جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

النظام القانوني للعقد الإلكتروني

(دراسة مقارنة)

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر فرع القانون الخاص
التخصص القانون الخاص الشامل

من إعداد الطالبتان:

جحيط حبيبة

جعودي مريم

تحت إشراف الأستاذ

إراتن عبد الله

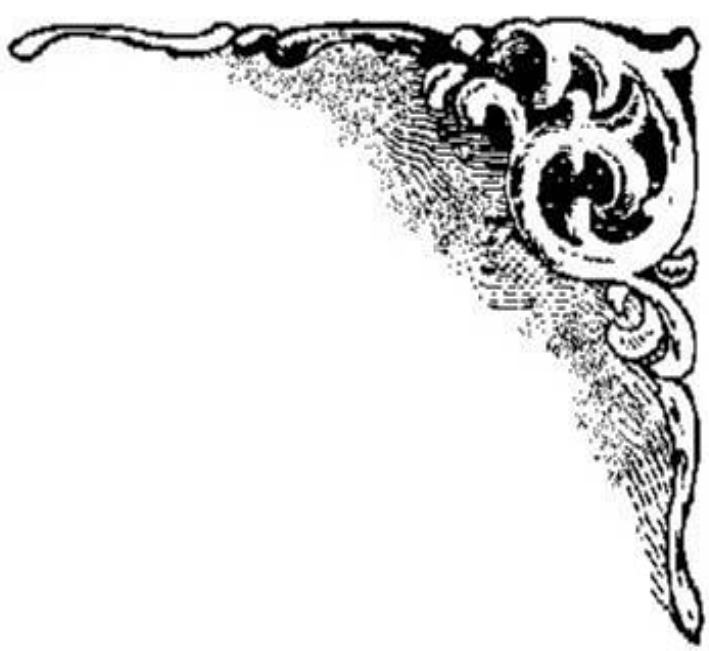
أعضاء لجنة المناقشة

حمادي زوبير أستاذ بجامعة عبد الرحمان ميرة بجاية.....رئيسا

إراتن عبد الله أستاذ بجامعة عبد الرحمان- ميرة بجاية.....مشرفا و مقررا

بهلولي فاتح أستاذ بجامعة عبد الرحمان- ميرة بجاية..... ممتحنا

تاريخ المناقشة: 2013/06/18



بسم الله الرحمن الرحيم

"أنّني رأيت أنّه لا يكتب إنسان كتاباً في يوم، إلاّ قال في غده:

لو غيّر هذا لكان أحسن، و لو زيد كذا لكان يستحسن و لو قدّم هذا لكان أفضل ولو ترك هذا لكان أجمل، و هذا من أعظم العبر وهو دليل على استيلاء النّقص على كافة البشر"

العماد الأصفهاني

كلمة شكر

الحمد لله سبحانه و تعالى، له عظيم الشكر و الحمد بنعمته أتممنا هذا العمل

اعترافاً بالفضل و الجميل نتوجه بخالص الشكر و عميق التقدير و الامتنان إلى

الأستاذ: إراتن عبد الله

تقديرا على عطائه الدائم و قبوله الإشراف على هذا العمل و على ما قدمه

من نصائح و إرشادات أنارت طريقنا و قومت مسارنا.

كما و نتقدم بالشكر العميق إلى الأستاذ لفقيري عبد الله عن كل مساعدة قدمها ونسأل الله أن يديم عليكم الصحة و العافية

كما نتقدم بجزيل الشكر إلى كل من ساعدنا من بعيد أو من قريب في انجاز

هذا العمل و نخص بالذكر موظفي مكتبات و الجامعات التالية على دعمهم ومساعدتهم:

جامعة عبد الرحمان ميرة ببجاية، جامعة فرحات عباس بسطيف، جامعة تسوسث بجيجل، و كلية الحقوق بوخالفة بتيزي وزو.

إهداء

إلى الذي أفنى عمره محترقاً شامخاً لكي يريني النور،

إلى ذلك الوجه المكابر الى تلك الهمة العالية

إلى أبي الحبيب

إلى روضة الأمل المعطاة وجداول الحنين المتدفقة

إلى التي الجنة تحت إقدامها إليك أيها الملاك السماوي

إلى أمي الحبيبة

إلى من أوقدوا بنور قلوبهم شموع ليلي الغريب

إلى إخوتي و أخواتي

أهدي ثمرة جهدي

إهداء

إلى منبع الحب والعطاء، التي ربت و سهرت من أجلنا...

أمي

إلى القلب النابض من أجلنا ،و الذي كان سندا لي ماديا و معنويا...

أبي

إلى كل من رفع يده داعيا لي بالنجاح و التوفيق ...

جدي وجدتي وكل أقاربي

إلى كل إخوتي ،لياس ،حواء ،ليلية، زوينة، نوال...

الذين كانوا سندالي

إلى كل من عرفتني بهم الحياة،وكل من عرفتني بهم الدراسة ...

