوتر لكنه يعبر عن إرادة الموجب إليه وليس إرادة الكمبيوتر[93].

الفرع الثالث

التعبير عن الإرادة عبر المحادثة أو المشاهدة

يتم التعاقد في هذه الصورة عن طريق المحادثة أوعن طريق المشاهدة:

فعن طريق المحادثة internet relay chat يستطيع مستخدم الانترنت عبر برنامج المحادثة irc، التحدث مع شخص أخر في وقت واحد عن طريق الكتابة، فيتحقق هذا التخاطب أن يفتح كل من الطرفين الصفحة الخاصة على جهازه في ذات التوقيت فينتقل ما يكتبه الطرف الأول إلى الصفحة المفتوحة بجهاز الطرف الثاني عبر صندوق البريد الالكتروني، والعكس صحيح [94].

توفر هذه الوسيلة التعاصر الزمني لتبادل الأفكار بين الطرفين كما لو كانوا يتحدثون هاتفيا، كما تعتبر وسيلة فعالة لعقد المؤتمرات بين عدة أشخاص في دول مختلفة وفي نفس

---

[91]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص170.
[92]- لما عبد الله صادق سلهب، المرجع السابق، ص10.
[93]- بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص65.
[94]- إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص91.

الوقت [95]، نعني بالحديث على الشبكة عدة أشكال من الاتصال حيث يمكن التعاقد بين عدة أشخاص بشكل فوري أي دون حاجة لمرور وقت فاصل، كما يمكن أن يكون الحديث عن طريق تبادل رسائل مقسمة على الشاشة حسب عدد الأشخاص وقد يتضمن تبادل مباشر للكلام وقد يتطور على حسب برنامج المخاطبة الموجودة بالجهاز، وفي حالة وجود كاميرا فيديو يمكن أن يصبح الحديث بالمشاهدة الكاملة [96].

ويتم ذلك عن طريق ربط الجهاز بوسائط الاتصال الصوتية والمرئية بما يسمح للطرفين أن يسمع ويرى كل منهما الأخر دون حضور مادي في نفس المكان وفي ذات الوقت الذي يتاح لهما فيه تبادل البيانات المكتوبة فورا، أي يتم التعاقد بالصوت والصورة ومثال ذلك الشبكة الرقمية للخدمات المتكاملة[97]، ويلاحظ هنا أن التعبير عن الإرادة يمكن أن يكون باللفظ والكتابة أو بالإشارة حيث يرى ويسمع المتعاقدين كل منهما الأخر[98]، وكما يمكن أن يكون ضمنيا[99].

تعتبر هذه الصورة الأقل انتشارا وأهمية في التعاقد عبر الانترنت، حيث لا تتوفر لدى المتعاقدين من خلالها أية أدلة على حدوث التعاقد، من ناحية لا يتم الاحتفاظ بالكتابة الالكترونية المدونة بين الأطراف كدليل على وجود ومضمون التعاقد ومن ناحية أخرى لا يوجد أي دليل على حدوث التعاقد في حالة استخدام التعاقد الشفوي عبر استخدام تقنيات المحادثة بالصورة والصوت، حيث لا يمكن مستخدم الشبكة من حفظ الدليل على حصول التعاقد في أغلب الأحيان، ولعل التطور التقني المتنامي يفرز وسائل تمكن الوصول إلى دليل على حصول مثل هذه التعاقدات ومضمونها [100] .

---

[95]- بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 65.
[96]- عزة محمد الحسن، المرجع السابق، ص60.
[97]- إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص91.
[98]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص171.
[99]- عزة علي محمد الحسن، المرجع السابق، ص60.
[100]- بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص66.

الفرع الرابع

التعبير عن الإرادة عبر التنزيل عن بعد down loading [101]:

التعبير عن الإرادة عبر التنزيل عن بعد هو نقل أو استقبال أو تنزيل أحد الرسائل أو البرامج أو البيانات عبر الانترنت إلي الكومبيوتر الخاص بالعميل ويسمى في التجارة الالكترونية بالتسليم المعنوي، حيث يمكن إبرام العقد وتنفيذه على الخط دون حاجة إلى اللجوء إلى العلم الخارجي [102].

عكس مصطلح upload الذي يقصد به التحميل عن بعد وهي عملية إرسال ملف أو برنامج إلى جهاز كمبيوتر أخر[103].

التعبير بواسطة التنزيل عن بعد يعبر عنه باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود، مثال ذلك أن يعرض الموجب على الموجب إليه بيع نسخة من فيلم سينمائي أو قطعة موسيقية فيقوم الموجب إليه بتسجيل رقم بطاقتيه الائتمانية الخاصة به في الخانة المخصصة لذلك على الشاشة، فيتم خصم قيمة المبيع من رصيده فورا عن طريق التحويل الالكتروني للأموال ويقوم الموجب بنقل المبيع إلى جهاز الكمبيوتر الخاص بالموجب إليه عبر الانترنت [104].

---

[101]- إن مصطلح down loading يعني "تحميلا تحتيا " أو "استرجاع " أو " قبس شفرة البرنامج" وهو قيام الكمبيوتر بنقل الشفرة الثنائية الداخلية الخاصة ببرنامج معين إلى كومبيوتر أخر ليستعملها هذا الجهاز فكان الجهاز "اقتبس" شفرة البرنامج كما هي من الكومبيوتر. ومصطلح التنزيل عن بعد في اللغة الفرنسية يعبر عنه بلفظ téléchargement. راجع في ذلك خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص172.

