جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

المرجع: .....

قسم : القانون الخاص

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

العقد الإلكتروني بين التنفيذ والإثبات

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة:حقوق

التخصص: القانون القضائي

من إعداد الطالبة :
بوقرط الهوارية

تحت إشراف الأستاذة :
عون فاطمة

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ	درعي العربي	رئيسا
الأستاذة	عون فاطمة	مشرفا مقررا
الأستاذ	عبد اللاوي جواد	مناقشا

السنة الجامعية: 2022/2021

تاريخ المناقشة: 2022/07/11

بسم الله الرحمان الرحيم

" .... و فوق كل ذي علم عليم "

- الآية 76 من سورة يوسف -

بسم الله الرحمان الرحيم

" إن ينصركم هللا فال غالب لكم ، و إن يخذلكم

فمن ذا الذي ينصركم من بعده و على الله فليتوكل

المؤمنون "

-الآية 160 من سورة آل عمران-

إهـــداء

بعد الشكر الجزيل لله رب العالمين والصلاة على أزكي التسليم على سيد المرسلين

محمد صلى الله عليه وسلم:

أهدي هذا العمل المتواضع وثمرة مشواري الجامعي:

إلى الشمعة التي أضاءت دربي، إلى دفئ الحياة وعطاؤها، إلى التي تشق لتسعدني

وتتعب لتريحني واليت لولاها لما وصلت لهذه اللحظة بالذات

متعها الله بالصحة والعافية

-أمـي الغاليـة-

إلى من أفتخر بها وأرى التفاؤل بأعينهما والسعادة في ضحكتهما

أختي

إلى جميع صديقاتي وكل من ذكرهم قلبي ونسيهم قلمي سهوا

إلى جميع هؤلاء أهدي ثمرة جهدي

بوقرط الهوارية

شكر وعرفان

الحمد لله تعالى والشكر له سبحانه أن تفضل علينا بالتوفيق لإتمام هذا العمل والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا وحبيبينا محمد صلى الله عليه وسلم

لي عظيم الشرف أن أتقدم بخالص شكري وأسمى عبارات الاحترام والتقدير

للأستاذة الفاضلة .....التي ساعدتني في إتمام هذا البحث المتواضع،

وعلى كل ماقدمته لي من نصائح وتوجيهات

كما أتقدم بأسمى عبارات الشكر على الأساتذة الأفاضل والمشرفين وأعضاء اللجنة المناقشة على تكرمهم مناقشة هذا العمل المتواضع، وإلى كل أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية مصدر الدعم والقوة لنا في مشوارنا الدراسي.

وأخيرا أتوجه بالشكر والامتنان لكل من ساندني ومد لي يد العون

من قريب أو بعيد ولم أذكر أسمه

بوقرط الصوارية

قائمة المختصرات

ص : الصفحة

P : page

مقدمة

مقدمة

إن تطورات الاجتماعية في عصرنا الحاضر تطورات السريعة متلاحقة وذلك راجع إلى التطور العلمي والتقني الهائل الذي أصبح يؤثر سريعا في حياة الأفراد وعلاقتهم الاجتماعية.

ولعل من أهم التطورات التي تؤثر في العلاقات الاجتماعية هي تطورات التكنولوجية الحديثة في التكنولوجيا الرقمية، قد أثرت بشكل كبير في الحياة اليومية للأفراد وأدت إلى ظهور وسائل الاتصال الحديثة أبرزها شبكة الانترنت وهي عبارة عن مجموعة من الشبكات الكمبيوتر المتصلة مع بعضها البعض بواسطة الخطوط الهاتفية وكابلات الألياف الضوئية.

بطبيعة الحال فإن التطور المستمر لتكنولوجيا معالجة نقل المعلومات عبر الانترنت ألقى بضلاله على أنماط التعاقدات التي يجريها أفراد فيما بينهم فكان أن تحولت من النمط اليدوي إلى النمط التكنولوجي، الأمر الذي كان سبب رئيسيا في انتشار طائفة جديدة من العقود التي تبرم عن طريق الانترنت من خلال الحاسوب التي يطلق عليها تسميه العقود الإلكترونية.

تعتبر العقود الإلكترونية أهم وسيلة من وسائل التجارة الإلكترونية، ومن أهم يميز التجارة الإلكترونية عن التجارة التقليدية هو الوسيلة التي تبرم بها كونها مبرمة في بيئة افتراضية غير مادية وعبر شبكات اتصالات العالمية لا تعترف بالحدود الدولية الجغرافية، كما أنه غالبا ما يكون محررا على دعامة غير ورقية إلكترونية مخزنة داخل الأنظمة المعلوماتية، وهذه المميزات تثير كثيرا من التساؤلات حول مدى إمكانية استيعاب القواعد الكلاسيكية المنظمة للعقد في القانون المدني لهذه الأنماط الجديدة في التعاقد خاصة ما تعلق منها بالإبرام والتنفيذ والواثبات.

حيث يثير العقد الإلكتروني من حيث انعقاده تساؤلات تتعلق بمدى اعتراف المشرع به في تحديد القواعد المنظمة للانعقاد هذه الآليات الجديدة للتعبير عن الإيجاب والقبول وكذا مشروعية التراضي في العقد الإلكتروني وحول التفاوض الإلكتروني وطرق إبرام وزمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني، حيث إن الإشكالية الرئيسية في العقود التجارية الإلكترونية هي صعوبة تحديد زمان ومكان اقتران القبول بالإيجاب وقانون الواجب التطبيق وكذلك القضاء المختص بالنظر في المنازعات التي قد تطرح بشأنه وخاصة فيما يتعلق بمسالة الإثبات، وتساؤلات التي تثار حول مدى اعتراف القانون المدني وتحديد القواعد المنظمة لانعقاده هذه الآليات الجديدة.

أما فيما يخص تنفيذ المتعاقدين لالتزاماتهم فإن هذا العقد يثير مشكلة التخلف عن التسليم أو التأخر أو تسليم محل تختلف فيه المواصفات المتفق عليها، وهي مشكلة لا تختلف عن المشكلات الحاصلة في ميدان العقود التقليدية، أما فيما يخص تسديد الثمن فإنه يثير إشكالية وسائل الدفع التقنية كالدفع بموجب بطاقة الائتمان أو تزويد رقم البطاقة على الخط، كما يثير

هذا النوع من العقود مشكلة حجية العقد الإلكتروني والقوة الإلزامية لوسيلة التعاقد وهذه تضمنها في العقود التقليدية مثل التوقيع الشخصي على العقد المكتوب وشهادة الشهود، أما في حالة العقود الغير مكتوبة لمن شهد الوقائع المادية المتصلة بالتعاقد إما في مجلس العقد أو في ما يتعلق بتنفيذ الأطراف لالتزاماتهم بعد إبرام العقد، فكيف يتم في هذه الحالة وما مدى حجيته إن تم بوسائل إلكترونية وما مدى قبوله كبينة في الإثبات وما هي آليات تقديمه كبينة إن كان في شكل وثائق وملفات مخزنة في النظام، غير أن هذه المشكلات منبثقة عن العقد الإلكتروني كسواها من المشكلات القانونية ليست عصية على حلول التشريعية غير أن هذا يستلزم بعض الوقت كما هو الحال في المجرى الطبيعي للتطور التجاري الذي يسبق القانون .

كما يثير هذا النوع من العقود مشكل حجية العقد الإلكتروني أو القوة القانونية الإلزامية لوسيلة التعاقد، وهذه يضمنها في العقود التقليدية توقيع الشخص على العقد المكتوب أو البينة الشخصية في حالة العقود غير المكتوبة لمن شهد الوقائع المادية المتصلة بالتعاقد، إما في مجلس العقد أو في فيما يتصل بتنفيذ الأطراف لالتزاماتهما بعد إبرام العقد، **فكيف يتم التوقيع في هذه الحالة وما مدى حجيته إن تم بوسائل إلكترونية؟ ومدى قبوله كبينة في الإثبات؟ وماهي آليات تقديمه كبينة إذا كان في شكل وثائق وملفات مخزنة في النظام؟ وما وسائل التنفيذ والإثبات في العقد الإلكتروني؟**

لكل هذا الذي ذكرناه فإن معالجة هذه المسائل أصبح واجبا ولابد من البحث عن معالجة قانونية له في هذه الدراسة إجراء مقاربة بين هذه المشاكل والنظرية العامة للعقد، كما هي منظمة -اليوم- في القانون المدني، ومدى ملائمة هذه النصوص للعقد الإلكتروني وكيفية إثبات وتنفيذ العقد الإلكتروني.

لكن القانون يتبعه لينظم قواعده وأصوله، حاولنا من خلال هذه المذكرة أن نلقي الضوء على العقد الإلكتروني محاولين في هذه الدراسة المقارنة بين هذه المشاكل والنظرية العامة للعقد وتقوم دراستنا على مجموعة من المناهج البحث، حيث ارتكزنا على المنهج الوصفي من خلاله وصف وتفسير الظواهر والمستجدات التي ركبت انتشار التجارة الإلكترونية بهدف تحديد بعض المفاهيم المتعلقة بالتعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة وكذلك اعتمدنا على المنهج المتعاون أين تناولنا بعض القوانين والتشريعات في بعض الدول العربية كتونس والأردن والإمارات وكذلك أحكام التوجيه الأوروبي، كما لم نغفل على المنهج التحليلي وذلك بتحليل النصوص القانونية لمختلف التشريعات وبالأخص التشريع الجزائري.

وللإشارة وعند معالجتنا للموضوع فقد تلقينا جملة من الصعوبات ترجع لما يتسم به الموضوع من صبغة فنية كما ترجع الصعوبة البحث أيضا إلى قدرة المراجع القانونية المختصة في الموضوع بالإضافة إلى عدم سن المشرع الجزائري حتى الآن قانون ينظم التجارة الإلكترونية ويحدد المسؤولية القانونية في إطار العقود الإلكترونية، ولتسليط الضوء

على موضوع العقد الإلكتروني ومعالجة الإشكالية المطروحة بشأنه حيث تناولنا في الفصل الأول مفهوم العقد الإلكتروني وانعقاده فيما يخص الفصل الثاني فقط تناولنا فيه التنفيذ والإثبات في العقد الإلكتروني.

الفصل الأول

ماهية العقد الإلكتروني

الفصل الأول: ماهية العقد الإلكتروني

سيخصص هذا الفصل لدراسة مفهوم العقد الإلكتروني الذي نبين فيه ماهيته وخصائصه، وغير ذلك من المسائل التي قد تفيد في الإحاطة به ضمن (المبحث الأول)، أما في (المبحث الثاني) سيتم التطرق لدراسة مرحلة انعقاده.

المبحث الأول: مفهوم العقد الإلكتروني

يشمل المفهوم تعريف العقد الإلكتروني وخصائصه التي تميز بها، ومميزاته عن باقي العقود و نطاق إبرامه.

المطلب الأول: تعريف العقد الإلكتروني وخصائصه

ليس هناك تعريف موحد للعقد الإلكتروني، لاسيما لو أخذنا بعين الاعتبار تعدد الجهات

والمحافل التي أوردت هذه التعاريف التي يتعرض إليها في (الفرع الأول)، وسنتطرق إلى أهم الخصائص التي يتميز بها العقد الإلكتروني في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف العقد الإلكتروني

إن مصطلح العقد الإلكتروني مصطلح جديد أنتجته ثورة المعلومات إلا أن هذا العقد لا يختلف من حيث أركانه عن أركان العامة للعقد، إنما ما يميزه عن غيره من العقود هو أن إبرامه يتم بواسطة وسائل إلكترونية.[1]

وبالرجوع إلى قانون 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية في الجزائر نجد المشرع الجزائري عرف التجارة الإلكترونية في المادة فقرة 01 بأنه: " النشاط الذي يقوم بموجبه مورد إلكتروني اقتراح أو ضمان توفير السلع وخدمات عن بعد لمستهلك إلكتروني، عن طريق الاتصالات الإلكترونية"[2]، ومن خلال هذا التعريف نرى بأن المشرع الجزائري جعلا أي نشاط يكون عبر وسيلة اتصال إلكترونية سواء بتوفير السلع أو الخدمات للمستهلك الإلكتروني يعتبر تجارة إلكترونية، ولو كان الغرض منه ليس تحقيق الربح، والمورد لا يمارس هذا النشاط بصفة دائمة ومستمرة كمفهوم التجار في القانون التجاري الجزائري[3]، بالرغم من أنه اشترط على هذا المورد الإلكتروني أن يكون

---

[1] Universitylifestyle.net.

[2] جاءت المادة 6 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية لإعطاء التعاريف لبعد المصطلحات الجديدة تدخل في نطاق ممارسة التجارة الإلكترونية، كتعريف التجارة الإلكترونية، العقد الإلكتروني، المستهلك الإلكتروني، المورد الإلكتروني، وسيلة الدفع الإلكترونية، إشهار الإلكتروني، الطلبية المسبقة، اسم النطاق.

[3] تنص المادة 1 من القانون التجاري الجزائري على أنه: "يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له...".

مسجل في السجل التجاري أو في سجل الصناعات التقليدية والحرفية، أي أن المشرع الجزائري خرج عن المفهوم القديم للتجارة الذي يحدد طبيعة النشاط بالرجوع إلى صفة التاجر، جعلا طابعا خاص لمفهوم التجارة الإلكترونية.

أولا: التعريف الوارد في الوثائق الأوروبية.

نصت المادة 2 من التوجيه رقم 97-07 الصادر في 20 ماي 1997 الصادرة عن البرلمان الأوروبي والمتعلق بالتعاقد عن بعد وحماية المستهلكين في هذا المجال[1].

بأنه يقصد بالتعاقد عن بعد "كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات أبرم بين مورد ومستهلك في نطاق النظام بيع أو تقديم الخدمات عن بعد نظمه المورد التي يستخدم لهذا العقد التقنية أو أكثر للاتصال عن بعد لإبرام العقد أو تنفيذه " وعرفت تقنية الاتصال عن بعد في نفس النص بأنها: "كل وسيلة بدون وجود مادي ولحظي للمورد وللمستهلك يمكن أن تستخدم لإبرام العقد بين طرفيه"، فهذا التوجيه قد عرف العقود عن بعد التي تشمل في مفهومها العقود الإلكترونية.

ثانيا: تعريف القوانين المقارنة للعقد الإلكتروني

في غياب تعريف العقد الإلكتروني في القانون الجزائري ينبغي العودة إلى تلك التي جاءت بها القوانين المقارنة في هذا المجال فقط عرفت المادة02 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني[2] العقد الإلكتروني على أنه: "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائط إلكترونية كليا أو جزئيا" وإضافة نفس المادة إلى ذلك تعريفا خاصا للوسائل الإلكترونية التي يبرم بواسطتها العقد على أنها: "أية تقنية لاستخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو أية وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها" فالمشرع الأردني لم يكتفي بتعريف العقد الإلكتروني، وإنما عرفه إلى جانب ذلك الوسيلة التي يبرم بها، معتبرا أنه يكفي أن تتم مرحلة واحدة من مراحل بالطريق إلكتروني يعتبر العقد برمته إلكترونيا ،كما جاء تعريفه الوسيلة الإلكترونية مفتوحا على ما ستسفر عليه تطورات التقنية مستقبلا.

وعرف قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي[3] المبادلات الإلكترونية في مادته على أنها: "المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية" وعرف التجارة الإلكترونية بأنها: "العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية" من خلال هذين التعريفين يتضح أن المبادلات الإلكترونية التي تعني مبادلة سلع بمال أو خدمة بمال لا بد وأن تتم عن

[1] Diective n°97-07ce du 20 mai 1997 JO CE 04l06l199 n°144- p19.

[2] قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2000 المؤرخ في 11 ديسمبر 2001.

[3] قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، الصادر في 11 أوت 2000، للإشارة فإن تونس تعتبر أول دولة عربية أصدرت قانونا يتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية.

طريق وسيط إلكتروني أو وثيقة إلكترونية، وبالتالي يخرج من نطاقها الوثائق المكتوبة كالعقود وإقرارات الاستلام و الفواتير وغيرها، فكل هذه الأمور تتم بطريقة إلكترونية حيث يتفاوض المتعاقدان ويصدر القبول والإيجاب اللازمين لإبرام العقد ويتم الاتفاق على الشروط التفصيلية لتنفيذه وذلك بوسيلة إلكترونية أيا كانت هذه الوسيلة.

أما في فرنسا فقط شكلت لجنة خاصة برئاسة وزير الاقتصاد من أجل تنظيم المسألة أين عرفت التجارة الإلكترونية بأنه: "مجموعة المعاملات الرقمية المرتبطة بأنشطة تجارية بين المشروعات ببعضها البعض وبين المشروعات والأفراد وبين المشروعات والإدارة" فهذا التعريف يشمل العقود التي تبرر بين المشروعات فيما بينها كعلاقة الشركة بأخرى وعلاقة المشروعات بالأفراد، وكذا العقود التجارية التي تكون الإدارة طرفا فيها موسعا من دائرة الوسيلة التي تبرم بها وجعلتها تشمل كل الوسائل الرقمية.

ثالثا: تعريف الفقه للعقد الإلكتروني.

عرفه بعض الفقهاء بأنه: "العقد الذي يتم فيه تسخير التكنولوجيا الحديثة لإبرام الصفقات والعقود نحو أسرع وأضمن لمصالح الأطراف المستعملة لهذه التقنية الحديثة لتبادل المعطيات بشكل إلكتروني"، كما وقد عرفه بعض الفقه بأنه: "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول بشأن أحوال الخدمات عبر الشبكة الدولية للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية تتيح التفاعل الحراري بين الموجب والقابل"[1] ومن تعاريف ما يكتفي بأن يكون العقد مبرما ولو جزئيا بوسيلة إلكترونية لاعتباره عقدا الإلكتروني.

ومنه القائل بأن: "العقد الإلكتروني هو الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسيلة إلكترونية كليا أو جزئيا أصالة أو نيابة"[2] وهذا ما سلكه المشرع الأردني ومن التعريف ما شمل جميع الوسائل الإلكترونية، لكنه اشترط لكي يعتبر العقد إلكترونيا أن تكتمل كافة عناصره عبر الوسيلة الإلكترونية حتى إتمامه معتبر أنه: "كل عقد يتم عن بعد باستعمال وسيلة الكترونية وذلك حتى إتمام العقد"[3].

وهو نفس الاتجاه الذي صارت عليه اللجنة التي شكلت في مصر لتنظيم التجارة الإلكترونية التي عرفت عقود التجارة الإلكترونية بأنها: "تنفيذ بعض أو كل المعاملات

[1] Universitylifestyle.net.

[2] أحمد خالد العجولي، التعاقد عن طريق الانترانت، دراسة مقارنة، مكتبة القانونية عمان، الأردن، الطبعة 2002، ص123.

[3] عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية، الكتاب الأول و الثاني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص49.

التجارية في السلع والخدمات التي تتم بين مشروع تجاري وآخر أو بين مشروع ومستهلك وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات و الاتصال"[1]

ولذا فإننا نؤيد الفقه القائل بأنه يجب التركيز في تعريف العقد الإلكتروني على خصوصية التي تمثل بصفة أساسية في الطريقة باعتباره ينتمي إلى طائفة العقود التي تبرم عن بعد.

الفرع الثاني: خصائص العقد الإلكتروني

يتميز العقد الإلكتروني بأنه عقد مبرم بوسيلة إلكترونية، ويتم إبرامه بين متعاقدين متباعدين كما يغلب عليه الطابع التجاري.

أولا: العقد الإلكتروني عقد مبرم بوسيلة إلكترونية.

إن أهم خاصية يتميز بها العقد الإلكتروني عن غيره من العقود هي أنه عقد مبرم بوسيلة إلكترونية، فالوسيلة التي من خلالها يتم إبرام العقد هي التي تكسبه هذه الصفقة وتتمثل هذه الوسائل عادة في أنظمه الكمبيوتر المرتبطة بشبكة الاتصالات المختلفة[2]، والملاحظ أنه لا يمكن حصر جميع هذه الوسائل في الوقت الحاضر نظرا لارتباطهما مع التطور التكنولوجي غير انه يمكن عرض أهميته في التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، فحيث هناك العديد من الوسائل الحديثة التي ظهرت فترة زمنية قصيرة نسبيا والتي تستخدم في إبرام العقود منها:

ـ الهاتف المرئي

لقد تطور الهاتف العادي وأدخلت عليه تعديلات، فظهر ما يعرف بالهاتف المرئي الذي يمكن صاحبه من كلام مع شخص ومشاهدته في نفس الوقت، ويعد هذا الجهاز من أكثر وسائل الاتصال الفورية وانتشار في العالم المتطور[3].

وقد كان من المفروض أن يستخدم هذا الهاتف في شبكة الانترنت بالنظر من سهولة استخدامه ورخص ثمنه، وتعذر ذلك نظرا لظهور بعض المصاعب التقنية إلا أن هناك جيلا آخر لهذا الجهاز يفترض أنه سيوفر هذه الإمكانية[4].

---

[1] عبد الفتاح بيومي الحجازي، المرجع السابق، ص46

[2] لقد أشار القانون الأونستيرال إلى هذه الوسائل عند تعريف رسالة البيانات في المادة 02" ... وسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في دالك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الالكترونية أو البريد الالكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقية".

[3] محمد أمين الرومي، التعاقد الالكتروني عبر الانترانت، الطبعة الأول، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص17.

[4] نفس المرجع، ص17.

- التيلكس[1].

- الفاكس[2].

- المنيتيل[3].

ثانيا: العقد الإلكتروني عقد قائمة عن بعد

يعرف العقد المبرم عن بعد بالتعاقد الذي يجمع بين المتعاقدين في مجلس عقد واحد ولا يكون بينهما اتصال مباشر، أي كوجود فاصل زماني ما بين صدور الإيجاب وعلى القابلية وصدور القبول وعلم الموجب به مهما كان الفاصل قصير اليوم بفضل ظهور وسائل الاتصال أكثر حديثا التي تتمثل في وسائل الاتصال الفوري التيلكس وشبكة الإنترانت، أصبح العقد يبرم خلال ثواني معدودة لأنها تمتاز بسرعة في استخدامها في العقود القائمة عن بعد، فالفترة الزمنية التي تفصل بين الصور الإيجاب والقبول قصيرة جدا تصل إلى درجة التفاهم من حيث القيمة المترتبة على حسابها لذلك فالعقد الإلكتروني يبرم دون تواجد مادي لأطرافه في مجلس عقد حقيقي، حيث يتم تبادل الإيجاب والقبول الإلكتروني عبر الانترنت، فيجمعهم بذلك مجلس عقد افتراضي لذلك فهو ينتمي إلى طائفة العقود المبرم عن بعد وهو أيضا عقد فوري متعاصر نتيجة لصفة التفاعلية في ما بين إطراف العقد[4].

ثالثا: العقد الإلكتروني عقد تجاري ودولي

1- العقد الإلكتروني يغلب عليه الطابع التجاري

إن العقد الإلكتروني أهم وسيلة لممارسة التجارة الإلكترونية[5]، يطلق عليه تسمية عقد التجارة الإلكترونية وتعرف هذه المعاملة التجارية بأنها: "تنفيذ بعض وكل المعاملات التجارية التي تتم بين مشروع تجاري وآخر وبين التاجر والمستهدف باستخدام التكنولوجيا المعلومات والاتصالات هذا ما ساهم في تطوير الأعمال التجارية ونجاح المشروعات التجارية"[6].

---

[1] أحمد خالد العجولي، المرجع السابق، ص،ص 49،50.

[2] نفس المرجع ، ص 50.

[3] محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص14 .

[4] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص74-75.

[5] التجارة الإلكترونية ليست تلك التجارة بالأجهزة الإلكترونية بل هيا المعاملات والعلاقات التجارية التي تتم بين المتعاملين فيها من خلال استخدام أجهزة و وسائل إلكترونية.

[6] بشار محمود الدودين، إطار القانون للعقد المبرم عبر شبة الانترنت، دار الثقافة للنشر، الأردن، 2006، ص75.

2-العقد الإلكتروني يغلب عليه الطابع الدولي

العقد الإلكتروني يتسم بالطابع الدولي لأن الطابع العالمي لشبكه الانترنت والانفتاحية التي يتميز بها جعل معظم دول العالم في حالة انفصال دائما على الخط مما سهل إبرام العقود بين مختلف الدول أو بين دولة واحدة أو أكثر، على الرغم من غياب الاتصال المادي بين الأطراف التعاقد والتباعد المكان بينهم، ولا شك أن انتشار ظاهرة الانترنت في معظم الدول العالم وفرة للمتعاملين بإمكانيات إجراء معاملة إلكترونية بين الدول المختلفة، غير أن هذا لا يمنع أن تكون معاملة بين دولة واحدة بمفهوم وأحكام العقد الداخلي وفي هذه الحالة لا يتسم بالدولية[1].

المطلب الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود ونطاق إبرامه

نتطرق في هذا المطلب إلى مميزات العقد الإلكتروني عن غيره من العقود في (الفرع الأول) ثم نطاق إبرام هذا النوع من العقود في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود

إن العقد الإلكتروني ينتمي إلى العقود التي تبرم عن بعد، تعتبر من أهم أوجه الخصوصية التي تميزه عن غيره من العقود الحديثة على الوسط القانوني الذي يصح حصرها في محيط البيئة الإلكترونية متلازمة معه، لأنه من الممكن أن تكون هي الأساس الذي يرتكز عليه العقد الإلكتروني ولولاه لما تمت المعاملات الإلكترونية، من هنا سنعرض الاختلاف في العقد عن غيره بحسب طريقة التعاقد من جهة وعن العقود المرتبطة به من جهة أخرى.

أولا: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود بحسب طريقة التعاقد

1- التعاقد الإلكتروني والتعاقد التقليدي

يعرف العقد بأنه: "توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام نقله، تعديله أو إلهائه"،[2] ولا شك في ضرورة توافر أركان العقد وهي الرضا المحل، السبب والشكلية، فهذه العناصر لا مناص من توفرها في كل عقد، فأولى العقود التي ستقوم بدراستها عقد البيع التي عرفها المشرع الجزائري في المادة 351 "البيع عقد يلزمه

[1] مخلوفي عبد الوهاب، التجارة الإلكترونية عبر الانترنت، الأطروحة لنيل شهادة الدكتورة في الحقوق العلوم تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق و الأعمال السياسية، جامع الحاج الأخضر، باتنة، 2011-2012، ص59.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول،الإسكندرية-مصر، طبعة 2006، ص118.

بمقتضاه البائع أن ينقل المشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر مقابل ثمن النقود"[1]، وهو نفس تعريف المشرع المصري في ماده 418 من القانون المدني الفرنسي في المادة 1582 من القانون المدني بأنه: "عقد بمقتضاه يلتزم شخص بتسليم شيء إلى شخص آخر يدفع له الثمن"

نستخلص من التعريفات السابقة أن عقد البيع التقليدي من العقود المعارضة وناقل للملكية هو من العقود الرضائية يتفق مع العقد الإلكتروني في أنهما يتعاقدان بتوافق إرادتي المتعاقدين أي تطابق الإيجابي والقبول، إلا أنه خصوصية العقد الإلكتروني تتجلى في وسيلة التي تستخدم في نقل إرادة كل طرف للآخر أو التفاوض بشأن بنود العقد[2]، وفي العقد التقليدي وبسبب توافر عناصر مجلس العقد الحقيقي الذي يتلقى فيه الطرفين أثناء التفاوض وتطابق الإيجاب مع القبول بين شخصين حاضرين حيث الزمان والمكان[3].

2- التعاقد إلكتروني والتعاقد عن طريق التليفون

قد يتفق التعاقد الإلكتروني مع التعاقد بالتليفون في أن كل منهما تعاقد فوري ومباشر حيث يتلاشى عنصر الزمن، فهي جميعا عقود تبرم بين غائبين من حيث المكان على الأقل، إلا أن العقد الإلكتروني يظل متميزا على التعاقد بالتليفون من نواحي عديدة حيث أن ما يميز التعاقد بالتليفون أنه تعاقد شفوي قد يتطلب صدور تأكيد كتابي من الموجب البائع وفي حالة عقد البيع مثلا يرسله إلى الطرف الآخر المتعاقد في موطنه نظرا لصعوبة إثبات العقد بالتليفون ولا ينعقد العقد إلا بالتوقيع المشتري وفقا للقانون 1989.

أما في التعاقد الإلكتروني المبرم عن طريق شبكة الانترنت قد يتفاعل الموجب مع الموجب له فلا يحتاج الموجب إلى إصدار كتابي ، بل يعتبر العقد قد تم بمجرد تعبير الطرف الأخر عن إرادته بقبول التعاقد بواسطة الضغط على عبارة موافق عن طريق لوحة المفاتيح المتصلة بالكمبيوتر[4]، كما أنه في التعاقد الإلكتروني يمكن رؤية الرسالة الإلكترونية المرسلة على جهاز الحاسوب، كما يمكن طباعتها والحصول على نسخة منها وخزن الرسائل والاحتفاظ بها في الجهاز، بينما في التعاقد عن طريق الهاتف تكون الرسالة شفوية.

[1] باعتبارها تستحوذ على الجانب الأعظم من مجمل العقود خاصة في العقود الإلكترونية.

[2] مصطفى أحمد أبو عمرو، مجلس العقد الإلكتروني، دارسة المقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص44.

[3] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعامل الإلكتروني بمركز البحوث والدراسة الأكاديمية شرطة دبي إمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، 26- 28 أفريل 2003، ص72.

[4] خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، الإسكندرية، الدار الجامعية، 2007، ص93.

3- التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق التلفزيون

يتفق العقد الإلكتروني مع التعاقد عن طريق التلفزيون في أن الإيجاب يكون غالبا موجها للجمهور الذي يرغب في التعاقد بشأن إحدى السلع أو الخدمات، إذا تتم بالصورة والصوت[1]، إلا أنهما تتميزان في مدة العرض وأسلوب التعاقد يختلف بشأن كل منهما، التعاقد بواسطة التلفزيون قد تكون مدة هذا الإيجاب هي عدة ثواني وهي مدة الإعلان التجاري الخاص بمحل الإيجاب، فإن أراد المتعاقد التعرف على المزيد من التفاصيل يكون من خلال الاتصال مع الشركة أو الموجب عن طريق التلفزيون أو المنيتيل أو الانتقال لمقر عمله أو أحد فروعه.

أما الإعلان في التعاقد الإلكتروني فإن الموجب له يستطيع أن يتعرف على كافة المعلومات من خلال الموقع الموجب، كما يمكنه التفاوض وإبرام العقد بل وتنفيذه أحيانا إلكترونيا دون الحاجة للاتصال التلفزيوني أو الانتقال الفعلي لمقر تجارة الموجب من خلال التصفح الموقع على الانترنت ويظل قائما طوال اليوم خلال 24ساعة[2]، كما يتم إبلاغ القبول عبر الاتصال بالتلفزيون أو المنيتيل في التعاقد عن طريق التلفزيون، أما في التعاقد الإلكتروني فإن التعبير عن القبول يتم عبر التبادل الإلكتروني لبيانات أو البريد الإلكتروني أو بوسيلة من وسائل التعبير الإلكتروني عن القبول.

4- التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق الفاكس والتلكس

إن الفرق بين العقد الإلكتروني ونظيره الذي يتم بواسطة جهاز الفاكس أو التلكس يتمثل في أن الفاكس والتلكس مجرد وسيلة لتبادل المستندات أو المحررات الخاصة بالتعاقد في شكل ورقي، يعني ذلك أن الوجود المادي للمحرر التقليدي يتحقق حال التعاقد بواسطة الفاكس، لذلك فإن الرسائل المتبادلة عن طريق الفاكس لا تحتاج إلى معالجة بياناتها بلغة الكمبيوتر كلما يحتاجه الطرف المستقبل للرسالة هو طباعتها على الورق، أما في ما يخص التعاقد الإلكتروني فإن التفاوض وإبرام العقد والتبادل المحررات الخاصة به يتم إلكترونيا بحيث تتخذ المستندات العقدية وما يرد عليها من توقيعات الشكل الإلكتروني أي يتميز بالطبيعة غير مادية على دعامة إلكترونية لا على دعامة ورقية ممهورة بتوقيع الأطراف[3].

---

[1] محمود السيد عبد المعطي، خيال التعاقد عن طريق التليفزيون، مطبعة النشر الذهبي، مصر، 2000، ص10.

[2] سامح عبد الواحد التهامي، تعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية المجلة الكبرى، مصر، 2008، ص164.

[3] فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في القواعد المعلومات الإلكترونية، دراسة تطبيقية لعقود الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص44.

من ناحية أخرى من السهل التأكد من أصل وصحة الرسائل المرسلة بالطريقة الإلكترونية بالفاكس عن الرسائل الإلكترونية لكون الأصل الثابت على الدعائم ورقية كما يستطيع مكتب التلغراف على الأقل من الناحية النظرية التعرف على هوية المرسل.

- التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق الكتالوج

يستخدم الكتالوج كوسيلة لوصف المنتجات والخدمات في التعاقد بطريقة المراسلة انتشرت هذه العملية مع تقدم الاقتصادي وظهور المنافسات التجارية، يقوم الكتالوج على عنصرين أساسيين أول عنصر الجاذبية والثاني عنصر الإعلامي حيث يشمل على وصف دقيق وواضح لمنتجات والخدمات كما يعد إحدى الطرق الحديثة في البيع عن بعد بواسطته يتم من خلال المراسلات ما بين الموجب والقابل بإرسال الكتالوج إلى الإطلاع وبيان مدى انطباق المواصفات المذكورة في الكتالوج مع ما يرغب الحصول عليه أولا، فإرسال الكتالوج إلى العميل يعتبر إيجابا موجها لهذا الشخص بانتظار القبول لكن هذا الإيجاب لا يكون ملزما كونه موجها لكافة دون تحديد ومن يجد لديه حاجة في هذا المنتج يقوم بالبحث في جدية العرض، وتكون المرحلة السابقة هي من مراحل مفاوضات العقدية التي تسبق إبرام العقد، يكون في هذه الحالة جزءا من العقد ويكون الموجب ملزما الكتالوج الذي يتضمن الشروط الأساسية التي كانت هي السبب الرئيسي في إبرام العقد، وأية مخالفة لهذه الشروط مخالفة للعقد الذي ابرم بناءا على الشروط المذكورة بالكتالوج التي تم إرساله[1].

البيع عن طريق كتالوج يكون على شكل عدة صور كأن يكون على شكل أوراق يتم من خلالها وصف البيع على بيانات مكتوبة والصور ورسومات للمنتجات وخدمات المعروضة وقد يكون في الصورة شرائط فيديو أو أسطوانة كمبيوتر مضغوطة أو ممغنطة، وقد يكون بخلاف الأشكال السابقة في شكل إلكتروني موجود على موقع ويب حيث يستطيع المستهلك من خلاله مشاهدة السلع والمنتجات وتحديد أوصافها وأسعارها.

كما أن التعاقد عن طريق الكتالوج يتفق مع الإلكتروني في عدم الاجتماع المتعاقدين في مجلس واحد يجعل بينهما اتصالا مباشر بل تكون هناك فترة زمنية تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به وقد تطول أو تقصر بحسب الأحوال، إلا أنهما يختلفان من حيث طريقة التعبير عن القبول في التعاقد عن طريق كتالوج من خلال قيام العميل بملء صيغة طلب السلعة أو الخدمة المرفقة بالكتالوج أو عن طريق التليفون أو المنيتل بينما في التعاقد الإلكتروني فإن القبول يتم من خلال شبكه الانترنت.

[1] ممدوح محمد علي مبروك، أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة، أطروحة الدكتوراه كلية الحقوق، القاهرة، 1998، ص 344.

ثانيا: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود المرتبطة به في البيئة الإلكترونية

يطلق على هذه العقود عقود الخدمات الإلكترونية وهي العقود الخاصة بتجهيز وتقديم الخدمات الانترنت وكيفية الاستفادة منها، هي التي تبرم بين القائمين على تقديم الخدمات الشبكة والمستفيدين منها، سنتناول هذه الطائفة من العقود فيما يلي:

1- عقد الدخول إلى شبكة الانترنت

يعد عقد الدخول إلي شبكة الانترنت من الناحية الفنية من أهم العقود الإلكترونية تطلبها مباشرة المعاملات الإلكترونية بمقتضى هذا العقد يتيح مقدم خدمة الدخول إلى الانترنت للعميل وسائل الدخول إلى الشبكة أهمها برنامج الاتصال الذي يحقق الاتصال بين الجهاز الكمبيوتر والأقمار الصناعية التي من خلالها يتم بث إشارة رقمية يتم تحويلها إلى الشكل الذي شبكة الانترنت عليه، كما يتوجب على المزود توفير كافة برامج الأساسية لتشغيل خدمة الانترنت[1].

يتضمن العقد عادة وجود مدة محددة للتعاقد والشروط إعادة تجديده ،كما يقوم المورد ببعض الخطوات الفنية الضرورية لتسجيل العامل الجديد في برنامج الاتصال مقابل استيفاء الرسوم والنفقات الاشتراك، وهذا العقد لجانبين فيقع على عاتق مقدم الخدمة التزام أساسي بتقديم خدمة الدخول على الشبكة وهو الالتزام بتحقيق نتيجة.

كما يلتزم بإعطاء العامل اسم المستخدم وكلمة السر والعنوان الإلكتروني، كما يعرض المورد على عميلة خدمة المساعدة الفنية المسماة بالخط الساخن والتي تعتبر التزاما تكميليا يدخل في إطار العقد والتي تهدف إلى حل المشكلات الفنية التي قد يواجهها المستخدم الجديد للانترنت عن طريق التليفون، أما عن العميل أو مستخدم الانترنت فيلتزم بتسديد مبلغ أو قيمة الاشتراك وذلك مقابل الدخول لمدة محددة أو غير محددة لجميع الخدمات التي تقدمها الشبكة أو بعضها يحق لمقدم الخدمة إنهاء العقد في حالة عدم سداد العميل للمقابل المادي ويكون إنهاء عادة بحرمان العامل من دخول الشبكة[2].

2- عقد التوطين أو عقد الإيواء(عقد الإيجار المعلوماتية)

هو عقد من عقود تقديم الخدمات يعرف بأنه: "التقاء إرادتين على إبرام العقد محل معلوماتي أي البيانات والرسائل يتم تداولها بين مستخدمي هذه المعلومات وإرسالها إلى الغير بأية وسيلة كانت"، ويعرفه البعض بأنه عقد بمقتضاه يضع مقدم الخدمة تحت نشر المشترك بعض إمكانيات أجهزته أو أدواته المعلوماتية على شبكة الانترنت يقوم أساس هذا

[1] محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2006، ص37.
[2] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص101.

العقد على توفير البيانات والمعلومات يتم نقلها إلى الغير وتتكون المعلومات من عنصرين أساسيين هما :

- صياغة المعلومات أو البيانات بحيث تكون متناسقة ومرتبطة مع بعضها البعض ومؤدية إلى إحداث آثار نتيجة لتبادل هذه البيانات.
- نقل المعلومات إلى الكافة أو إلى من توجه إليه المعلومات[1].

يتضمن عقد التوطين أكثر من مجرد وضع الأجهزة تحت تصرف العميل ليستقل في استعمالها والاستفادة منها وفقا لما يريد لأنه يقوم على عمل فني يضاف إلى الإيجار المادي للأشياء، وإذا قيل أن عقد الإيجار قاعدة عامة لا يقتصر على إيجار الأشياء المادية فقط بل يتعداها إلى انجاز الحقوق الغير المادية كعقد تأجير مؤسسة تجارية مثلا الذي يطلق عليه تسمية **"عقد الإدارة الحرة"**، وعقد تأجير براءة الاختراع، فإن مؤجر الحقوق المعنوية كمؤجر الأشياء المادية يسلم المستأجر للمأجور وينسحب نهائيا خلال فترة الإيجار.

أما العقود الإلكترونية التي تقوم على عناصر فنية تضاف إلى عنصر تسليم الأشياء والأجهزة، فلا ينسحب فيها مقدم الخدمة نهائيا بل يضل حاضرا ليؤمن الخدمة المطلوبة إلى العميل، لاسيما أن هذا العقد هو عقد تحقيق نتيجة، وعلى المؤجر أن يظل حاضرا لذلك كل ما اقتضى الأمر أو يقدم المساعدة ويزود العميل بالمعلومات وسواها من الأعمال التي تلازم استعمال الأجهزة، لذلك نرى أن عقد التوطين كعقد الدخول إلى الشبكة يعتبر مجرد عقد إيجار الأشياء[2].

3- عقد إنشاء المتجر الافتراضي

يعرف عقد إنشاء المتجر الافتراضي أنه عقد يلتزم بمقتضاه مقدم الخدمة بأن يمكن التاجر من عرض بضاعته من خلال موقع الإلكتروني أو مركز تجاري افتراضي ذلك في مقابلا أجر متفق عليه[3]، يكتسب هذا العقد أهميه بالغة في المعاملات الإلكترونية فلكي يتمكن التاجر من إجراء الصفقات عبر الانترنت والتعاقد مع عملائه فإنه لابد وأن ينشأ له موقعا على الشبكة، وهو بذلك قد يعهد بهذه المهمة إلى أحد المهنيين المختصين في مجال المعلومات الذي يتولى بدوره تصميم هذا الموقع وفقا للشروط المتفق عليها وغالبا ما تتعلق هذه الشروط ببعض المواصفات التي ينبغي توافرها في الموقع مثل جمال التصميم وفاعليته، سهولة الاستخدام، سرعة تحميل الصفحات، السماح لمستخدمي الانترنت والعملاء بالولوج إلى هذا الموقع والتجول فيه بحيث تمكن من العثور على السلع المطلوبة

[1] إلياس ناصيف، العقود، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2009، ص51.
[2] فاروق الأباصيري، المرجع السابق، ص22.
[3] محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص28.

بسهولة بطريقة واضحة تلفت انتباه المستخدم مع بيان دقيق لمواصفاتها أسعارها، وبين طرق الدفع الثمن[1].

وعرض نموذج العقد مبينا به كافة الشروط التعاقدية التي ينبغي على العميل العمل بها قبل إبرام العقد وحصوله على السلعة أو الخدمة.

4- عقد الاشتراك في بنوك المعلومات الإلكترونية

يعرف بنك المعلومات الإلكتروني بأنه: "مجموعة المعلومات التي يتم معالجتها إلكترونيا لأجل بثها عبر شبكة الانترنت بحيث يمكن للمشترك الوصول إليها من خلال رابط الكمبيوتر الخاص به بشبكة الانترنت"، الوظيفة الأساسية لبنوك المعلومات الإلكترونية هي تقديم المعلومات الإلكترونية إلى المشتركين.

قد يطلق على بنك المعلومات قاعدة البيانات التي أخذ بها التوجيه الأوروبي الخاص بالحماية القانونية لقواعد البيانات 26 فيفري 1996 وعرف قواعد البيانات بأنها كل مجموعة من المصنفات المستقلة أو البيانات أو أية مواد أخرى مترتبة على نحو منظم أو منهجي يمكنك الإطلاع عليها بصورة فردية بوسائل الإلكترونية أو غيرها[2].

من أهم خصائص قاعدة البيانات أنها من المصنفات الفكرية ذات العلاقة بالحاسب الآلية حيث لا يمكن استخدامها إلا عن طريقه، كما أنها تميز عن المصنفات الأخرى ذات العلاقة بالحاسب الآلي مثل برامج الحاسوب والدوائر المتكاملة، والهدف من إنشاء بنك المعلومات الإلكترونية الاستفادة من المعلومات لكل من يدخل إلى الشبكة يجب أن يتوافر فيها عدة شروط من أهمها أن تكون حديثة تتعلق بالمجال الذي يهتم به المشترك، وأن يعلم المتعاقد بكل تغيير يطرأ على مكونات قاعدة البيانات كما يجب أن تكون هذه المعلومات شاملة، بحيث تغطي تماما المجال المحل تعاقد[3].

كما أن الأداء الرئيسي في هذا العقد يتمثل في تقديم خدمة معينة إلى العميل، وإذا كان عقد المقاولة يرد على الأعمال المادية فإن ذلك لا يمنع من أن يمتد أيضا ليشمل الأعمال الذهنية أو الفكرية، في مثل هذه الأعمال لا تستبعد من نطاق عقد المقاولة[4].

[1] رامي محمد علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الانترنت وإثبات للعقد الإلكتروني، مجلة الحقوق جامعة الكويت، للعدد الرابع، الكويت، 2002/12/26، ص237.

[2] مدحت محمد محمود عبد العالي، الالتزامات الناشئة عن عقود تقديم برامج المعلومات، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص76.

[3] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص108.

[4] السيد محمد السيد عمران، الطبيعة القانونية لعقود المعلومات، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، 1992، ص62.

يترتب على اعتبار العقد عقد مقاولة هو عدم مسؤولية المستخدم النهائي عن أخطائه بنك المعلومات التي يرتكبها اتجاه الغير لأن البنك ليس تابعا للمستخدم أو رب العمل أو نائبا عنه من ثم لا تنطبق المادة 1/136 من القانون المدني الجزائري التي تقضي بمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه[1].

لذا لا يسأل المستخدم عما يقدمه له البنك من معلومات بالمخالفة للقوانين واللوائح[2].

5- عقد الإعلان الإلكتروني

إن الإعلانات عبر تقنيات الاتصال الحديثة أصبحت تمثل سوقا تنافسيا بإمكاناتها الضخمة وتكاليفها المنخفضة عن الإعلانات التقليدية، حيث ازدحمت الشبكات المفتوحة بمواقع كثيرة للإعلان عن السلع والخدمات غيرها من القيم المادية التي يدعو أصحابها عامة الناس إلى التعامل بشأنها من خلال العديد من العقود[3].

للإعلان عدة تعريف مختلفة باختلاف معاييره حسب الوسيلة المستخدمة فعرفه التوجيه الأوروبي الصادر عام 1984 بقصد التقريب بين تشريعات الدول الأوروبية المشتركة بأنه: "أي شكل من أشكال الاتصالات تتم في مجال الأنشطة التجارية أو الصناعية أو الحرفية أو المهنية وتهدف إلى تشجيع الإقبال على السلعة والخدمات بما في ذلك العقارات والحقوق والالتزامات المرتبطة بها" وعرفها بأنه: "كل وسيلة تهدف إلى تأثير نفسيا على الجمهور تحقيقا لغايات تجارية"[4].

من خلال هذه التعاريف، يتضح أن الإعلان يفترض لقيامه التكرار والإلحاح بهدف تنشيط الطلب على المنتجات والخدمات، ويضم الإعلام عنصرين، العنصر المادي يقصد به كافة أشكال الإعلام المصورة منها الصحف والمجلات والتلفزيون وشبكة الانترنت والعنصر المعنوي وهو تحقيق الربح، أما محل الإعلان فقد يكون منتوجا أو خدمة، وللإعلانات أنواع عديدة وما يهمنا في هذا المجال هو الإعلان التجاري[5].

---

[1] تقابلها المادة 01/174 مدني المصري والمادة 05/1384 مدني الفرنسي.

[2] جمال عبد الرحمان علي، الخطأ في مجال المعلوماتية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة، ص325.

[3] أحمد شرف الدين، الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني وتسوية المنازعات، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية مركز البحوث والدراسات بالأكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، المنعقد في 26/ 28 أفريل 2003، الجزء الثاني، ص07.

[4] حسين فتحي، حدود مشروعية الإعلانات التجارية (حماية المتجر والمستهلك)، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1991، ص14.

[5] نفس المرجع، ص17.

الفرع الثاني: نطاق إبرام العقد الإلكتروني

رأينا من خلال تعريف العقد الإلكتروني وبيان خصائصه بأن هذا النوع من التعاقد لم ينشئ عقودا جديدة ولم يحدث نظرية جديدة، بل هو وسيلة تكنولوجية جديدة لإنشاء العقود،

ومادام الأمر كذلك فهل للمتعاقدين الحرية الكاملة في إبرام كافة العقود بوسيلة الإلكترونية أم أنهما مقيدا بإبرام أنواع محددة من العقود فقط ؟

أولا: المبدأ في إبرام العقود الإلكترونية

هو حرية الأطراف في التعاقد، وفي اختيار شكل التعبير عن إرادتهما وهو الأصل الذي جاءت به المادة 59 من القانون المدني، فتكون بذلك العقود المبرمة إلكترونيا كغيرها من العقود التي تبرم بالطرق الغير الإلكترونية التي لا تخضع لأي قيود، إذ يخول لأطرافها إبرام مختلف العقود الرضائية المسماة منها و الغير مسماة بالوسائل الإلكترونية، طالما أنها ليست خارجة عن التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون.

ثانيا: الاستثناء في إبرام العقود الإلكترونية

غير أن القانون يستلزم في أحيان كثيرة شكلية معينة يجب استيفاؤها في انعقاد العقد بجانب الشروط الموضوعية في تكوين العقد وصحته، على نحو يكون معه التعبير عن الإرادة في الشكل المطلوب غير منتج لأثره القانوني المتوخى إلا إذا توفرت هذه الشكلية وهي ما يعبر عنها بالشكلية المباشرة، وأهم صورها هي :

1- اشترط القانون قيام المتعاقد بفعل ما

مثل العقود العينية التي يشترط لانعقادها زيادة على ركن التراضي والمحل والسبب تسليم الشيء المادي محل العقد، فلا يمكن إبرام هذه العقود بالوسائل الإلكترونية كون تسليم الشيء المادي عبر هذه الوسائل لا يمكن تصوره[1].

2- اشتراط القانون الكتابة لانعقاد العقد

فإذا كانت الكتابة متطلبة ركن في العقد سواء كانت عرفية أو رسمية، فإن التساؤل يثور في هذا الصدد حول ما إذا كان من الممكن استفاء هذه الشكلية في العقود الإلكترونية أي مكتوبة على دعامات إلكترونية.

[1] د/ علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 1997، ص56.

الواقع أنه بعد تعديل القانون المدني ولاسيما من المادة 323 منه، المقابلة للمادة 1316 من القانون المدني الفرنسي[1]، أصبح تعريف كتاب يتسع يشمل بجانبه الكتابة على الورق، الكتابة في الشكل الإلكتروني أي تلك المثبتة على دعامة إلكترونية، وقد أدى وجود هذا النص ضمن قواعد الإثبات إلى التساؤل ما إذا كانت الكتابة في شكل إلكتروني يمكن أن تكون بديلا عن الكتابة التقليدية وبعبارة أخرى فإن التساؤل المطروح الآن هو ما إذا كانت الكتابة بمفهوم الحديث الموسع بالنظر إلى وجود تعريفها ضمن القواعد المعالجة لإثبات، لا تزال قاصرة على الكتابة كوسيلة أو أداة للإثبات أو من الممكن أن يتسع نطاق حيث تشمل الكتابة كركن للانعقاد أو لصحة التصرف ؟

إن الفقه الفرنسي كان منقسما بين المفهومين المشار إليهما فيما تقدم إلى قسمين:

فقد ذهب الفريق للقول إلى أن هذا النص الجديد يتسع نطاقه ليشمل أيضا الكتابة المتطلبة كركن للانعقاد العقد، ذلك أن عمومية تعريف الكتابة بمقتضى نص المادة 1316 يقتضي القول بأن الكتابة المقصودة بهذا النص لم تعد قاصرة على الكتابة كدليل إثبات، وإنما يشمل أيضا الكتابة المتطلبة لصحة التصرف أو التي تكون ركن للانعقاد العقد، وبالتالي فالمادة 1316 بصياغتها الجديدة هي التي يجب الرجوع إليها في كل الحالات التي تثار في فكرة الكتابة، كونها النص الوحيد الذي تضمن تعريفا لها، وينتهي هذا الفقه من ذلك بأن هي فكرة واحدة، فما دام العقد القانون لا يرفض شكلا خاصا لهذه الكتابة كطلب الكتابة بخط اليد فإن الكتابة المتطلبة لصحة التصرف تكون بالضرورة كتلك المتطلبة كأداة للإثبات، ويصح هذا المفهوم حتى في الحالة التي يشترط فيها القانون أن تكون هذه الكتابة موقعة ففي هذه الحالة لا يوجد مانع يحول دون الكتابة في الشكل الإلكتروني وأن يتخذ التوقيع كذلك الشكل الإلكتروني للمادة 327 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري.

وفي مقابل هذا رأي، ذهب فريق آخر من الفقه إلى القول بأن هذا التدخل التشريعي يجب أن يحصر مجال أعماله فيما ورد بشأنه، أي يجب أن يقتصر على مجال الإثبات وحاول أنصار هذا الفقه الاستناد إلى ما ورد في أعمال التحضيرية لمشروع قانون رقم 2000-230 المتعلق بإصلاح قانون الإثبات التكنولوجيات المعلومات وتوقيع الإلكتروني، وبالتحديد إلى ما ذكره مقرر هذا المشرع من أن التعريف في الكتابة الوارد بنص المادة 1316: "لا يتعلق إلا بالكتابة كأداة للإثبات ويبقى دون أثر بالنسبة للكتابة المتطلبة لصحة التصرف"[2].

[1] Loi n°2000-230K portent adaptation du droit de la preuve aux technologie de l'information et relative à la signature électronique, JO, 14/03/2000, p2968. www.journal-officiel.gouv.fr

[2] محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوروبي، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر، طبعة 2005، ص103 وما بعدها.

وفي الأخير حسم المشرع الفرنسي هذا الخلاف لصالح الرأي الأول بإصداره لمرسومين بتاريخ 10أوت2005[1]، المتعلق بالنظام المحضرين القضائيين، والثاني يعدل ويتمم المرسوم المتعلق بالعقود المحررة من قبل الموثقين، واللذان سيدخلان حيز التنفيذ بين بداية من 01 فيفري 2006، إذ يكون بإمكان إبرام العقود التي تتطلب الكتابة الرسمية كركن لانعقادها على الدعامة الإلكترونية، ويتم توقيع على العقد من طرف المحضر أو الموثق بالطرق الإلكترونية على أن يتم إنشاء نظام لمعالجة إرسال البيانات المعتمد من قبل الغرف الوطنية لهذه المهن.

أما بالنسبة للتعديلات التي طرأت على القانون المدني بموجب القانون 05-10 في هذا المجال فلم يتطور بشأنها النقاش بعد نظرا لحداثتها، ونعتقد في هذا الشأن انه لا يمكن القول بإمكانية إبرام العقود التي تطلب الرسمية في ظل القانون المدني الجزائري الإلكتروني، كون هذه الأخيرة تشترط أن يشهد إبرامها الضابط العمومي وأن يوقعها ويختمها بيده، أما بالنسبة إلى العقود التي تتطلب الكتابة العرفية فهي تكاد تنعدم في القانون الجزائري.

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أنه إذا اشترط القانون كتاب الخطية كركن لانعقاد العقد أو تطلب أن تكون بعض البيانات الإلزامية يجب أن يتضمنها العقد مكتوبة بخط اليد، أو أن يكون التوقيع بخط اليد فإن الكتابة في هذه الحالة لا يمكن أن تكون إلكترونية ولا يمكن بالتالي إبرام العقد بالوسيلة الإلكترونية[2].

المبحث الثاني: انعقاد العقد الإلكتروني

لقد رأينا في المبحث السابق أن العقد الإلكتروني ما هو إلا عقد عادي لكنه يختلف عنه في جزئية معينة هي وسيلة إبرامه ،ويشترط لانعقاد العقد الإلكتروني كغيره من العقود التوافر التراضي بين طرفيه والمحل والسبب، ولا يبدو أن الفقه قد أوجد شيئا من الخصوصية بالنسبة لركني المحل والسبب في العقد الإلكتروني، ولذلك سوف نتناول بعض تفاصيل ركن التراضي .

ويتوقف وجود التراضي على انطلاق التعبير عن الإرادتين المتطابقتين لإبرام العقد يتوقف بدوره على صدور الإيجاب بالتعاقد من قبل الموجب الذي يقابله القبول من قبل من وجه إليه الإيجاب، ومن ناحية أخرى على تلاقي هذا القبول، فإن لم يتلقى التعبير عن

[1] Décret n°2005-972 modifiant le décret n°56-222 relatif au statut des huissiers de justice. Décret n°2005-972 modifiant le décret n°56-222 relatif aux actes établis par les notaires. Voir article "Enfin une réglementation des actes authentiques électroniques", rédigé par Marlene Trezeguet, www.CEjem.com, 26/10/2005.

[2] محمد حسن قاسم، المرجع السابق ، ص107.

الإرادة الذي توفر فيه مقومات الإيجاب بالتعبير عن الإرادة التي تتوفر فيه مقومات القبول، فلن يتحقق التراضي ولن ينعقد العقد.

وسوف ينصب تركيزنا في هذا الموضوع على جوانب الهامة التي يتميز فيها العقد الإلكتروني عن غيره من العقود المبرمة بالطرق التقليدية، بداية بدراسة صور التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني وما يثيره من جدال حول قبول الوسائل الإلكترونية كأداة قانونية تسمح بالتعبير عن الإرادة وموقف القانون المدني من ذلك ثم نتطرق إلى تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني.

المطلب الأول: التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني

الأصل الذي جاءت به المادة 60 من قانون المدني في ما يخص كيفية تعبير المتعاقدين عن إرادتهما أن يتم باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا أو اتخاذ موقف لا يدعى أي شكل في دلالته على مقصوده صاحبه ،فحسب هذا النص يصح أن تكون تعبير عن الإرادة صريحا، كما يمكن أن يكون ضمنيا سواء كان ذلك إيجابا من أحد المتعاقدين أو قبولا من المتعاقد الآخر[1].

و وضعت المادة 68 فقرة02 القانون المدني الجزائري منه، استثناء على هذه القاعدة بنصها على إمكانية أن يكون السكوت الملابس وسيلة للتعبير عن القبول[2]، إلا أن ظهور الوسائل الجديدة للتعبير عن الإرادة جعل التساؤلات تطرح في الآونة الأخيرة حول مشروعية هذه الوسائل في إبرام العقود، وهذا ما يلزم التطرق أولا إلى الصور الجديدة للتعبير عن الإرادة، ثم دراسة مدى مشروعية هذه الوسائل في إبرام العقود ثانيا.

الفرع الأول: صور التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني

سيتم التطرق في هذا الفرع إلى الصور الإرادة في العقود التي تبرم عن طريق الانترنت بالنظر لأهميتها وانتشارها الكبير أولا، ثم بعد ذلك إلى تبيان صور التعبير عن الإرادة بالوسائل الأخرى.

أولا: صور التعبير عن الإرادة في العقود المبرمة عن طريق الانترنت

تنقسم هذه الصور إلى ثلاث فئات، هي التعبير عن الإرادة بواسطة البريد الإلكتروني، وعبر شبكة المواقع web, و أخيرا عبر المحادثة والمشاهدة.

[1] يرى الفقه أنه لا تترتب التفرقة بين التعبير الصريح وبين التعبير الضمني عن الإرادة أية نتيجة قانونية لأكثر تفصيل، د/ علي فيلالي، المرجع السابق، ص84.

[2] المادة 68 من القانون المدني الجزائري.

1- التعبير عن الإرادة عبر الإلكتروني (e-mail)

يقصد البريد الإلكتروني لاستخدام شبكة الانترنت في نقل وتبادل الرسائل بين أطراف بطريقة إلكترونية بدلا من الوسائل التقليدية بنظر عادة إلى البريد الإلكتروني على أنه المكافئ الإلكتروني للبريد العادي[1].

لأنه عندما تضع الرسالة العادية داخل صندوق البريد فإنك تفقد السيطرة عليها ولا تستطيع استردادها، فكذلك الحال بالنسبة للبريد الإلكتروني الذي يسمح بتبادل مراسلات أيا كان حجمها، وقد حددته اللجنة العامة للتسميات على أنه خدمه تسمح للمستعملين المؤهلين بحجز ومعاينة ونقل مستندات ممغنطة أو رسائل إلكترونية بواسطة أجهزة متصلة بالشبكة وله عدة تسميات في اللغات الأجنبية كلها تغطي الوظيفة نفسها، ولكي تتم عملية إرسال البريد الإلكتروني إلى أحد الأشخاص لا بد من معرفة عنوانه، ويتكون عنوان البريد الإلكتروني من ثلاثة أجزاء اسم الدخول والثاني @ والثالث اسم الحقل، بإمكانية استخدامه من أي حساب تتوفر فيه المقاومات في نقل وإرسال كافة البيانات والمستندات وإجراء المفاوضات التعاقدية وإبرام تعاقد[2].

تتم عملية التعاقد وتبادل الإرادة عن طريق البريد الإلكتروني حينما يقوم الشخص الذي يرغب في التعاقد بالدخول إلى صندوق بريده الإلكتروني، تتضمن شروط أو بنود التعاقد وكافة البيانات المتعلقة به يجري ذلك عن طريق كتابة عنوان البريد الإلكتروني للمكان المخصص في صندوق البريد الإلكتروني للمرسل ثم يدون الرسالة التي يرغب في إرسالها أو يرسلها كرسالة ملحقة بالبريد الإلكتروني ثم يضغط على مفتاح إرسال الموجود في برنامج البريد الإلكتروني حينئذ ترسل الرسالة الحاسوب الخادم لمقدم خدمات البريد الإلكتروني الخاص بالمرسل إليه الذي يخزن الرسالة في صندوق البريد المرسل إليه، ولدى قيام المرسل بالدخول على الصندوق بريده الإلكتروني يمكن قراءة الرسالة والرد عليها بالموافقة أو الرفض[3].

وسيلة التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني هي الكتابة، ولا تختلف تلك الكتابة في جوهرها عن الكتابة العادية سوى أن الوسيلة اختلفت، كل ما هناك أن التعبير عن الكتابة

---

[1] عمر محمد بن يونس، أشهر المبادئ المتعلقة بالانترنت في القضاء الأمريكي، موسوعة التشريعات العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص395.

[2] أودين سلوم الحايك، مسؤولية مزودي الخدمات الانترنت التقنية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2009، ص32.

[3] ثامر محمد سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، القاهرة- 2009، ص52.

بطريقة الكمبيوتر كتابة من نوع خاص ليست كالكتابة على دعائم ورقية وإنما باستخدام دعائم إلكترونية[1].

طبيعة البريد الإلكتروني في التغيير المستمر وإن خدمة الدليل والأمن ليسا مضمونين مع هذا فإن الأمن والدليل في تحسن إضافة لبروتوكولات الجديدة، بذلك يكون البريد الإلكتروني الدور الإيجابي كوسيلة من وسائل التعاقد التي تتم بسرعة في الإرسال والاستقبال[2].

وقد أكد القانون المدني الفرنسي على صحة التعبير عن الإرادة في التعاقد باستخدام البريد الإلكتروني بإضافة الفقرة 02 المادة 1369 من القانون المدني بمقدار المرسوم674 لسنة 2005، حيث تنص على أن: "المعلومات التي يتم تداولها أثناء إبرام العقد أو تنفيذه يمكن أن يتم إرسالها باستخدام البريد الإلكتروني المرسل إليه على استخدام هذه الوسيلة" كما نصت المادة 03/1369 من القانون المدني على أن: "المعلومات التي يتم إرسالها إلى مهني يمكن أن ترسل باستخدام البريد الإلكتروني عند الوقت الذي يعلن فيه عنوان بريده الإلكتروني".

2- التعبير عن الإرادة من خلال موقع الإلكتروني (web)

تعتبر هذه الصورة الأهم والأكثر استخداما في التعبير عن الإرادة والتعاقد عبر شبكة الموقع web, ويقصد بالويب شبكة معلومات الدولية World-wide-web والتعبير عن الإرادة عبر موقع الويب قد يعبر عنه بالكتابة أو بالنقر على زر الموافقة موجود في لوحة المفاتيح أو الضغط على الفأرة في الخانة المخصصة لذلك في صفحة الويب، يمكن أن يعبر عن الإرادة أيضا باستخدامه بعض الإشارة والرموز التي أصبح متعارف عليها بين مستخدمي شبكة الانترنت فهناك مثلا إشارة الوجه المبتسم تدل على الموافقة، وجه الغاضب تدل على الرفض، وهز الرأس عموديا يدل على الموافقة، هز الرأس أفقيا يدل على الرفض، ويرى البعض هذه الإشارات لا تخرج عن معناها التقليدي سواء أن الإشارة الجديدة هي إشارة صادرة عن جهاز كمبيوتر لكنه يعبر عن إرادة الموجب إليه وليس عن إرادة الكمبيوتر[3].

بموجب هذه الطريقة يتم عرض المنتجات أو الخدمات لمستعملي الشبكة العالمية من خلال كتالوجات أو تصوير السلع بطريقة ثلاثية الأبعاد وفي بعض الأحيان يكون التصوير مصحوبا بأفلام مصورة تعرض السلعة أثناء التشغيل ببيان عملي لأدائها تمتد المزايا

[1] أحمد خالد العجولي، المرجع السابق، ص42.
[2] طارق عبد العال حماد، التجارة الإلكترونية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص764.
[3] أحمد خالد العجولي، المرجع السابق، ص47.