أصدقائي وصديقاتي

أهدي ثمرة جهدي

قائمة المختصرات:

أولا: باللغة العربية:

ق م ج: القانون المدني الجزائري.

ق ت ج: القانون التجاري الجزائري.

ج ر: جريدة رسمية.

د.س.ن: دون سنة النشر.

ص: صفحة.

ثانيا: باللغة الأجنبية :

Unictral : United Nations Commission on International trede law.

EDI : Electronic Data Interchange.

L MT H : Language Markup Text Hyper

Http : protocole de transfert hypertexte.

Op-cit : Référence précitée .

P : page.

مقدمة

مقدمة

يشهد العالم تطور تكنولوجي متسارع غزى جميع مجلات الحياة على السواء المدنية، التجارية، الإدارية، الإقتصادية، السياسية...، الذي أدى إلى بروز ثورة حقيقية أطلق عليها الثورة المعلوماتية، تتميز بالحداثة من حيث تسميتها ومضمونها مقارنة بسابقاتها "الثورة الزراعية والثورة الصناعية"[1]، وهي نتيجة اقتران نوعين من التكنولوجيا هي تكنولوجيا الاتصالات بتقنيات المعلومات، ساهمت الأولى في إلغاء الحدود الجغرافية والحواجز السياسية التي تفصل بين الدول وساهمت في الربط بين الشعوب المتباعدة فحولت العالم إلى قرية صغيرة[2].

أمّا تقنيات المعلومات كانت نتيجة ابتكار الحاسب الآلي، الذي ينفرد بصفة السرعة في التنفيذ، وهو ما ساعد في استغلاله وكثرة استخدام البشرية له[3].

وإن تقنية المعلومات لم تقتصر فقط على ظهور الحاسب الآلي بل صاحبتها ظهور شبكة عالمية للمعلومات "الأنترنت"[4] التي اكتملت بها المنظومة القانونية وتعرف بأنّها:" **شبكة متداخلة تربط بين آلاف الشبكات، وتتيح الاتصال، على شكل تبادل للمعلومات، في إطار بروتوكول يضمن الاتصال بين الحواسيب والشبكات الموجودة في جميع أنحاء العالم، والتي تعمل بلغات متنوعة**"[5].

وكانت شبكة الأنترنت حكراً على وزارة الدفاع الأمريكية، التي استخدمتها لنقل المعلومات والتوجيهات العسكرية والحكومية للجنود على مختلف مناطق الولايات المتحدة الأمريكية، وضمان استمرارية الاتصال بين السلطات الأمريكية عند نشوب حرب نووية مفاجأة، شاعت الأنترنت ولم تعد حكرًا للأجهزة العسكرية بل تطورت لتشمل الجامعات الأمريكية ممّا أدى بالحكومة الأمريكية إلى إنشاء شبكة الأنترنت بصفة رسمية، على إثر هذا امتدت الشبكة خارج حدود الولايات المتحدة الأمريكية لتدخل في حدود مختلف دول أنحاء العالم، نتيجة الإنفتاحية والعالمية التي تنفرد بهما شبكة الأنترنت على باقي وسائل الاتصال الأخرى[6].

---

(1) صابر راشدي، "المركز القانوني للكمبيوتر(الحاسب) في التعاقد الإلكتروني"، مجلة معارف، العدد 09، 2010، ص. 9.

(2) حمودي محمد ناصر،العقد الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص. 19.

(3) صابر راشدي، المرجع السابق، ص. 9.

(4) إن مصطلح الأنترنت(Internet) هو اختصار لكلمة « Inter Communication Network ».

(5) الياس ناصيف، العقود الدولية: (العقد الإلكتروني في القانون المقارن)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص. 22 و 23.

(6) نفس المرجع، ص. 23.

تطورت الأنترنت لتشمل عدة مجالات أهمّها المجال التجاري كما أصبحت الوسيلة المثلى في التعاقد ممّا ساهم في ظهور نوع جديد من التبادل التجاري أصطلح عليه التجارة الإلكترونية "Electronic- Commerce"[7] فقد أصبح لرجال الأعمال وسيلة مجانية وسهلة لترويج بمنتجاتهم وخدماتهم دون مشقة أو تكلفة للمال والجهد، وفي المقابل أصبح ميسور للمشتري الحصول على ما يريده من سلع أو خدمات دون الدخول في علاقة مباشرة مع البائع وهذا يتوقف على شراء جهاز الحاسب الآلي مع تزويده بالأنترنت والاشتراك في شبكة الأنترنت[8].

وكان لظهور التجارة الإلكترونية دور فعّال في زيادة حجم التبادل التجاري ودعم الإقتصاد الدول بمليارات الدولارات، لما وفرته للعملاء من أنظمة تواكب التطور التقني ومنها نظام تبادل المعلومات الإلكتروني(EDI)[9] والتحولات المالية الإلكترونية، وفتح الحسابات من خلال شبكة الأنترنت الأمر الذي شجع المستهلكين في اختيار شبكة الأنترنت كطريقة للتسوق، والتي ساهمت في جعل التنمية الإقتصادية تتدفق بصورة لم يشهد لها التاريخ من قبل[10].