[102]- الطيب حسن عبد الله العوض، المرجع السابق، ص29.

[103]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص172.

[104]- نفس المرجع، ص171.

التعبير عن الإرادة يكون مقبولا بكل وسيلة اتصال أخرى يمكن أن تشكل إثباتا على إرسالها، وإن النصوص الشاملة يمكن أن تشكل إثباتا أكثر وضوحا على أن تجرى بالبريد الالكتروني عن طريق نموذج خاص بها[105].

المطلب الثاني

صور التعبير عن الإرادة في العقود المبرمة بالوسائل الالكترونية الأخرى

يتم التعبير أيضا عن الإرادة باستخدام عدة وسائل منها جهاز المينيل وجهاز التلكس وجهاز الفاكس والهاتف والتلفزيون، فجميع هذه الوسائل يمكن من خلالها نقل إرادة طرف إلي الطرف الأخر وذلك ما هيأها لإبرام العقود[106] .

الفرع الأول

التعبير عن الإرادة عبر جهاز المينيتل minitel

يعتبر جهاز المينيتل جهاز قريب الشبه بجهاز الكمبيوتر ولكنه صغير الحجم نسبيا ويتكون من شاشة صغيرة ولوحة مفاتيح تشمل على حروف وأرقام قريبة الشبه بلوحة مفاتيح الكومبيوتر، وهو وسيلة اتصال مرئية حيث تنتقل الكتابة من جهاز لأخر على الشاشة دون الصور، أي أنه وسيلة اتصال عن طريق الكتابة ويلزم لتشغيله أن يوصل بخط هاتف، كما يعد من وسائل إبرام العقود الكترونيا، حيث يمكن بمقتضاه لكل شخص مشترك في الخدمة أن يوجه أوامر من خلاله بالشراء أو البيع[107].

استخدم هذا الجهاز على نطاق واسع في فرنسا للتفاوض على العقود وإبرامها،أتاح لكل شخص مشترك في الخدمة أن يوجه من خلال طلباته بالشراء أو البيع وتقديم الخدمات على الخط، يعبر عنه في الفقه الفرنسي بعبارة خدمة الطلب عبر المينيتل، إلا أن استخدام هذا الجهاز لم يتمتع بثقة القضاء الفرنسي، الذي اعتبره غير كافي للتعبير عن الإرادة بشكل جازم فضلا عن أنه لا يقدم الضمانات الكافية للمتعاقدين، لذا تراجع استخدامه [3].

105- الطيب حسن عبد الله العوض، المرجع السابق، ص2.
106- إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص83.
107- نفس المرجع، ص84.
3- بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 3- 4.

الفرع الثاني

التعبير عن الإرادة بجهازالتلكس telex وجهاز الفاكس fax

يعتبر التلكس جهاز لإرسال المعلومات عن طريق طباعتها و إرسالها مباشرة فلا يوجد فاصل زمني ملحوظ بين إرسال المعلومات واستقبالها إلا إذا لم يكن من يرد على المعلومات لحظة إرسالها [108].

يوجه التلكس من المرسل إلى المستقبل على شبكة خاصة مراقبة من مركز رئيسي للاتصالات وسط ومحايد يحدد هوية المتراسلين ويكفل استعداد الجهاز المستقبل للاتصالات، ويؤرخ العملية ويحتفظ المركز بما يدل على تبادل الرسائل خلال مدة سنة[109].

أقر القضاء الفرنسي والقضاء البلجيكي بحجية التلكس في الإثبات، وكذلك القضاء الانجليزي، وأجاز القانون المصري أن يكون إعذار المدين أو إخطاره في المواد التجارية في أحوال الاستعجال ببرقية أو تلكس أو فاكس أو غير ذلك من وسائل الاتصال السريعة [110]

.

أما الفاكس فهو جهاز نقل المستندات والصورة ويطلق عليه الاستنساخ عن بعد، فهو من الوسائل التي يمكن استخدامها في إبرام العقود عن بعد، فعلى المتعاقد أن يدون رغبته في التعاقد في رسالة مكتوبة ثم يرسلها بالفاكس، فتصل هذه الرسالة مستنسخة طبقا لأصلها إلى المتعاقد الأخر الذي يملك بدوره هو الأخر فاكس، مما يعني أن التعاقد بالفاكس يكون التعبير فيه عن إرادة المتعاقد كتابة، ويتميز جهاز الفاكس بالسرعة وضمان وصول الرسائل والمستندات وسهولة الاستعمال [111].

أقرت الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية أن الفاكس دليل للإثبات مادام يحتوي على الوثيقة التي يمكن نسبتها إلى من أنشاها مع إمكانية التحقق منها، حيث وجد ت جهتان تقومان بدور الوسيط المستقبل وهماvia fax وذلك بالنسبة للاتصالات الدولية و miss fax

---

[108]- الطيب حسن عبد الله العوض، المرجع السابق، ص32.
[109]- إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص84.
[110]- نفس المرجع ، ص85.
[111]- الطيب حسن عبد الله العوض، المرجع السابق، ص32.