المتعلقة بها وقوائم أسعار، بحيث يستطيع المستهلك التعبير عن إرادته بعد إدخال المعلومات الضرورية (كاسمه، عنوان، البريد الإلكتروني) على موقع التعاقد على هذه السلع والخدمات الموجودة على صفحة الويب[1], حيث يختار المستهلك السلعة المنشورة ويضغط على أيقونة الموافقة فيظهر أمامه صفحة أخرى تتضمن العقد النموذجي المحتوي لشروط وبنود التعاقد[2]، كتحديد آلية الدفع، مكان وكيفية التسليم، القانون الواجب تطبيق ولا يستطيع مناقشته أو التفاوض بشأنه، بشأنه فإذا أراد المستهلك إتمام التعاقد كان يشترط الضغط مرتين على الزر الموجود في لوحة المفاتيح أو بث رسالة إلكترونية تفيد القبول والرغبة في إتمام الاتفاقg[3]، في صورة أخرى أكثر تقدم أخذت مواقع الويب المستخدمة في تبادل السلع والخادمات تتطلب ضرورة وجود توقيع إلكتروني لدى المتعاقد يرتبط بشهادة تصديق الإلكتروني معتمدة وسارية صادرة من أحد مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني المرخص لهم بهدف التيقن من هوية المتعاقدين عبر شبكة الانترنت وضمان عدم تعديل مضمون رسالة البيانات، كما حرصت أغلب المواقع على الاستفادة من استخدام تقنيات التشفير ويحد من عمليات الاختراق من قبل المتلصصين وقراصنة الشبكة.

3- التعبير عن الإرادة بالمحادثة أو المشاهدة

في هذه الصورة يستطيع مستخدم الانترنت عبر برنامج المحادثة التعاقد بطريق المحادثة مع شخص آخر في وقت واحد عن طريق الكتابة، يشترط تشغيل نظام المحادثة أن يكون الطرفين متصلين بأحد أجهزه الخدمات IRC، ويقوم هذا البرنامج بتقسيم الصفحة الرئيسية إلى جزئيين حيث يقوم أحد الأطراف بكتابة أفكاره على شاشة جهازه الشخصي في الجزء الأول ويسري في وقت نفسه ما يكتبه الطرف الأخر على الجزء الثاني من صفحة البرنامج، 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 في نفس الوقت.

أما في حالة التعاقد عن طريق المشاهدة فيتم ذلك عن طريق ربط الجهاز بوسائل الاتصال الصوتية والمرئية لما يسمح بأن يشاهد كلا المتعاقدين الطرف الآخر فيصبح التعاقد هنا عن طريق تفاعل مباشر بالصوت والصورة دون حضور مادي في نفس المكان، و يتم التعبير عن الإرادة باللفظ، الكتابة أو بالإشارة، هذه الصورة هي الأقل انتشارا وأهمية في التعاقد عبر الانترنت، ومن جانبنا نتحفظ على استخدام هذه الوسيلة في التعاقد على الأقل في الوقت الراهن نظرا لأنه لا تتوافر لدى المتعاقدين من خلالها أية أدلة على حدوث

[1] سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص70.
[2] رامي محمد علوان، المرجع السابق، ص262.
[3] Alain Bensoussan, la Pra lésé otique française, claque, 1998, p20.

التعاقد ،فمن ناحية لا يتم الاحتفاظ بالكتابة الإلكترونية المدونة بين الأطراف كدليل على وجود ومضمون التعاقد، ومن ناحية ا أخرى لا يوجد أي دليل على حدوث التعاقد في حالة استخدام التعاقد الشفوي عبر استخدام تقنية المحادثة بالصوت والصورة، حيث لا يتمكن مستخدمو الشبكة من حفظ الدليل على حصول التعاقد في أغلب الأحيان، لعل التطور التقني المتنامي يفرز وسائل تمكن من الوصول إلى دليل على حصول مثل هذه التعاقدات ومضمونها.

ثانيا: صور التعبير عن الإرادة في العقود المبرمة بوسائل أخرى

❖ **التعبير عن الإرادة بواسطة التيلكس**

يعتبر التيلكس جهاز لإرسال المعلومات بطريقة طباعتها وإرسالها مباشرة وعدم وجود فرق زمني بين المراسل والمستقبل إلا إذا تم الإرسال ولم يكن هناك من يرد في نفس الوقت وبذلك يقترب من التعاقد عن طريق الانترنت بأنه يمكن أن يكون فوريا دون الحاجة لمرور الفاصل زمني بين الإجابة والقبول، ويكون تعبير عن الإرادة عبر الكتابة دون غيرها من وسائل الاتصال الفوري.

❖ **التعبير عن الإرادة بواسطة الفاكس**

هو عبارة عن جهاز استنساخ بالهاتف يمكن به نقل الرسائل والمستندات المخطوطة باليد والمطبوعة بكامل محتوياتها نقلا مطابقا لأصلها، فتظهر المستندات والرسائل على جهاز الفاكس آخر لدى المستقبل ويلاحظ هنا الفريق الزمني للرد على المرسل[1] ويتميز هذا الجهاز بالسرعة وضمان وصول الرسائل والمستندات وسهولة الاستعمال، يمكن أن يكون التعاقد عبر الانترنت مطابقا للتعاقد عبر الفاكس إذا كان إرسال المستندات عن طريق جهاز الكمبيوتر، ويكمن الفرق بين الانترنت و الفاكس في أن التعبير عن الإرادة يكون في الأول فورا دون الحاجة إلى فاصل زمني بين الإيجاب والقبول، إضافة إلى التعبير عنها يكون بكل الوسائل الصالحة والضمنية أما في الفاكس فلا يكون إلا بالكتابة، ما عدا حالات وصل الجهاز الهاتف مع الفاكس بجهاز واحد حيث يمكن التعبير في هذه الحالة الأخيرة بالكلام أو الكتابة[2].

الفرع الثاني: مشروعية الوسائل الإلكترونية الحديثة في التعبير عن الإرادة

إن استغلال وسائل تقنية المعلومات المذكورة للتعبير عن الإرادة في إبرام العقود ومختلف التصرفات القانونية بين شخصين غائبين مكانا، تثير العديد من التساؤلات حول

[1] أحمد خالد العجولي، المرجع السابق، ص49.
[2] نفس المرجع، ص49.

مدى اعتراف القانون المدني بهذه الوسائل الجديدة للتعبير عن الإيجاب والقبول وبناء عناصر التعاقد[1]، الذي جعل الفقه ينقسم إلى الدول التي مازلت تعتمد نفس النظم التقليدية في التعبير على الإرادة إلا أن رأيين أولهما يقر بمشروعية هذه الوسائل في التعبير عن الإرادة والثاني يرفض ذلك، وسيتم التعرض إلى هذين رأيين في ما يلي:

أولا: القائلون بمشروعية الوسائل الإلكترونية للتعبير عن الإرادة

يعتقد أصحاب هذا الرأي[2]، أنه رغم أن القانون المدني لا يتضمن نصوصا صالحة بشأن التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية الحديثة فإن مشروعية التعاقد هذه يمكن استخلاصها من القواعد العامة الواردة في القانون المدني ومنها:

- ❖ الأصل في التعاقد حرية التراضي لما يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة[3]، الذي كرسته المادة 60 من القانون المدني التي تعطي للمتعاقدين الحرية الكاملة في اختيار كيفية التي يعبران بها عن إرادتهما، ولا منع من امتداد هذه الحرية للتعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية.
- ❖ بما أنه أصبح للكتابة في الشكل الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني مكانا ضمن قواعد الإثبات في القانون المدني من خلال نص المادتين 323 مكرر01 و 327 الفقرة 02، فالأولى أن تجد لها موقعا في انعقاد العقد.
- ❖ نص المادة 64 من القانون المدني الذي تقضي بأنه إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر الإيجاب فورا وكذلك إذا صدر الإيجاب من الشخص إلا آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل، فاستنادا إلى هذه المادة فبعبارة بأي طريق مماثل تشير إلى أية وسيلة تقترب فنيا من الهاتف، ولذا فإن النص يمتد ليشمل التعاقد بالوسائل الإلكترونية الخاصة منها الانترنت كون الاتصال على هذه الشبكة يمكن أن يتحول إلى هاتف عادي عبر المحادثة الشفهية، وإن الطرق الإلكترونية الأخرى للتعبير عن الإرادة كالبريد الإلكتروني أو الفاكس تشبه أيضا الطرق التقليدية للتعاقد مثل المراسلة.
- ❖ إضافة إلى ما سبق فإن الفقرة الأخيرة من المادة 60 التي تنص بأن يجوز أن يكون ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفين على ان يكون صريحا.

---

[1] أ/ يونس عرب، حجية الإثبات بالمستخرجات الإلكترونية في القضايا المصرفية، الجزء الأول، مسائل وتحديات الإثبات الإلكتروني في المسائل المدنية والتجارية والمصرفية، ص 04، مقال منشور على موقع http://www.arablaw.org/Download/E-Evidence_Article.doc ساعة 22:00 تاريخ 2022/04/08

[2] أحمد خالد العجولي، المرجع السابق، ص20 وما يليها.

[3] علي فيلالي، المرجع السابق، ص81.

تفتح هذه الفقرة المجال لأساليب التعاقد الإلكتروني، حيث أن قيام أي فرد يعرض موقع دائما وثابت له على شبكة الانترنت يعني أن يقصد اتخاذ مسلك وطريق يشير إليه ويعلن فيه إلى الناس عن نية التعاقد عن طريق موقعه، وشبكة الانترنت تعرض على مدار الساعة عن الإعلانات ووسائل البيع والشراء وتقديم الوظائف والخدمات وذلك إشارة صريحة باتخاذ مسلك مباشر لا لبس فيه على التعاقد[1].63

ثانيا: الرافضون لمشروعية الوسائل الإلكترونية كأداة للتعبير عن الإرادة

خلافا للرأي السابق المؤيد لمشروعية الوسائل الإلكترونية الحديثة للتعبير عن الإرادة فإن هذا الاتجاه يرفض الاعتراف بمشروعية هذه الوسائل للتعبير عن الإرادة و تبريرا لموقفه يقدم بحجج التالية:

- ❖ إن القانون المدني بأحكامه الحالية لا ينص صراحة على استعمال الوسائل الإلكترونية كأدوات للتعبير عن الإرادة، ولا يجب تفسير نصوصه، خاصة منها المادة 64 الفقرة 02 المتعلقة بالتعاقد عبر الهاتف أو أية وسيلة متشابهة تفسيرا واسعا يشمل الصور الإلكترونية الحديثة للتعبير عن الإرادة لو أراد المشرع اعتمادها لنص عليها صراحة كما فعلت التشريعات المقارنة.
- ❖ إن استعمال الوسائل الإلكترونية للتعبير عن الإرادة لا يخلو من المخاطر كون هذه المسائل لا تسمح من توثق كل طرف من أطراف العلاقة العقدية من وجود وصفة الطرف الآخر، بمعنى عدم توسع كل طرف من أن يخاطبه الشخص الذي رضا التعاقد معه فعلا، نجم عن طبيعة الوسائل التي يتميز التعاقد من خلالها بالافتراضية واللامادية فلا أحد يضمن لمستخدم شبكة الانترنت بأن ما وصله من معلومات إنما جاءت من هذا الموقع، ولا أحد يضمن عمليات اختراق المواقع وإساءة استعمال الأسماء الغير في الأنشطة الجرمية[2].
- ❖ اعتداد القانون المدني في مادة 323 مكرر01 بالكتابة في الشكل الإلكتروني في الإثبات لا يعني أنه يقر بها كوسيلة للتعبير عن إرادة المتعاقدين، فهي خاصة فقط بالإثبات لا غير، فكتابة بنود عقد على دعامة إلكترونية وحفظ نسخة منه أعطى الشرعية لهذه الوسائل للتعبير عن الإرادة.

رغم قوة حجج الرأي الأول الذي يؤيد قبول القانون المدني بصيغته الحالية للوسائل الإلكترونية كأدوات للتعبير عن الإرادة استنادا للقواعد العامة لإبرام العقود الخاصة منها

[1] أحمد خالد العجولي، المرجع السابق، ص22.

[2] رغم أن هذه المشاكل ثم إيجاد حلول تقنية وقانونية لما تتعلق خاصة بضمان تأكيد الاتصال واثبات صحة صدور المعلومات من النظام التقني الصادرة عنه، وهذا ما أدى إلى اللجوء إلى الوسيط في العلاقة العقدية الذي يؤكد وجود أطراف العلاقة.

مبدأ الرضائية، إلا أنه يبقى عدم الاعتراف الصريح لهذا القانون لشرعية هذا النمط للتعبير عن الإرادة من ناحية وعدم تنظيمه بالشكل الكافي من ناحية أخرى يتسبب في عدم حماية المتعاقدين بهذه الوسائل بالإضافة إلى إعاقة التجارة الإلكترونية في بلادنا.

ولتفادي ذلك حث القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الدولية للأعضاء للاعتراف الصريح في قوانينها عن قبول الوسائل الإلكترونية في التعبير عن الإرادة وتنظيمها،إذ نصت المادة 11 منه على أنه: "في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات وقبول العرض عند استخدام رسالة البيانات في تكوين العقد لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة البيانات لذلك الغرض".

وأضافت المادة 12 على في العلاقة بين منشأ رسالة البيانات والمرسل إليه لا يفقد التعبير عن الإرادة أو غيره من أوجه التعبير مفعوله أو صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه على شكل رسالة بيانات.

وتطبيقا لذلك فقد اعترفت تشريعات المتطورة صراحة بقبول رسالة البيانات للتعبير عن الإرادة ونظمتها لتضاف للصور التقليدية المعروفة[1].

المطلب الثاني: تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني

لكي ينعقد العقد لابد أن يصدر إيجاب من أحد المتعاقدين يعقبه قبول من المتعاقد الآخر ولا بد من أن يقترن الإيجاب بالقبول ويرتبط بهذه المسائل، حيث سنتناول في (الفرع الأول) الإيجاب والقبول كعنصرين أساسيين لتطابق الإرادتين في العقد الالكتروني أما (الفرع الثاني) سنتطرق إلى مسألة الزمان والمكان لتطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني.

الفرع الأول: عناصر تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني

يتم تطابق الإرادتين بصدور الإيجاب واقترانه بقبول موافق له صادر من المتعاقد الذي وجه له.

أولا: الإيجاب في العقد الإلكتروني

يعتبر الإيجاب الخطوة الأولى في إبرام العقود فهو الإرادة الأولى التي تظهر في العقد ولكي يتم العقد ينبغي أن يكون هناك عرض من طرف أحد الأشخاص إلى الآخر أو إلى

[1] أ/ يونس عرب، المرجع السابق، ص 18.

الآخرين عرف الإيجاب بأنه العرض الذي يتقدم به الشخص ليعبر به عن وجها الجزم عن إرادته في إبرام عقد معين فينعقد هذا العقد بمجرد صدور القبول[1].

فإذا نظرنا إلى الصور الإجابة عبر شبكة الانترنت نجد أنه إما يكون إيجاب عبر البريد الإلكتروني أو الإجابة على صفحة الواب وإما الإجابة عن طريق المحادثة والمشاهدة.

1- الإيجاب عبر البريد الإلكتروني (E-mail)

يقصد بالبريد الإلكتروني استخدام شبكة الانترنت في نقل الرسائل بدلا من الوسائل التقليدية بحيث يسمح بتبادل المراسلات من وثائق ومطبوعات وأفلام ايا كان حجمها ويتم ذلك بتخصيص صندوق البريد الإلكتروني، وهو عبارة عن ملف وحدة أقراص ممغنطة التي تستخدم في استقبال الرسائل لكل شخص خاص به[2] ويطرحه الإيجاب الإلكتروني في شكل رسالة بريدية إلكترونية تصدر من الموجب لتستقر في الصندوق البريد الإلكتروني للطرف الآخر واعتباره من هذه اللحظة تبدأ فعالية هذه الرسالة بالإيجاب، ويلاحظ أن الإيجاب عبر البريد الإلكتروني يكون إما موجها لشخص واحد أو إلى عدة أشخاص[3] فالإيجاب المواجه إلى شخص واحد فقط عبر البريد الإلكتروني إيجابا غير ملزما إلا إذا تضمن هذا الإيجاب إلزاما للموجب بالبقاء على إيجابه لفترة محددة، يمكن استخلاص المدة من طبيعة الإيجاب والأعراف المتداولة لهذا الإيجاب، فإذا كان الإيجاب غير ملزم فإنه يمكن أن ينعقد به العقد متى كان باتا وجازما ومحددا، كما يمكن رفضه عبر البريد الإلكتروني إذا قام الشخص الموجه له الإيجاب بإغلاق حاسوبه أو أعطى إشارة على ذلك بانتقاله إلى موقع جديد فيكون من وجه الإيجاب قد قام بفعل دل على الإعراض فأبطل الإيجاب[4]، ويعتبر هذا الفعل انتقال الموجب له إلى موقع الجديد كرفض ضمني على العرض الذي قدمه له الموجب والإيجاب في هذه الصورة الإيجاب عبر البريد الإلكتروني يتشابه مع الإيجاب عن طريق البريد العادي أو الفاكس أو البرق إذا حررت الرسالة بما تتضمنه من شروط تستوجب توافرها لانعقاد العقد[5] أما إذا كان الإيجاب عبر البريد الإلكتروني موجها لعدة أشخاص فانه عند الشك يعتبر مجرد الدعوة إلى التفاوض أو التعاقد وليس إيجابا استنادا إلى أن النشر أو الإعلان أو بيان الأسعار الجار للتعامل بها وكل بيان

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص91.
[2] لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص،ص 63-64.
[3] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص180.
[4] محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص91.
[5] فراح مناني، العقد الإلكتروني(وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري)، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص85.

آخر متعلق بعرض أو بطلبات موجهة للجمهور لا يعتبر عند الشك إيجاب وإنما مجرد دعوة إلى التفاوض[1].

2- الإيجاب من خلال صفحات الواب (page web)

يقصد بها مجموعة من المواقع الموجودة على الانترنت التي ترتبط ببعضها البعض اعتمادا على تقنية الوسائط المتعددة ويتم عبر هذه الشبكة تبادل كافة أنواع المعلومات مع انطلاق التجارة الإلكترونية عبر شبكة الانترنت وتحولت هذه المواقع إلى موقع العرض السلع والخدمات[2] فالإيجاب عبر شبكة الواب لا يختلف كثيرا عن الإيجاب الصادر عبر الصحف والمجلات والقنوات التلفزيون المخصصة لعرض السلع والخدمات ويتميز الإيجاب عبر صفحات الواب بأنه إيجاب مستمر على مدار الساعة والإيجاب الموجه عبر شبكة المواقع يكون موجه إلى الجمهور في كافة أنحاء العالم[3] وغالبا ما يكون هذا الإيجاب معلقا على شرط يتمثل في العموم بعدم نفاذ السلعة[4]، فاحتمال نفاذ السلعة أمرا وارد وذلك لكثرة عدد الأفراد الموجه إليهم الإيجاب بما يفوق قدرة المنتج أو البائع على توريد السلعة مهما كان مقدار مخزون السلعة لديه[5] لذلك يحرص أغلبية العارضين عبر شبكة الانترنت اللجوء إلى الاحتفاظ بحقهم في العدول عن الإيجاب متى نفذ المخزون أو الإشارة إلى أن العرض عبارة عن دعوة إلى التعاقد معبرين عن ذلك –المخزن المحدود- أو -الاستجابة في حدوده- أو -أن الإيجاب بلا التزام- وفي هذا الفرض يصدر الإيجاب إما صريحا أو ضمنيا أو يفهم من الإرادة المفترضة للموجب من طبيعة المعاملة أو ظروف الحال[6] لذلك يحرص المعلن على شبكة الانترنت أن يجعل من وجها إليه العرض هو الشخص الموجب يكون البائع أو المنتج للسلع أو الخدمة هو الشخص القابل وهذا يتمشى مع مضمون المادة 66 من

---

[1] شحاتة غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية(دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص78.

[2] عنادل عبد الحميد مطر، التراضي في العقد الإلكتروني، أطروحة الحصول على الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، قسم القانون المدني، جامعة عين الشمس، 2009، ص220.

[3] http//www.univ-orléans Fr./asso/dess-dicom/mémoire Loi-contrat internet pdf, p06.

[4] CHIHABE GHAZOUNI , LE CONTRAT DE COMMERCE ELECTRONIQUE INTERNATIONAL, THESE POUR LE DOCTORAT EN DROIT, UNIVERSITE PANTHEONE-ASSAS(PARISII),2002, P.138 .

[5] الأصل أن الإيجاب الإلكتروني يكون باتا غير معلق، إلا أنه في كثير من الحالات ونظرا أن الإيجاب الذي يعرض على شبكة المواقع يكون موجها إلى كافة الجمهور مما يؤدي إلى احتمال نفاذ كمية المنتوج المعروض، بالتالي انتفاء محل التعاقد ومنه يسقط الإيجاب.

[6] مصطفى أحمد إبراهيم نصر، التراضي في العقود الالكترونية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، المملكة العربية السعودية، 2010، ص،ص 127-128.

القانون المدني الجزائري حيث تنص على أنه: "لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا"[1].

3-الإيجاب عبر المحادثة أو المشاهدة

يقصد بالمحادثة أو المشاهدة عبر شبكة الانترنت الاتصال المسموع المرئي الذي يتم عبر هذه الشبكة حيث يستطيع كلا طرفين الاتصال أن يرى المتصل معه على الشبكة وأن يتحدث معه وذلك عن طريق كاميرا خاصة تصل بجهاز الكمبيوتر لدى الطرفين وهنا يتحول هذا الحاسوب إلى تليفون مرئي[2] التعاقد من خلال المحادثات عن طريق التخاطب عبر شبكة الانترنت ويتحقق ذلك بفتح كل الطرفين الصفحة الخاصة به على جهازه في ذات التوقيت فينتقل كل ما يكتبها الطرف الموجب إلى الصفحة المفتوحة بجهاز الطرف الثاني عبر صندوق البريد الإلكتروني والعكس صحيح.

أما في حالة التعاقد عن طريق المشاهدة فيتم ذلك الحاسوب بوسائل الاتصال الصوتية والمرئية بما يسمح للطرفين أن يرى ويسمع كل منهما الآخر[3]، وفي هذه الحالة يتصور أن يصدر من أحد الأطراف الإيجاب يصادفه قبولا من الطرف الآخر وينعقد العقد بناء على الإيجاب بالقبول وهنا نكون بصدد التعاقد بين الحاضرين حكما[4].

ثانيا: القبول في العقد الإلكتروني

العقد الإلكتروني من الأمور التي استحدثت وإبرامها يتطلب قبول يتم في الغالب بطريقة إلكترونية، فمثلما للإيجاب الإلكتروني صورا إلكترونية يتم توجيهه غيرها.فإن للقبول الإلكتروني صور التي تتلخص في ما يلي:

1- القبول عن طريق البريد الإلكتروني (E-mail)

يمكن للقابل أن يعرض قبوله عبر البريد الإلكتروني خاصة إذا كان قد تلقى الإيجاب بنفس الطريقة فهنا حتما تعتبر الرسالة الإلكترونية قبولا صريحا للإيجاب الموجه اليه سواء كان

---

[1] أمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن قانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية، عدد78، صادر في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20جوان 2005، الجريدة الرسمية، العدد44، الصادر في 26 جوان2005.

[2] محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص93.

[3] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص65.

[4] بما أن كال الطرفين يسمعان ويريان بعضهما البعض، من خلال كاميرا فيديو وميكرفون، فإنهما يعتبران كأنهما في مجلس عقد حقيقي.

هذا الإيجاب موجها إليه عبر البريد الإلكتروني أو كان معروضا على موقع الواب ووجه هو قبوله عبر البريد الإلكتروني[1].

غير أن هناك من التشريعات من لم تمنح الخيار السابق للقابل حيث ألزمت بتقديم القبول بنفس طريقة وصول الإيجاب، ومنها قانون الموحد لمعاملات المعلومات الأمريكي عندما نصت المادة 02/202 على أنه: "التعبير عن الإرادة في القبول يتم بذات طريقة عرض الإيجاب بالتالي فإن قد تلقى قابل الإيجاب عن طريق الموقع الإلكتروني وجب عليه في الحال إن قبل التعاقد التعبير عن ذلك عبر ذات الموقع وإن كان تلقى الإيجاب عن طريق رسالة إلكترونية فلا يكون التعبير في القبول إلى بذات الوسيلة وهي البريد الالكتروني"[2].

والقبول عبر البريد الإلكتروني يمكن اعتباره قرينة قاطعة وواضحة لا شك فيها وهي التعبير بالفعل عن إرادة القابل في التعاقد بشرط أن تكون موجهة بطريقة تضمن سلامتها وعدم تعرضها للتعديل أو بما يعرض تكاملها للخطر[3] وهناك من التشريعات من فرضت ضرورة التأكيد الموجب علمه بالقبول الصادر عبر الانترنت لانعقاد العقد من بينها العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية وذلك في البند الثامن حيث فرض التزاما على البائع وذلك لغاية تأكيد إبرام العقد بأن يقوم بإرسال تأكيد للمشتري بتمام إبرام العقد وذلك خلال10 أيام على الأكثر من تاريخ إرسال القابل قبوله مع إعفاء البائع من إرسال التأكيد في العقود المبرمة ما بين التجار[4].

ومعنى ذلك أن يتلقى القابل الذي عبر عن إرادة القبول عبر الانترنت تأكيدا من قبل الموجب بواسطة رسالة إلكترونية تحتوي على مجموعة العناصر الرئيسية التي يتكون منها العقد يبعث هذا الأخير إلى البريد الإلكتروني الخاص بالقابل ولهذا التأكيد قيمة قانونية مهمة تتعلق بتنفيذ العقد بالدرجة الأولى وتظهر أهميتها أيضا بالنسبة إلى انعقاده وخاصة لتلك المسائل المتعلقة بإثبات انعقاد العقد.

2- القبول الإلكتروني من خلال صفحات الواب (page web)

يكون القبول صادرا عبر الحاسوب من خلال هذه التقنية أما على شكل رسالة الكترونية وأما يأتي بعد الضغط على مؤشر نعم لمرة واحدة وأما أن يأتي القبول أخيرا عبر الضغط على أيقونة القبول الأكثر من مره واحده القبول مع التأكيد فهناك من التشريعات من يشتري ضرورة النقرة المزدوج على أيقونة القبول لكي ينتج القبول أثره القانوني حيث تؤكد هذه

[1] فراح مناني، المرجع السابق، ص93.
[2] محمد إبراهيم الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص،ص 48-49.
[3] يعتبر التعبير عن القبول من خلال البريد الإلكتروني أحسن طريقة للتأكد من إرادة القابل ووضوح هذه الأخيرة.
[4] إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص 163.

التشريعات أن نقر مرة واحدة لا يرتب أي أثار قانونيه باعتبارها قد يكون عن طريق الخطأ كما يمكن أن يكون قد قام به الغير وبهذا قد يلجا الموجب بهذه الطريقة للتأكد من موافقة القابل على التعاقد وحتى لا يدعي القابل بان النقرة الأولى كانت عن طريق الخطأ أو السهو فلنقر مرتين دليل على موافقة القابل على إبرام العقد[1].

كما يتخذ الموجب بعض الإجراءات اللاحقة لصدور القبول وهنا الإجابة على بعض الأسئلة التي توجه إلى القابل مثل تحديد المحل إقامته الذي يتعين إرسال المنتج إليه أو كتابه بعض المعلومات على شاشه الحاسوب كرقم ونوع البطاقة الائتمانية والهدف أو المقصد من هذه الإجراءات اللاحقة واضحة وهو تأكيد القبول وإبرام العقد حتى اهتم بالشكل المطلوب كان معبرا بالفعل عن إرادته الجازمة والباتة في القبول[2].

خلاصه الأمر هو أن القيمة القانونية للقبول الذي يتم بالضغط لمرة واحده لأكثر من مره على المؤشر الخاص بذلك تتحدث من خلال البرنامج المعلوماتي الذي يتم خلاله التعاقد حيث تختلف هذه القيمة باختلاف فروض الثلاثة وهي:

- إذا كان البرنامج المعلوماتي المستخدم في التعاقد يقتصر في ما يتعلق بالتعبير عن القبول على الضغط مره واحده على مؤشر القبول في هذه الحالة يحدث القبول أثاره لمجرد الضغط على ذلك المؤشر.
- إذا كان البرنامج المعلوماتي المستخدم يشترط أن يتم القبول وفقا لسلسلة خطوات تؤكد حدوثه فان القبول لا يحدث أثاره إلا بإتباع أخر خطوه من السلسلة أي صدور التأكيد المطلوب.
- أما الفرض الأخير هو فرض وسط ما بين الفرضين السابقين وهو إن برنامج المعلومات الخاص بالتعبير عن القبول يكون متضمنا ضرورة التأكيد ومع ذلك فهو لا يمنع انعقاد العقد بدونه وهنا يمكن قول ان الضغط على ما يؤشر القبول مره واحده يعتبر قرينه القبول ولكنها بسيطة غير قاطعه تكون قابله للإثبات العكس[3].

3- القبول الإلكتروني في المعاملات الإلكترونية المؤتمنة

المعاملات الالكترونية المؤتمنة هي تلك المعاملات التي لا تقبل التدخل البشري فيها وإنما تكون عن طريق برامج الكترونية معده مسبقا للقيام بمهمة معينه وهذه البرامج مزوده بمعلومات محدده بما هو مسند إليها بمجرد تلقي الأمر بذلك[4] ومثال ذلك أن يطلب شخص

[1] بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص138.

[2] CHIHAB GHAZOUANI,OP. CIT, P.155.

[3] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 88-89.

[4] فراح مناني، المرجع السابق، ص94.

حجز تذكره سفر لدى شركه الطيران ثم الدخول إلى موقع الشركة عبر شبكه الانترنت والاطلاع على مواعيد الرحلات وكذا الأماكن الشاغرة حيث يطلب حجز مقعد في رحله يحددها هو ويطلب منه سداد القيمة بمجرد ثمن تحويل القيمة عن طريق عمليه الدفع الالكتروني تظهر عبارة (ok) بمجرد الضغط عليها يستطيع الحصول على صوره من تذكره السفر عن طريق الحاسوب الشخصي الخاص به[1].

ومن هنا يبدو جليا الذكاء الاصطناعي الذي يقوم به الجهاز الالكتروني في البحث عن السلعة بشروط المطلوبة والمواصفات معينة بالسعر المناسب، فلا تعتبر الإرادة البشرية في هذه الحالة حاضره أو موجودة واستعرض رسالة من الجهاز الالكتروني دون تدخل مباشر من الطرف البشري[2]، إلا أن التعبير عن الإرادة هنا يثيرا إشكالا، فهل ينسب إلى الآلة أو إلى مستعمل هذه الآلة؟.

يرى الفقه أن التعبير عن القبول في مثل هذه المعاملات ينسب إلى شخص سواء كان طبيعيا أو معنويا، مادام أن هذا الشخص هو الذي قام بمبرمجة النظام بشكل يجعله يرسل الرسالة المعبرة عن قبوله بحسب إرادته[3].

أما البعض الأخر من الفقه فيرى أن سريان هذا التصرف في حق الموجب يفترض إثبات علمه بأن القبول صدر عن طريق النظام الالكتروني أو يفترض أنه كان عليه أن يعلم بأن العقد أو المعاملة سوف تبرم بهذه الوسيلة[4].

إذا في القبول الالكتروني في هذه الصورة يتم عن طريق استخدام أجهزة الحاسوب المربوطة بشبكه الانترنت[5].

ثالثا: مدى صلاحية السكوت لأن يكون مقبولا إلكترونيا

في الأصل وكقاعدة عامة يعد السكوت وضعا سلبيا لا يعني مفهوما معينا وبالتالي لا يصلح التعبير عن الإرادة القبول إلا أنه استثناء يعد السكوت قبولا في بعض الحالات التي يقترن فيها بظروف معينة مثل تلك التي نصت عليها المادة 68 من القانون المدني الجزائري وهي الحالات تتمثل فيما إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحا بالقبول فان العقد يعتبر قد تم إذا لم

[1] www.oecd.org.

[2] محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الأنترنت، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007 ،ص 80.

[3] سمير عبد السميع الأودن، العقد الإلكتروني، منشئة المعارف، مصر، 2005، ص 24.

[4] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص،ص 98-99.

[5] هذه الأجهزة يتم من خلالها التعبير عن إرادة القابل ولا دور لها في الإرادة، لأنها أداة اتصال فحسب ولا تؤثر على إرادة طرفي العقد، كما يمكن تبديل عدة أجهزة يتم من خلالها التعبير عن إرادة طرفي العقد، أما الإرادة فهي تنتج عمن صدرت بالذات ولا يمكن قبولها من غيرها ألنها خاصة به وتعبر عن شخصه.

يرفض الإيجاب في الوقت المناسب ويعتبر السكوت عن الرد قبولا إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل هذا الإيجاب بهذا التعامل أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة وجهت إليه[1].