وكل هذه المستجدات أتت بميلاد عقود جديدة تبرم في عالم إفتراضي عبر تقنيات الإتصال الحديثة وبشكل خاص شبكة الأنترنت أَلاَ وهي "**العقود الإلكترونية**"، التي ساهمت في إبرام الصفقات التجارية الإلكترونية، فالعقد الإلكتروني هو قوام للمعاملات التجارية الإلكترونية، وما يعتر هذه المستجدات قصور الأنظمة التقليدية على مواكبة واحتواء ما يعيشه العالم من حداثة في المعاملات ومن تطور تكنولوجي[11]، ومن هنا ظهرت الحاجة إلى أنظمة قانونية تحتوي وتنظم هذه المعاملات والتعاقدات الجديدة، وتنظيم كيفية التعامل مع وسائل الاتصال الحديثة.

وبالفعل سعت المؤسسات الدولية إلى تجسيد قانون نموذجي ينظم التجارة الإلكترونية، إذ أنشأت الجمعية العامة الأمم المتحدة سنة 1996 لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية UNCITRAL [12]،

---

[7] تعرف التجارة الإلكترونية بأنها:" عملية ترويج وتبادل السلع وإتمام صفقاتها باستخدام وسائل الاتصال وتكنولوجيا تبادل المعلومات الحديثة عن بعد، دون حاجة الى انتقال الأطراف والتقائهم في مكان ما، وذلك سواء أمكن تنفيذ الالتزامات المتبادلة إلكترونياً، أم تطلب الأمر تنفيذها بشكل مادي ملموس".

أنظر ذلك: أحمد باشي، "واقع وأفاق التجارة الإلكترونية"، مجلة الإدارة، العدد 26، لسنة 2003، ص. 65.

[8] سمير برهان، العقود والإتفاقات في التجارة الإلكترونية : (إبرام العقد في التجارة الإلكترونية)، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، 2007، ص. 51.

[9] EDI : Electronic Data Interchange.

[10] إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية: (العقود الإلكترونية– القانون الواجب التطبيق– المنازعات العقدية وغير العقدية)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص. 30.

[11] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 21.

[12] UNCITRAl : The Nnited Nation Commission on Internationl Trade Law

وأبرز ما قامت به هو تنظيم نموذج قانون للتجارة الإلكترونية، وهو ذو طبيعة غير ملزمة للدول، بل على شكل إطار مرجعي للتشريعات الوطنية لمساعدتهم على تطوير تشريعاتهم لتستجيب لمتطلبات التجارة الإلكترونية[13]، وبالفعل قد تم اعتماد هذا القانون بما هو مقرر في نصوصه القانونية من طرف معظم الدول، من الدول الغربية اسبانيا، أمريكا... ومن الدول العربية الأردن، البحرين، الإمارات، تونس، مصر، فلسطين....

وتبرز أهمية إحاطة المعاملات الإلكترونية عامة والعقد الإلكتروني خاصة بمنظومة تشريعية لما بات يطرحه من مسائل قانونية، إذ يعد من أهم المواضيع القانونية في الوقت الراهن، ومن أهم هذه المسائل ما يتعلق بالتعريف القانوني لهذا العقد، وأهم خصوصياته التي بها يتميز عن غيره من العقود، وكيف يتم التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني المبرم بوسائل الإلكترونية بين أطراف متباعدة مكاناً، وهل من السهل تحديد هوية وأهلية الشخص المتعاقد، ما مدى مشروعية التعبير عن الإرادة عبر الوسائل الإلكترونية في ظل التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية، وعلى الأكثر من ذلك كيف تتطابق الإيجاب والقبول عبر الوسائل الإلكترونية، خاصة أن هذا التطابق يحدد زمان ومكان إبرام العقد.

بالإضافة إلى هذه المسائل نجد مسألة كيفية تنفيذ الإلتزامات التعاقدية المترتبة على الأطراف، أي كيفية تسليم المحل أو أداء خدمة، الذي يقابله الإلتزام بدفع الثمن إلكترونياً، إلاّ أن أهم مسألة قانونية تثور إثر التعاقد الإلكتروني هي مسألة الإثبات كونه يعتبر الركيزة الأساسية في كافة العلاقات ومختلف المجالات، وهو الوسيلة الأساسية لاستفاء الحق وإقامة الالتزام بتنفيذ الواجبات المترتبة على الأطراف، وهي من المسائل التي نظمتها التشريعات الدولية والداخلية في ترسانة قانونية خاصة.