وذلك بالنسبة للاتصالات الداخلية، فوجود هذه الجهات يحقق الثقة والأمان في التعامل بالفاكس[112].

يختلف التعاقد من خلال الفاكس والتلكس عن التعاقد عبر شبكة الانترنت من خلال الخدمات المتغيرة والمتطورة بتطور الشبكة نفسها والتي تمكن مستخدمها من تصفح ما بها من أجل الوصول إلى معلومات معينة وإبرام ما يشاءون من عقود [113].

الفرع الثالث

التعبير عن الإرادة بواسطة الهاتف

يتميز جهاز الهاتف بسرعة الاتصال وسهولة الاستخدام، ويكون التعاقد عن طريقه فوريا ومباشرا، حيث أن الإيجاب يعقبه قبول مباشر من الطرف الأخر، وذلك في حالة الموافقة[114].

إن التعبير عن الإرادة بواسطة الهاتف الاعتيادي يدخل ضمن التعبير عن الإرادة باللفظ حيث يعبر كل من الموجب والقابل عن إرادتهما بالكلام دون أن يكون بينهما وسيط يبلغ الكلام للطرف الأخر، يعتبر التعاقد عن طريق الهاتف دائما تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان ما لم تفصل مدة من الزمن بين صدور القبول وعلم الموجب، لأن كلا من الطرفين المتعاقدين يسمع كلام الأخر في نفس اللحظة التي يصدر فيها الكلام أي يتحقق التزامن في تبادل التعبير الإرادية بين الأطراف المتعاقدة [115].

في حالة الهاتف النقال[116]نميز بين حالتين:

أولا: حالة الاتصال الشفوي المباشر: فالتعاقد يعد تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان.

ثانيا: حالة الاتصال بالرسائل القصيرة مباشرة أي بعدم وجود فاصل زمني بين إرسال الرسالة وعلم الطرف الأخر بها والرد عليها برسالة أخرى فورية أو بالاتصال الشفوي فإنه

112- إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص86.

113- الطيب حسن عبد الله عوض، المرجع السابق، ص 32.

114- إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 87.

115- الطيب حسن عبد الله عوض، المرجع السابق، ص31.

116- نظرا للتطور الحاصل والمتمثل بظهور الجيل الثالث من الهواتف النقالة والذي يمكن من خلالها الرؤية والكتابة في أن واحد، ففي هذه الحالة يكيف مجلس العقد كما هو عليه مجلس العقد في المحادثة المباشرة مع المشاهدة على الانترنت. راجع في ذلك لما عبد الله صادق سلهب، المرجع السابق، ص118.

يعتبر تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان، أما إذا كان هناك فاصل زمني بين إرسال الرسالة القصيرة وبين العلم بها أو الرد عليها فإنه يعتبر تعاقد بين غائبين[117].

الفرع الربع

التعبير عن الإرادة باستخدام التلفزيون

يستخدم التلفزيون في إبرام العقود، ويتم ذلك بأن يقوم مقدم البرامج بعرض للسلعة أو الخدمة التي يتم بيعها وبعدد أوصاف المبيع والسعر ويقوم الشخص المتلقي المشتري بالاتصال بالبرنامج لإبداء رغبته في شراء السلعة، أي في التعاقد، مع ترك اسمه وعنوانه ورقم هاتفه فتصله السلعة بمكان إقامتهن ويتم الوفاء بالثمن بطرق عدة إما بالدفع عند الاستلام أو عن طريق شيك أو بوسائل الدفع الأخرى كالمينيتل وكبطاقة الائتمان أو البريد الالكتروني[118].

نظم المشرع الفرنسي البيع عن طريق التلفزيون بالقانون رقم 21/88 الصادر في 2 جانفي 1988 و الذي اعتبره نوعا من العقود التي تبرم عن بعد، وتتضمن رخصة رجوع المنتج المباع، أما في الجزائر فقد بدا التسويق عبر الشاشة مع الدعاية التجارية لها وبيان استخداماتها المختلفة، بالرغم من ذلك فإن المشرع الجزائري لم يتدخل حتى الآن لتنظيمه[119].

أدى التطور التكنولوجي إلى ظهور تلفزيون قادر على الدخول إلى شبكة الانترنت ويطلق عليه (net.t.v) وقد أجريت عليه عدة تعديلات بحيث أصبح من مكوناته لوحة مفاتيح rey board شبيه بالموجودة بجهاز الكومبيوتر وعن طريق التحكم في التلفزيون عن طريق جهاز ريموت كنترول ذو إمكانية خاصة. وقد ظهرت بالفعل بعض الوحدات من أجهزة الكومبيوتر لديها إمكانية استقبال الإرسال التلفزيوني عن طريق تركيب قطعة في جهاز

---

[117]- لما عبد الله صادق سلهب، المرجع السابق ، ص118.
[118]- إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص87.
[119]- نقلا عن بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص3.

الكومبيوتر تسمى بكارة تلفزيون، كذلك هناك أجهزة تلفزيون لديها إمكانية كتابة الرسائل الالكترونية عليها [120].