وفي هذا الاتجاه نصت المادة 18 من اتفاقيه فيينا على أنه: "أما السكوت أو عدم قيام بأي تصرف فلا يعتبر أي منهما في ذاته قبولا"[2]، وتعني العبارة أن القبول قد تصاحبه أحيانا ملابسات وظروف تقطع في دلالتها على أن من وجه إليه الإيجاب ما كان إلا أن يصرح رفضه أو انه لا يقبله غير أنه في مجال العقود الالكترونية وماذا صلاحية السكوت لان يعبر عن القبول الالكتروني اختلف الرأي بين قائد بجواز، ذلك و بينما يرى عدم صلاحية السكوت لأن يعبر عن القبول الالكتروني إطلاقا ورأي الثالث يفرق بين الحالات التي يمكن فيها ذلك والحالات التي لا يجوز فيها اعتباره قبولا.

فيرى جانبا من الفقه صلاحية أن يكون السكوت قبولا الكترونيا في الحالات التي يكون فيها التعامل سابقا بين المهنيين مجارات للقواعد العامة وإن استعمال التقنيات الحديثة يجب إلا يكون مبررا للخروج عن هذه القواعد وبالتالي لا يمكن استبعاد القواعد الحاكمة للقبول في مجال العقود الالكترونية المبرمة عبر الانترنت سواء كانت هذه العقود الداخلية أو دولية، لعدم وجود ما يبرر ذلك وتشجيعا لمثل هذا النوع من التعاقد وعدم الوقوف عثرة أمام تقدمه[3].

بينما يرى جانب أخر من الفقه انه لا يجوز أن يعبر عن القبول الالكتروني بالسكوت، خاصة وأن هناك من يستبعد العرف والعادة في مجال الانترنت، كونه مجال جديد لم تتشكل بعد أعرافه وعاداته، ضف إلى ذلك أن مسالة مصلحة من وجهه إليه الإيجاب تعد مسالة غير مألوفة في مجال التعاقد الالكتروني، ذلك لان الإيجاب في هذه الحالة لا يرتب أي التزام في مواجهة من وجه إليه[4].

وبالتالي تستبعد في مجال التعاقد الالكتروني عقود التبرع لأنها من أهم خصائص التي يتميز بها العقد الالكتروني لأنه ذو طابع تجاري أكثر منه أنه مدني.

والرأي راجح فقها ذهب مسلكا وسطا بعدم اعتدال بالسكوت عبر شبكه الانترنت بأنه قبول الكتروني، إلا في حالة واحد، فقط وهي التعاقد السابق بين المتعاقدين في العقود

[1] الأمر رقم 58/75، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.
[2] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 280.
[3] أحمد عبد التواب محمد بهجت، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي)، دار النهضة العربية بالقاهرة، مصر، 2009، ص158.
[4] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص204.

الالكترونية، وذلك استنادا إلى مثل هذا التعامل السابق بين المتعاقدين عبر شبكه الانترنت هو الأكثر شيوعا[1].

ومثل ذلك يقوم القابل بشراء السلعة من أحد المتاجر الافتراضية الموجودة على شبكة الانترنت بشكل مستمر منتظم، سواء تم ذلك من خلال البريد الالكتروني، ومن خلال صفحة الواب، فهذا السكوت لا يحول عليه لاعتباره قبولا ما لم يقترن بظروف أخرى ترجح دلالة القبول على دلالة الرفض، مما قد يقطع الشك باليقين ويزيل كل ريبة قد تصور في هذا الصدد.

الفرع الثاني: زمان ومكان تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني

إذا كان التعاقد بالوسائل الالكترونية بصفه أساسية تباعد مكاني بين طرفيه فان التساؤل عن اللحظة التي يبرم فيها ومكان انعقاد يبدو السؤال مشروعا وهذا ما سنتناوله في مايلي:

أولا: زمان انعقاد العقد الإلكتروني

إن دراسة زمان انعقاد العقد الإلكتروني تقودنا أولا إلى إبراز أهمية تحديد هذا العنصر بصفة عامة، ثم التطرق إلى تكييف العلاقة العقدية التي تتم بالوسائل الإلكترونية من حيث أنها تعاقد بين حاضرين أو غائبين، ثم في الأخير إلى تحديد لحظة انعقاد العقد الإلكتروني وفقا للقواعد الواردة في القانون المدني.

1- موقف الفقه من تحديد زمان انعقاد العقد

قد طرح الفقه التقليدي أربعة نظريات لتحديد لحظه انعقاد العقد التي سنتطرق إليها:

- **نظرية إعلان القبول:** حسب هذه النظرية ينعقد العقد لمجرد إعلان القابل لقبوله دون الحاجة إلى علم الموجب به، وفقا لهذا الاتجاه فخطة انعقاد العقد الالكتروني هي اللحظة التي يتحرر فيها قابل الرسالة الالكترونية المتضمنة لقبول دون تصديرها[2].

وقد انتقدت هذه النظرية على أساس أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثاره القانونية، إلا إذا علم به من وجه إليه، فالإرادة الفردية لا تنتج أي اثر القانوني ما لم تقترن بإرادة أخرى مماثلة لها[3].

- **نظرية تصدير القبول:** هذه النظرية تأخر وقت انعقاد العقد على الوقت الذي يقوم به الموجب بإرسال قبوله، فإعلان القبول لا يكفي لانعقاد العقد بل يجب تصديره، فيترتب على هذه النظرية أن لحظة انعقاد العقد الالكتروني هي لحظة خروج

[1] نور الهدى مرزوق، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة المولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص146.

[2] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص295- 296.

[3] محمد فواز محمد المطالقة، المرجع السابق، ص297.

الرسالة الالكترونية ودخولها الوسيط الالكتروني ولا يشترط الوصول الرسالة على صندوق البريد الالكتروني خاصة بالموجب[1].

- **نظرية استلام القبول:** اعتبر هذا الاتجاه أن العبرة في انعقاد العقد هي تسليم القبول إلى المرسل إليه سواء علم الموجب أم لم يعلم بالقبول لأن التسليم يعتبر قرينة على علم طبقا لهذه النظرية لحظة انعقاد العقد الالكتروني تحدث في الزمن الذي تصل فيه الرسالة الالكترونية إلى الصندوق البريد الإلكتروني للموجب حتى وان لم يطلع الموجب على مضمونها[2].

يعاب على هذه النظرية أنه إذا كان إعلان قبول وتصديره لا يكفي أن يحدث أثرا فإن مجرد التسليم أيضا لا يكفيني إحداث إي أثر قانوني ما دام القبول لم يصل إلى علم الموجب[3].

- **نظرية العلم بالقبول:** حسب هذه النظرية فإن العقد ينعقد في الزمان والمكان الذين يعلم فيهم الموجب بقبول القابل، فكما أن الإيجاب لا ينتج أثره إلا بعلم الموجب له، كذلك القبول لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم الموجب[4].

وفقا لهذه النظرية فالعقد الالكتروني في الزمان والمكان الذي يقوم فيه الموجب بفتح الصندوق خطبته الالكترونية والاطلاع على الرسالة الالكترونية التي تعبر عن القبول[5].

وهي النظرية التي اعتمدها المشرع الجزائري لتحديد خطة في المادة 67 من القانون المدني الجزائري التي تنص على: " يعتبر التعاقد بين غائبين قد تم في زمان ومكان الذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بخلاف ذلك ويفترض أن موجب قد علم بالقبول في المكان والزمان الذين وصل إليه فيهم القبول"، لم تسلم هذه النظرية من النقد على أساس أن علم الموجب بالقبول ليس شرط انعقاد بل شرط لزوم ونفاذ أي بمجرد علم الموجب بالقبول وقع عليه الالتزام بتنفيذ العقد[6].

---

[1] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 297.

[2] أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد وأثاره في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، دار الجامعة للنشر، مصر، ص 46.

[3] زياد خليف شداخ العنزي، المشكلات القانونية لعقود التجارة الإلكترونية من حيث الإثبات وتحديد زمان ومكان العقد، دار وائل للنشر، الأردن، 2001، ص 141.

[4] نفس المرجع، ص 298-299.

[5] بشار محمد دودين، المرجع السابق، ص 143.

[6] شحاتة غريب محمد شلقامي، المرجع السابقن ص 125.

وبالرغم من الانتقادات الموجهة لهذه النظرية، إلا أنها أكثر تؤيد من طرف الفقه والقضاء حيث أنها تعمل على إضفاء الثقة والطمأنينة على التعاقد الالكتروني ما دام محمل الشكوك وغموض لدى المستهلكين[1].

2- موقف التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية من زمان انعقاد العقد

سنعرض موقف قانون الاونستيرال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية، وكذا موقف قانون التوجيه الأوروبي وأخيرا موقف التشريعات الداخلية.

- **موقف الأونستيرال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لأمم المتحدة**

أخذ هذا القانون بنظرية استلام القبول من حيث تنص المادة 15-1 على ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك، يقع إرسال رسالة البيانات عندما تدخل رسالة نظام المعلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو سيطرة الشخص الذي أرسل رسالة البيانات نيابة على المنشئ ما لم يتفق والمرسل إليه على خلاف ذلك[2].

أما المادة الثانية التي تنص على وقت استلام الرسالة وهي المادة 15-2 وحددت ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على ذلك يتحدد وقت الاستلام رسالة البيانات على النحو التالي:

- ✓ إذا كان المرسل إليه قد عينا نظام معلومات لغير استلام رسائل البيانات يقع الاستلام:
  - وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات المعين.
  - وقت استرجاع المرسل إليه أي رسالة البيانات إذا أرسلت رسالة البيانات إلى النظام المعلومات التابع للمرسل إليه ولكن ليس النظام الذي تم تعيينه.
- ✓ إذا لم يعين المرسل إليه النظام معلومات يقع الاستلام عندما تدخل رسالة البيانات في نظام المعلومات التابع للمرسل إليه[3].

[1] مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص 127.

[2] إلياس نصيف، المرجع السابق، ص 335.

[3] قرار رقم 51/162 المتضمن الأونستيرال القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، يتكون هذا القانون من 17 مادة قابلة للزيادة في المستقبل وهذه الأمور مقسمة إلى بابين الباب الأول يعالج موضوع التجارة الإلكترونية بصفة خاصة في مواد من 1إلى 10، أما الباب الثاني فمكون من فصل واحد متعلق بعقود النقل البضائع والمستندات في المادتين 16و17 منه ويلحق هذا القانون ملحق داخلي يوجه خطاب للدول الأعضاء بكيفية إدماجه ضمن تشريعاتها الداخلية، ويتضمن هذا القانون نوعين من القواعد، قواعد آمرة تتعلق بالتطبيق العام للقانون وأخرى تكميلية لا تطبق على المستخدمين إلا في حالة عدم وجود اتفاق يخالفها.

- **موقف التوجيه الأوروبي**

أما قانون التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 نص في المادة 05 على أنه: "يعد العقد قد ابرم في اللحظة التي يستلم فيها الموجب من مزود الخدمة إقرارا إلكترونيا مؤكدا من القابل قبوله"[1].

من خلال هذه المادة نستنتج أن هذا التوجيه اعتبر زمان ابرم العقد الذي يتم بوسيلة الكترونية هي لحظة استلام تأكيد القبول ممن وجها إليه العرض، وذلك بعد تمكينه من مراجعة عرضه وتصحيحه ما قد يشوبه من أخطاء محتملة لتحقيق الأمان القانوني عبر الوسائل الالكترونية[2]، وعليه في إن هذا القانون للتوجيه الأوروبي خرج من النظريات السالفة بإقراره نظرية مستقلة.

- **موقف التشريعات الداخلية**

أخذ المشرع التونسي بنظرية العلم بالقبول في الفصل 28[3] إلا انه اشترط التوقيع على الرد الذي يؤكد على النية الجازمة على إبرام العقد، أما المشرع الأردني من المادة 17 بما أخذ به قانون الأونستيرال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية وتنص على: "تعتبر رسالة المعلومات قد أرسلت من وقت دخولها إلى نظام معالجة المعلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو الشخص الذي أرسلا الرسالة نيابة عنه ما لم يتفق المنشئ أو المرسل إليه على غير ذلك".

- ✓ إذا كان المرسل إليه قد حرر نظام معالجة المعلومات لتسلم رسالة المعلومات فتعتبر الرسالة قد تم تسلمها عند دخولها إلى ذلك النظام غير الذي تم تحديده فيعتبر إرسالها قد تم منذ قيام المرسل إليه بالإطلاع عليها أول مره.
- ✓ إذا لم يحدد المرسل إليه نظام معالجة المعلومات لتسلم رسائل المعلومات فيعتبر وقت تسلم الرسالة عند دخولها لأي نظام معالجة المعلومات التابع للمرسل إليه[4].

3- تكييف العقد الإلكتروني بين الحاضرين و الغائبين

يجب الإشارة أولا أن هناك من الفقهاء من يعتد بمعيار الزمن لتغيير بين التعاقد بين الحاضرين والمتعاقدين الغائبين, ففي الحالة الأولى تنتمي الفترة الزمنية بين صدور والعلم به، فالموجب يعلم بالقبول في الوقت الذي يصدر فيه، آما في التعاقد الغائبين فإنه هناك فتره زمنية ملحوظة تفصل بين وقت الصدور القبول وعلم الموجب به.

---

[1] خالد ممدوح، إبراهيم المرجع السابق، ص،ص 383-384.

[2] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 252.

[3] ينص الفصل 28 على: " ينشئ العقد الإلكتروني بعنوان البائع وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على طلبية بواسطة وثيقة إلكترونية ممضاة موجهة للمستهلك ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك".

[4] قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، رقم 85، لسنة 2001.

هناك من الفقهاء من يرى أن معيار الزمن ليس مانعا ولا جامعا فالزمن ليس هو العنصر الوحيد الذي يميز التعاقد بين الغائبين عن التعاقد بين الحاضرين بل أن هناك ثلاثة عناصر مجتمعة[1] و إذا رجعنا إلى التعاقد الالكتروني فانه يجب التمييز بين الحالات التالية:

- التعاقد عبر البريد الالكتروني (E-mail)

- ✓ حالة وجود فاصل زمني بين الإيجاب والقبول: ففي هذه الحالة لا شك أن التعاقد يكون بين غائبين، وهو الحكم الذي ينطبق كذلك على التعاقد عبر الفاكس.
- ✓ حاله ما إذا صدر الإيجاب والقبول في نفس الوقت، في هذه الحالة نقترب من التعاقد عبر الهاتف وذلك لأن الإيجاب والقبول يكونون في نفس الزمان، فلابد من تطبيق أحكام التعاقد بين الحاضرين زمانا وهذا الحكم ينطبق أيضا على التعاقد بواسطة تيليكس.

- التعاقد عبر شبكة المواقع (web)

- ✓ إذا دخل الشخص إلى أحد المواقع على الشبكة وأرسل أجابه وانتظر فترة من الزمن لتلقي القبول، فنكون أمام التعاقد بين غائبين.
- ✓ وإذا تلقى هذا الشخص الإيجاب فورا فنكون في هذه الحالة أمام التعاقد بين حاضرين.

- التعاقد عبر المحادثة و المشاهدة

نكون أمام مجلس عقد لإمكانية تبادل الإيجاب والقبول عبر المحادثة والمشاهدة المباشرة وعليه يتم تطبيق أحكام التعاقد بين حاضرين زمانا[2].

ثانيا: مكان انعقاد العقد الإلكتروني

إن تحديد مكان انعقاد العقد لها أهمية خاصة من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق بشأنه والقضاء المختص بنظر منازعاته، وتزداد هذه أهمية خاصة إذا تعلق الأمر بالعقود الالكترونية التي تبرم عبر شبكة الاتصال ومنها الانترنت، نظرا للطابع غير المادي والعالمي الذي تتميز به هذه الوسائل في التعاقد، مما يجعل القواعد التي تحكم هذه المسألة في القانون المدني محل تساؤل عند الكثير من الفقهاء حول أمكانية تطبيقها على هذه العقود، لذا ستتم دراسة مكان انعقاد العقد الالكتروني في نقطتين التاليتين:

[1] أحمد خالد العجولي، المرجع السابق، ص89.
[2] نفس المرجع ، ص 90.

1- تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني

تنص المادة 67 من القانون المدني على انه: "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان الذين يعلم فيهم الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.

ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في مكان، في الزمان اللذين وصل فيهما إليه القبول".

إن هذا النص وضع قاعدة عامه تفيد بان مكان إبرام العقد الذي يبرم بين غائبين هو المكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول، إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك أو نص القانون على غير ذلك.

إن تطبيق هذه النظرية بالنسبة للعقود التقليدية التي تتم بين غائبين بواسطة تبادل الوثائق والخطابات المكتوبة يبدو سهل النظر للطبيعة المادية لوسيلة التبادل التراضي بين المتعاقدين، في حين أن تطبيقها على العقود الإلكترونية يثير الكثير من التساؤلات، كون محاوله تركيز هذا العقد في دوله معينه أمرا صعب التحقيق، نظرا للطبيعة الدولية لشبكه الانترنت بوصفها متصلة بجميع الدول في أن واحد من جهة، وعن الطبيعة الغير المادية لهذه الوسيلة في التعاقد، لاحتوائها على عدد هائل من المواقع الافتراضية من جهة أخرى[1].

بالإضافة إلى عدم اتفاق هذه النظرية مع جميع صور القبول، فقد رأينا أن القبول قد لا يتم صراحة إنما يستنتج من السلوكيات الموجه إليه الإيجاب، وذلك في الحالة السكوت الملابس التي يمكن أن يعتبر قبولا في العقود الالكترونية، كما لو قام الموجه إليه الإيجاب بالأعمال التي تنفذ العقد مباشرة دون الإعلان لإرادته في هذا الشأن، هنا لا يتحقق الاتصال القبول بإرادة الموجب.

فقد يصدر الإيجاب من محل أقامة الموجب أو من حيث توجد مشروعاته التي بها نظامه المعلومات الذي من خلاله يقيم اتصالاته وتعاقداته، كما يمكن أن تصدر من أي مكان توجد به وسيلة اتصال[2].

2- القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية

تنص المادة 18 المعادلة من القانون المدني على انه: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

---

[1] أ/ يونس عرب، المنازعات التجارة الإلكترونية اختصاص والقانون الواجب التطبيق وطرق التقاضي البديلة، ص 03 المقال منشور على الموقع التالي www.tootshamy.com تاريخ 2022/04/15، الساعة 11:30.

[2] فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص 62 ومابعدها.

وفي حالة عدم إن كان ذلك، يطبق القانون الموطن المشترك والجنسية المشتركة، في حاله عدم ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد.

غير انه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه".

يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع قد بنى قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود الدولية على ثلاثة ضوابط، أحدها أساسي وهو قانون إرادة المتعاقدين، وآخران احتياطيان، وهما قانون الموطن المشترك وجنسية المشتركة، وقانون محل إبرام العقد[1].

واشترط في قانون الإرادة أن تكون له صله حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، فلم يترك بالتالي لطرفي العقد الحرية الكاملة لاختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما، والسبب في تقدير القانوني هو ضرورة أقامة التوازن بين إطلاق حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد من ناحية، وضرورة خضوع هذه الرابطة العقدية للأحكام الآمرة للدولة القريبة للعقد واختصاص قضائها الوطني، منعا للغش وحماية للطرف الضعيف في العقد الذي يكون عادة المستهلك، وبذلك تتفق أراء الفقهاء ما رغبة المشرع في حمايته، خاصة في العقود التي تبرم بالطرق الالكترونية.

واختيار للقانون الواجب التطبيق يمكن أن يتم من طرف المتعاقدين على شبكة الويب، كما يمكن أن يتم من خلال الرسائل المتبادلة بالبريد الالكتروني بعد الاتفاق على البنود العقدية الأخرى، ومن ثمة فان مشاكل القانون الإرادة المتعارف عليها في العقود التقليدية تطرح نفسها هنا أيضا بما يتفق مع طبيعة شبكة الانترنت، فالعلاقة التي اشترطتها المادة 18 من القانون المدني بين القانون الإرادة والعقد قد تتمثل في مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه، ولكن هذين المعيارين لا يعبران في جميع الأحوال عن علاقة جدية بالعقد في التعاقد الذي يبرم من خلال الانترنت، الذي يفرض الاتصال العقلي بجميع الدول نظرا للاتصال الانترنت بها في أن واحد، نتيجة انفتاح هذه الشبكة على العالم كله، في الانترنت نفسه هو وسط غير مادي يتم فيه إبرام العقد من دون أن يكون مركزا في إقليم دولة معينة، لأنه فضاء الكتروني مستقل غير خاضع لدولة بعينها، بحيث يمكن القول بتطبيق قانونها ، كما أن تنفيذ العقد لا يخلو من الصعوبة، خاصة بالنسبة للعقود التي تبرم وتنفذ على شبكة الانترنت دون الحاجة للرجوع إلى الفضاء المادي الخارجي، ومن هنا لا يوجد إقليم دولة معينة يتم فيها تنفيذ العقد بل نحن إزاء بيئة غير مادية يتم التنفيذ العقد من خلالها[2]، وهذا ما دفع الفقه إلى التساؤل عما إذا كانت الانترنت منطقة بلا القانون، مشبهين إياها بالمحيط

[1] د/ أعراب بالقاسم، قانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار الهومة، الجزائر، طبعة 2002، ص 302 ومابعدها.

[2] Voir préface de francis Lorentz, au livre de Michel Vivant, Les contrats du commerce électronique, Litec, 1999

الذي ليس له حدود ولا مناطق جغرافية ولا تملكه دولة بعينها، فمستعمل الانترنت يتجول في فضاء وطني وفي فضاء دولي في أن، إذ يستطيع زيارة مواقع في كل أنحاء العالم لا تخضع لسيادة أي دولة.

ويرى جانب من الفقه عكس ذلك إذ يعتقد أن شبكة الانترنت منطقة خاضعة لعدد هائل من القوانين ومن الأنظمة القضائية، وذلك لتعذر خضوعها لقانون واحد، ذلك أن القانون لم يكن غائبا أبدا عن الشبكات ولا يمكن أن يغيب عنها، ووجود القانون الذي ينظم الانترنت هو أمر بديهي، وذلك طالما انه يوجد أفراد خلف الأدوات يجب أن يتفق سلوكه عبر شبكة مع القانون.

وينفي الرأي الثالث بشدة مشكلة الفراغ القانوني بالنسبة لشبكة الانترنت ضاربا أمثلة للعديد من التشريعات التي يمكن أن تخضع إليها في فرنسا، وللأجهزة الحكومية التي يمكن أن تتدخل بشان الانترنت، وهي ذات الأجهزة المنوط بها تنفيذ هذه التشريعات، وهو ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي.

ومن الأمثلة التي أعطاها الفقه لارتباط العقد بقانون الدولة معينة، العقود الالكترونية التي يتم فيها عرض السلعة أو الخدمة عن طريق البريد الإلكتروني، فالعرض يتم استقباله في دولة من وجه إليه، متى كان هذا الأخير قد دخل إلى موقع البريد المعلن به عرض السلعة أو الخدمة، ويتصور حصول هذا الفرض حين يقوم مورد السلعة أو الخدمة بإرسال رسالة إلكترونية ذات الطبيعة دعائية لذات البلد الموجه إليه الإيجاب، أو يصمم صفحة إعلانية توجه تحديدا إلى البلد الذي يقيم فيه من وجه إليه الإيجاب، ويعد ذلك النوع من العقود وثيق الصلة بقانون دولة محل الإقامة العادية لمن وجه إليه الإيجاب إذا كان الموجب وقد قام بالأعمال الضرورية واللازمة لإبرام العقد في هذه الدولة كأن يسجل طلبه على شبكة الانترنت أو يقبل إيجاب البائع عن طريق البريد الإلكتروني، ففي هذا المثال تعد أفعال القبول الصادرة ممن وجه إليه الإيجاب ذات علاقة بقانون الدولة محل إقامته العادية[1]، وبالتالي يمكن الاتفاق المتعاقدين على تطبيقه.

لكن رغم ارتباط القانون الإرادة بدولة محددة تبقى الإشكالية تطرح حول مدى صحة هذا الشرط على ضوء حقيقة مفادها أن المستخدم قد لا يكون قد قرأ شروط العقد وعليه فانه بالتأكيد لم يناقشه، وربما يقع هذا العقد وفق بعد النظم القانونية ضمن مفهوم عقد الإذعان، إضافة إلى ذلك أن هناك العديد من النظم القانونية لا تتضمن حتى الآن تشريعات منظمة لمسائل تقنية المعلومات مما يزيد الصعوبة حول قانون الإرادة والاختصاص القضائي.

[1] عبد الفتاح بيومي الحجازي، المرجع السابق، ص 171.

مما يجعل قاضي السلطة الوحيدة التي تبث في مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق وقضاء المختص، في حاله غياب ارتباط بين قانون الإرادة والعقد، وذلك باللجوء إلى جنسية ألمشتركه للمتعاقدين أو موطنهما المشترك.

الفصل الثاني
التنفيذ والإثبات
في العقد الإلكتروني

الفصل الثاني: التنفيذ والإثبات في العقد الإلكتروني

تعد مرحلة تنفيذ العقد الإلكتروني من أكثر المراحل تأثرا بطبيعة هذا العقد، والأصل هو أن يتم بصورة اختيارية، ولكن قد لا يتم على هذه الصورة كليا أو جزئيا لسبب من الأسباب، فيكون عندئذ لطرف العقد صاحب العلاقة حق إعمال القوة الملزمة للعقد لإرغام الطرف المتقاعس عن التنفيذ على تنفيذ الالتزامات، وهذا ما يتطلب تدخل السلطات العامة لإجبار المتعاقد على التنفيذ كما هو الأمر في سائر العقود، وفقا للأصول القانونية المتعلقة بالتنفيذ الجبري.

وبما أن العقد الإلكتروني، يتسم في معظم الأحيان بالطابع الدولي فيقتضي تحديد السلطة المختصة العمال القوة الملزمة للعقد.

وحتى تتمكن هذه السلطة من أن تأمر بالتنفيذ لابد للمتعاقد من إثبات حقه موضوع التنفيذ، لأن الإثبات كما سترى لاحقا هو عنصر جوهري لاكتساب الحق إذا ما أقرت النزاع حول تنفيذ العقد، و الالتزامات الناشئة عنه.

نتناول في هذا الفصل تنفيذ العقد الإلكتروني ضمن (المبحث الأول) فيما نتناول في (المبحث الثاني) إثباته.

المبحث الأول: تنفيذ العقد الإلكتروني

تنقسم العقود الإلكترونية من حيث كيفية تنفيذها إلى نوعين، منها ما يبرم عبر الانترنت وينفذ خارجها، حيث يشمل هذا النوع العقود التي يكون محلها الأشياء المادية التي يقتضي تسليمها في بيئة عادية، والنوع الآخر من هذه العقود مايبرم و ينفذ عبر شبكات الاتصال ذاتها،حيث يشمل العقود التي يكون محلها الأشياء الغير مادية وتقديم الخدمات ومنها عقود الاشتراك في الانترنت وعقود الاشتراك في بنوك المعلومات وعقود الإعلانات وغيرها.

وغالبا ما يتم دفع مقابل السلعة أو الخدمة عبر هذه الشبكات أيضا، لذلك سوف يقتصر حديثنا في هذا المبحث على دراسة التزام التعاقد على شبكة الانترنت بتسليم السلعة وأداء الخدمة والتزام المتعاقد معه بدفع الثمن المقابل لها إلكترونيا.

المطلب الأول: التزام المتعاقد بتسليم السلعة وتقديم الخدمة

قد يكون محل التزام المتعاقد على شبكة الانترنيت تسليم سلعة ما وقد يلتزم تقديم خدمة، وسوف نتناول كلا الالتزامين في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: التزامات المتعاقد بتسليم السلعة

تعتبر عملية التسليم ذات أهمية أساسية في العقد لأنه الالتزام، الذي ترتبط به العديد من الآثار القانونية، في تمام عملية التسليم يصبح المشتري قادرا على الارتفاع الكامل بشيء المبيع، ومن ثمة يكون المشتري قد حقق الغاية من شراء بتمكينه من حيازة الشيء المبيع، كما أن التسليم يعمل على استقرار ملكية الأشياء[1]، وبدورنا سنتناول التزام البائع بالتسليم، بدراسة محل العقد، كيفية التسليم، هو مكان وزمان ونفقات التسليم، مع عرض الجزء المترتب على البائع في حالة إخلاله بالتزامه .

أولا: محل الالتزام بالتسليم

نصت المادة 364 من القانون المدني الجزائري على: "يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت المبيع"[2].

حسب هذه المادة محل تسليم هو الشيء المبيع، أي أن محل تسليم هو محل متفق على إعداده، وهو الواجب تسليمه، فيتم إبرام عقد ترخيص باستعمال برامج الحاسب الآلي، أو شراء برامج خاصة بالعميل مثل برامج التشفير أو فك الشفرات، بذلك فإن محل العقد هو البرنامج الذي تم تحديده أثناء التعاقد[3]، والشيء المبيع قد يكون سلعة كيان مادي محسوس كالمعدات والأجهزة الكهربائية، وقد يكونوا أشياء ذات كيان معنوي ليس لها وجود مادي كبرامج الكمبيوتر وقواعد البيانات والقطع الموسيقية وغيرها، ويمكن أن يتم التسليم لهذه الأشياء بالطرق الإلكترونية دون اللجوء إلى الطرق التقليدية[4].

كما يشمل التسليم ملحقات المبيع التي تعد ضرورية لاستخدامه بشكل دائم، ويمكن اعتبار أهم ملحقات في العقد الإلكتروني هي: المستندات الشارحة التي تبين كيفية استخدام الجهاز أو المعدات وأساليب الصيانة.

[1] خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الرابع (عقد بيع)، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 120.
[2] الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.
[3] محمد فواز مطالقة، المرجع السابق، ص 97.
[4] فراح مناني، المرجع السابق، ص 206.

1- حالة البيع

حسب نص المادة 364 أعلاه، يسلم المبيع في الحالة التي كان عليها وقت البيع، اي بحسب المواصفات الواردة في الإيجاب والقبول أثناء إبرام العقد الذي تم الاتفاق عليها[1].

فإذا كانت السلعة ذات كيان مادي وكان المبيع شيئا معين بذاته فيسلم بذاته، أما إذا كان المبيع معين بنوعه يتم بتسليم الشيء المبيع حسب درجة وجود الشيء المتفق عليه، في حالة عدم أي اتفاق وعدم إمكانية استخلاصه من العرف أو من أي ظرف آخر يسلم الشيء من الصنف المتوسط.

أما إذا كانت السلعة ذات كيان معنوي كأن يكون محل عقد تقديم المعلومات متعلقة بهذا المجال وفق آخر التطورات المسجلة[2]، أما إذا تعلق المنتج بسلعة ذات كيان مادي غير ملموس ، فإن التسليم يكون بالطرق العادية حيث يقوم التاجر بإرسال السلعة إلى عنوان المشتري الذي يقيم في نفس الدولة أو خارجها، على أن تكون السلعة تلك التي كانت محل اتفاق الأطراف.

2- مقدار البيع

نصت المادة 365 من القانون المدني على: "إذا عين في عقد البيع مقدار المبيع كان البائع مسؤول عن ما نقص منه بحسب ما يقض به العرف غير أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد الذي نص في المبيع، إلا إذا ثبت أن النقص يبلغ من الأهمية درجة لو كان يعلم بها المشتري لما تم المبيع، وبالعكس إذا تبث أن مقدر الشيء المبيع يزيد على ما ذكر بالعقد وكانت ثمن مقدرا بحسب الوحدة واجب على المشتري إذا كان البيع غير قابل للتقسيم أن يدفع ثمن زائد إلا إذا كانت الزيادة فاحشة، في هذا الحالة يجوز له أن يطلب فسخ العقد، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يخلفه"[3].

ثانيا: كيفية التسليم

نصت المادة 367 من القانون المدني: "يتم تسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسليما ماديا مدام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك"[4].

ومن هذه المادة نستنتج أن التسليم نوعان إما يكون تسليما (قانونيا) فعليا، وإما يكون تسليما حكيما.

[1] مخلوفي عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 164.
[2] فراح مناني، المرجع السابق، ص 207.
[3] الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.
[4] الأمر رقم 75-58، نفس المرجع.

1- التسليم القانوني

يتحقق بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بالطريقة التي تتفق مع طبيعته بإعلام البائع المشتري بوضع المبيع تحت تصرفه[1].

2-التسليم الحكمي

نصت عليه المادة 376 من القانون المدني الجزائري وتنص: "وقد يتم التسليم بمجرد تراضي الطرفين على المبيع، إذا كان المبيع موجودا تحت يد المشتري قبل المبيع، أو كان البائع قد استبق المبيع في حيازاته يعد البيع لسبب آخر لا علاقة له بالملكية"[2].

ثالثا: زمان ومكان التسليم ونفقاته

أهم المسائل التي ترتبط بالتسليم هي الزمان والمكان والنفقات المترتبة عنه والتي سنتناولها كالأتي:

1- زمان التسليم

وتنص المادة 281 من القانون المدني على: "يجب أن يتم الوفاء ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك غير أن يجوز للقضاة نظر المركز المدين، ومراعاة الحالة الاقتصادية أن يمنح أجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه الأجال مدة سنة وأن يوقف التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها"[3].