ولمّا كانت هذه المسائل القانونية التي أفرزها العقد الإلكتروني ذات تأثير فعّال على مجالات الحياة المختلفة بالأخص المجال القانوني، إذ لا يمكن غض البصر عنها أو الإغفال عنها، فقد ارتأينا إلى دراسة ما استطعنا منها في هذه الموضوع المتخصص وذلك من خلال تحليل الإشكالية التالية: **ما هو التكييف القانوني للعقد الإلكتروني؟**

للإجابة على هذه الإشكالية قسمنا الموضوع الى قسمين: ماهية العقد الإلكتروني بإبراز مفهوم وكيفية انعقاده (الفصل الأول)، و متى انعقد العقد الإلكتروني صحيحاً مستوفياً لأركانه، ترتب عنه أثار بالتنفيذ والإثبات (الفصل الثاني)، وسبيلنا في هذا البحث هو إتباع المنهج التحليلي الوصفي من خلال عرض نصوص التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية التي تشمل قانون الأونسيترال النموذجي للأمم

[13] محمد سعيد محمد إسماعيل، أساسيات الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص. 78 و80.

المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية 1996[14]، والقانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيع الإلكتروني للأمم المتحدة[15]، وقانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم(85) لسنة2001[16]، وقانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي[17]، وقانون التجارة الإلكترونية البحريني لسنة2002[18]، ومشروع قانون المعاملات الإلكترونية المصري لسنة2001[19]، وقانون التوقيع الإلكتروني المصري[20]، مع استقراء النصوص القانونية الجزائرية لدراية مدى مواكبتها للتطور الذي يشهده العالم و عرض الآراء الفقهية إن وجدت.

---

[14] قرار رقم 51/162، الصادر عن الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة في 30 جانفي 1997، تحت عنوان القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الوثائق الرسمية للأمم المتحدة (A /RES/51/162/1997).

[15] قرار رقم 56/80، الصادر عن الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة في 24 جانفي 2002، تحت عنوان القانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجاري الدولي، الوثائق الرسمية للأمم المتحدة (A /RES/56/80/2002).

[16] قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، رقم 85 لسنة 2001، متوفر على موقع:
http//www.ecipite.org.arabic/pdf

[17] قانون رقم 83، مؤرخ في 09-08-2000 يتعلق بالمبادلات التجارة الإلكتروني التونسي، الصادر بتاريخ 11-08-2000 متوفر على موقع:

http//www. plc.gov.net

[18] قانون التجارة الإلكترونية البحريني الصادر في 09/14/ 2002، متوفر على موقع:
http//www.noic.gov.bh/miog/ar/industry/resourceslaws/commercel/law

[19] مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري، متوفر على موقع:
http//www.f.law.net/law/threds/17113243

[20] القانون رقم 15 لسنة 2004 المتضمن قانون التوقيع الإلكتروني المصري، متوفر على موقع:
http://www.mediafine.com/ / ?b60f06m7bgx65

الفصل الأول:

ماهية العقد الإلكتروني

يعتبر العقد الإلكتروني من التصرفات القانونية المستحدثة التي ظهرت مع التطور التكنولوجي نتيجة استخدام وسائل الاتصال الحديثة، التي أحدثت هزة وضجة كبيرة على المستوى الدولي والداخلي، والتي أثارت مجادلات قانونية و فقهية، نظراً لما يتسم به من خصوصية لم تشهد لها مثيل من الناحية العملية وخاصة الطابع المادي والافتراضي الذي تتميز به البيئة الإلكترونية، ممّا أسفر العديد من التحديات والمسائل القانونية لتحديد الإطار القانوني الذي يتكون به العقد الإلكتروني.

أول ما سنتطرق إليه في هذا الفصل محاولة استخلاص مفهوم العقد الإلكتروني، بإعطاء تعريف يحدد مضمونه، من خلال ما تضمنته التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية، وأراء الفقهاء، وللإمام بخصائص هذا العقد الجديد في البيئة القانونية.

وبالإضافة إلى هذه المسألة القانونية سوف نتناول مسألة كيفية انعقاد هذا العقد عبر الشبكة الإلكترونية؟ التي تتميز بغياب الحضور المادي للأطراف بعد أن كان الأصل في التعاقد توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني في مجلس عقد يبرم بين حاضرين أو غائبين، وهل يعتبر إبرام العقد بوسيلة إلكترونية ناجعة لضمان تلقي إرادة مماثلة؟ وإن كان كذلك فما هو زمان ومكان انعقاد العقد مادام الأطراف حاضرين من حيث الزمان ومتباعدين من حيث المكان؟

و بناءً على هذه المسائل ارتأينا أن تناول ماهية العقد الإلكتروني في عنوانين هما: مفهوم العقد الإلكتروني(المبحث الأول)، وانعقاد العقد الإلكتروني(المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم العقد الإلكتروني

نتيجة استخدام الأنترنت وتطورها ظهرت العديد من العقود والمعاملات الإلكترونية، ممّا أحدث قلقاً تشريعياً على المستوى الدولي وعلى المستوى الداخلي على حدا سواء، ما دفع هذه التشريعات إلى إعادة النظر في أنظمتها التقليدية ضرورة ملحة أمام الثورة المعلوماتية التي غزت جميع المجالات، والتي أتت بطرق وأساليب حديثة التعامل لمن تكن معلومة ومتعارف عليها في المجال التعاقدي من قبل[21]، ويعد العقد الإلكتروني أهم ما استحدث نتيجة استخدام وسائل الاتصال الحديثة.