تتبنى الولايات المتحدة الأمريكية حاليا فكرة تحويل أجهزة التلفزيون العادية إلى أجهزة لها إمكانية الدخول على شبكة الانترنت وإجراء المعاملات عليها، ويوجد في الأسواق حاليا جهاز يمكن تركيبه في جهاز التلفزيون بحيث يمكن الشخص على دخول شبكة الانترنت بواسطة جهاز التلفزيون ويعطي للمستخدم إمكانية الدخول على البريد الالكتروني الخاص به وكذلك التفاعل مع المواقع المختلفة الموجودة على الشبكة وإجراء المعاملات التجارية عليها ويعرف هذا الجهاز باسم (web tv) [121].

المبحث الثاني

صلاحية الوسائل الإلكترونية الحديثة للتعبير عن الإرادة

إن القواعد العامة في التشريعات الحديثة قد رسخت قاعدة مفادها جواز التعبير عن الإرادة بأية وسيلة لا تثير الشك في رضي المتعاقد بالتصرف وذلك تغليبا من هذه التشريعات لمبدأ سلطان الإرادة والذي قامت عليه معظم هذه التشريعات[122].

كما أن واقع التجارة الإلكترونية وبعد احتلاله لرقع متزايد من الأنشطة الاقتصادية فرض على مشرعي الدول والمنظمات الدولية إعادة النظر في هذه الاشتراطات التقليدية للتعبير عن الإرادة التعاقدية، ومن ثم الاتجاه إلى إجازة التعاقد عبر وسائل الاتصال الالكترونية الحديثة، ومن ضمنها الانترنت، حيث قامت بعض الدول بوضع قوانين خاصة بهذا المجال بينما يقوم البعض الأخر بوضع مشاريع قوانين يجرى إنجازها حاليا[123].

المطلب الأول

صلاحية الوسائل الإلكترونية للتعبير عن الإرادة في التشريعات المقارنة

120- حسين بن محمد المهدي، القوة الثبوتية للمعاملات الالكترونية، مجلة البحوث القضائية، العدد7، اليمن، 2007، ص ص7-76.

121- نفس المرجع ، ص ص7-76.

122- محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص 90.

123- إلياس ناصف، العقد الإلكتروني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 7.

اعترفت العديد من التشريعات الدولية صراحة بقبولها الوسائل الإلكترونية كأداة للتعبير عن الإرادة، حيث أصدرت قوانين في هذا الشأن.

الفرع الأول

صلاحية الوسائل الإلكترونية في التشريع الفرنسي

أصدرت فرنسا القانون رقم 80- 525 المتعلق بإثبات التصرفات القانونية التي تتم عن طريق وسائل الاتصال الفوري ذات المعالجة الآلية سنة 1980. ثم قانون الاتصالات السمعية والبصرية عام 1989، وقد بين هذا القانون أن المقصود من اصطلاح الاتصالات عن بعد هو الاصطلاح الذي يشمل كل تعامل وكل إرسال أو استقبال للعلامات الإشارات والخطوط المكتوبة والصور والمعلومات، مهما كان نوعها، سواء كانت سلكية أولا سلكية أم بصرية أو سمعية أم بالأنظمة الأخرى. أصدرت بعد ذلك القانون رقم 230- 2000 في شأن الإثبات والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني أين وسعت التجارة الإلكترونية وجعلتها تشمل تبادل المعلومات والمعاملات التجارية المتعلقة بالمعدات والمنتجات وكذا الخدمات وقد أصدرت قانون 21 جوان 2004 المتمم بموجب المرسوم المؤرخ في 16 جوان 2005 الذي ينم نوعا خاصا من العقود، وهي العقود الإلكترونية[124].

لتسهيل عملية التعاقد الإلكتروني تمت صياغة نوعين من العقود بغرض تسهيل المعاملات الإلكترونية، الأول عقد نموذجي بين التجار والمستهلكين يهدف إلى حماية المستهلكين من التعسف، والثاني يتعلق بالعقود الخاصة بالمراكز التجارية الافتراضية [2].

الفرع الثاني

صلاحية الوسائل الإلكترونية في التشريعات العربية

أصدر مشرعي العديد من الدول العربية قوانين خاصة نظمت مسألة التجارة الالكترونية والمعاملات الالكترونية، حيث كان المشرع التونسي السباق في تنظيم التجارة الالكترونية

124- نقلا عن مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص23.

2- بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 16.

وعرفها في المادة الثانية في الفقرة الثانية من قانون المبادلات والتجارة لعام 2000[125] بأنها **"العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الالكترونية".**

كما أجاز قانون التجارة الالكترونية البحريني لسنة 2002[126] في المادة 10 منه بنصه **" في سياق إبرام العقود يجوز التعبير عن الإرادة كليا أو جزئيا عن الإيجاب والقبول وكافة الأمور المتعلقة بإبرام العقد والعمل بموجبه بما في ذلك أي تعديل أو عدول أو إبطال للإيجاب أو القبول عن طريق السجلات الالكترونية ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك".**

في مثل هذا الحكم نص عليه قانون المعاملات والتجارة الالكترونية لإمارة دبي رقم 02 لسنة 2002 [127] في المادة 13منه **"لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول جزئيا أو كليا بواسطة المراسلة الالكترونية.**

لا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه تم بواسطة مراسلة الكترونية واحدة أو أكثر."

كما اعتبر قانون المعاملات الالكترونية الأردني لسنة 2001[128] في المادة 13 رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانونا لإبداء الإيجاب والقبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي .

فهذه النصوص لا تمنع من التعبير عن الإرادة أو انعقاد العقد الكترونيا، بل فضلت حسما للمسالة النص الصريح على مشروعية وجواز استخدام مثل هذه الوسائل.

غير أنها أكدت في نفس الوقت على حرية الأطراف في الاتفاق على خلاف ذلك، فاتفاق أطراف المعاملة على التعبير عن إرادتهم بالوسائل التقليدية هو جائز قانونا بذات الوقت ملزما لها، حتى لو وجد أي اتفاق أخر بين نفس الأطراف على إجراء معاملات أخرى عن وسائل الكترونية كصفحات الويب أو البريد الالكتروني.

المطلب الثاني

صلاحية الوسائل الالكترونية الحديثة للتعبير عن الإرادة في التشريع الجزائري

---

[125]- قانون المبادلات والتجارة التونسي، رقم 83 لسنة 2000 الصادر في 9 أوت 2000.

[126]- قانون التجارة الإلكترونية البحريني، رقم 85 لسنة 2001، الصادر في 14 سبتمبر 2002.

[127]- قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي، رقم 2 لسنة2002 الصادر في 12فبراير2002.

[128]- قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، رقم 85 لعام 2002 ج ر، عدد4524، سنة 2001.

تأخر المشرع الجزائري في سن قانون خاص بالمبادلات الالكترونية واكتفى بإدخال بعض التعديلات على القانون المدني سنة 2005 مما زاد من حدة التساؤل حول مدى صلاحية وسائل تقنيات المعلومات للتعبير عن الإرادة في القانون الجزائري، الشيء الذي جعل الفقه ينقسم لفريقين الأول يقر بصلاحية الوسائل الالكترونية للتعبير عن الإرادة والثاني يرفض ذلك ولكل مبرراته.

الفرع الأول

القائلون بالوسائل الالكترونية للتعبير عن الإرادة

يعتقد أصحاب هذا الرأي[129] رغم أن القانون المدني لا يتضمن نصوصا صريحة بشأن التعبير عن الإرادة بالوسائل الالكترونية الحديثة، إلا أنه يمكن استخلاص ذلك من القواعد العامة الواردة في القانون المدني، إضافة للتعديل الأخير الذي أدخل بموجبه المشرع الجزائري الكتابة في الشكل الالكتروني وكان ذلك بالمادتين 323مكرر و327 فقرة 2 من القانون 05- 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني.

إن التعبير عن الإرادة لا يشترط فيه بحسب الأصل في معظم التشريعات الحديثة شكلا خاصا أو وضعا معينن إذ الأصل في العقود أنها رضائية[130]، حيث يستطيع المتعاقد أن يعبر عن إرادتيه بالطريقة التي تروق له لإيصال العلم للمتعاقد الأخر[131]، ولا يوجد في التشريع الجزائري نص عام أو خاص يحضر التعاقد بهذه الوسائل أو يقيده.

بما أنه أصبح للكتابة في الشكل الالكتروني والتوقيع الالكتروني مكانا ضمن قواعد الإثبات في القانون المدني من خلال نص المادتين المذكورة أنفا، فالأولى أن نجد لها موقعا في انعقاد العقد، كما تقضي المادة 64 من ت م ج **"إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا وكذلك إذا**

---

[129]- فراح مناني، العقد الإلكتروني، وسيلة إثبات حديثة في القانون الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص132، أنظر كذلك مرزوق نور الهدى، نفس المرجع، ص23.

[130]- طالما أن المشرع أخذ بمبدأ الرضائية، فليس هناك مانع قانوني يحول دون لجوء المتعا قدين إلى استعمال التقنية الحديثة للتعبير عن إرادتهما. راجع في ذلك علي فلالي، المرجع السابق، ص158.

[131]- منصور الصرايرة، المرجع السابق، ص ص823- 824.

صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل..." . تشير لأي وسيلة تقترب فنيا من الهاتف ولذلك فالنص يمتد ليشمل التعاقد بالوسائل الالكترونية [132].

تقضي المادة 60 من ت. م. ج أن التعبير عن الإرادة يكون بطريقة صريحة أو ضمنية بالكتابة أو اللفظ أو الموقف، وتضيف المادة 68 من ت. م. ج السكوت الملابس في بعض الحالات[133]ومبرر هذه القاعدة هو انشغال المشرع بوجود الإرادة باعتبارها جوهر العقد وليس بكيفية التعبير عنها. وبما أن شبكة المعلومات العالمية هي مجرد وسيلة للتعبير، لا علاقة لها بتكوين الإرادة وطالما أن التعبير الالكتروني هو تعبير صريح بواسطة كتابة الكترونية فإنه لا يتعارض مع الأحكام السابقة .

إضافة لما سبق فإن الفقرة الأخيرة من المادة 60 تنص على أنه **" يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا ".** تفتح هذه الفقرة المجال لأساليب التعاقد الالكتروني، حيث أن قيام أي فرد بعرض موقع دائم وثابت له على شبكة الانترنت يعني أنه يقصد اتخاذ مسلك وطريق يشير ويعلن فيه للناس عن نية التعاقد عن طريق موقعه، وشبكة الانترنت تعرض على مدار الساعة عن الإعلانات ورسائل البيع والشراء والتقدم للوظائف والخدمات و ذلك إشارة صريحة باتخاذ مسلك مباشر لا لبس فيه على التعاقد[134].