ترك القانون الحرية للمتعاقدين في تحديد زمان التسليم فقد يكون فور إبرام العقد أو بعد إبرامه في أجل معين أو في أجال متتالية، فإن لم يوجد اتفاق على زمان التصنيف يجب أن يتم التسليم فور الانتهاء من إبرام العقد، ويمكن أن يتأخر التسليم بعد الوقت بحسب ما يقضي به الفرق وطبيعة الشيء[4].

أما التسليم الإلكتروني كاد لا يذكر لأن في هذه البيئة لا يعرف الفوارق الزمنية، ويرى البعض أن زمان التسليم في العقود الإلكترونية مثل ما عليه الشأن بالنسبة للقواعد العامة فور تمام العقد، وأن يتم التسليم مسبقا على زمان التسليم اتفاقا صريحا دقيقا، إلا أنه أمام التباعد المكاني بين أطراف المتعاقدين وانعدام التعاملات السابقة بينهم أن تتم عملية التسليم بتصديرها

[1] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 382.
[2] الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.
[3] الأمر رقم 75-58، نفس المرجع .
[4] فراح مناني، المرجع السابق، ص 208.

للمشتري، خاصة أن الدول النامية ومنها الجزائر من الدول المستوردة وهي طرف المشتري دوما في مثل هذه العقود الدولية[1].

2- مكان التسليم

تنص المادة 282 من القانون المدني على: "إذا كان محل الالتزام شيئا معين بالذات وجب تسليم في المكان الذي كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك، أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت وفاء في المكان الذي يوجد فيه مركز مؤسسته إذا كان الالتزام متعلقا بهذه المؤسسة".

كما نصت المادة 368 من نفس القانون على: "إذا وجب التصدير المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك"[2].

نستنتج من هذه المادة أن مكان تسليم المبيع يكون عند وصول إلى المشتري في موطنه، إلا إذا كان هناك اتفاق مخالفا لذلك.

3- نفقات التسليم

فيما يخصنا نفقات التسليم[3] تقع على عاتق المدين ما لم يوجد اتفاق بين الأطراف، ومتى تم الملتزم من الانتهاء من تسليم محلي ووضعه تحت التصرف العميل، بحيث يتمكن من استخدامه عن استكمال آخر الالتزام تعاقدي للوفاء بالتزامه، ولكن المشكلة في حالة إخلاله بالالتزام بالتسليم.

رابعا: جزاء الإخلال بالتسليم

يكون البائع مخلا بالالتزام في حالة امتناعه عن التسليم، وفي حالة تأخره في التسليم عن الميعاد المتفق عليه، أو إذا سلم المبيع من غير الحالة التي كان عليها وقت انعقاد العقد، في هذه الحالة يجوز للمشتري أن يطلب التنفيذ العيني، كما يجوز له طلب الفسخ العقد لكن السلطة التقديرية للقاضي في تقديره.

وفي كلا الحالتين له الحق المطالبة بالتعويض إذا اقتضى الظرف ذلك[4].

- ✓ نشير قبل التطرق إلى التزام البائع بأداء الخدمة أنه يزيد عن الالتزام البائع بالتسليم محل العقد الذي تم تحديده أثناء التعاقد بنفس المواصفات الواردة في الإيجاب والذي تم

[1] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 392.
[2] الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.
[3] تنص المادة 283 من الأمر رقم 75-58، على "تكون نفقات على المدين، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك".
[4] خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص،ص 140-141.

الاتفاق عليها، الالتزام بضمان العيوب الخفية[1]، إذ يعتبر التزاما هاما خاصة أن أوصاف المبيع والمنتجات المعروضة على شبكة الانترنت لا يمكن للمشتري من الرؤية الحقيقية للمبيع، مما لا يمكن من الحكم عليه وتقيمها تقيما حقيقا، خاصة إذا علمنا أنه يمكن باستخدام الوسائل الإلكترونية تخزين وحفظ المبيع على غير حالته الحقيقية.

- ✓ وهذا الالتزام لا يوجد وجه للخصوصية يميزه، إلا أنه من الصعب العلمي الكافي بالمبيع لغياب الوسائل التي تحقق هذا الالتزام[2]، ويربط هذا الالتزام البائع بضمان التعرض الصادر عن البائع[3]، وضمان التعرض الصادر عن البائع لا يقتصر على الأفعال الشخصية للبائع، وإنما أفعال الغير والتي تمثل تعرض المشتري في حيازته، والتزام بضمان التعرض الصادر عن الغير هو الالتزام بالقيام بالعمل[4].

هذا الالتزام من النادر في العقود الإلكترونية، إلا أنه ليس من المستبعد خاصة أن العقد الإلكتروني عقد مبرم بين أطراف ينتمون إلى مختلف مناطق العالم، إذا وجب على البائع الحظر أثناء التعامل مع زبائنه، أن يكون حريصا في معاملته مع الغير وأن تعمل على كفالة الشخص المشتري كونه مالك للمبيع، أو هناك من يعتبر أن التعرض في البيئة الإلكترونية ليس تعرض مادي ملموس، إنما تعرض غير ملموس زرع الفيروسات التي تعمل على إتلاف البرامج والبيانات والمواقع التجارية، وهذا التعرض غير حالة ما إذا كانت تسليم بالطرق الإلكترونية فقط دون تسليم الذي يتم خارج البيئة الإلكترونية[5].

الفرع الثاني: الالتزام المتعاقد بتقديم الخدمة

هناك العديد من الخدمات التي تقدم على شبكة الانترنت، ومن ذلك على سبيل المثال كما هو الأمر في حالة اللجوء إلى أحد الفنانين لتصميم موقع (site) على شبكة الانترنت، إذ يتم إعداد تصميم هذا الموقع على جهاز الإلكتروني وترسل الخدمة بطريقة الإلكترونية أي عبر شبكة الانترنت إلى جهاز المشتري.

بالإضافة إلى بعض الخدمات المتمثلة في الاستشارات بمختلف أنواعها القانونية منها والاقتصادية والطبية وسواها أو الاشتراك في بنوك المعلومات، فالتنفيذ في هذا الشأن يتم عبر شبكة الانترنت[6].

[1] نص المادة 379 من القانون المدني الجزائري.
[2] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص،ص 399-400.
[3] نص المادة 371 من القانون المدني الجزائري.
[4] خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 151.
[5] نفس المرجع ، ص،ص 408-409.
[6] خالد محمود، المرجع السابق، ص 157.

ويلاحظ أن هذا الالتزام غالبا ما يكون مستمرا لفترة من الزمن، في عقد الاشتراك مثلا في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت لا يمكن تنفيذه في لحظة واحدة، بل يكون تنفيذهم متتابع فترات زمنية مستمرة[1].

وتطلب مثل هذه العقود تعاون الزبون والمورد قصد الاستعلام لتلقي النصائح الفنية التي تمكنه من الحصول على أفضل خدمة يحتاج إليها، ومثال ذلك أن ينصح متعاقد الزبون بشراء المعدات اللازمة لإجراء عملية البحث في بنك المعلومات التي تسهل حدوث الاتصال والتفاعل بينه وبين بنك المعلومات، ومن الأمثلة أيضا إعداد الزبون فنيا عن طريق بث دورات تعليمية من خلال شبكة الانترنت.

وكقاعدة عامة، فإن التزام المورد بأداء الخدمة هو التزام بتحقيق نتيجة ما لم يتضح من نصوص العقد وطبيعة الالتزام أن الأمر يتعلق ببدل العناية، بذلك لا يستطيع المورد التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي المتمثل في القوة القاهرة أو الخطأ المضرور.

المطلب الثاني: الالتزام بالوفاء إلكترونيا

يقابل التزام البائع أو المنتج أو المورد بتسليم السلعة أو تقديم الخدمة، التزام المشتري أو الزبون بأداء الثمن مقابل ذلك.

ويجب على المتعاقدين أن يعينوا ثمن المبيع ومواعيد دفع الثمن، والثمن مبلغ النقود يلتزم المشتري يدفعه إلى البائع أو المورد أو مقدم الخدمة مقابل نقل ملكية المبيع أو تسليم الخدمة أو المبيع، وهو ركن من أركان البيع، فلا ينعقد العقد بدونه،إذ يجب أن يكون الطرفان متفقان على طبيعة العقد، وعلى المبيع والثمن و إلا كان العقد باطلا.

وسوف ندرس فيما يلي هذا النوع الجديد من الوفاء من خلال فرعين، نخصص (الفرع الأول) لدراسة خصائص الدفع الإلكتروني، أما (الفرع الثاني) فيخصص لدراسة أنواع الدفع الإلكتروني.

الفرع الأول: خصائص الدفع الالكتروني

يرى البعض[2] أننا على مشارف مجتمع بلا أموال، وهذه العبارة ترمز إلى انتقال المجتمع من تعامل بالمعاملات الورقية إلى التعامل بالنقود الإلكترونية، أثر انتشار العقود التي تتم عن بعد من خلال وسائل الاتصال الحديثة، لذا ظهر الدفع الإلكتروني الذي يتم عن بعض باستخدام إحدى الوسائل المعلوماتية المقترنة بتقنية الاتصال عن بعد[3]، ويتميز الدفع الإلكتروني بجملة

[1] فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص 87 وما يليها.

[2] SEDALLIIAN(v) : droit de l'internet , collection Audi, 1996, p219

[3] ITEANU(o)internet et le droit, aperts juridique du commerce électronique, édition E Y R OLLES, 1996, p226.

من الخصائص جعلته يحتل مكانة رئيسية وأساسية في ميدان التجارة الإلكترونية، وذلك مراعاة لمقتضيات لتطورها المستمر والسريع، وتتمثل هذه الخصائص في النقاط التالية:

1- يتسم الدفع الإلكتروني بالطبيعة الدولية أي أنه وسيلة مقبولة من جميع الدول، حيث يتم استخدامها لتسوية في حساب المعاملات الإلكترونية التي تتم عبر فضاء الإلكتروني مفتوح بين المستخدمين من كل أنحاء العالم[1].
2- الدفع الإلكتروني يتم من خلال استخدام النقود الإلكترونية، وهي عبارة عن قيمة نقدية محملة على بطاقة أو كارت به ذاكرة رقمية أو الذاكرة الرئيسية للمؤسسة التي تهيمن على إدارة عملية التبادل.
3- يستخدم الدفع الإلكتروني لتسوية المعاملات الإلكترونية، أو العقود التي يتم إبرامها عن بعد عبر شبكة الانترنت ما بين أطراف المتباعدين في المكان، حيث يتم الدفع عبر شبكة الانترنت من خلال تبادل

المعلومات اللازمة، لإعطاء أمر الدفع وفقا لمعطيات إلكترونية تفرضها شبكة تسمح بالاتصال المباشر ما بين طرفي العقد.

4- يتم الدفع الإلكتروني بأحد الأسلوبين :

- ✓ من خلال دفع النقود مخصصة سلفا لهذا الغرض، ومن ثم فإن الدفع لا يتم إلا بعد الخصم من النقود، ولا يمكن تسوية المعاملات الأخرى عليها بغير هذه الطريقة، ويشبه ذلك العقود التي يمكن الثمن فيها مدفوعا مقدما.
- ✓ من خلال الكروت البنكية العادية، حيث لا توجد مبالغ مخصصة مسبقا لهذا الغرض بل أن المبالغ التي يتم السحب عليها بهذا الكرت قابل لسحب عليها بوسائل أخرى كالشيك لتسوية أي معاملات مالية.

5- يلزم تواجد نظام مصرفي معدي لإتمام ذلك، أي توافر أجهزة تتولى الإدارة هذه العمليات التي تتم عن بعد لتسهيل التعامل الأطراف وتوفير الثقة فيما بينهم، وتتولى البنوك بصفة أساسية عبئ القيام بهذه المهمة بالإضافة إلى منشآت أخرى يتم إنشاؤها خصيصا لهذا الغرض[2].

6 - يتم الدفع الإلكتروني من خلال نوعين من الشبكات:

- شبكة خاصة يقتصر الاتصال بها على أطراف التعاقد، ويفترض ذلك وجود معاملات وعلاقات تجارية ومالية مسبقة بينهم وتطلب هذا النوع من الشبكات عدم قصر إدارة الدفع

[1] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 99.
[2] نفس المرجع، ص 103.

الإلكتروني على البنوك، وإنما يعهد ذلك إلى بعض المؤسسات الخاصة الأخرى العاملة في هذا المجال[1].

- شبكة عامة حيث يتم من خلالها التعامل بين العديد من المستخدمين لا توجد بينهم قبل ذلك أية روابط، كما يمكن للجهات المختلفة سواء كانت عامة أو خاصة أن تتولى إدارة الإجراءات الدفع الإلكتروني حيث لا يقتصر الأمر هنا على جهة معينة.

7- إن الدفع الإلكتروني يكون مسحوبا بوسائل إما فنية من شأنها أن تحدد المدين التي يقوم بالدفع والدائن الذي يستفيد منه، فالدفع الإلكتروني من خلال قضاء معلوماتي مفتوح ولذا فإن فرضية السطور على أرقام بطاقات الدفع أثناء عملية السداد تكون قائمة[2]، بل وأن فرصة حدوثها كبيرة نسبيا، وعليه فإن عملية الدفع غالبا ما تم بطريقة مشفرة وذلك عن طريق استخدام برنامج معاد لهذا الغرض في حيث لا يظهر الرقم البنك على الشبكة، وإنما يتم إنشاء أرشيف خاص بالمبالغ التي تم السحب عليها باستخدام هذه الطريقة[3].

8- عدم الرجوع في الوفاء حيث أغلب وسائل الدفع لا تقبل الرجوع فيها، كما هو الدفع بواسطة الشيك أو النقود السائلة[4]، فإن هذه الخاصية تبدو أكثر ملائمة في المعاملات الإلكترونية التي تتم في العالم الافتراضي.

ولقد تضمن القانون الفرنسي رقم 85-95 الصادر في 11 جويلية لسنة 1985، على أن: "الأمر أو الالتزام بالدفع، والصادر بموجب بطاقة الدفع، غير قابل للرجوع فيه"[5].

ويرد استثنائيين على هذه القاعدة، الأول هو حالة ما إذا تم التعامل فقط بالرقم الظاهر على بطاقة الوفاء حيث لا يعتبر ذلك أمرا حقيقيا بالدفع[6]، والثاني جاء به التوجيه الأوروبي رقم 07/97 بشأن حماية المستهلك في مجال التعاقد عن بعد حيث نصت المادة 08 على أنه: "تحرص دول الأعضاء على وجود إجراءات ملائمة للمستهلك، لإمكانية طلب إلغاء الدفع في حالة استخدام غير مشروع لبطاقة الدفع الخاص به في إطار العقود التي تتم عن بعد والداخلة في نطاق هذا التوجيه"[7].

---

[1] فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص 167.

[2] نفس المرجع ، ص 168.

[3] VASSEUR(m), le paiement électronique aspects juridiques –j.c.p. 1985, p3206.

[4] SEDALIA (v) droit de l'internet, op. cit. p228.

[5] Article 22 de la loi n°85/695 de 11 juillet 1985, unifiant le, droit en matière de chèque (et relatif aux cartes depaiement), inséré par la loi h°91/1382 du 30 decembre 1991, relative à la sécurité des chéques et des cartes de paiement, j.o.n° 1 DU 01/01/1992 .p12.

[6] HUETC(j) aspects juridiques du télépaiement, j.c.p.éd.g. 1991. 13524, n°5.

[7] Arcticle 8 de la directive n°97/7/ce du parlement européén et du conseil, du 20 mai 1997, concement la protection des consommateurs en matiére de contrats à distance, j.o.c.e N° L144, p19.

وغير هذين الاستثنائيين السابقين يجب إعمال قاعدة عدم الرجوع في الوفاء الإلكتروني، حيث يتحقق هذا الوفاء بإجراءات حقيقية موثقة، لذا يجب اعتباره أمرا بالدفع لا يمكن الرجوع فيه فهو بمثابة أمر بالتحويل يصبح نهائيا عندما توضع في خانة الدائن الخاصة بحساب المنتفع، وهو ما حرصت على تأكيده التوصية الأوروبية رقم 590/88 بشأن أنظمة الوفاء الصادرة في 1988/11/17.

الفرع الثاني: أنواع الدفع إلكتروني

لقد تطورت تقنيات المعلومات وازدهرت التجارة الإلكترونية عبر شبكة الانترنت فظهرت الحاجة إلى ابتكار وسائل جديدة في عملية الوفاء الإلكترونية باستخدام وسائل الدفع الإلكترونية المختلفة، حيث تتلائم مع سرعة الإنجاز المعاملات التجارية الإلكترونية بكل ثقة واطمئنان[1]، فظهرت البطاقات المصرفية والنقود الإلكترونية والبطاقات الذكية والشيكات الإلكترونية، فضلا عن توجه الحديث للدفع بواسطة الهاتف المحمول وغيرها من أساليب التقنية الحديثة التي أصبحت تحل محل النقود الورقية والشيكات، وبما أن وسائل الدفع الإلكترونية عديدة وسريعة التطور لدى سنعرض أهم أنواعها فيما يلي:

أولا: التحويل الإلكتروني

تتمثل هذه الطريقة في القيام بتحويل مبلغ معين من الحساب المدين إلى حساب الدائن، فالمشتري ليست لديه وسيلة الدفع بواسطة البطاقة أو الكارت التي تتم من خلالها عملية الدفع الإلكتروني بطريقة مباشرة عبر الشبكة، ويتولى العملية الجهة التي تقوم على إدارتها، وهي غالبا البنك أو جهة خاصة أنشئت لهذا الغرض[2].

ثانيا: البطاقات البنكية (النقود البلاستيكية)

وهي عبارة عن بطاقة بلاستيكية ممغنطة تصديرها البنوك لعملائها التعامل بها بدلا من حمل النقود[3]، وأشهر هذه البطاقات (visa cardé) و(master cardé) وبطاقة (Américaine Xpress)، وقد ظهرت البطاقات الائتمانية لأول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية قبل الحرب العالمية الأولى ثم انتقلت بعد ذلك إلى فرنسا في أواخر العشرينات[4]، وهي بطاقة مستطيلة من البلاستيك تحمل اسم المؤسسة المصدرة لها وشعارها وتوقيع حاملها وبشكل بارز على وجه الخصوص رقمها واسم حاملها ورقم حسابه وتاريخ انتهاء صلاحيتها،

[1] شيب بن ناصر البوسعيدي، وسائل الدفع في التجارة الإلكترونية، دار البشير، الإمارات العربية المتحدة، 2013، ص 58.
[2] فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص 104.
[3] إن هذه البطاقات من ابتكار البنوك والمؤسسات المالية يتم تصنيعها من طرف شركات متخصصة لهذا الغرض وتقوم البنوك بتوثيقها لعملائها لارتباطها بالحسابات المصرفية.
[4] محمد سامي الشيوا، ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات، طبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 105.

وبفضل هذه البطاقة يستطيع حاملها أن يحصل على ما يحتاجه من سلعة وخدمات دون أن يضطر إلى الوفاء بثمنها فورا إنما يكتفي بتقديم بطاقته إلى التاجر الذي يدون بياناتها عادة باستخدام آلة طابعة إلكترونية أو يدوية في الفاتورة من عدة نسخ يوقعها العميل، ويرسل التاجر نسخة هذه الفاتورة إلى الجهة المصدرة للبطاقة فتتولى سداد قيمتها وتقوم الجهة المصدرة في نهاية كل شهر بصفة عامة بسداد القيمة للتاجر وخصمها في نفس الوقت من الحساب الجاري للعميل لديها[1].

وبدا استخدام بطاقات الوفاء لأول مرة لدى محطات البنزين، وبعد ذلك انتقلت إلى مجالات السفر والسياحة وهناك عدة أنواع من البطاقات لعل أهمها مايلي:

1- بطاقات الحساب الآلي

يتم إصدار هذه البطاقات من جانب البنك للعميل رغبة في عدم وجود زحام على شباك الصراف، وكذلك لتمكين العميل من صرف المبلغ الذي يحتاجه خلال الفترة التي يكون البنك فيها مغلقا، عن طريق إدخال هذه البطاقة في الصراف الآلي الخاص بالبنك وإدخال الرقم السري، وهو يتكون في الغالب من أربعة أرقام عن طريق الضغط على لوحة المفاتيح الموجودة بجهاز الصرف الآلي[2]، يظهر على شاشة الجهاز عدة اختيارات للعميل بحيث يستطيع عن طريق الأرقام الموجودة بجهاز الصراف الآلي أن يحدد المبلغ المراد سحبه، ويحرر جهاز الصراف بالأموال المسحوبة من قبل العميل مبينا مكان وتاريخ الائتمان، وذلك لأن العميل سحب النقود من رصيده لدى البنك وتتم هذه العملية في أقل من 30 ثانية[3].

2- بطاقات الدفع

تخول هذه البطاقة لحاملها سداد مقابل مشترياته من سلع أو خدمات، حيث يتم تحويل ذلك المقابل من حساب العميل إلى حساب التاجر، ويلاحظ أن هذه البطاقة تعتمد على وجود أرصدة فعلية للعميل لدى البنك، لذلك فهذا النوع من البطاقات لا يتضمن نوع من أنواع الائتمان، ومن أمثلة ذلك النوع من البطاقات(la carte bleu) الفرنسية، ويلاحظ أن الوفاء عن طريق هذه البطاقة يتم بطريقة يدوية وقد يتم بطريقة أوتوماتكية.

---

[1] جميل عبد الباقي الصغير، القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، الكتاب الأول، الجرائم الناشئة عن استخدام الحساب الآلي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 1992، ص 33.

[2] جهاز السحب الآلي هو عبارة عن ماكينة مبرمجة تحفظ فيها النقود بطريقة معينة وتستخدم بسحب المبالغ المودعة في حساب العميل بواسطة البطاقات المصرفية، ولقد قام بابتكار هذا الجهاز رجل يدعى john baron shepherd والذي أراد حل مشكلة الحصول على أموال المودعة في البنك أيام العطل الرسمية للمصارف، فيبادر بالفكرة للمدير العام للبنك والذي وافق عليها وتم تركيب أول جهاز للسحب الآلي للبنك في فرع شمال لندن وذلك في عام 1968 ومند ذلك التاريخ انتشرت تلك الأجهزة وتطورت بشكل كبير في مختلف أنحاء العالم، لمزيد من التفاصيل أحمد صفر، أنظمة الدفع الالكترونية، منشورات الحيي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 2008، ص 141.

[3] غنام محمد عنام، الحماية الجنائية لبطاقات الائتمان الممغنطة، بحث منشور عبر الدليل الإلكتروني للقانون العربي، تاريخ الإطلاع 2022/05/03، ساعة 09:48. www.arablawinfo.com

فبالنسبة للطريقة الأولى يتم الوفاء عن طريق تقديم العميل بطاقته للتاجر الذي يأخذ جميع بياناتها بالتفصيل ويدونها عنده، ويصدر التاجر الفاتورة بقيمة السلعة أو الخدمة من عدة نسخ يوقع عليها العميل، وترسل هذه النسخ للجهة المصدرة للبطاقة وإحداهما يأخذها العميل والأخيرة يحتفظ بها التاجر لديه[1].

أما الطريقة الأوتوماتيكية فتتم عن طريق تقديم العميل بطاقته للتاجر فيمررها في جهاز خاص للتأكد من صحة بيانات البطاقة ووجود رصيد كافي بها ويتحصل التاجر في غالب على هذا الجهاز من البنك المصدر للبطاقة.

3- بطاقة الشيكات

تصدر البنوك هذا النوع من البطاقات لعملائها من حاملي الشيكات، ويضمن البنك بمقتضى هذه البطاقة الوفاء بقيمة الشيك الذي يصدره حاملها، وعليه تعين على حامل البطاقة عند سحب الشيك لأحد تجار إبراز البطاقة وتدوينه رقمها على ظهر الشيك، وعلى التاجر أن يتحقق من مطابقة البيانات على بطاقة مع بيانات المدونة على الشيك[2].

4- بطاقة الائتمان

تعتبر بطاقة الائتمان من أكثر الوسائل الدفع الإلكتروني استعمالا عبر شبكة الانترنت، بالتالي فهي الوسيلة الأكثر تعرضا لخطورة الاعتداء أو القرصنة عبر الشبكة[3]، بموجب هذا النوع يمنح لحاملها تسهيلا ائتمانيا يمكنه من استعمالها بهدف الحصول على المبيع المطلوب، ويتولى البنك بعد ذلك سداد ثم يقوم الحامل بسداد ما دفعه البنك مع فوائد خلال أجل المتفق عليه[4].

5- بطاقات الصرف البنكي

عبارة عن وسيلة دفع إلكتروني تتم لدى البنوك الإلكترونية ويطلق عليها بطاقات الصرف الآلي، غالبا ما تكون فترة الائتمان في هذا النوع من البطاقات فترة قصيرة حيث يتعين على العميل السداد أولا بأول خلال مدة الائتمان أو السحب[5]، ويطلق عليها أيضا بطاقة الصرف الشهري، لأن فترة الائتمان لا تتجاوز شهرا من تاريخ السحب[6].**البطاقات الذكية**

---

[1] محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 132.

[2] جميل عبد الباقي الصغير، المرجع السابق، ص 35.

[3] موقع الإلكتروني التالي: http://www.islamicfi.com/arabic/foundation/productions.asp. تاريخ 2022/05/03، الساعة 14:14.

[4] لمزيد حول الجوانب القانونية للدفع بموجب بطاقات الائتمان القضاة فياض، "التزامات الناتجة عن استخدام البطاقات ائتمان، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، العدد الثاني، المجلد 26، الأردن، لعام 1999، ص 395.

[5] بشار محمد دودين، المرجع السابق، ص 205.

[6] نفس المرجع، ص 133.

عبارة عن رقاقة إلكترونية فائقة القدرة على التخزين جميع البيانات بعميلها وهي بذلك تعتبر حاسبا متنقلا يؤمن حماية كبيرة ضد التزوير وسوء الاستخدام، حيث تتيح أجهزة قراءة البطاقات التي توضع في المواقع التجارية التدقيق في تفاصيل الحسابات المالية لصاحبها[1]، وتتميز هذه البطاقة بأنها قادرة على تخزين المدخل البيولوجي فهي تعد مثل بطاقة تحقيق الشخصية التي تصدرها مصلحة الأحوال المدنية[2].

6- بطاقة المون دكس

هي بطاقات ذكية تتسم بمرونة كبيرة في الاستخدام حيث تجمع ما بين ميزات النقود الورقية التقليدية وبطاقات الدفع الإلكتروني الحديثة، حيث يمكن استخدامها كبطاقة ائتمان أو كبطاقة خصم فوري وذلك طبقا لرغبة العميل، عمليات الدفع بهذا النوع من البطاقات تتم دون اللجوء إلى البنك حيث يمكن إجراء التحويل من رصيد البطاقة إلى رصيد البطاقة أخرى والسحب من رصيد الحساب الجاري للعميل إلى رصيد البطاقة من خلال آلات الصرف الذاتي أو الهاتف[3].

ثالثا: الوسائط الإلكترونية المصرفية

إن تطور الأساليب التكنولوجية الحديثة باستمرار وتبعا لذلك فإن النقود أيضا في تطور مستمر حيث أنها ظهرت بصورة الوسائل إلكترونية يتم تداولها من خلال عدة أشكال أهمها[4]:

1- الهاتف المصرفي

هو نوع من الخدمات المصرفية التي تقدم للعملاء على مدار 24 ساعة طوال اليوم بدون انقطاع يستطيع العميل فيها أن يطلب من البنك تحويل المبلغ من المال مقابل سلعة أو الخدمات التي اشتراها عبر الانترنت إلى البائع، يتم ذلك بعض التأكد من شخصية العميل عن طريق إدخال الرقم السري الخاص بالعميل والمعطى له من قبل البنك والتعرف على رقم هاتف العميل وأنه يجري الاتصال من هاتفه المعروف أرقامه لدى البنك من قبل كما يستطيع العميل الكشف عن حسابه أو السحب من رصيده أو الإضافة إليه ويقوم المصرف بالرد على العميل بعد التأكد من هويته، عن طريق إرسال رسالة مكتوبة أو صوتية تحمل الرد على طلبه، وإذا لم يتأكد المصرف من هوية العميل، كما لو ادخل رقما سري خاطئا مثلا، فإن المصرف يرد عليه، عن طريق رسالة مثلا: نأسف هذا الرقم غير صحيح.

[1] بشار محمد دودين، المرجع السابق، ص 205.
[2] محمد أمين الرومي، نفس المرجع، ص 141.
[3] نفس المرجع ، ص 205.
[4] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 107.

وتعتبر طريقة استخدام الرسائل للدفع عبر الهاتف المحمول، طريقة سهلة وسريعة وقليلة الكلفة، ومتوفرة لجميع حاملي الهواتف المحمولة، إذ أنها لا تحتاج إلى بروتوكول معين من أجل إمكانيات الدخول إلى الشبكة، لذلك فمن المتوقع سرعة انتشار هذه الطريقة.

كما يستخدم الهاتف المحمول كوسيلة للدخول إلى شبكة الانترنت، كما يستطيع العميل شراء السلعة أو الخدمة وإضافة حسابه على فاتورة هاتفه المحمول، والتي تتولى شركة الاتصالات التي يتعامل معها العميل بدفع مقابل السلعة أو الخدمة التي اشتراها من البائعين بدلا منه ثم تقوم الشركة بإضافة المبلغ المدفوع مقابل السلعة على فاتورة المكالمات الخاصة بالعميل.

2- خدمات المقاصة الإلكترونية المصرفية

جل هذا النظام مكان أوامر الدفع المصرفية وظهر نظام التسوية الإجمالية بالقوت الحقيقي، الذي يتم في خدمات مقاصة الدفع الإلكترونية لتسوية الإلكترونية في المدفوعات بين مصارف، وذلك ضمن النظام المدفوعات الإلكترونية للمقاصة، وهو ينطوي على عنصر اليقين حيث تتم المدفوعات في نفس اليوم بدون إلغاء أو تأخير وبنفس قيمة اليوم.

3- الانترنت المصرفي

أتاح انتشار استخدامات الانترنت للبنوك التعامل مع العملاء من خلال خدمات المصرف المنزلي حيث يتم إنشاء مقر لها على الانترنت بدلا من المقر العقاري، من ثم يسهل على العميل التعامل مع البنك عبر الانترنت وهو في منزله، ويمكنه محاورة موظف البنك على شاشة الكمبيوتر ويتم إجراء كافة العمليات المصرفية.

رابعا: الوسائط الإلكترونية الجديدة

إن الخشية من القرصنة التي تطول الأرقام السرية لبطاقات الائتمان والتي يتم بموجبها الدفع، أدى إلى البحث عن وسيلة آمنة والتي تتمثل في الدفع الالكتروني عبر الاستعانة بوسيط الكتروني، وفي بذلك يتولى الوسيط إجراءات الدفع بين البائع والمشتري في شبكة الانترنت حيث يقوم بالتوسط بين بنك التاجر من جهة، وبنك الزبون من جهة أخرى، ويمكن الاستعانة بوسيط لإتمام عملية الدفع أيا كان نوعها سواء أكانت بالنقود الالكترونية أو باستخدام بطاقات الائتمان.

ويتم الدفع بهذه الطريقة وفق عدة أنظمة ومن أهمها نظام القابض الأول first virtual holding[1]، والقابض incorporated، وشيك النت cheque net.

[1]الموقع الإلكتروني التالي: http://www.fc.com تاريخ 2022/05/03، ساعة 18:55.

1- نظام الهوية الكونية[1]

وتتم عمليه الدفع وفقه نظام الهوية الكونية والذي يعتمده الوسيط على النحو التالي:

- ✓ يدفع الزبون بواسطة نظام (Globied) باستخدام الرمز السري الذي يمنحه الوسيط (Klein).
- ✓ يرسل التاجي قسيمة الكترونية إلى الوسيط لكي يقوم بتثبيت عملية الدفع.
- ✓ يرسل الوسيط (Klein) نسخة إلى الزبون المعنوي للمصادقة عليها.
- ✓ يصدر الوسيط (Klein) قسيمة من الصندوق تؤكد عملية الدفع بحيث يقوم بإرسالها إلى التاجر.

أما عمليه الدفع وفق النظام الافتراضي الأول، تتم على النحو التالي:

- ✓ يدفع المستخدم للتاجر باستخدام الرمز السري الذي يمنحه إياه الوسيط.
- ✓ يواجه تاجر إلى الوسيط رسالة يطلب فيها تثبيت عملية الدفع.
- ✓ عندما يصادق الزبون ويبعث هذه المصادقة إلى الوسيط يقوم الوسيط بتحويل قيمة العملية إلى البنك الذي يتعامل معه التاجر لتتم بذلك عملية الدفع.

2- القابض

عبارة عن وسيط بين المتعاملين يتلقى الطلبات وبيانات كل منهما ويتحقق منها عن طريق موقعه على الشبكة ويتولى مباشرة عملية عرض الخدمة وتسليم والوفاء نظير عملية معينة[2].