وبناءً على ذلك سنحاول دراسة مفهوم العقد الإلكتروني من خلال بيان المقصود بالعقد الإلكتروني(المطلب الأول)، ولتعدد العقود المبرمة عن طريق شبكة الأنترنت، رتّب علينا تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود الشبيهة به (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المقصود بالعقد الإلكتروني

العقد هو اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما[22]، وهو تعريف يمكن أن ينطبق على العقد الإلكتروني إذْ لاشك أنه لا يختلف في أساسياته عن العقد التقليدي، إلاّ من حيث أنه يبرم بوسيلة إلكترونية تربط بين أطراف متباعدة؛ لذا يمكن أن ندرج العقد الإلكتروني في طائفة العقود غير المسماة بالنسبة للتشريع الجزائري[23].

وعليه لتحديد مقصود العقد الإلكتروني ينبغي أن نشير بداية إلى تعريف العقد الإلكتروني (الفرع الأول)، ولكثرة استخدام العقود الإلكترونية وجب منا تحديد طبيعته القانونية(الفرع الثاني)، ثم استخلاص أهم الخصائص التي ينفرد بها (الفرع الثالث).

---

[21] شحاتة غريب محمد شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص. 7.

[22] تضمن هذا التعريف المادة 54 من القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، الصادرة في 1975/09/30، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 05-10، المؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل و يتمم الأمر 75-58، المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 44، الصادر في2005/06/26.

[23] يقصد بالعقود غير المسماة: تلك العقود التي لم يخصها المشرع باسم معين، ولم يقم بتنظيمها، وتخضع في تكوينها وأحكامها للقواعد العامة التي قررت لجميع العقود، نظرًا لقلة تداولها.
أنظر ذلك في: السنهوري أحمد عبد الرازق، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول: (نظرية العقد)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص. 123.
وفي نفس الصدد راجع: مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2009، ص. 15.

الفرع الأول: تعريف العقد الإلكتروني

لحداثة العقد الإلكتروني[24]، لم يحضا بتعريفٍ موحد له، خاصة إذا ما أخذنا بعين الاعتبار التعاريف المختلفة التي أقرتها المحافل الدولية والجهات المتعددة من جهة، ونتيجة تطور وسائل الاتصال وتعدد الوسائل الإلكترونية من جهة أخرى[25]، وبتصفحنا للقوانين الوطنية الجزائرية، نجد أن المشرع الجزائري حتى الساعة لم يسن قانون ينظم المعاملات الإلكترونية ولا حتى إشارة ضمنية إلى تعريف العقد الإلكتروني، على خلاف التشريعات المقارنة التي نظمت هذه المعاملات في قوانين خاصة كقانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، قانون الأردني للمعاملات الإلكترونية، القانون البحريني للتجارة الإلكترونية وقانون الخاص بإمارة دبي الخاص بالمعاملات الإلكترونية ...، حتى الفقه كان له موقف من تعريف العقد الإلكتروني.

عن هذا تطلب الأمر منّا الاستعانة بالنصوص القانونية المنظمة للمعاملات الإلكترونية، وكذا التعاريف الفقهية للعقد الإلكتروني، فأولاً نعرف العقد الالكتروني وفقاً لما ورد في المواثيق الدولية، ثمّ يليه تعريف العقد الإلكتروني في القوانين الداخلية، بعدها التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني.

أولا: تعريف العقد الإلكتروني في المواثيق الدولية

نركز في هذه النقطة على التعريف الذي أتى به قانون الأونسيترال[26]النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية للأمم المتحدة لقانون التجاري الدولي ، ثم التعريف الذي جاء به قانون التوجيه الأوروبي.

1- تعريف العقد الإلكتروني في قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية للأمم المتحدة

لم يتضمن هذا القانون تعريف مصطلح العقد الإلكتروني بالرغم من استخدام هذا المصطلح في العديد من مداولات لجنة الأمم المتحدة لقانون التجاري الدولي، إلا أنه إعتبر مصطلح التعاقد الإلكتروني كإشارة الى تكوين العقد الإلكتروني عن طريق رسائل البيانات[27]، وذلك وفقاً لما نص عليه في المادة 2

---

[24] محمد فواز محمد المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص. 26.

[25] مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.22.