يضاف إلى ذلك ما ذكر في المادة 323 مكررمن ت. م. ج **"ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها "** يفهم من هذه المادة أن المشرع الجزائري أراد توسيع دائرة وسائل التعاقد، ليفسح المجال للوسائل الالكترونية وكذا الوسائل التي يمكن اختراعها مستقبلا، لتكون ضمن الوسائل المعتد بها للتعاقد بنصها **" مهما كانت الوسيلة التي تضمنتها وكذا طرق إرسالها" [135].**

---

[132]- مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص23.

[133]- السكوت قد لا يصلح للتعبير عن القبول في العقود الإلكترونية. راجع أمناج رحيم أحمد،التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الأنترنت، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص169.

[134]- علي فلالي، المرجع السابق، ص152- 153.

[135]- مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص23-24.

إن قيام المشرع بذكر وسائل التعبير عن الإرادة على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر يهدف إلى إفساح المجال أمام أية وسيلة الكترونية أو غيرها يتم اكتشافها مستقبلا وتكون قادرة على التعبير عن الإرادة بصورة لا تثير الشك على رضا المتعاقدين بالتصرف لاعتبارها من الوسائل المقبولة قانونا للتعاقد والتعبير عن الإرادة [136]، فكل ما يدل على وجود الإرادة يصلح قانونا للتعبير عنها [137].

الفرع الثاني

مخاطر الوسائل الالكترونية كأداة للتعبير عن الإرادة

خلافا للرأي السابق القائل بصلاحية الوسائل الالكترونية الحديثة للتعبير عن الإرادة، فإن هذا الاتجاه يرفض الاعتراف بهذه الوسائل للتعبير عن الإرادة وتبريرا لمواقفه يقدم الحجج التالية:

أولا: أن القانون الجزائري بأحكامه الحالية لا ينص صراحة على استعمال الوسائل الالكترونية كأدوات للتعبير عن الإرادة، ولا يسمح بتفسير النصوص سواء التقليدية والتعديلات تفسيرا واسعا يشمل الصور الإلكترونية الحديثة للتعبير عن الإرادة، فلو أراد المشرع اعتمادها لنص عليها صراحة في تعديل سنة 2005.

ثانيا: إن استعمال الوسائل الالكترونية للتعبير عن الإرادة لا يخلو من المخاطر، كون هذه الوسائل لا تسمح من معرفة كل طرف من أطراف العلاقة العقدية من وجود وصفة الطرف الأخر بمعنى عدم تعرف كل طرف من أن يخاطبه الشخص الذي رضا التعاقد معه، وهذا ناجم عن طبيعة هذه الوسائل التي يتميز التعاقد من خلالها بالافتراضية واللامادية virtuel et dématérialise.

فلا يوجد أحد يضمن لمستخدم شبكة الانترنت أن ما وصله من المعلومات جاءت من هذه المواقع، ولا أحد يضمن له أيضا حقيقة الموقع ووجوده على الشبكة، خاصة إذاأخذنا بعين الاعتبار تنامي عمليات اختراق المواقع وإساءة استعمال أسماء الغير في الأنشطة الإجرامية.

ثالثا: إن إقرار المشرع الجزائري في التعديل الأخير بالكتابة والإمضاء الالكترونيين كأداة إثبات لا يعني أنه يقر بالوسائل الإلكترونية كوسيلة للتعبير عن الإرادة، فهو لم يمنح لها بذلك

---

[136]- محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص 44.

[137]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص165.

الشرعية القانونية فكتابة بنود عقد على دعامة الكترونية وحفظ نسخة منه لا يعني بالضرورة أن المشرع قد أعطى الشرعية لهذه الوسائل للتعبير عن الإرادة [138].

إن هذا الرأي ناتج عن تخوف أصحابه مما يمكن أن ينجز عن استعمال وسائل الاتصال الحديثة من مخاطر متعددة سبق ذكرها فهو يدعوا لتدخل المشرع الصريح لوضع قواعد خاصة لمثل هذه المعاملات، وتنظيمه بالشكل الكافي وذلك من أجل حماية المتعاقدين حماية كافية من مخاطر التعاقد بهذه الوسائل، لكن إلى حين حدوث ذلك، يبقى التمسك بهذا الرأي يعرقل تطور التجارة بصفة عامة والإلكترونية بصفة خاصة في الجزائر ويجعل هذه الأخيرة تتخلف عن مواكبة التقدم العلمي والتكنولوجي، لذا ينبغي أن نتمسك بمرونة القواعد القانونية وإمكانية مسايرتها لمثل هذه التطورات حتى لا تبقى الجزائر في معزل عن التجارة الدولية التي أصبح عمادها الوسائل الالكترونية [139].

اعترفت معظم التشريعات صراحة بقبول رسالة البيانات للتعبير عن الإرادة ونظمتها لتضاف للصور التقليدية المعروفة.

حتى التشريعات التي لم تقنن مسالة التجارة والمعاملات الالكترونية تتضمن قواعدها العامة نصوصا مرنة يمكن استيعاب هذه الوسيلة التقنية للتعبير عن الإرادة[140]. إذ أصبح التعاقد بهذه الوسائل من الأمور العادية بل وقد يزداد التردد عليها لكونها تتميز بالسرعة في المعاملات، وهي من ضمن المساعي التي تسعى الدولة الجزائرية لانجازها على غرار باقي الدول العربية كما أن الانفتاح على العالم الخارجي وتطوير المعاملات يفرض استعمال هذه الوسائل .