3- الشيكات الإلكترونية

سعيا وراء التطور قد لجأت العديد من الدول إلى إصدار شيكات الكترونية وكان ذلك لأول مره في الولايات المتحدة الأمريكية[3]، تحت تسميت (E-check)[4] التي هي عبارة بيانات يرسلها المشتري إلى البائع عن طريق البريد الالكتروني المؤمن وتتضمن هذه البيانات، البيانات التي يحتويها الشكل البنكي من تحديد مبلغ الشيك واسم المستفيد واسم من اصدر الشيك وتوقيع مصدر الشيك ويكون توقيع مصدر الشيك الالكتروني عن طريق رموز خاصة[5].

وتعتمد الشيكات الالكترونية على وجود وسيط بين المتعالمين يطلق عليه اسم جهة التخليص أو ما يعرف بمصطلح (clearing House) ويتم استخدام الشيك الالكتروني في

---

[1] الموقع الإلكتروني التالي: http://www.kleine.fr تاريخ 2022/05/04، الساعة 10:00.
[2] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 108.
[3] الموقع الإلكتروني التالي: http://fstc.org/about/ تاريخ2022/05/04، الساعة 10:14.
[4] الموقع الإلكتروني التالي:http://www.echek.org تاريخ04 /2022/05، الساعة 10:30.
[5] محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 145.

عمليه الوفاء بان يقوم كل من البائع والمشتري بفتح حساب لدى البنك محدد ويقوم المشتري بتحرير الشكل الالكتروني وتوقيعه الكترونيا بمجرد توقيع الشيك يندمج التوقيع في الشيك ويصبح كل منهما جزء واحد لا يمكن لأحد من الأشخاص أن يفصل التوقيع عن الشيك، ويمكن أن يكون كل من الشيك والتوقيع مشفرين، بحيث لا يستطيع احد من المتطفلين على الشبكة معرفة مضمون الشيك أو التعرف على التوقيع، وممكن أن يكون مضمون الشيك معروف بحيث يمكن لأي شخص معرفة محتوياته لكن يضل التوقيع مشفرا لا يمكن قراءته، بعد ذلك يقوم المشتري بإرسال الشيك إلى البائع (المستفيد) عن طريق البريد الالكتروني ثم يقوم البائع بعد ذلك بتوقيع الشيك الالكتروني عن طريق التوقيع الالكتروني الخاص به، باعتباره المستفيد من الشيك، ثم يرسل البائع الشيك إلى البنك الذي يقوم بمراجعة الشيك والتحقق من توقيعات وتوافر الرصيد اللازم لإتمام عملية الشراء، وبعد التأكد من كل هذه الأمور يقوم البنك بإخطار كل من البائع والمشتري بأن العملية قد تمت، أي خصم الرصيد من المشتري وإضافته لحساب البائع

خامسا: النقود الإلكترونية

تعتبر النقود الالكترونية أحد أهم الوسائل المستخدمة في الدفع الالكتروني واختلفت مسمياتها فقط سميت بالنقود الرقمية، كما سميت بالنقود الرمزية وأيضا النقود القيمية إلا أنها تؤدي وظيفة واحدة هي الوفاء بالثمن.

عرفتها اللائحة الصادرة عن لجنة التنظيم المصرفي والمالي الفرنسي رقم 2002/13 في المادة الأولى بأنها: "عبارة عن وحدات ذات قيمة تسمى وحدات نقدية الكترونية، وكل وحدة تشمل سند دين مدمج في أداة الكترونية وتحوز قبول الغير لها كأداة وفاء".

بمقتضى المادة 311/03 من قانون النقد والمال يقوم المصدر بالحصول على ما يعادل قيمتها نقدا أو بقيمة أعلى كمقابل لها[1]، وعرفها البنك المركزي الأوروبي بأنها: "مخزون الكتروني لقيمة نقدية على وسيلة تقنية يستخدم بصورة شائعة للقيام بمدفوعات لمتعهدين غير من أصدرها، دون الحاجة لوجود حساب بنكي عند إجراء الصفقة ونستخدم كأداة محمولة مدفوعة مقدما"[2].

تتجسد النقود الالكترونية في صنفين نقود مجسدة في مخزون الكتروني ونقود ائتمانية.

[1] فياض ملغي قضاة، الجوانب القانونية للتعاقد الالكتروني في التجارة، بحث مقدم بتاريخ 2009/04/25، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد الأول، العدد الثالث، الأردن، أكتوبر 2009، ص،ص 239،240.

[2] Europeancentralbank (1998),"report on. Electronic money" Frank Forth. Germany.august, p07.

1- نقود المخزون الإلكترونية

يتم تخصيص مبالغ في حافظة النقود الالكترونية (PME) فيتم التخزين على البطاقة لها ذاكرة غير قابلة للاستعمال بعد انتهاء المبالغ المحملة عليها وقد تكون هذه الحافظة افتراضية[1]، تستخدم في سداد المبالغ قليلة القيمة بشكل مباشر وغير مباشر[2]، فهي بطاقة وفاء مصرفية مسبقة الدفع، حيث يتم تحميل مبلغ من المال عليها، يسمح بالوفاء بقيمة أكثر من عملية تجارية أو خدمة.

وتتكون هذه المحفظة من الناحية التقنية من بطاقة بلاستيكية مثبت عليها من الخلف (micro processor) مزود بذاكرة الكترونية تسمح بتخزين معلومات ووحدات الكترونية تصلح للوفاء بالديون ضئيلة القيمة لدى التجار عبر شبكة الانترنت[3]، ويقوم العميل عند استخدام هذه البطاقة بتحميلها عددا من الوحدات الالكترونية، ويتم ذلك في ماكينات الصرف الآلي وذلك بتخصيص مفتاح خاص بالشخص، ويتم بإدخال رقم سري خاص بحمل بطاقة كي تعرفه الشركات المصدرة (البنوك التجارية).

وهذه المحافظ تعتبر وسيلة جديدة للوفاء عبر الانترنت، ويجب تشجيع المستهلكين للإقبال عليها[4]، لما توفرها من الأمان القانوني الذي ينشده المتعاملون في مجال وسائل الدفع الالكترونية.

2- النقود الائتمانية الإلكترونية

"النقود الرقمية" وهي تمثل المفهوم الحقيقي للعملة الالكترونية لسببين:

- ✓ تسمح هذه النقود بالوفاء مباشرة بالمقابل النقدي للعقد الالكتروني عن طريق الانترنت دون تدخل الوسيط، حيث تنتقل العملية مباشرة من المشتري إلى البائع دون تدخل البنك.
- ✓ تتمثل هذه النقود في سلسلة أرقام التي تعبر عن قيمة معينة تصدرها البنوك التقليدية أو الافتراضية لعملائها يتم الحصول عليها في صورة نبضات كهرومغناطيسية أو smart card أو على CD-ROOM[5].

[1] اسامة ابو حسن مجاهد، المرجع السابق، ص 100.

[2] SAVATIER(G) le part monnaie électroni que et le parte mannaie Virtual-ed Puf-callection que sais-je ? mai 1997, p 32.

[3] نبيل محمد أحمد صبيح، حماية المستهلك في التعاملات الالكترونية، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد 02، السنة 32 جوان 2008، ص 241.

[4] الموقع الالكتروني التالي: www.digicash.com تاريخ 2022/05/04، الساعة 19:13.

[5] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 129.

كخلاصة لدراسة النقود الالكترونية يمكننا قول أنه مثلما أفرزت التجارة الالكترونية أساليب تتماشى معها في الكتابة والتوقيع فإنها أفرزت طرقا جديدة للوفاء خاصة بها، ولكي تكون وسيلة الدفع مقبولة في التعامل يجب أن تتمتع بخصائص أساسية كأي وسيلة دفع أهمها[1]:

- أنها وسيلة دفع قانونية.
- إنها لها خاصية الإجراء القانوني.
- أنها سهلة ومتوفرة في التعامل.
- إنها وسيلة مأمونة.

المبحث الثاني: إثبات العقد الالكتروني

إن التطور التقني لوسائل الاتصال الحديثة وتقنيات المعلومات أتاح التعامل بنوع جديد من الدعامات، وخلق نوعا جديدا من الكتابة والتوقيع اللذين أصبحا يتمان إلكترونيا، حيث يتم تبادل رسائل البيانات وإبرام العقود عبر شبكات اتصالات، وتحميلها على دعامات غير ورقية داخل أجهزة الكمبيوتر وخارجها مصحوبة بتوقيع إلكتروني لصاحب الرسالة عن طريق التشفير، مما جعل الكتابة الخطية بصورتها التقليدية ليست هي الوسيلة الوحيد في الإثبات بل أصبح يعتد أيضا بالكتابات التي تكون على دعامات غير ورقية مادامت هذه التقنيات تسمح بحفظ الكتابة وقراءتها، وهذا ما كرسه المشرع الجزائري من خلال تعديل قواعد الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني، من خلال القانون رقم 05-10.

المطلب الأول: محررات الالكترونية

لقد بدأ الاعتراف بهذا النمط الجديد من قبل الفقه والقضاء من خلال الاتفاقيات الدولية، مرورا إلى التشريعات الداخلية.

ولقد شرفت بعدة مصطلحات منها رسالة البيانات، رسالة المعلومات، الكتابة الرقمية، الكتابة في الشكل الالكتروني، المحررات الالكترونية والمستندات الالكترونية.

[1] فياض ملغي قضاة، الجوانب القانونية للتعاقد الالكتروني في التجارة، بحث مقدم بتاريخ 2009/04/25، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد الأول، العدد الثالث، أكتوبر 2009، ص 100.

الفرع الأول: مفهوم الكتابة في الشكل الإلكتروني

تعرضت العديد من الاتفاقيات الدولية لتوسيع مفهوم الكتابة الالكترونية، وسعت الدول إلى المسابقة على هذه الاتفاقيات من خلال تضمين تشريعاتها لهذا النمط الجديد من الكتابة[1].

حيث عرفتها المادة 2/4 من اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة باستخدام الخطابات الالكترونية في إبرام واثبات العقود الدولية لسنة 2005 على أنها: "الخطاب الالكتروني الذي يتبادله الأطراف فيما بينهم بواسطة رسائل البيانات...".

والمقصود برسائل البيانات في مفهوم الفقرة 4 من المادة 4 هي: "جميع المعلومات المرسلة أو الملقاة أو المخزنة بوسائل الكترونية أو مغناطيسية أو بصرية، أو وسائل تشمل على سبيل المثال -لا الحصر- التبادل الالكتروني بين الأطراف عن طريق البرق، أو الفاكس، أو البريد الالكتروني".

يفهم من هذا النص أن الاتفاقية قد وسعت من مفهوم الكتابة لتشمل كل الأشكال المستحدثة والدعامات القائمة، بل لتستوعب كل التقنيات المستقبلية.

وقد ثم تعريف رسائل البيانات في الفقرة01 من المادة 02 من قانون اليونسيترال النموذجي للأمم المتحدة الخاص بالتجارة الالكترونية، الصادر بموجب القرار162/51 المؤرخ في 1996/12/11، على أنها: "المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو وسائل متشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال -لا الحصر- تبادل بيانات الالكترونية أو البريد الالكتروني أو التلكس أو النسخ البرقي"[2].

يلاحظ على هذا النص أنه وضع في مفهوم الكتابة، ولم يحصر الكتابة الالكترونية في شكل معين، ولا العمليات التي يتم بها الإنشاء، الإرسال، الحفظ، الاستلام والتخزين، ولم يحصر الوسائل التي تتم بها هذه العمليات، حيث ترك المجال مفتوحا لأي وسيلة جديدة، واعتبر البريد الالكتروني والتلكس والنسخ البرقي من قبل الوسائل التي تنشا الكتابة الالكترونية.

[1] اتفاقية نيويورك الخاصة بالتقادم في البيوع الدولية للبضائع لسنة 1972، اتفاقية الأمم المتحدة الموقعة بفيينا الخاصة بالنقل الدولي للبضائع لسنة 1980، اتفاقية روما 1985 المتعلقة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة باستخدام الخطابات الإلكترونية في إبرام وإثبات العقود الدولية لسنة 2005، قانون اليونسيترال النموذجي للأمم المتحدة الخاصة بالتجارة الإلكترونية لسنة 1996.

[2] وهو نفس التعريف الذي جاء به القانون النموذجي الثاني الصادر بموجب القرار رقم 80/56، الصادر في 2001/12/12، والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني، نقلا عن أسامة سيد محمد علي، التنظيم التشريعي والتعاقدي للتجارة الإلكترونية وآثارها على الخدامات المصرفية، رسالة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، قسم القانون التجاري، جامعة القاهرة-مصر، 2010، ص 349.

أما على المستوى الأوروبي فقد صدر عن البرلمان الأوروبي التوجيه رقم 31/2000 الصادر في 2000/06/08، المتعلق بالتجارة الالكترونية، حيث نصت المادة 9 منه على ضرورة اعتراف التشريعات الدول الأعضاء بإمكانية إبرام العقود بالوسائل الالكترونية.

أولا: تعريف الكتابة الالكترونية في التشريعات الداخلية

بادرت العديد من الدول على المستوى الداخلي إلى إصدار قوانين خاصة بالمعاملات والتجارة الالكترونية، حيث أصدر التشريع الفرنسي القانون رقم 2004/575، المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي، وكذا القرار الوزاري الصادر عن الوزير العدل الفرنسي رقم 2005/674 المتعلق بتحقيق بعض الشكليات التعاقدية عن طريق الوسائل الالكترونية، حيث جعل الكتابة الالكترونية موحدة في إثبات صحة التصرف.

وقد وسع المشرع الفرنسي في مفهوم الكتابة لتشمل الكتابة الالكترونية أثر تعديله القانون المدني بموجب القانون 2000/230، حيث أعاد صياغة المادة 1316 بنصه "الإثبات الخطي، أو الإثبات بالكتابة ينتج من كل تدوين للحروف أو العلامات أو الأرقام أو أي رمز أو إشارة أخرى ذات دلالة تعبيرية واضحة ومفهومة، أيا كانت دعامتها آو وسيلة نقلها"[1].

لقد ركز هذا التعريف على مفهوم الكتابة وقابليتها للقراءة فقط، ولقد تأثرت العديد من التشريعات العربية بالقانون النموذجي للأمم المتحدة، وقد عدلت هذه المادة مرة أخرى وأصبحت المادة 1365 بموجب التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي رقم 2016/131 المؤرخ في 10 فيفري والتي تعني أن الكتابة تتشكل من تسلسل حروف، علامات، أرقام أو أية رموز أو إشارات ذات دلالة مفهومة أي قابلة للإدراك، مهما كانت دعامتها، والفرق بين المادة 1316 القديمة والمادة 1365 الجديدة أن المشرع الفرنسي استبدل مصطلح "الإثبات الخطي أو بواسطة الكتابة" بمصطلح **"الكتابة"**، وكذا مصطلح **"مهما كانت دعامتها وطرق نقلها"** بمصطلح **"مهما كانت دعامتها"** ويفهم من هذا التعديل أن المشرع الفرنسي سعى إلى توسيع مفهوم الكتابة لتشمل كل المستجدات.

أما بالنسبة للمشرع التونسي، فقد كان هو السباق في هذا المجال، حيث أصدر أول قانون عربي خاص بالتوقيع الالكتروني رقم 2000/83، حيث اعترف بالمستند الالكتروني، وساوى

[1] ART.1316 du C. Civ. Français ; « La preuve littérale, ou par « crit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes, ou symboies dotés dune signification intelligible, quel que soit leurs supports et leurs modalités de transmission ».

بين الكتابة الالكترونية والكتابة الخطية في مسالة الإثبات، وعبر عن الكتابة الالكترونية بمصطلح **"الوثيقة الالكترونية"**[1].

ولقد عدل المشرع التونسي من مجلة الالتزامات بموجب القانون 2000/57 الصادر بتاريخ 2000/06/13، ونص على الوثيقة الالكترونية والإمضاء الالكتروني، ومن خلال هذا القانون عرف الوثيقة الالكترونية، واشترط أن تكون ذات محتوى مفهوم، ومحفوظة على حامل الالكتروني(وسيط) يسمح بقراءتها والعودة إليها عند الحاجة، وحدد دورها في الإثبات[2].

وقد عرف المشرع المصري الكتابة الالكترونية في المادة 01 من القانون رقم 2004/15[3] على أنها: "كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أي وسيلة أخرى مشابهة، وتعطي دلالة قابلة للإدراك".

نفس المادة منه، الفقرة(ب) عرفت المحرر الالكتروني بأنه: "رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا بوسيلة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأي وسيلة أخرى مشابهة".

يتضح من خلال هذين النصين أن المشرع لم يميز بين الكتابة والمحرر، حيث أن المحرر يجب أن يتوافر على الكتابة والتوقيع حتى تكون له حجية في الإثبات[4].

أما المشرع الجزائري، فقد لجأ إلى عملية تطويع قواعد القانون المدني المتعلقة بالإثبات لتستوعب الرسائل والدعامات غير الورقية، فعرض إلى الكتابة الالكترونية في المادة 323 مكرر، وكذا المادة 323 مكرر 01 من القانون 05-10 المعدل للقانون المدني الجزائري، حيث نصت المادة 323 مكرر على أنه: "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل الحروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها".

كما اعترف بها بطريقة غير مباشرة في القانون 05-02 المؤرخ في2005/02/06، المعدل والمتمم للقانون التجاري، حيث أجاز إمكانية التقديم الشيك مادي للسفتجة للوفاء بأية وسيلة تبادل الكترونية حسب نص المادة 414 من القانون التجاري، كما نص على إمكانية تقديم الشيك للوفاء بأية وسيلة تبادل الكترونية يحددها التشريع والتنظيم المعمول بهما، ونص

---

[1] عباس العبودي، تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2010، ص132.

[2] يوسف زروق، حجية وسائل الإثبات الحديثة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013/2012، ص 170.

[3] القانون المصري رقم 2004/15، المتعلق بتنظيم التوقيع الإلكتروني وبإنشاء هيئة صناعة تكنولوجيا المعلومات.

[4] وقد تطرق قانون التحكيم المصري رقم 1994/27، وبالضبط في المادة 12 منه إلى الشكل الجديد للكتابة، حيث نص على أنه: "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان، أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة"، نقلا عن يوسف زروق، المرجع السابق، ص 172.

على بطاقات السحب الالكتروني وبطاقات الدفع الالكتروني في المواد 543 مكرر و543 مكرر 23 من القانون التجاري الجزائري.

وقد اخذ المشرع الجزائري بالمفهوم الموسع للكتابة، وترك المجال واسعا أو مفتوحا أمام كل الدعامات تحسبا لظهور أي دعامات أخرى، حيث تشمل الكتابة التقليدية والكتابة الالكترونية، ولم يقيد طرق إرسال الكتابة، والتي يمكن أن تكون بالنقل المادي للأوراق، أو المغناطيسي (مثل الفاكس والتلكس)، أو النقل الالكتروني (جهاز الحاسب الآلي والانترنت)، وهو الملاحظ من خلال المادة 543 مكرر، والتي تقارب بكثير من المادة 1/1316 من القانون الفرنسي.

ولا يشترط إتباع شكل معين في كتابة السندات أو في صياغتها أو في طريقة تكوينها، إذ أن أسلوب الكتابة أو مادة الكتابة ليست هي التي تمنح السند القوة في الإثبات، سواء بين طرفيه أو في مواجهة الغير، وإنما مناط ذلك هو التوقيع[1].

كما نص المشرع الجزائري كذلك على وسائل الإثبات الالكتروني من خلال قانون الصفقات العمومية الصادر بمرسوم الرئاسي236/10، حيث نص على إمكانية إبرام الصفقات عبر وسائل الاتصال وتبادل المعلومات بطريق الكترونية.، وهذا من خلال الباب السادس تحت عنوان **"الاتصال وتبادل المعلومات بطريقة إلكترونية"**:

- القسم 1 تحت عنوان: الاتصال بطريقة إلكترونية في المادة173[2].

- القسم 2 تحت عنوان: تبادل المعلومات بطريقة الإلكترونية في المادة[3]174.

يتضح من نص المادتين أن المشرع الجزائري اعترف بالمحرر الالكتروني من خلال الإشارة "توضع وثائق الدعوى إلى المنافية تحت تصرف المترشحين للصفقات العمومية بالطريقة الالكترونية".

[1] علاء حسين مطلق التميمي، الأرشيف الإلكتروني، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر، 2010، ص 43.

[2] أصبحت المادة 203 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 2015/09/16، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية، العدد 50. والتي كانت المادة 173 من المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 2010/10/07؛ وتنص المادة 203 على أنه "تؤسس بوابة إلكترونية للصفقات العمومية، تسير من طرف الوزارة المكلفة بالمالية والوزارة المكلفة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال، كل فيما يخصه، ويحدد في هذا المجال قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف بتكنولوجيا الإعلام والاتصال صلاحيات كل دائرة وزارية، ويحدد محتوى البوابة وكيفيات تسييرها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية".

[3] أصبحت المادة 204 من القانون 15-247 السالف الذكر، والتي عوضت المادة 174، من المرسوم الرئاسي 10-236 السالف الذكر والتي تنص على أنه "تضع المصالح المتعاقدة وثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المترشحين للصفقات العمومية، بالطريقة الإلكترونية، حسب الجدول الزمني المذكور سابقا، كل عملية خاصة بالإجراءات على حامل ورقي يمكن أن تكون محل تكييف مع الإجراءات على الطريقة الإلكترونية، تحدد كيفيات تطبيق أحكام هذه المادة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية".

ولقد اختلفت التشريعات العربية في المصطلح المعبر عن الكتابة، فالمشرع الجزائري استعمل مصطلح **"الكتابة في الشكل الالكتروني"**، بينما المشرع الأردني أطلق عليها **"رسالة المعلومات"**، واستعمل المشرع المصري عبارة **"المحرر الالكتروني"**، بينما أطلق عليها المشرع الفرنسي مصطلح **"الكتابة على الدعامة الالكترونية"**.

ثانيا: المفهوم الحديث والموسع للكتابة

إن الكتابة الالكترونية تتكون من مادة قابلة للتمغنط ذلك إن وضع البيانات في المحرر الالكتروني يتم بمغنطة كل نقطة من نقاط مادة المحرر عن طريق تحرير التيار الكهربائي فيها[1].

أما المحرر الالكتروني فهو عبارة عن سند يتم دمجه وحفظه من خلال الحاسب، مثل الرسالة أو العقد أو الصورة، ويتم إرسال المحرر الإلكتروني عبر الانترنت أو حفظه على اسطوانات صوتية أو محفوظة أو عن طريق التلكس أو الفاكس[2].

أو هو بيانات ثبوتية يتم خزنها ونقلها بشكل رقمي، والمقصود من ذلك هو الشكل الرقمي والإلكتروني وليس الشكل الورقي اللاحق[3].

ووفقا للمادة 323 مكرر، نلاحظ أن المشرع الجزائري قد اخذ بالمفهوم الموسع والحديث للكتابة، لتشمل الكتابة على الورق والكتابة في الشكل الالكتروني، وإن كان الشائع أن المحرر يكتب على الورق التقليدي، فقد أصبح الآن يصنع من مستحضرات مواد معينة وفقا لأشكال وأحجام متنوعة، وعليه فإنها غير مقيدة بمفهوم الورق، حيث قد تستجد صناعة أخرى للورق غير معروفة في وقتنا الراهن، لذا نقول أن الكتابة اتسع مفهومها لتشمل كل محررات الالكترونية المستخرجة من وسائل الاتصال الحديثة، أيا كانت مادتها أو شكلها أو وسيلة نقلها، حتى ولو لم تظهر بوسيلة مادية محسوسة أو مجردة للقارئ، دون الاستعانة بوسائط أخرى[4].

وجرى العمل على تدوين السندات الرسمية والعرفية على الأوراق، وبالحروف الخاصة بلغة المتعاقدين أو اللغة المستعملة في تحرير العقد، أما تدوين الكتابة على وسائط إلكترونية فيتم من خلال ومضات كهربائية وتحويلها إلى اللغة التي يقيمها الحاسب الآلي، والتي تتكون من التوافق والتبادل بين رقمي الصفر والواحد[5]، وبالنسبة للدول التي لم تنظم الكتابة

[1] علي عبد العال الخشاب الأسدي، حجية الرسائل الإلكترونية في الإثبات المدني، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2013، ص 18.
[2] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 276.
[3] علي عبد العال خشاب الأسدي، المرجع السابق، ص 18.
[4] نفس المرجع ، ص 41.
[5] نفس المرجع ، ص 27.

الالكترونية، فيمكن اعتبار المحررات والرسائل الالكترونية صالحة لإثبات الوقائع المادية، والتصرفات القانونية التي يجوز إثباتها بشهادة الشهود أو القرائن.

ثالثا: خصائص الكتابة الالكترونية

تتميز الكتابة الالكترونية بمجموعة من خصائص تجعلها مميزة من الكتابة التقليدية، وتتمثل في:

1- السرعة وضمان الأمن القانوني لها

تقوم الكتابة الإلكترونية على تغير فيزيولوجي يتمثل في مغنطة مادة المحرر، على خلاف الكتابة على الورق والتي تقوم على التصاق الحبر بالورق، وعليه، تمتاز الأولى بالسرعة لأنها تكتب بلغة الحاسوب ولا يمكن معرفة مضمونها إلا من قبل المرسل أو المرسل إليه.

على العكس من ذلك، فالكتابة العادية يمكن معرفة مضمونها من قبل الأشخاص أي شخص يطلع عليها، ونفس الأمر بالنسبة للبرقيات التي يمكن الإطلاع عليها ومعرفة مضمونها من فبل الأشخاص الذين يتداولونها، فالكتابة الإلكترونية تستخرج من تقنيات متطورة، تكفل لها المحافظة على سريتها وعدم ضياعها وقد أوجد العلم تقنيات والوسائل الكفيلة بالحفاظ على الأمن القانوني لتوفير الثقة لهذه المحررات، مثل نظام التشفير، وجهات المصادقة الإلكترونية وكاتب العدل الإلكتروني[1].

إن الكتابة على الورق تمتاز بالثبات والذي بدونه لا يعتد بها قانونا، لكن هذا لا يمنع من كتابتها بقلم الرصاص، مع أنه قابل للمحو والإزالة سواء أكان ذلك عمدا أو بفعل الزمن، وحتى أن كانت الكتابة بقلم الرصاص الجاف أو الحبر فهب قابلة للتغيير باستعمال وسائل كيميائية، إضافة إلى إمكانية ضياعها في حالة فقد السند أو تلفه، وعليه، فليست الكتابة الإلكترونية وحده القابلة للتعيير والإزالة أو المحو أو الضياع، وقد أوجدت وسائل حفظ تقنية تجعل الكتابة الإلكترونية غير قابلة للتغيير أو المحو أو التعديل، وحتى وإن حدث فيمكن اكتشافه، وعلى هذا الأساس لا يوجد ما يبرر عدم الاعتداد بالكتابة الإلكترونية أسوة بالكتابة على الورق[2].

2- عدم ظهور الكتابة الالكترونية إلا بواسطة الحاسوب

إن الكتابة الالكترونية مكتوبة بلغة الآلة أو اللغة الحاسوب، وعليه فلا يمكن قراءتها إلا بواسطة هذا الأخير، وذلك عن طريق برامج خاصة يقوم بمعالجتها وتحويلها من لغة الآلة إلى اللغة التي يقيمها الإنسان، وعليه، فان كان القلم هو وسيلة الكتابة التقليدية، فإن الحاسوب هو

[1] عباس العبودي، المرجع السابق، ص 24.، وعلي عبد العال خشاب الأسدي، المرجع السابق، ص 21.
[2] علي عبد العال خشاب الأسدي، المرجع السابق، ص 23.

وسيلة كتابة وقراءة الوثيقة الالكترونية، وهذا لا يضعف قيمتها في الإثبات بقدر ما يجعلها تتميز بخاصية من خصائصها[1].

يتم إدخال البيانات الالكترونية من أجهزة الحاسوب أو من خلال شبكة الانترنت أو أية وسيلة الكترونية مشابهة، مثل إرسال رسائل قصيرة من الهاتف النقال (sms) إلى مواقع المتوفرة عبر الانترنت، والتي يمكن من خلالها قراءة البيانات التي يتم إرسالها بنفس الطريقة التي أرسلت بها، وتبقى هذه البيانات محفوظة ويمكن الرجوع إليها لاحقا، سواء أكانت محفوظة على الأقراص الصلبة للأجهزة أو على شبكة الانترنت، وتوافرها على **"الشبكة"** يجعلها أكثر فاعلية، حيث يمكن من خلال الأجهزة التي ترتبط بالشبكة استرجاع هذه البيانات، أما في حالة وجودها على القرص الصلب أو المرن، فانه يتوجب ربط هذه الأقراص بالجهاز لاسترجاع هذه البيانات.

3- انخفاض تكاليف الحفظ والنقل

تضع الكتابة الالكترونية والطرق التي تحفظ بها حلا لمشكلة الحفظ والتخزين، وذلك للقدرة الهائلة لهذه الوسائل على الحفظ أو التخزين كميات كبيرة من المحررات والوثائق الالكترونية على الرغم من صغر حجمها، ومن ثم ظهر ما يعرف بالأرشيف الالكتروني والسجلات الالكترونية، على عكس الكتابة التقليدية التي تحتاج إلى أماكن واسعة لتخزينها، وهو ما أصبح مشكلة كبيرة لزيادة حجم الوثائق المكتوبة، لكن الكتابة الالكترونية تثير مشكلة أصل المحرر، حيث يصعب التمييز بين الأصل المحرر وصورته، باستثناء المحررات المستخرجة من التلكس والفاكس لان استرجاعها يكون بصياغتها على الورق[2].

إن الكتابة الالكترونية يمكن أن تقوم بنفس الدور الذي تؤديه الكتابة على الورق من توافر الشروط السابقة، حيث جرى العمل على تدوين السندات الرسمية والعادية على الأوراق، وبالحروف خاصة بلغة المتعاقدين أو اللغة المستعملة في تحرير العقد.

أما تدوين الكتابة على الوسائط الكترونية من خلال ومضات كهربائية وتحويلها إلى اللغة التي يفهمها الحاسب الآلي (والتي تكون حروفها من التوافق أو التبادل بين رقمي الواحد والصفر)، تثير التساؤل عن مدى اعتبار السند الالكتروني من قبيل الكتابة.

4- الكتابة الالكترونية تمتاز بالوضوح والإتقان(الاتفاق)

تمتاز الكتابة الالكترونية بإمكانية تصحيح الأخطاء التي تقع إثناء الكتابة، دون إن تترك أي أثر لذلك، والتي تكون أثناء إنشاء المحرر، أما بعد اكتماله وإرساله فيجب أن تتوفر له

[1] علي عبد خشاب الأسدي، المرجع السابق، ص 23.
[2] نفس المرجع، ص 26.

وسائل الأمان والثبات، حتى يصل إلى المرسل إليه دون التلاعب به وحتى يتمكن الاعتداد به في الإثبات[1].

وفي الأخير نقول أن الكتابة الالكترونية يمكن أن تؤدي الدور تؤديه الكتابة الخطية إذا توفرت على شروطها.

الفرع الثاني: القوة الثبوتية للكتابة في الشكل الالكتروني

نصت المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني على أنه: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

لقد أسس المشرع من خلال هذا النص مبدأ التعادل الوظيفي[2] بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الدعامة الورقية.

غير أنه لم يأخذ به على إطلاقه بل قيده بشرطين هما:

- إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي صدرت عنه هذه الكتابة.

- أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها.

وفي هذا الفرع سنتناول بالدراسة المبدأ الذي جاء به المشرع الجزائري ضمن الفقرة الأولى، والشروط المقيدة له في الفقرة الثانية؛

أولا: مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الورق

لقد اعترفت المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني بالكتابة الإلكترونية في إثبات التصرفات والعقود من جهة، وجعلتها معادلة في حجيتها للوثيقة المخطوطة على دعامة ورقية، أي لهما نفس الأثر والفعالية من حيث حجية وصحة الإثبات، لكن السؤال الذي يطرح في هذا الصدد حول نوع الكتابة التي يمكن أن تعادل في حجيتها الكتابة في الشكل الإلكتروني؟، وبمعنى آخر هل يمكن إثبات التصرفات والعقود التي يتطلب القانون في إثباتها الكتابة الرسمية بالكتابة في الشكل الإلكتروني؟.

[1] علي عبد خشاب الأسدي، المرجع السابق، ص 27.

[2] وهو نفس المبدأ الذي كرسه القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية في المادة السادسة منه التي تنص: "عندما يشترط أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الإطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا"، أنظر المادة 1316-1 من القانون المدني الفرنسي التي تقابل المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني، والمادة 7 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الأردني.