[26] الأونسيترال هي: لجنة قانون التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة تضم في عضويتها غالبية دول العالم الممثلة لمختلف النظم القانونية الرئيسية، وغرضها الرئيسي تحقيق الانسجام والتوائم بين القواعد القانونية الناظمة للتجارة الإلكترونية وتحقيق وحدة القواعد المتبعة وطنياً في التعامل مع مسائل التجارة العالمية، وقد حقق الأونسيترال العديد من الإنجازات في هذا الميدان أبرزها إبرام عدد من الاتفاقيات الدولية لعام 1980 والاتفاقية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي وغيرها.
أنظر ذلك في هامش: مناني فراح، عقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص. 29.

[27] بن ساسي الياس، "التعاقد الإلكتروني و المسائل المتعلقة به"، مجلة الباحث، عدد 02، لسنة 2003، ص. 60.

من القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية للأمم المتحدة لقانون التجاري الدولي في المادة الثانية (أ) التي تنص:" **يراد بمصطلح رسالة البيانات: المعلومات التي يتم إنتاجها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو بصرية أو بوسائل مماثلة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي**". وتضمنت الفقرة (ب) من نفس المادة تعريف تبادل البيانات الإلكترونية حيث نصت :"**يراد بمصطلح تبادل البيانات الإلكترونية: نقل المعلومات إلكترونياَ من حاسوب إلى أخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات** "[28].

يلاحظ أن هذا القانون عند تعريفه لرسالة البيانات ركز على تعداد الوسائل المستخدمة في إبرام العقود الإلكترونية وتوسع في هذه المسائل، فحين عندما عرف تبادل المعلومات اقتصر قيام هذه تبادل المعلومات في وسيلة واحدة هي الحاسوب لإتمام التعاقد إلا أنه هناك وسائل أخرى يتم بها تبادل المعلومات وإجراء التعاقد مثل جهازي التلكس والفاكس[29].

2- تعريف العقد الإلكتروني في القانون التوجيه الأوروبي

نصت المادة الثانية من التوجيه الأوروبي الصادر في 20 ماي1997، المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد على أنه:"**عقد متعلق بالسلع و الخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمية الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد، والذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية حتى تمام العقد**"، من خلال هذا النص نستنتج أن التوجيه الأوروبي لم يعرف العقد الإلكتروني بل اكتفى بتعريف التعاقد عن بعد، وهو كل عقد يتم بين المورد والمستهلك في مجال البيع أو كل أداء أو توريد للخدمة أياً كانت الوسيلة المستخدمة، بما فيها شبكة الأنترنت[30].

---

[28] قرار رقم 51/162، المتضمن قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية للأمم المتحدة، المرجع السابق.

[29] مخلوفي عبد الوهاب، التجارة الإلكترونية عبر الأنترنت، أطروحة لنيل شهادة دكتورة العلوم في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011-2012، ص.54.

أنظر أيضاً: مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 29.

[30] شحاتة غريب محمد شلقامي، المرجع السابق، ص. 18.

ثانيا: تعريف العقد الإلكتروني في القوانين الداخلية لبعض البلدان العربية

لم يقتصر تعريف العقد الإلكتروني على المستوى الدولي بل امتد إلى المستوى الداخلي، فالعديد من الدول نظمت هذا التعاقد الجديد في أنظمتها القانونية، وسنتعرض لتعريف العقد الإلكتروني وفق النصوص القانونية الداخلية لبعض الدول.

1 - تعريف العقد الإلكتروني في القانون التونسي

نص المشرع التونسي في الفصل الأول من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية على:"**العقود الإلكترونية يجري عليها نظام العقود الكتابية فيما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون**"[31].

من خلال هذا النص نستنتج أن المشرع التونسي لم يميز بين العقد التقليدي والعقد الإلكتروني لأن كلاهما اتفاق بين الطرفين أو تلاقي بين إرادتين من أجل إحداث أثر قانوني، وما الفرق الوحيد إلا وسيلة التعاقد، التي تتمثل في التعاقد عبر الشبكة العالمية للمعلومات(الأنترنت)[32].

2- تعريف العقد الإلكتروني في القانون الأردني

نص المشرع الأردني في المادة الثانية من القانون الخاصة بالمعاملات الإلكترونية على تعريف العقد الإلكتروني بأنه:" **الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائط إلكترونية، كلياً أو جزئياً**".

نستنتج من خلال هذا النص أن المشرع الأردني أورد تعريفاً عام للعقد الإلكتروني وذلك سعياً إلى احتواء كافة التصرفات المبرمة عبر الأنترنت والوسائل الإلكترونية توقعاً لما قد يواكب هذا التعاقد من تطور، أضافة نفس المادة تعريفاً خاص مصطلح الإلكتروني التي تتم بواسطتها على أنه:"**أية تقنية لاستخدام وسائل كهربائية أو الكترومغناطيسية أو ضوئية أو أية وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها**"[33].