إلا أن مسألة عدم تنظيم المشرع لهذه الوسائل يبقى حجر عثرة أمام اللجوء لهذه التقنيات الحديثة، كما أنه لا يضمن الحماية الكافية للمتعاقدين مما أدى بالعزوف للاستعمال هذه الوسائل في التعبير عن الإرادة بصفة خاصة وللتعاقد الالكتروني بصفة عامة[141]. كما أن ازدياد استخدام وسائل الاتصال الفوري، بوصفها طرق تعبير عن الإرادة وتراجع الوسائل التقليدية في هذا المجال، يستدعي من القوانين الحديثة مسايرة الأفاق الجديدة التي

---

[138]- مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص24.
[139]- نفس المرجع ، ص24.
[140]- محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص219.
[141]- علي فلالي، المرجع السابق، ص 154.

تولدت بفعل استخدام تكنولوجيا الاتصال، فالقانون ظاهرة اجتماعية تعبر عن احتياجات المجتمع وتهدف إلى تنظيم وحماية الوسائل القانونية الجديدة [142].

خلاصة الفصل الثاني

يصح التعبير عن الإرادة التعاقدية باستخدام الوسائل الإلكترونية الحديثة وتتم عبر شبكة الانترنت وتتخذ أربعة صور إما أن تكون عبر البريد الإلكتروني، أو عبر شبكة المواقع الويب، أو عبر المشاهدة والمحادثة، أو عن طريق التنزيل عن بعد.

كما يتم التعبير عن الإرادة باستخدام وسائل اتصال أخرى منها جهاز المينيتل، جهاز الهاتف، جهاز الفاكس والتلكس، والتلفزيون.

طريقة التعبير عن الإرادة عبر هذه الوسائل لا تختلف عن طريقة التعبير بالوسائل التقليدية.

إذ يمكن نقل إرادة طرف إلى الطرف الأخر، والتعبير عنها إما أن يكون بالكلام، وإما بالكتابة، وإما بالإشارة، بالنظر إلى الوسيلة المستعملة، وبذلك يجد مبدأ الرضائية تطبيقا حديثا باستعمال هذه الوسائل.

هناك من العديد من التشريعات سواء الأجنبية أو العربية اعترفت بصلاحية هذه الوسائل وأصدرت نصوص خاصة بها

بينما البعض الأخر مازل لم يتضح موقفها بعد من هذه الوسائل من بينها الجزائر.

---

[142]- عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، 1997،ص60.

قائمة المراجع

أولا: باللغة العربية:

1 الكتب:

1- أمانح رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الانترنت، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2006.

2- إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الالكتروني وإثباته، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

3- إلياس ناصف، العقد الالكتروني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

4- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

5- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.

6- دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار العلوم، الجزائر، 2004.

7- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.

8- علي فلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2008.
9- عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.
10- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.
11- فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، قصر الكتاب، الجزائر، 2007.
12- فراح مناني، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2009.
13- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2006.
14- محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت، دار الثقافة، عمان، 2009.

2 الرسائل والمذكرات الجامعية:

1 الرسائل:

1- بلقاسم حامدي، إبرام العقد الالكتروني، رسالة لنيل شهادة دكتورة في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014.
2- عزة علي محمد الحسن، الإطار القانوني والتشريعي للتجارة الالكترونية، رسالة لنيل شهادة دكتورة في القانون، كلية الدراسات العليا ، جامعة الخرطوم، 2005.

2 المذكرات:

1- الطيب حسن عبد الله العوض، إبرام وتنفيذ العقد الالكتروني، دراسة تحليلية مقارنة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة الرباط الوطنية، 2015.

2- حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وأثاره، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010.
3- عبد الوهاب عجيري، شرط التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، تخصص قانون خاص، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف، 2014.
4- لما عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الالكتروني، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2008.
5- مؤيد عيسى محمد دغش، المساعدة القضائية في التعبير عن الإرادة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2008.
6- مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012.
7- يعيش مجيد، دور السكوت في التصرفات القانونية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، تخصص القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2008.

3 المقالات:

1- حسين بن محمد المهدي، القوة الثبوتية للمعاملات الالكترونية، مجلة البحوث القضائية، العدد7، اليمن، 2007، (ص ص. 7 – 76).
2- خليل أحمد حسين قدادة، الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره القانوني والشرعي، مجلة جامعة الأزهر بغزة،سلسلة العلوم الإنسانية، المجلد الثامن، العدد الثاني، 2006، (ص ص. 26- 26).
3- منصور الصرايرة، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الالكترونية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد25 العدد الثاني،2005، (ص ص. 823- 824).

4- محمود فياض، الطبيعة القانونية لمصادر الالتزام الأنظمة القانونية الغربية، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2014، (ص ص. 22- 26).
5- محمد الباز، مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2011، (ص ص. 12- 38).
6- محمد خلف محمد بن سلامة، مشروعية عقود الزواج بالكتابة عبر الانترنت، مجلة الجامعة الإسلامية، المجلد الثاني والعشرون، العدد الثاني، 2014، (ص ص. 509- 535).
7- عبد الرحمان جمعة، أثر السكوت في الإعلان عن الإرادة وفقا للقانون المدني الأردني، دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد36، العدد1، 2009، (ص ص. 230- 240).