إن موقع المادة 323 مكرر من القانون المدني المقابلة لنص المادة 1316-1 من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بتعريف الكتابة الواردة ضمن الباب المخصص بإثبات الالتزام وتحديدا في الفصل الأول الخاص بالإثبات بالكتابة قد أثار جدلا فقهيا، خاصة في فرنسا عما إذا كانت الكتابة في صورتها الحديثة في الشكل الإلكتروني، تعادل في حجيتها حجية الكتابة الرسمية، وبالتالي يمكن من خلالها إثبات عكس التصرفات والعقود المثبتة بكتابة رسمية.

فقد انقسم الفقه حول هذه المسألة إلى فريقين، ذهب جانب منه في تفسير أحكام هذه المادة إلى أن نطاقها يتسع ليشمل الكتابة التي تكون في الشكل الرسمي، نظرا لعمومية تعريف الكتابة الواردة بنص المـادة 1316 من القانون المدني الفرنسي، المقابلة للمادة 323 مكرر من القانون المدني، وموقعها ضمن قواعد الإثبات في مقدمة الفصل الخاص بالإثبات بالكتابة من جهة أخرى، وبالتالي بإمكانها معادلة الكتابة الرسمية في الإثـبـات[1].

بينما ذهب الفريق الثاني للقول بأن هذا التدخل التشريعي يجب أن يحصر مجال إعماله في العقود العرفية، وبالتالي فإن الكتابة التي تكون في الشكل الإلكتروني لا يمكن لها أن تكون إلا عرفية، كون المشرع أراد حماية رضا المتعاقدين لما اشترط إثبات بعض العقود بالكتابة الرسمية التي يشترط لصحتها حضور الضابط العمومي وتوقيعها، وهذا الأخير هو الذي يمنحها رسميتها، والذي لا يمكن حضوره إذا ما تعلق الأمر بالكتابة في الشكل الإلكتروني[2].

وإننا نميل إلى الرأي الثاني في عدم قابلية إثبات التصرفات والعقود التي يشترط فيها المشرع لإثباتها الكتابة الرسمية، كون المادة 324 من القانون المدني تشترط حضور الضابط العمومي والحضور المادي لأطراف العقد أمامه لصحته[3]، ويقول في هذا الشأن الأستاذ **العياري** " في الحقيقة يعود هذا الاحتراز إلى أن المشرع مازال محتفظا ببعض الخشية إزاء هذه المعاملات ولا يروم ضمن منظومة لم تستكمل بعد فترة التجربة"[4]، وتطبيقا لذلك فإن الأحكام المتعلقة بالكتابة العرفية هي التي تطبق على الكتابة التي تكون في الشكل الإلكتروني، لذا يمكن إثبات العقود والتصرفات القانونية التي تفوق قيمتها مائة ألف دينار بالكتابة المبرمة في الشكل الإلكتروني، تطبيقا لنص المادة 333 من القانون المدني من جهة، ولا يمكن

---

[1] د/ محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوربي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، طبعة 2005. ص107.

[2] Eric Caprioli, Op.cit.

[3] وقد حسم الأمر في فرنسا في ما يخص هذه الإشكالية بصدور المرسومين الذين يسمحان بإبرام العقود التي تتطلب الكتابة الرسمية في الشكل الالكتروني

Décret n° 2005-972 modifiant le décret n° 56-222 relatif au statut des huissiers de justice.
Décret n° 2005-973 modifiant le décret n° 71-941 relatif aux actes établis par les notaires.
Marlene Trezeguet, Op cit.

[4] القاضي كمال العياري، التطور العلمي وقانون الإثبات، ورقة عمل مقدمة في الندوة العالمية حول الإثبات باستعمال وسائل المعلوماتية والتكنولوجية الحديثة، بالمركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، 6-8 يناير 2003، بيروت، لبنان.

معارضة الكتابة في الشكل الإلكتروني بشهادة الشهود تطبيقا من جهة أخرى، غير أن اليمين الحاسمة قد تقوض الدليل الثابت بالكتابة في الشكل العرفي.

ثانيا: شروط قبول الكتابة في الشكل الإلكتروني كدليل إثبات

وضع المشرع شرطين لقبول الكتابة في الشكل الالكتروني للإثبات، وهما، إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها، وسبب وضع المشرع لهذين الشرطين[1] يرجع إلى طبيعة المحيط الذي تتم فيه المعاملات الإلكترونية كونه محيط افتراضي وليس محسوس، مما يفرض عوائق ناتجة عن طبيعة المحيط نفسه وهي:

- صعوبة التعرف على هوية الطرف الآخر في العلاقات العقدية.

- اصطدام استخراج الكتابة في الشكل الإلكتروني من ذاكرة الحامل ببعض العوائق التقنية.

- إمكانية تعرض الكتابة الإلكترونية للتغيير من دون أن يترك هذا التبديل أثرا محسوسا.

وسنتطرق للشرطين المذكورين أعلاه فيما يلي:

1- إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها.

إن التعاقد الإلكتروني، لاسيما الذي يتم عن طريق الانترنت يثير مسألة هامة تتعلق بإمكانية تأكد المتعاقد من هوية المتعاقد معه، أي توثقه من أن الشخص الذي يخاطبه هو فعلا ذلك الذي قدم له اسمه وعنوان بريده الإلكتروني، وغير ذلك من المعلومات، وقد يمتد هذا الإشكال في حالة المنازعة حول حجية هذا العقد، فما الذي يضمن للقاضي أن الوثيقة الإلكترونية المقدمة له كدليل إثبات صادرة أو متعلقة بذلك الشخص أو ذاك، وتعد هذه الإشكاليات من بين أهم الإشكاليات التي تواجه العقود الالكترونية.

في هذا المجال حاول المختصين إيجاد بعض الحلول التقنية لهذه الإشكالية باستعمال وسائل تعريف الشخصية عبر كلمة السر أو الأرقام السرية، و كذا وسائل التشفير أو ما يعرف بوسيلة المفتاح العام والمفتاح الخاص، ووسائل التعريف البيولوجية للمستخدم، كبصمات الأصابع المنقولة رقميا أو تناظريا وسمات الصوت أو حدقات العين أو غيرها.

وهي وسائل أريد منها ضمان تأكيد الاتصال من جهة وإثبات هوية الشخص الذي أصدر الوثيقة الإلكترونية من جهة أخرى، لكن تأكد بعد تجربتها أن لكل منها ثغرات أمنية ولذلك تعد غير كافية.

[1] وهو نفس المبدأ والشروط التي أخذت بها معظم التشريعات التي اعترفت صراحة بالإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني.

وهذا ما استدعى اللجوء إلى فكرة الشخص الوسيط بالعلاقة العقدية أو ما يسمى سلطات الموثوقية Autorités de certification أو Prestataire de service de certification électronique وهي عبارة عن شركات ناشطة في ميدان خدمات التقنية تقدم شهادات تتضمن تأكيدا بأن الطلب أو الجواب قد صدر من الموقع المعني وتحدد تاريخ صدور الطلب أو الجواب، وحتى تضمن هذه الجهات تأكيد شخصية المخاطب، تستعمل تقنيات التعرف على الشخص بدءا بكلمة السر وانتهاء بتقنيات التشفير[1].

وقد أخذت معظم التشريعات التي اعترفت بحجية الكتابة في الشكل الإلكتروني في الإثبات بهذه الوسيلة للتأكد من هوية الشخص الذي صدر منه الإيجاب أو القبول، ومنها القانون الفرنسي الذي أنشأ ما يسمى بهيئة خدمات التصديق prestataire de service de certification، وكذلك القانون التونسي الذي أنشأ ما يسمى بجهات المصادقة وسماها الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية[2].

وبالرجوع إلى القانون الجزائري، نجده لم يحدد إلى يومنا هذا كيفيات تطبيق هذا الشرط المقرر بالمادة 323 مكرر من القانون المدني المتعلق بكيفيات التأكد من هوية الشخص الذي صدرت منه الكتابة في الشكل الإلكتروني أو الوثيقة الإلكترونية، وفي انتظار صدور المرسوم التنفيذي الذي يحدد كيفيات تطبيق هذه المادة، فإن تطبيقها يبقى معلقا، كونه يصعب على القاضي التثبت من هوية من صدرت عنه الكتابة، لذا يبقى إنشاء مثل هذه الهيئات أفضل حل لهذا المشكل في الوقت الحاضر[3].

2- أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها

مع تطور التقنيات الإلكترونية وتحركها المستمر أصبح من الصعب ضمان الوجود المستمر للوسائط الإلكترونية اللازمة لقراءة السند الإلكتروني المنظم منذ مدة وفقا لتقنيات قديمة، كما أن السندات الإلكترونية هي عمليا معرضة للتلف بعد مدة، حتى ولو حفظت في شروط ملائمة وهنا وجه الاختلاف بين السند المادي والسند الإلكتروني، فالأول يمكن إعادة إنشاؤه من الأصل عند تغيب الورقة، بينما التغيب يمحي السند الإلكتروني كليا، فمشكلة الحفظ

---

[1] أ / يونس عرب، المرجع السابق، ص 16.

[2] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، 128 وما يليها.

Décret n° 2001-272 du 30 Mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique, JO n° 77 du 31 Mars 2001 page 2070. www.journal-officiel.gouv.fr.

المادة 08 وما بعدها من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي

[3] رغم ما يمكن أن يعتري ذلك من نقائص، فإذا تمكن الشخص من سرقة المفتاح السري الخاص بشخص آخر فإنه يستطيع سرقة هويته فينتحل شخصيته في إبرام العقود، فتكون الكتابة أو الوثيقة الإلكترونية المحتج بها أمام القضاء صادرة باسم صاحب المفتاح، ولذلك يرى الأستاذ Caprioli، بأن مصطلـــح identification de la personne dont l'écrit émane الوارد في المادة 1316-2 من القانون المدني الفرنسي المقابلة للمادة 323 مكرر1 من القانون المدني يقصد بها في الحقيقة l'imputabilité à l'auteur، لمزيد من التفصيل راجع: Eric Caprioli, Op cit

تساوى فيها السند الإلكتروني والسند الرسمي، ولذلك أوجب المشرع ضرورة حفظ الوثيقة الإلكترونية من أجل الحفاظ على حقوق الأفراد الذين يتعاملون بها أو من كان لهم حقوق ثابتة بها.

ويمكن حفظ الوثيقة الإلكترونية على حامل إلكتروني، ويسمى الوسيط أيضا، وهو وسيلة قابلة لتخزين وحفظ واسترجاع المعلومات بطريقة إلكترونية كأن تحفظ في ذاكرة الحاسب الآلي نفسه في أسطواناته الصلبة Disques Durs أو على الموقع في شبكة الانترنت أو على شبكة داخلية تخص صاحب الشأن، وقد تتمثل في قرص مدمج CD-ROM أو قرص مرن Disquette informatique، أو قرص فيديو رقمي DVD .

وفي كل الأحوال يجب أن يكون الحامل الإلكتروني من الوسائط المتاحة حاليا أو التي يكشف عنها العلم مستقبلا، فنص المادة 323 مكرر يحتمل توسيع مجال الدعائم الإلكترونية ووسائط جديدة تعد بمثابة الحامل الإلكتروني، كما سبقت الإشارة إلى ذلك عند تعريف الكتابة في الشكل الإلكتروني.

ويتعين حسب الفقه أن يتوافر في الحامل الإلكتروني الذي تحفظ عليه الوثيقة الإلكترونية خصائص معينة تتعلق بهذه الرسالة أو الوثيقة وهي:

- إمكانية الإطلاع على الوثيقة الإلكترونية طيلة مدة صلاحيتها وذلك أن هذه الوثيقة تماما كالوثيقة المكتوبة، لها فترة صلاحية، وطالما فقدت هذه الصلاحية يكون من المتعذر استرجاع البيانات المدونة بها والاستفادة منها، وهذا ما يقتضي أن يكون للحامل صفة القابلية للاستمرار support durable[1].

- حفظ الوثيقة الإلكترونية في شكلها النهائي طوال مدة صلاحيتها، بحيث يمكن الرجوع دائما لهذا الشكل النهائي عند الحاجة إليها.

- يتعين كذلك حفظ المعلومات المتعلقة بالجهة التي صدرت عنها الوثيقة الإلكترونية

سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا، وكذلك الجهة المرسلة إليها.

- حفظ المعلومات المتعلقة بتاريخ ومكان إرسال الوثيقة واستقبالها، وذلك لأن هذه المعلومات ترتب آثارا قانونية في حق طرفي الرسالة أو الوثيقة متى تعلقت بعقد من العقود

[1] لذلك فقد استثنى التوجيه الأوروبي رقم 97-07 المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد مواقع الانترنيت من الدعامات القابلة للاستمرار كونها دعامة تفتقر إلى هذه الخاصية فيما عدا تلك التي تستجيب للمعايير المبينة بشأن تعريف الدعامة التي لها قابلية للاستمرار وهو التعريف الذي جاءت به المادة 02 من هذا التوجيه بقولها " كل أداة تسمح للمستهلك بتخزين المعلومات التي توجه إليه شخصيا على نحو يمكن معه الرجوع إليها بسهولة مستقبلا خلال فترة زمنية تتلاءم مع الأغراض التي من اجلها تم توجيه هذه المعلومات ، وتسمح بإعادة نسخ هذه المعلومات نسخة مطابقة لتلك التي تم تخزينها، د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص،ص 48-49.

الإلكترونية، إذ يمكن عن طريق هذه البيانات تحديد مكان وزمان انعقاد العقد، وما إذا كان طرفا العقد قد جمعهما مجلس عقد واحد أم لا، والتوصل إلى معلومات تتعلق بسداد الثمن أو الأجرة وكيفية ذلك ومكانه، ولاشك أن كل هذه الأمور من العناصر الجوهرية في التعاقد بالطريق الإلكتروني، لأن الهدف النهائي هو الحفاظ على حقوق الأطراف وحقوق كل من له علاقة بهذه الوثيقة.

وفي القانون المقارن نلاحظ أن المشرع التونسي قد فرض التزامات إضافية تتعلق بحفظ الوثيقة الإلكترونية وهي:

- التزام المرسل بحفظ الوثيقة الإلكترونية في ذات الشكل الذي أرسلها به، حتى تكون حجة عليه متى تعلق حق للغير بهذه الوثيقة، فإذا ادعى خلاف ذلك، كانت الصورة المسلمة إليه، حجة عليه وحجة للطرف الآخر الذي يتمسك ضده بهذه الوثيقة الإلكترونية[1].

ونشير في الأخير إلى أن تخزين أدلة الإثبات في الآلات و عبر المواقع المؤقتة التي يمكن أن لا تتمتع بصفة الدوام والاستقرار جعل الفقيه Caprioli يقترح إنشاء جهات ثالثة تضمن سلامة الوثائق الالكترونية من التبديد والتحريف أو يسمى بـ" Tiers Archiveur أو Service d'archivage"، فتخزين المعلومات في الكومبيوتر الخاص بأحد المتعاقدين يمكن أن يعرضها للتبديل أو التحريف كون هذا الجهاز يخضع لإرادة و إشراف وتوجيهات مستعمليه ، وإذا كان هذا الكمبيوتر يؤدي مهمته تنفيذا للتعليمات ولإيعاز الشخص الذي يخزنها فإنه يقال بأن هذه المعلومات التي سوف تقدم كدليل إثبات يمكن أن تكون من صنع هذا المستعمل، فهي إذن صادرة عنه وبالتالي لا يجوز له أن يحتج بها كدليل إثبات، تطبيقا لمبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه، ومن هنا تظهر القيمة القانونية لوجود الوسيط لحفظ هذه الوثائق[2].

ثالثا: التنازع بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الورق في الإثبات

---

[1] د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، الكتاب الثاني، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2003، ص 149.

[2] وأكد القانون النموذجي للتجارة الالكترونيةCNUDCI في مادته 03 إمكانية اللجوء إلى شخص ثالث كوسيلة لإضفاء الجدية على الوثيقة الالكترونية، إلا أنه أشار إلى بعض الشروط التي يجب توافرها عند حفظ الوثيقة الإلكترونية وهي:

- تيسر الاطلاع على المعلومات الواردة فيها على نحو يتيح الجوع إليها لاحقا.
- الاحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشأت أو أرسلت أو استلمت به أو بشكل يمكن إثبات أنه يمثل بدقة المعلومات التي أنشأت أو أرسلت أو استلمت.
- الاحتفاظ بالمعلومات، أن وجدت، التي تمكن من استبانة رسالة البيانات وجهة وصولها وتاريخ ووقت استلامها ووصولها

Eric Caprioli, Op cit.

وكذلك، د/ سامي بديع منصور، الإثبات الإلكتروني في القانون اللبناني معاناة قاض، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بيروت العربية، الجزء الأول، الجديد في التقنيات المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، طبعة 2004، ص343.

لم تكن تثار مسألة تنازع أدلة الإثبات قبل تعديل القانون المدني بموجب الأمر 05-10، الذي اعترف بموجبه المشرع بحجية الكتابة في الشكل الإلكتروني في إثبات العقود والتصرفات القانونية التي توازي في قيمتها القانونية حجية الكتابة الورقية، وذلك لسبب بسيط هو أن قانون الإثبات لم يكن يعترف قبل هذا التاريخ إلا بالكتابة التي تكون على دعامة ورقية أو مادية، كما أشرنا إليه أعلاه.

وبالتالي لم يكن من الممكن تصور حدوث تنازع بين أدلة الإثبات الكتابية فيما بينها، فلكل منها قوتها الثبوتية ودرجتها المحددة قانونا، فكانت المحررات الرسمية الأقوى ثم الكتابة العرفية المعدة للإثبات فالمحررات العرفية غير المعدة للإثبات.

لكن وبظهور الوسائط التقنية الجديدة التي تختلف في طبيعتها عن الوثائق الكتابية، وتوازيها في نفس الوقت في قوتها الثبوتية أصبح من الممكن حدوث التنازع فيما بينها، وبات الأمر ضروريا بالنسبة للمشرع الفصل في هذا التنازع ، فلو وقع نزاع حول تنفيذ عقد أو تصرف قانوني ما سواء كان مبرما بطريقة تقليدية وتمسك أحد الأطراف بالوثيقة الورقية بينما تمسك الآخر بالوثيقة الإلكترونية المعدة للإثبات، فأي الدليلين يرجح القاضي ؟

لم يتطرق المشرع لمسألة تنازع أدلة الإثبات عندما قام بتعديل القانون المدني وأدخل الكتابة في الشكل الإلكتروني كدليل إثبات، وهذا عكس القانون الفرنسي الذي عالج هذه النقطة بمناسبة تعديله للقانون المدني بموجب القانون 230-2000 المؤرخ في 13 مارس 2000 المتعلق بإصلاح قانون الإثبات لتكنولوجيات المعلومات والتوقيع الإلكتروني، وتحديدا في المادة 1316-2 التي تنص على انه: "عندما لا ينص القانون على قواعد مخالفة أو عندما لا يكون هناك اتفاق متكافئ في إثبات الالتزامات والحقوق بين الأطراف يبت القاضي في النزاعات القائمة حول الإثبات بالكتابة عبر تحديد السند الأكثر مصداقية، أيا كانت دعامته، وذلك عن طريق استخدام كافة الطرق المتوفرة لديه"[1].

وما يمكن ملاحظته حول هذا الحل التشريعي الذي اعتمده المشرع الفرنسي أنه:

- أعطى للقاضي سلطتين، الأولى صلاحية البت بالنزاعات القائمة حول وسائل الإثبات وتحديد السند الأكثر مصداقية، والثانية هي سلطة تقديرية واسعة في عملية التحديد، فهو الذي يرجح واسطة إثبات دون أخرى، بمعزل عن الدعامة ورقية كانت أو إلكترونية، وذلك باستخدام الطرق المتوفرة لديه[2].

[1] L'article 1316-2 stipule que."Lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérales en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable quel qu'en soit le support".

[2] Eric Caprioli, Op cit.

- إمكانية وضع اتفاقات بين المتعاقدين تخالف قواعد الإثبات الموجهة للقاضي، وبالتالي الاعتراف بأن هذه القواعد يمكن الاتفاق على خلافها[1].

وهذه القواعد التي جاء بها القانون الفرنسي يمكن الاستعانة بها في الجزائر كونها لا تخرج عن القواعد العامة المتعلقة بالإثبات، فالقاضي الجزائري في غياب النص الذي يفصل في تنازع أدلة الإثبات بإمكانه استعمال سلطته التقديرية لترجيح أحد الأدلة على غيرها، كما في حالة ما إذا عرض عليه محرران عرفيان ورقيان، إلا إذا اتفق طرفا العقد على ترجيح إحدى الوثائق على الأخرى، كأن يتفقا على ترجيح وثيقة إلكترونية على الوثيقة الخطية، وهذا الاتفاق جائز لأن قواعد الإثبات الموضوعية ليست من النظام العام [2]، وفي هذا يقول الأستاذ **يحي بكوش**: " تبقى القواعد الموضوعية الخاصة بالإثبات التي تمس بالحقوق الخاصة خاضعة لإرادة الخصوم يتصرفون فيها طبقا لرغباتهم" [3].

وفي واقع الأمر فإنه يصعب على القاضي ترجيح الوثيقة الإلكترونية على الوثيقة الورقية لسببين:

أولهما نفسي، فالقاضي الذي تعود على الوسائل الورقية والتوقيع باليد في إثبات العقود والتصرفات، سيكون منحازا عفويا إلى الوسيلة التي تعودها، فيكون في الأمر قرينة هي ترجيح المستند الورقي حتى إثبات العكس، وقد يصعب أخذ القاضي به للسبب نفسه.

ثانيهما واقعي، هو أن معرفة القاضي متصلة بالقانون وليس بالآلة أو بالتقنية، وهي متميزة وفي غاية الدقة في هذا المجال المتطور، مما سيلغي واقع التوازن الوظيفي بين الوسائل الإلكترونية والتقليدية في الإثبات، التي أقرها المشرع في المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني [4].

المطلب الثاني: التوقيع الالكتروني

لا تعد الكتابة سواء كانت في الشكل الإلكتروني أو على دعامة مادية دليلا كاملا في الإثبات إلا إذا كانت موقعة، فالتوقيع هو العنصر الثاني من عناصر الدليل الكتابي المعد أصلا للإثبات، وهو شرط أساسي لصحة الوثيقة سواء كانت إلكترونية أو ورقية.

---

[1] د/ سامي بديع منصور، مرجع سابق، ص 360 وما بعدها.

[2] يوجد في الحقيقة اتجاهان، يرى أحدهما أن قواعد الإثبات الموضوعية من النظام العام، وبالتالي يمنع كل اتفاق يحصل بين المتخاصمين حولها، كونها مرتبطة بوظيفة الدولة وإقامة العدالة،في حين يفرق الاتجاه الثاني، بين قواعد الإثبات الموضوعية وبين الإجراءات الخاصة بالإثبات، فيجيزون أتفاقات حول الأولى، باعتبارها حقوق ترجع إلى الخصوم، وأن من حقهم التنازل عنها، ومن جهة أخرى يمنعون الاتفاق حول الثانية ويصنفونها ضمن قواعد النظام العام ولذلك يمنعون الاتفاق على إجراءات الإثبات وغلى شروط قبول قواعد الإثبات، والشكليات المقررة في ذلك، وقيمة تلك القواعد والحجج التي ينبغي أن تعطى لها ، أ/ يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الجزائر، الطبعة الثانية، المؤسسة الوطنية للكتاب، ص52 وما يليها.

[3] أ/ يحي بكوش، المرجع السابق، ص 53.

[4] د/ سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 367، وفي نفس المجال .Eric Caprioli, Op Cit

لذا نص المشرع في المادة 327 فقرة 2 من القانون المدني على أنه: " يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق.

ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه".

وبذلك يكون المشرع قد اعترف صراحة بالتوقيع الإلكتروني استكمالا باعترافه بحجية الكتابة في الشكل الإلكتروني، وذلك تماشيا مع إفرازات عهد المعلومات الذي أدخل وسائل حديثة في إبرام العقود والتوقيع عليها إلكترونيا.

وسوف يتم التطرق في هذا المطلب إلى تحديد مفهوم التوقيع الالكتروني في فرع أول، ثم دراسة حجيته في الإثبات ضمن الفرع الثاني.

الفرع الأول: ماهية التوقيع الإلكتروني

في هذا الفرع، نتطرق إلى تعريف التوقيع الإلكتروني وبيان الخصائص التي تميزه عن التوقيع العادي ثم بيان أنواعه في النقاط التالية:

أولا: تعريف التوقيع الإلكتروني

لم يعرف المشرع التوقيع الإلكتروني، غير أنه بالرجوع إلى التعريفات التي تم اعتمادها من قبل القوانين المقارنة والفقه ، والتي نجدها اهتمت إما بالوسائل التي يتم بها التوقيع وإما بالوظائف والأدوار التي يضطلع بها التوقيع، ومنها من يجمع بين الوظائف والأدوار في نفس الوقت.

فلجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة عرفته بأنه " مجموعــة أرقام تمثل توقيعا على رسالة معينة "، يتحقق هذا التوقيع من خلال إتباع بعض الإجراءات الحسابية المرتبطة بمفتاح رقمي خاص بالشخص المرسل، ومن ثمة فإنه بالضغط على هذه الأرقام الخاصة بمستخدم الانترنت، يتكون التوقيع الإلكتروني، ويمكن أن يتم تحديد هذه الأرقام الخاصة من خلال اتفاقيات جماعية لمستخدمي الانترنت في المعاملات التجارية أو من خلال عقد مبرم بين الطرفين يحدد الرقم السري الخاص بكليهما، بحيث أن اقتران الرسالة المرسلة بهذه الأرقام، يستطيع الشخص أن يحدد شخصية المتعاقد الذي أرسل الرسالة، وهذا يعني إمكانية تعدد التوقيع الإلكتروني، بتعدد المعاملات التي يقوم بها الشخص[1].

[1] د/ فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص 82.

وعرفه المشرع الفرنسي في المادة 1316-4 من القانون المدني بأنه: "التوقيع الضروري لإكمال التصرف القانوني، والتعريف بهوية صاحبه، والمعبر عن رضا الأطراف بالالتزامات الناشئة عنه"[1].

كما أوردت التعليمة الأوربية المؤرخة في 13 ديسمبر 1999 في المادة 2 منه تعريفا للتوقيع الإلكتروني بأنه عبارة عن: "معلومات أو معطيات في شكل إلكتروني، ترتبط أو تتصل منطقيا بمعطيات إلكترونية أخرى وتستخدم كوسيلة لإقرارها"[2].

ومن التعاريف التي اقترحها الفقهاء التعريف القائل بأن التوقيع الإلكتروني هو: "إتباع مجموعة من الإجراءات أو الوسائل التقنية التي يتاح استخدامها عن طريق الرمز أو الأرقام أو الشفرات، بقصد إخراج علامة مميزة لصاحب الرسالة التي نقلت إلكترونيا"[3].

ثانيا: خصائص التوقيع الإلكتروني

كما هو واضح من خلال هذه التعاريف فإن التوقيع الإلكتروني يتميز عن التوقيع التقليدي من خلال خصائصه التي نوردها فيما يلي:

- إن التوقيع الإلكتروني، وعلى العكس من التوقيع الكتابي لا يقتصر على الإمضاء أو بصمة الأصابع بل يشمل صورا لا يمكن حصرها منها الحروف والأرقام والصور والرموز والإشارات وحتى الأصوات، كل ذلك بشرط أن يكون لها طابع فردي، يسمح بتمييز الشخص صاحب التوقيع وتحديد هويته، وإظهار رغبته في إقرار العمل القانوني والرضا بمضمونه، فالتوقيع الإلكتروني على رسالة ما أو وثيقة، وهو عبارة عن بيانات متجزئة من الرسالة ذاتها (جزء صغير من البيانات) يجرى تشفيره[4] وإرساله مع الرسالة، بحيث يتم التوثق من صحة صدور الرسالة من الشخص عند فك التشفير، وانطباق محتوى التوقيع على الرسالة[1].

---

[1] L'article 1316-4 du code civil français stipule que: " la signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose, elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte".

أ/ محمد بودالي، التوقيع الإلكتروني، مجلة الإدارة، العدد رقم 2، لسنة 2003، ص 55.

[2] "une donnée sous forme électronique qui est jointe ou liée logiquement à d'autre données électroniques et qui serre de méthode d'authentification".

أ/ محمد بودالي، المرجع السابق، ص 55.

[3] د/ عبد الفتح بيومي الحجازي، المرجع السابق، ص 72.

[4] ويرتبط التوقيع الإلكتروني بالتشفير ارتباطا عضويا فالتشفير هو عملية لتغيير البيانات بحيث لا يمكن قراءتها إلا من قبل الشخص المستخدم وحده باستخدام مفتاح فك التشفير.

والطريقة الشائعة للتشفير تتمثل في وجود مفتاحين، المفتاح العام وهو معروف للعامة، ومفتاح خاص يتوفر فقط لدى الشخص الذي أنشأه، ويمكن بهذه الطريقة لأي شخص يملك المفتاح العام أن يرسل الرسالة المشفرة، ولكن لا يستطيع أن يفك شفرتها إلا الشخص الذي لديه المفتاح الخاص.

- إن التوقيع الإلكتروني يتميز بأنه لا يتم عبر وسيط مادي، أي دعامة ورقية، بحيث تذيل به الكتابة، كما هو الحال بالنسبة للتوقيع الكتابي، وإنما يتم كليا أو جزئيا عبر وسيط إلكتروني من خلال أجهزة الكمبيوتر، أو عبر الانترنت، بحيث يكون بإمكان أطراف العقد الاتصال ببعضهم البعض والإطلاع على وثائق العقد، والتفاوض بشأن شروطه وإفراغ هذا العقد في محررات إلكترونية، وأخيرا التوقيع عليها إلكترونيا[2].

- لزوم تدخل طرف ثالث Tiers de confiance الذي يقوم بدور الوسيط بين أطراف العقد، حيث استلزمت ضرورة الأمن القانوني وجوب استخدام تقنية آمنة في التوقيع الإلكتروني تسمح بالتعرف على شخصية الموقع[3]، وسوف يتم تفصيل هذه الخاصية عند معالجة حجية التوقيع الإلكتروني.

ثالثا: أنواع التواقيع الإلكترونية

للتوقيع الإلكتروني صورتان شائعتان إحداهما التوقيع الرقمي وآخر بيومتري.

1- التوقيع الرقمي La signature numérique

يطلق عليه أيضا اسم التوقيع الكودي Key based signature، تقوم هذه التقنية بتزويد الوثيقة الإلكترونية بتوقيع مشفر يمكنه تحديد الشخص الذي قام بتوقيعها والوقت الذي قام فيه بتوقيعها، ومعلومات أخرى خاصة بصاحب التوقيع.

ثم يسجل التوقيع الرقمي بشكل رسمي عند جهات تعرف بسلطات التوثيق Autorités de certification[4]، ويتم هذا التوقيع بوجود مفتاحان، مفتاح العام وهو معروف للكافة، ومفتاح خاص يتوفر فقط لدى الشخص الذي أنشاه ويمكن بهذه الطريقة لأي شخص يملك المفتاح العام أن يرسل الرسائل المشفرة، ولكن لا يستطيع أن يفك شفرة الرسالة إلا الشخص الذي لديه المفتاح الخاص، ويستخدم هذا النظام خاصة في التعاملات البنكية وأوضح مثال على ذلك بطاقة الائتمان التي تتضمن رقما سريا لا يعرفه إلا الزبون، الذي يدخل بطاقته في آلة السحب، عندما يطلب الاستعلام عن حسابه أو يبدي رغبته في صرف جزء من رصيده.

ويجب في هذا الصدد عدم الخلط بين التوقيع الإلكتروني وبين تشفير الرسالة الإلكترونية chiffrement du message، فصحيح أن كليهما يقوم على عملية حسابية يتم من خلالها تشفير مضمون التوقيع أو الرسالة، ولكن هناك فرق وهو أن تشفير الرسالة يشملها بأكملها، في حين أن التشفير في التوقيع الإلكتروني يقتصر فقط على التوقيع دون بقية الرسالة، بحيث أنه يمكن أن يكون مرتبطا برسالة غير مشفرة.

Voir Eric Caprioli, Op cit.

وأيضا فاروق محمد الأباصيري، المرجع السابق، ص 82 و83.

[1] د/ يونس عرب، المرجع السابق، ص 15

[2] أ/ محمد بودالي، المرجع السابق، ص 57.

[3] أ/ محمد بودالي، المرجع السابق، ص 57، و Eric Caprioli, Op cit.

[4] نفس المرجع، ص 25

ويمكن تلخيص مزايا هذا التوقيع في الآتي:

- أنه يؤدي إلى إقرار المعلومات التي يتضمنها السند أو التي يهدف إليها صاحب التوقيع.

- يسمح بإبرام العقود عن بعد، وذلك دون حضور المتعاقدين جسديا في ذات المكان، الأمر الذي يساعد في ضمان وتنمية التجارة الإلكترونية.