3- تعريف العقد الإلكتروني في القانون المصري

ورد في مشروع قانون التجارة الإلكتروني المصري تعريف العقد الإلكتروني في المادة الأولى منه:" **كل عقد تصدر منه إرادة الطرفين أو كليهما أو يتم التفاوض بشأنه أو تبادل وثائقه كلياً أو جزئياً عبر**

---

[31] قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، المرجع السابق.

[32] مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 27.

[33] قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، المرجع السابق.

وسيط إلكتروني"[34]، إلا أن هذا التعريف حذف من المشروع النهائي تماشياً مع السياسة التشريعية المصرية المتمثلة بعدم الإكثار من التعاريف[35].

4- تعريف العقد الإلكتروني في القانون البحريني

اكتفى المشرع البحريني في قانون التجارة الإلكترونية بتعريف مصطلح الإلكتروني دون أن يشير إلى أي تعريف للعقد الإلكتروني وعرفه في المادة الأولى منه على أنه:" **تقنية استعمال وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو كهرومغناطيسية أو بصرية أو بايوترية أو فوتونية أو أي شكل أخر من وسائل التقنية المشابهة**"[36].

ثالثا:التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني

انقسم غالبية الفقه في تعريف العقد الإلكتروني الى جانبين، فجانب منهم استند إلى الوسيلة الإلكترونية التي ينعقد بها العقد، أمّا الجانب الأخر عرفه على اعتبار أنه ينتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد[37]، عليه سنراعي التعريف العقد الإلكتروني هاتين النقطتين على التوالي.

1- تعريف العقد الإلكتروني بحسب الوسيلة التي ينعقد بها

أصحاب هذا الاتجاه أوردوا عدة تعاريف العقد الإلكتروني نذكر منها :

جانب منهم عرفه بأنه:"**العقد الإلكتروني هو العقد الذي يتم إبرامه عن طريق الأنترنت**".

نستنتج أن هذا التعريف ضيق من وسائل إبرام العقد الإلكتروني في وسيلة واحدة هي شبكة الأنترنت، دون الوسائل الأخرى لإبرامه مثل التلكس والفاكس[38].

البعض الأخر عرفه بأنه:" **كل اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، وذلك بفضل التفاعل بين الموجب والقابل**".

إن هذا التعريف حدد الوسيلة الإلكترونية التي يتم بها العقد الإلكتروني وهي وسيلة مسموعة مرئية، بالرغم من أنه يمكن إبرامه بوسائل أخرى مثل البريد الإلكتروني، الذي يكون فيه التعبير عن الإرادة بواسطة الكتابة، ومع ذلك يعتبر عقدا إلكترونياً[39].

---

[34] مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري، المرجع السابق.

[35] محمد فواز محمد المطالقة، المرجع السابق، ص. 23.

[36] قانون التجارة الإلكترونية البحريني، المرجع السابق.

[37] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص.107.

[38] مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 22.

[39] نفس المرجع، ص. 23.

2- تعريف العقد الإلكتروني باعتباره من العقود المبرمة عن بعد

ركز أصحاب هذا الاتجاه في تعريفهم للعقد الإلكتروني على الخصوصية التي ينفرد بها العقد الإلكتروني وتتمثل في انعقاده وكذا الصفة الهامة فيه أنه ينتمي إلى العقود المبرمة عن بعد، وهذا الاتجاه بدوره اختلفت تعاريفه للعقد الإلكتروني، وسنتطرق إلى التعاريف التي جاء بها الفقه الأمريكي والفقه اللاتيني على التوالي.

أ- تعريف العقد الإلكتروني لدى الفقه الأمريكي

عرفه الفقه الأمريكي بأنه:"**هو ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفاً ومعالجة إلكترونية، وتنشأ التزامات تعاقدية**"[40].

ب- تعريف العقد الإلكتروني لدى الفقه اللاتيني

عرفه الفقه اللاتيني بأنه:"**اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، وبفضل التفاعل بين الموجب و القابل**".

يعاب على هذا التعريف أنه ناقص حيث لم يبين النتيجة المترتبة على التقاء الإيجاب بالقبول وهو إحداث أثر قانوني وإنشاء التزامات تعاقدية[41].

ممّا تقدم وبعيداً عن الانتقادات الموجهة للتعريفات السالفة يمكن أن نعرف العقد الإلكتروني أنه:" **الاتفاق المبرم بوسيلة إلكترونية قصد إحداث أثار قانونية وإنشاء التزامات تعاقدية بين الأطراف المتعاقدة**"[42].

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني

يبرم عبر شبكة الأنترنت الآلاف من العقود الإلكترونية من طرف مستخدمي هذه الوسيلة من بيعٍ وشراء واستئجار لمختلف السلع والخدمات، وهو ما تطلب منّا التمعن في تكييف هذه العقود لتحديد طبيعتها القانونية إن كانت عقود إذعان تنعدم فيها حرية الأطراف للمشاركة في وضع بنود العقد أم أنه من العقود الرضائية التي تقوم على مبدأ سلطان الإرادة والتراضي بين الأطراف[43].