4النصوص القانونية:

1 الجزائرية:

1- أمر رقم 75-58 مؤرخ في26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج عدد 78، صادرة في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.
2- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج.ر.ج.ج عدد 24، صادرة في 12 جوان 1984، معدل ومتمم.
3- قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16فبراير1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر.ج.ج عدد 08، صادرة في 17 فيفري 1985، معدل ومتمم.

2 الأجنبية:

1- قانون رقم 131 الصادر بتاريخ 29 جويلية 1948 يتضمن القانون المدني المصري، الجريدة الرسمية، العدد 28مكرر، سنة 2011 معدل ومتمم.
2- قانون رقم 43 لسنة 1976، يتضمن القانون المدني الأردني، الجريدة الرسمية، العدد 2645، سنة 1976، معدل ومتمم.

3- قانون التجارة الإلكترونية البحريني، رقم85 لسنة2001، الصادر في 14 سبتمبر 2002.
4- قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي رقم 2 لسنة 2002، الصادر في 12فبراير2002.
5- قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85، الجريدة الرسمية، العدد 4524، سنة 2001.
6- قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، رقم 83لسنة 2000 الصادر في 9 أوت 2000 والمنشور في الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، سنة 2000.

ثانيا: باللغة الفرنسية:

Olivier Fréderic Boyes, Le silence et le contrat, thèse doctorat, Montréal, institut de droit compare université mC Gill, 1991.

الفهرس	صفحة
مقدمة :	01
الفصل الأول: الطرق التقليدية للتعبير عن الإرادة.....	05
المبحث الأول: الطرق العادية.....	06
المطلب الأول:التعبير الصريح.....	07
الفرع الأول: تعريف التعبير الصريح.....	07
الفرع الثاني: صور التعبير الصريح.....	08
اولا : التعبير باللفظ و الكتابة	08
ثانيا : التعبير بالإشارة المتداولة عرفا.....	11
ثالثا: التعبير باتخاذ موقف لا يدع مجال لشك في دلالته عن مقصود صاحبه.....	11
المطلب الثاني:التعبير الضمني.....	15
الفرع الأول: المقصود بالتعبير الضمني	15
الفرع الثاني: تطبيقات التعبير الضمني.....	15
المبحث الثاني: السكوت كطريق استثنائي للتعبير عن الإرادة.....	17
المطلب الأول: مفهوم السكوت.....	17
الفرع الأول: تعريف السكوت.....	17
أولا: تعريف السكوت لغة.....	17
ثانيا:تعريف السكوت اصطلاحا.....	18

الفرع الثاني: طبيعة السكوت المعبر عن الإرادة	19
أولا: موقف القانون.....	19
ثانيا: موقف الفقه	20
ثالثا : موقف القضاء	20
المطلب الثاني:حالات صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة:.....	22
الفرع الأول: في حالة إقرار القانون.....	23
الفرع الثاني: في حالة السكوت الملابس.	24
خلاصة الفصل.الأول.....	25
الفصل الثاني: الطرق الحديثة للتعبير عن الإرادة.....	26
المبحث الأول: صور التعبير عن الإرادة في العقد الالكتروني.....	27
المطلب الأول: صور التعبير عن الإرادة في العقود المبرمة عبر الانترنت.....	28
الفرع الأول:التعبير بواسطة البريد الالكتروني.....	31
الفرع الثاني: التعبير عبر شبكة المواقع.....	32
الفرع الثالث: التعبير عبر المحادثة و المشاهدة.....	32
الفرع الرابع: التعبير عبر التنزيل عن بعد.....	34
المطلب الثاني:صور التعبير عن الإرادة في العقود التي تبرم بالوسائل	
الالكترونية الاخرى.....	35
الفرع الأول: التعبير عن الإرادة عبر جهاز المينيتل.....	35
الفرع الثاني: التعبير عن الإرادة بجهاز التلكس وجهاز الفاكس.....	37
الفرع الثالث: التعبير عن الإرادة بواسطة الهاتف.....	37
الفرع الرابع: التعبير عن الإرادة باستخدام التلفزيون.....	38

المبحث الثاني: صلاحية الوسائل الالكترونية الحديثة للتعبير عن الإرادة:.....	39
المطلب الأول: صلاحية الوسائل الإلكترونية للتعبير عن الإرادة في التشريعات المقارنة	40
الفرع الأول:صلاحية الوسائل الإلكترونية للتعبير عن الإرادة في التشريع الفرنسي.....	40
الفرع الثاني: صلاحية الوسائل الإلكترونية للتعبير عن الإرادة في التشريعات العربية.....	41
المطلب الثاني: صلاحية الوسائل الإلكترونية للتعبير عن الإرادة في التشريع الجزائري.....	42
الفرع الأول: القائلون بالوسائل الالكترونية للتعبير عن الإرادة:.....	42
الفرع الثاني: مخاطر الوسائل الالكترونية كأداة للتعبير عن الإرادة...	44
خلاصة الفصل الثاني.....	47
الخاتمة.....	48
قائمة المراجع :.....	51
الفهرس :.....	56