- هو وسيلة مأمونة لتحديد هوية الشخص الذي قام بالتوقيع.

أما أكبر سلبية من سلبيات التوقيع الرقمي فتتمثل في أن احتمال تعرض الرقم السري أو الكودي للسرقة أو الضياع أو التقليد، مما يجعل صاحبه ملزما بسرية رقمه، وفي حالة تسرب الرقم للآخرين فيعد هو المسؤول عن الآثار المترتبة على ذلك طالما أنه لم يراعي قواعد الحيطة والحذر، إلا إذا قام بالإبلاغ عن سرقته أو فقدانه إلى سلطات التوثيق أو البنك.

2- التوقيع البيومتري Signature biométriques

يعتمد التوقيع البيومتري على تحديد نمط خاص تتحرك به يد الشخص الموقع أثناء التوقيع، إذ يتم توصيل قلم إلكتروني بجهاز كمبيوتر، ويقوم الشخص بالتوقيع باستخدام هذا القلم الذي يسجل حركات يد الشخص أثناء التوقيع كسمة مميزة له اخذا في الاعتبار بأن لكل شخص سلوك معين أثناء التوقيع[1].

ويتم التحقق من صحة هذا التوقيع، عن طريق قيام نفس البرنامج، الذي تم التوقيع بواسطته، بفك رموز الشفرة البيومترية، ومقارنة المعلومات مع التوقيع المخزن، ثم إرسالها إلى برنامج كمبيوتر الذي يعطي الإشارة فيما إن كان التوقيع صحيحا أم لا[2].

الفرع الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

نص المشرع في المادة 327 فقرة 2 على أنه: " يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفقا للشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه "، ويكون بذلك المشرع قد سوى في الحجية بين التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني، وهو ما يسمى بالتعادل الوظيفي بين التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني، أي أن التوقيع الالكتروني يمكن أن يقوم بذات الوظائف التي يقوم بها التوقيع الخطي من حيث تحديد هوية صاحبه و إقراره بمضمون التعامل الذي استخدم هذا التوقيع في إنجازه[3].

[1] د/ يونس عرب، المرجع السابق، ص 22.
[2] د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 99.
[3] د/ سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 365.

في نفس الوقت أحال المشرع على الشروط المنصوص عليها في المادة 323 مكرر 1 للاعتداد بهذا التوقيع وهي:

- إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدره.

- أن يكون معدا ومحفوظا في ظروف تضمن سلامته.

فكما سبقت الإشارة إليه أعلاه فإنه يصعب تحقق هذين الشرطين إلا بوجود جهات وسيطة تصادق على صحة هذا التوقيع، وضمان أن صدوره كان من الشخص المنسوب إليه، وتأكيد أنه لم يحدث أي تحريف أو تعديل فيه.

وفي غياب نص تنظيمي للمسألة، تظل مشكلة تحديد الشخص الذي يصدر عنه هذا التوقيع قائمة في كيفية تعيين المتعاقد حتى مع وجود التوقيع الإلكتروني، وفي هذا الصدد تظهر أهمية تحديد هذا التوقيع من خلال شخص آخر يسمى بهيئة الإقرار Autorité certificatrice، والتي تقدم خدمة التصديق prestataire de service de certification، أو الغير الموثق Tiers certificateur ou Authentificateur، وهذا يعني ضرورة إنشاء هذه الوظيفة بالنسبة للمعاملات التي تتم من خلال شبكة الانترنت، وهذه الجهة الموثقة أو هذا الشخص المصدق يجب أن يقدم وثيقة إلى مستخدم الانترنت في إبرام العقود تتضمن اسمه، عنوانه، وإذا كان شخص معنوي يتم تحديد سلطاته، ورقمه السري، وهذه الشهادة تحمل التوقيع الإلكتروني للجهة الصادرة عنها، وهذا من شأنه أن يؤكد العلاقة بين الشخص والرسالة الإلكترونية الصادرة عنه، وإن بث الرسالة مقترنة بهذه الإجراءات المكونة للتوقيع الإلكتروني يؤكد نسبتها لشخص محدد من جهة، وأنه لم يحدث تلاعب أو تحريف أو تعديل في الرسالة من جهة أخرى، وهذا من شأنه إضفاء نوع من الثقة في التعامل الذي يتم من خلال شبكة الانترنت، إذ يضمن للمستقبل سلامة المعلومات المرسلة من الطرف الآخر كما صدرت عنه تماما دون تحريف ناتج عن تدخل شخص آخر على الشبكة، وفي سبيل إضفاء الثقة على هذه الوسيلة يجب على هذه الهيئة أن تخلق لديها نظاما رقميا خاصا بالتوقيع الإلكتروني بما يمنع الخلط بين مستخدمي الانترنت وكذلك خلق أرشيف إلكتروني، يتضمن التوقيعات الإلكترونية الصادرة عنها [1].

هذا وقد أبدت أغلب التشريعات التي اعترفت بالتوقيع الإلكتروني في إثبات التصرفات القانونية مجموعة من الضوابط الصارمة، وتدخلت الدولة في هذا الخصوص بإنشاء هيئة عامة يناط بها مهمة التوثيق بما يؤدي إلى نوع من التنظيم الرسمي لاستخدام الانترنت في المعاملات

[1] د/ فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص 83 وما يليها و Eric Caprioli, Op Cit.

التجارية وإبرام العقود بصفة عامة، وبالتالي إضفاء نوع من الثقة على التعامل الذي يتم عبر شبكة الانترنت[1].

أما في الجزائر، وبسبب غياب إطار منظم لهذه الوظيفة، فلأطراف العقد الحرية في اختيار النظام الإلكتروني الذي يضمن للإمضاء موثوقيته، وذلك بإنشاء الجهة الموثقة باتفاق مستخدمي الانترنت في تعاملاتهم، ومن ثمة تكون هذه الهيئة خاصة.

[1] وفي هذا الإطار أصدر المشرع الفرنسي مرسوما تنظيميا يحدد كيفيا تطبيق المادة 1316-4 من القانون المدني الذي أنشأ هيئة التوثيق، ونظم هذه المهنة بشكل دقيق، وأحاط بالجوانب التقنية للتوقيع الإلكتروني.
Décret n° 2001-272 du 30 Mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique, JO n° 77 du 31 Mars 2001 page 2070. www.journal-officiel.gouv.fr.

خاتمة

خاتمة

وبذلك نكون قد حاولنا في هذه المذكرة المقاربة بين قواعد النظرية العامة للعقد، وبين ما يثيره العقد الإلكتروني من خصوصيات من حيث إبرامه وتنفيذه وإثباته، فقد تناولنا من خلال هذه النظرة للعقود الإلكترونية في البداية تحديد مفهوم هذا العقد بتعريفه أولا، استنادا لما جاء في النصوص القانونية الدولية والوطنية المقارنة والفقه، مع تحديد الخصوصية فيه، وتبيان نطاق إبرامه ثم دراسة كيفية انعقاده وتنفيذه وإثباته.

وفي ختام هذه الدراسة تم التوصل إلى مجموعة من النتائج والتي هي كالأتي:

- فيما يخص الانعقاد، فرغم غياب نصوص صريحة ضمن قواعد القانون المدني تتعلق بمدى مشروعية التعاقد بالوسائل الإلكترونية، غير أن مبدأ الرضائية في التعاقد، يعطى للطرفين الحرية الكاملة لاختيار الطريقة التي يعبران فيها عن إرادتيهما، وبالتالي لا يوجد ما يحول دون إمكانية استعمال الوسائل المقررة في النظرية العامة للعقد من أجل التعاقد إلكترونيا، إلا أن عدم تنظيم المشرع للوسائل الإلكترونية في التعبير عن الإرادة يثير الكثير من الصعاب، بالنظر إلى المخاطر المتعلقة بالثقة التي توفر للمتعاقدين خاصة تلك التي قد يتعرض إليها المستهلك الذي أولاه المشرع بحماية خاصة، لذلك نقترح النص صراحة في القانون المدني على الاعتراف الصريح برسالة البيانات في التعبير عن الإرادة وتنظيمها كما فعلت ذلك التشريعات المقارنة ووضع قواعد صريحة من شانها توفير حماية خاصة للمستهلك في العقود الالكترونية التي يبرمها.
- وإذا أتينا إلى طرق التعبير عن الإرادة بالوسائل الالكترونية، فإنها لا تخرج عن احتمالات ثلاثة فإما أن يكون هذا التعبير بالكتابة، وإما أن يكون بالإشارة، وإما أن يكون بالكلام، بالنظر إلى الوسيلة المستعملة في التعاقد.
- وبالنسبة للقبول في العقد الإلكتروني، فإننا توصلنا إلى أنه يجب تأكيد الموجه إليه الإيجاب لقبوله وذلك عن طريق الضغط على أيقونة القبول مرتين أو إرساله وثيقة الأمر بالشراء إلى الموجب وذلك لتفادي الشك في التعبير عن إرادة الموجه إليه الإيجاب وأخطاء اليد، أما مسألة الحالة الاستثنائية التي يعد فيها السكوت قبولا، لاحظنا أنه لا يمكن التمسك لا بالعرف ولا بالمصلحة المحضة لمن وجه إليه الإيجاب لتأسيس السكوت الملابس، بينما يمكن ذلك إذا تعلق الأمر بوجود المعاملة السابقة.
- وانتقالنا بعدها إلى تطبيق نظرية العلم بالقبول المكرسة من طرف المشرع لتحديد زمان و مكان انعقاد العقد الإلكتروني، واستنتجنا أنه توجد حالات تخضع لأحكام التعاقد بين الحاضرين حكما، وحالات أخرى لا يمكن تكييف العقد إلا باعتباره بين غائبين، وبالتالي تطبيق القواعد المنظمة لكل حالة.

- ويمكن القول في هذا الصدد، أن العقد الالكتروني وضع نموذجا جديدا لمجلس العقد ذلك أنه يمكن أن يكون افتراضيا، وذلك إذا تم التعاقد بتكنولوجية المحادثة والمشاهدة المباشرة عبر الانترنت.
- أما فيما يخص تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني، فاستنتج أن هناك صعوبة كبيرة في تحديده بسبب الطبيعة اللامادية والعالمية لوسيلة إبرام العقد الإلكتروني، والتي تجعل من الصعوبة بمكان تحديد القانون الواجب التطبيق والجهة القضائية المختصة في نظره، أي أن قواعد القانون الدولي الخاص عاجزة على مواكبة هذه الطبيعة.
- وفي الفصل الثاني، فتمت دراسة مرحلة تنفيذ العقد الإلكتروني وإثباته، فالتنفيذ إما يكون بالرجوع إلى العالم المادي فتطبق عليه الأحكام العامة التي تحكم مختلف العقود، ذلك أن محل أغلب العقود يكون فعل أو أداء، ولذا أمكن تطبيق القواعد العامة التي تحكم التسليم المادي إذا تعلق الأمر بأداء شيء، بينما أداء الخدمة فيثير بعض الخصائص بسبب إمكانية تنفيذ هذا النوع من الالتزام داخل الشبكة نفسها.
- وتزداد الأهمية الى وضع بناء قانوني لإدارة البنوك في الجزائر يتيح لها التعامل مع تحديات الدفع الإلكتروني الذي يتطلب جاهزية تتفق مع مخاطره التقنية والقانونية.
- وبشأن الإثبات، فإنه على الرغم من أن المشرع قد نص صراحة على مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة في الشكل الالكتروني من جهة، والتوقيع الالكتروني من جهة أخرى، إلا أن هناك الكثير من النقائص تعتري هاته النصوص، أهمها المتعلقة بشروط قبول هذه الكتابة والتوقيع كوسيلة للإثبات، وهو شرط التأكد من شخصية من صدر منه الكتابة أو التوقيع، وهذا نظرا لغياب الجهة التي تؤكد ذلك، أو ما يسمى بالجهات الوسيطة، وغياب نص ينظم المنازعة بين أدلة الإثبات الورقية وأدلة الإثبات التي تكون على دعامة إلكترونية.

وبعد استعراض النتائج المتوصل إليها، نقدم بعض الاقتراحات التي نرى أنها ضرورية، وهي كالأتي:

- منح المحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني الحجية في الإثبات أمام المحاكم والجهات الحكومية، وإعطاؤه حجية المحررات الورقية في الإثبات.
- إيجاد الوسائل اللازمة لتحقيق الثقة والأمان بين المتعاقدين بإيجاد الضمانات اللازمة لتنفيذ العقود الإلكترونية.
- قيام المشرع الجزائري بتنظيم قانون المبادلات والتوقيع الإلكتروني، والقيام بتطبيقه مع ضرورة إيجاد الوسائل الكفيلة بذلك.
- قيام المشرع الجزائري بمنح ترخيص لجهات تصديق وتوثيق معينة لتمكينها من القيام بالمصادقة على صحة التوقيعات الإلكترونية والتأكد منها، وهذا ما يوفر الثقة والأمان وضمانا لدى التاجر والمستهلك المتعامل بالتجارة الإلكترونية.

وفي الأخير يمكن القول أن العقد الالكتروني بكل ملابساته القانونية التي تطرقنا إليها في هذه المذكرة قد كشف بالفعل عن قصور القواعد القانونية الكلاسيكية الحالية في نظرية العقد على حلها، وهذا ما لا يكاد يختلف عليه الباحثون في مجال قانون التجارة الالكترونية، وذلك ما يستدعي إلى سن أما قانون مستقل ينضم المعاملات الالكترونية أو تعديل قواعد القانون المدني كي لا تتصادم مع التقنية الحديثة.

قائمة المراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

1- النصوص القانونية

أ) القوانين

1- قانون 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

2- قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2000 المؤرخ في 11 ديسمبر 2001.

3- قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، الصادر في 11 أوت 2000، للإشارة فإن تونس تعتبر أول دولة عربية أصدرت قانونا يتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية.

4- القانون الأونستيرال إلى هذه الوسائل عند تعريف رسالة البيانات.

5- القانون المصري رقم 2004/15، المتعلق بتنظيم التوقيع الإلكتروني وبإناء هيئة صناعة تكنولوجيا المعلومات.

6- قانون التحكيم المصري رقم 1994/27.

7- القانون النموذجي للتجارة الالكترونيةCNUDCI.

ب) المراسيم الرئاسية

1- المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 2015/09/16، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية، العدد 50. والتي كانت المادة 173 من المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 2010/10/07.

ج) القرارات والأوامر والتعليمات الوزارية والبيانات الصحفية

1- أمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن قانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية، عدد78، صادر في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20جوان 2005، الجريدة الرسمية، العدد44، الصادر في 26 جوان2005.

2- قرار رقم 51/162 المتضمن الأونستيرال القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، يتكون هذا القانون من 17 مادة قابلة للزيادة في المستقبل وهذه الأمور مقسمة إلى بابين الباب الأول يعالج موضوع التجارة الإلكترونية بصفة خاصة في مواد من 1إلى 10، أما الباب

الثاني فمكون من فصل واحد متعلق بعقود النقل البضائع والمستندات في المادتين 16 و17 منه ويلحق هذا القانون ملحق داخلي يوجه خطاب للدول الأعضاء بكيفية إدماجه ضمن تشريعاتها الداخلية، ويتضمن هذا القانون نوعين من القواعد، قواعد أمرة تتعلق بالتطبيق العام للقانون وأخرى تكميلية لا تطبق على المستخدمين إلا في حالة عدم وجود اتفاق يخالفها.

ثانيا: المراجع

1- المؤلفات أو الكتب

1- أحمد خالد العجولي، التعاقد عن طريق الانترانت، دراسة مقارنة، مكتبة القانونية عمان، الأردن، الطبعة 2002.

2- أحمد عبد التواب محمد بهجت، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي)، دار النهضة العربية بالقاهرة، مصر، 2009.

3- أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد وأثاره في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، دار الجامعة للنشر، مصر.

4- د/ أعراب بالقاسم، قانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار الهومة، طبعة 2002.

5- أودين سلوم الحايك، مسؤولية مزودي الخدمات الانترنت التقنية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2009.

6- إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.

7- إلياس ناصيف، العقود، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2009.

8- بشار محمود الدودين، إطار القانون للعقد المبرم عبر شبة الانترنت، دار الثقافة للنشر، الأردن، 2006.

9- ثامر محمد سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، 2009.

10- جمال عبد الرحمان علي، الخطأ في مجال المعلوماتية، دار النهضة العربية، بدون سنة.

11- جميل عبد الباقي الصغير، القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، الكتاب الأول، الجرائم الناشئة عن استخدام الحساب الآلي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 1992.

12- حسين فتحي، حدود مشروعية الإعلانات التجارية (حماية المتجر والمستهلك)، بدون ناشر، 1991.

13- حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.

14- خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، الإسكندرية، الدار الجامعية، 2007.

15- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

16- خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الرابع (عقد بيع)، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.

17- رامي محمد علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الانترنت وإثبات للعقد الإلكتروني، مجلة الحقوق جامعة الكويت، للعدد الرابع، 2002/12/26.

18- زياد خليف شداخ العنزي، المشكلات القانونية لعقود التجارة الإلكترونية من حيث الإثبات وتحديد زمان ومكان العقد، دار وائل للنشر، الأردن، 2001.

19- سامح عبد الواحد التهامي، تعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية المجلة الكبرى، مصر 2008.

20- د/ سامي بديع منصور، الإثبات الإلكتروني في القانون اللبناني معاناة قاض، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بيروت العربية، الجزء الأول، الجديد في التقنيات المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، طبعة 2004.

21- سمير عبد السميع الأودن، العقد الإلكتروني، منشئة المعارف، مصر، 2005.

22- شحاتة غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية(دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.

23- شيب بن ناصر البوسعيدي، وسائل الدفع في التجارة الإلكترونية، دار البشير، الإمارات العربية المتحدة، 2013.

24- طارق عبد العال حماد، التجارة الإلكترونية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2002.

25- عباس العبودي، تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2010.

26- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، طبعة 2006.

27- د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية، الكتاب الأول والثاني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.

28- د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، الكتاب الثاني، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2003.

29- علاء حسين مطلق التميمي، الأرشيف الإلكتروني، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر، 2010.

30- علي عبد العال الخشاب الأسدي، حجية الرسائل الإلكترونية في الإثبات المدني، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2013.

31- د/ علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، مطبعة الكاهنة، 1997.

32- عمر محمد بن يونس، أشهر المبادئ المتعلقة بالانترنت في القضاء الأمريكي، موسوعة التشريعات العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

33- فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في القواعد المعلومات الإلكترونية، دراسة تطبيقية لعقود الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

34- فراح مناني، العقد الإلكتروني(وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري)، دار الهدى، الجزائر، 2009.

35- لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

36- السيد محمد السيد عمران، الطبيعة القانونية لعقود المعلومات، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1992.

37- محمد أمين الرومي، التعاقد الالكتروني عبر الانترانت، الطبعة الأول، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004.

38- محمد إبراهيم الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.

39- أ/ محمد بودالي، التوقيع الإلكتروني، مجلة الإدارة، العدد رقم 2، لسنة 2003.

40- محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.

41- د/ محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوربي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، طبعة 2005.

42- محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009.

43- محمد سامي الشيوا، ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات، طبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.

44- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2006.

45- محمود السيد عبد المعطي، خيال التعاقد عن طريق التليفزيون، مطبعة النشر الذهبي، مصر، 2000.

46- مدحت محمد محمود عبد العالي، الالتزامات الناشئة عن عقود تقديم برامج المعلومات، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2001.

47- مصطفى أحمد أبو عمرو، مجلس العقد الإلكتروني، دارسة المقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.

48- مصطفى أحمد إبراهيم نصر، التراضي في العقود الالكترونية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، المملكة العربية السعودية، 2010.

2- الرسائل والمذكرات العلمية

أ- رسائل دكتوراه

1- أسامة سيد محمد علي، التنظيم التشريعي والتعاقدي للتجارة الإلكترونية وآثارها على الخدامات المصرفية، أطروحة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، قسم القانون التجاري، جامعة القاهرة-مصر، 2010.

2- عنادل عبد الحميد مطر، التراضي في العقد الإلكتروني، أطروحة الحصول على الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، قسم القانون المدني، جامعة عين الشمس، 2009.

3- مخلوفي عبد الوهاب، التجارة الإلكترونية عبر الانترنت، الأطروحة لنيل شهادة الدكتورة في الحقوق العلوم تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والأعمال السياسية، جامع الحاج الأخضر، باتنة، 2011-2012.

4- ممدوح محمد علي مبروك، أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة، أطروحة الدكتوراه كلية الحقوق، القاهرة، 1998.

5- يوسف زروق، حجية وسائل الإثبات الحديثة، أطروحة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013/2012.

ب- رسائل ماجستير

1- نور الهدى مرزوق، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة المولود معمري، تيزي وزو، 2012.

ثالثا: المقالات

1- أحمد شرف الدين، الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني وتسوية المنازعات، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية مركز البحوث والدراسات بالأكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، المنعقد في 26/ 28 أفريل 2003، الجزء الثاني.

2- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعامل الإلكتروني بمركز البحوث والدراسة الأكاديمية شرطة دبي إمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، 26- 28 أفريل 2003.

3- غنام محمد عنام، الحماية الجنائية لبطاقات الائتمان الممغنطة، بحث منشور عبر الدليل الإلكتروني للقانون العربي، www.arablawinfo.com

4- فياض ملغي قضاة، الجوانب القانونية للتعاقد الالكتروني في التجارة، بحث مقدم بتاريخ 2009/04/25، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد الأول، العدد الثالث، أكتوبر 2009.

5- فياض ملغي قضاة، التزامات الناتجة عن استخدام البطاقات ائتمان، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، العدد الثاني، المجلد 26، لعام 1999.

6- القاضي كمال العياري، التطور العلمي وقانون الإثبات، ورقة عمل مقدمة في الندوة العالمية حول الإثبات باستعمال وسائل المعلوماتية والتكنولوجية الحديثة، بالمركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، 6-8 يناير 2003، بيروت، لبنان.

7- نبيل محمد أحمد صبيح، حماية المستهلك في التعاملات الالكترونية، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد 02، السنة 32 جوان 2008.

8- أ/ يونس عرب، حجية الإثبات بالمستخرجات الإلكترونية في القضايا المصرفية، الجزء الأول، مسائل وتحديات الإثبات الإلكتروني في المسائل المدنية والتجارية والمصرفية، مقال منشور على موقع:

http://www.arablaw.org/Download/E-Evidence_Article.doc

9- أ/ يونس عرب، حجية الإثبات بالمستخرجات الالكترونية www.tootshamy.com

10- أ/ يونس عرب، المنازعات التجارة الإلكترونية اختصاص والقانون الواجب التطبيق وطرق التقاضي البديلة www.arablaw.org

رابعا: المواقع الإلكترونية

1- الموقع الإلكتروني التالي:
http://www.islamicfi.com/arabic/foundation/productions.asp.

2- الموقع الإلكتروني التالي: http://www.fc.com

3- الموقع الإلكتروني التالي: http://www.kleine.fr

4- الموقع الإلكتروني التالي: http://fstc.org/about/

5- الموقع الإلكتروني التالي:http://www.echek.org

6- الموقع الالكتروني التالي: www.digicash.com

7- للموقع الإلكتروني التالي: .www.journal-officiel.gouv.fr

8- Universitylifestyle.net.

9- http//www.univ-orléans Fr./asso/dess-dicom/mémoire Loi-contrat internet pdf.

10- www.oecd.org.

خامسا: الكتب الأجنبية بالغة الفرنسية

1- Alain Bensoussan, la Pra lésé otique française, claque, 1998.

2- CHIHABE GHAZOUNI , LE CONTRAT DE COMMERCE ELECTRONIQUE INTERNATIONAL, THESE POUR LE DOCTORAT EN DROIT, UNIVERSITE PANTHEONE-ASSAS(PARISII),2002.

3- ITEANU(o)internet et le droit, aperts juridique du commerce électronique, édition E Y R OLLES, 1996.

4- SAVATIER(G) le part monnaie électroni que et le parte mannaie Virtual-ed Puf-callection que sais-je ? mai 1997.

5- SEDALLIIAN(v) : droit de l'internet , collection Audi, 1996.

6- VASSEUR(m), le paiement électronique aspects juridiques –j.c.p. 1985.

7- Voir préface de francis Lorentz, au livre de Michel Vivant, Les contrats du commerce électronique, Litec, 1999.

سادسا: القوانين بالغة الفرنسية

1- ART.1316 du C. Civ. Français ; « La preuve littérale, ou par « crit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes, ou symboies dotés dune signification intelligible, quel que soit leurs supports et leurs modalités de transmission ».

2- Arcticle 8 de la directive n°97/7/ce du parlement européén et du conseil, du 20 mai 1997, concement la protection des consommateurs en matiére de contrats à distance, j.o.c.e N° L144.

3- Article 22 de la loi n°85/695 de 11 juillet 1985, unifiant le, droit en matière de chèque (et relatif aux cartes depaiement), inséré par la loi h°91/1382 du 30 decembre 1991, relative à la sécurité des chéques et des cartes de paiement, j.o.n° 1 DU 01/01/1992.

4- Article 22 de la loi n°85/695 de 11 juillet 1985, unifiant le, droit en matière de chèque (et relatif aux cartes depaiement), inséré par la loi h°91/1382 du 30 decembre 1991, relative à la sécurité des chéques et des cartes de paiement, j.o.n° 1 DU 01/01/1992.

5- Diective n°97-07ce du 20 mai 1997 JO CE 04l06l199 n°144.

6- Europeancentralbank (1998),"report on. Electronic money" Frank Forth. Germany.august.

7- HUETC(j) aspects juridiques du télépaiement, j.c.p.éd.g. 1991. 13524, n°5.

8- Loi n°2000-230K portent adaptation du droit de la preuve aux technologie de l'information et relative à la signature électronique, JO, 14/03/2000, www.journal-officiel.gouv.fr.

9- L'article 1316-2 stipule que."Lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérales en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable quel qu'en soit le support".

10- L'article 1316-4 du code civil français stipule que: " la signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose, elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte".

الفهرس

إهداء

شكر

مقدمة 01

الفصل الأول : ماهية العقد الإلكتروني.....05

المبحث الأول: مفهوم العقد الإلكتروني.....05

المطلب الأول: تعريف العقد الإلكتروني وخصائصه.....05

الفرع الأول: تعريف العقد الإلكتروني.....05

أولا: التعريف الوارد في الوثائق الأوروبية.....06

ثانيا: تعريف القوانين المقارنة للعقد الإلكتروني.....06

ثالثا: تعريف الفقه للعقد الإلكتروني.....07

الفرع الثاني: خصائص العقد الإلكتروني.....08

أولا: العقد الإلكتروني عقد مبرم بوسيلة إلكترونية.....08

ثانيا: العقد الإلكتروني عقد قائمة عن بعد.....09

ثالثا: العقد الإلكتروني عقد تجاري ودولي.....09

المطلب الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود ونطاق إبرامه.....10

الفرع الأول: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود.....10

أولا: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود بحسب طريقة التعاقد.....10

ثانيا: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود المرتبطة به في البيئة الإلكترونية...14

الفرع الثاني: نطاق إبرام العقد الإلكتروني 17

أولا: المبدأ في إبرام العقود الإلكترونية.....18

ثانيا: الاستثناء في إبرام العقود الإلكترونية.....18

المبحث الثاني: انعقاد العقد الإلكتروني.....20

المطلب الأول: التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني.....21

الفرع الأول: صور التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني.....21

أولا: صور التعبير عن الإرادة في العقود المبرمة عن طريقة الانترنت.....21

ثانيا: صور التعبير عن الإرادة في العقود المبرمة بوسائل أخرى.....25

الفرع الثاني: مشروعية الوسائل الإلكترونية الحديثة في التعبير عن الإرادة.....25

أولا: القائلون بمشروعية الوسائل الإلكترونية للتعبير عن الإرادة.....26

ثانيا: الرافضون لمشروعية الوسائل الإلكترونية كأداة للتعبير عن الإرادة.....27

المطلب الثاني: تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني.....28

الفرع الأول: عناصر تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني.....28

أولا: الإيجاب في العقد الإلكتروني.....28

ثانيا: القبول في العقد الإلكتروني.....31

ثالثا: مدى صلاحية السكوت لأن يكون مقبولا إلكترونيا.....34

الفرع الثاني: زمان ومكان تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني.....36

أولا: زمان انعقاد العقد الإلكتروني.....36

ثانيا: مكان انعقاد العقد الإلكتروني.....40

الفصل الثاني: التنفيذ والإثبات في العقد الإلكتروني.....46

المبحث الأول: تنفيذ العقد الإلكتروني.....46

المطلب الأول: التزام المتعاقد بتسليم السلعة وتقديم الخدمة.....46

الفرع الأول: التزامات المتعاقد بتسليم السلعة..... 47

أولا: محل الالتزام بالتسليم.....47

ثانيا: كيفية التسليم.....48

ثالثا: زمان ومكان التسليم ونفقاته.....49

رابعا: جزاء الإخلال بالتسليم.....50

الفرع الثاني: الالتزام المتعاقد بتقديم الخدمة 51

المطلب الثاني: الالتزام بالوفاء إلكترونيا.....52

الفرع الأول: خصائص الدفع الالكتروني.....52

الفرع الثاني: أنواع الدفع إلكتروني.....55

أولا: التحويل الإلكتروني.....55

ثانيا: البطاقات البنكية (النقود البلاستيكية).....55

ثالثا: الوسائط الإلكترونية المصرفية 58

رابعا: الوسائط الإلكترونية الجديدة.....59

خامسا: النقود الإلكترونية..... 61

المبحث الثاني: إثبات العقد الالكتروني.....63

المطلب الأول: محررات الالكترونية.....63

الفرع الأول: مفهوم الكتابة في الشكل الإلكتروني.....63

أولا: تعريف الكتابة الالكترونية في التشريعات الداخلية.....64

ثانيا: المفهوم الحديث والموسع للكتابة.....68

ثالثا: خصائص الكتابة الالكترونية.....69

الفرع الثاني: القوة الثبوتية للكتابة في الشكل الالكتروني.....71

أولا: مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الورق 71

ثانيا: شروط قبول الكتابة في الشكل الإلكتروني كدليل إثبات.....73

ثالثا: التنازع بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الورق في الإثبات.....77

المطلب الثاني: التوقيع الالكتروني.....79

الفرع الأول: ماهية التوقيع الإلكتروني.....79

أولا: تعريف التوقيع الإلكتروني.....79

ثانيا: خصائص التوقيع الإلكتروني 80

ثالثا: أنواع التواقيع الإلكترونية.....81

الفرع الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات.....82

خاتمة.....86

قائمة المراجع 90

مـلخص مذكرة الماستر

لا يختلف العقد الإلكتروني عن العقد التقليدي لأن كلاهما ينعقدان بتوافق الإرادتين غير أن التعاقد التقليدي يتحقق بالتواجد المادي للأطراف، من حيث الزمان والمكان عكس الإلكتروني الذي يتميز باللامادية يمكن إبرامه بين غائبين وحاضرين، بإضافة إلا أن عقد الإلكتروني عقد مبرم بوسيلة إلكترونية و عن بعد كما يغلب عليه الطابع التجاري والدولي، هذا من حيث طريقة إبرامه أما من حيث تنفيذه فهماك مسؤوليات على عاتق البائع أداء خدمة وزمان ومكان والنفقات، ومسؤوليات على عاتق المشتري تقتصر كلها على التزام المشتري بدفع، وكل هذا لا يعتبر صحيحا إلا بوجود القوة ثبوتية لهذا العقد أي كيف يتم إثبات وتنفيذ هذا العقد هو ما أوجب الكتابة والمحررات الإلكترونية بشروطها وكل هذا من أجل صحة إثبات وتنفيذ العقد الإلكتروني لضمان الائتمان.

الكلمات المفتاحية:

1/ العقد الإلكتروني 2/ الإثبات في العقد الإلكتروني 3/ التنفيذ في العقد الإلكتروني 4/ الوسائل الإلكترونية 5/ الكتابة الإلكترونية 6/ الدفع الإلكتروني

Abstract of The master thesis

The electronic contract does not differ from the traditional contract because both are concluded by agreement of the two wills. However, the traditional contract is achieved by the physical presence of the parties, in terms of time and place, unlike the electronic one, which is characterized by immateriality. It has a commercial and international character, this is in terms of the way it is concluded, but in terms of its implementation, there are responsibilities on the seller to perform a service, time, place and expenses, and responsibilities of the buyer are all limited to the buyer's obligation to pay, and all of this is considered true only with the existence of evidence for this contract, i.e. how it is done Proof and implementation of this contract is what necessitated writing and electronic documents on their terms, and all this for the sake of the validity of the proof and implementation of the electronic contract to guarantee credit.

Keywords:

1/electronic contract 2/Evidence in the electronic contract 3/Execution in the electronic contract 4/electronic means 5/electrnic writing 6 /electronic payment