---

[40] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص. 73.

[41] مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.24.

[42] مناني فراح، أدلة الإثبات الحديثة في القانون، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008. ص.153.

- و من خلال عرضنا للتعارف السالفة الذكر نؤيد التعريف الأخير وهو :"الاتفاق المبرم بوسيلة إلكترونية قصد إحداث أثار قانونية و إنشاء التزامات تعاقدية الأطراف المتعاقدة".

[43] سمير برهان، المرجع السابق، ص. 60.

أولا: العقد الإلكتروني عقد إذعان

يرى الفقه الفرنسي أن العقد الإلكتروني من قبيل عقود الإذعان، إذا كانت الشروط العامة للبيع مذكورة بموقع التاجر، بحيث لا يكون أمام العميل أو زائر الموقع إلاّ أن يقبلها جميعاً فينعقد العقد، أولا يقبلها فلا يتعاقد، كما يرى بعض الفقه الإنجليزي أن العقد الإلكتروني من عقود الإذعان على اعتبار أن المتعاقد لا يملك إلاّ الضغط على عدد من الخانات المفتوحة أمامه في موقع البائع، لتحديد مواصفات السلعة التي يرغب فيها وعلى الثمن المحدد سلفاً، فكل ما يتاح له إمّا القبول وإبرام العقد أو رفضه كلياً لعدم توفر حق المفاوضة وحتى المناقشة مع الطرف الأخر[44].

ثانيا: العقد الإلكتروني عقد رضائي

حسب هذا الاتجاه، العقد الإلكتروني ليس من عقود الإذعان، وبالتالي اعتبر العقد الإلكتروني عقد رضائي، نظراً لما تتيحه الأنترنت من إمكانية الإنتقال من موقع إلى أخر واختيار الشخص ما يشاء وتركه لما يشاء ممّا يجعل مبدأ الرضائية يسود العقود الإلكترونية[45].

ويرى البعض أنه للتمييز بين الرضائية والإذعان في العقد الإلكتروني وجب التمييز بين الوسيلة المستخدمة لإثباته، فإذا تم التعاقد عبر البريد الإلكتروني أو من خلال برامج المحادثة أو باستخدام الوسائل السمعية المرئية، كنّا بصدد عقد رضائي حيث تمكن هذه الوسائل الأطراف المتعاقدة من تبادل وجهات النظر، وحق التفاوض حول شروط العقد و المفاوضة بين العروض المقدمة له، أمّا التعاقد عبر مواقع الواب والتي تستخدم غالباً عقود نموذجية تكون شروطها معدة سلفاً من قبل الموجب وبالتالي الزبون"المستهلك" لا يملك حق التفاوض أو المفاضلة، ممّا يجعل منه الطرف الضعيف في العقد[46].

الفرع الثالث: خصائص العقد الإلكتروني

من مجموعة التعاريف التي تناولنها نستخلص أن العقد الإلكتروني يتميز عن العقد التقليدي من حيث طريقة إبرامه كونه يبرم بوسيلة إلكترونية، وأنه يبرم عن بعد، إلاّ أن خصوصية هذا العقد لا تقتصر على طريقة إبرامه فقط بل تمتد إلى مجال ظهوره.

---

(44) خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 86.

أنظر أيضاً: سمير برهان، المرجع السابق، ص. 60.

وأنظر أيضاً: بن ساسي الياس، المرجع السابق، ص. 61.

(45) حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 120.

أنظر أيضاً: بن ساسي الياس، المرجع السابق، ص. 61.

(46) خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 88 و89.

أولا: خصائص العقد الإلكتروني من حيث طريقة إبرامه

ينفرد العقد الإلكتروني في طريقة إبرامه أنه يتم بوسيلة إلكترونية، كما أنه عقد مبرم عن بعد، سندرس هاتين الخاصيتين على التوالي:

1- 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 الصفة، وتتمثل هذه الوسائل عادة في أنظمة الكمبيوتر المرتبطة بشبكة الاتصالات العالمية، ولارتباطها هذه الوسائل بالتطور التكنولوجي لا يمكن حصرها[47]، إلا أنه يمكن عرض موجز أهمها في ما يلي:

- **الحاسب الآلي**

الحاسب الآلي أو الحاسوب[48]هو أوسع الأجهزة انتشاراً واستخداماً في التعاقد عبر الأنترنت، ويعرف بأنه: "**جهاز إلكتروني له القدرة على تقبل كم هائل من البيانات وتخزينها واسترجاعها عند الحاجة إليها، وإجراء العمليات الحسابية بسرعة فائقة، وبدقة متناهية**"[49].

- **التجهيزات الذكية**

هي عبارة عن أجهزة تحتوي على رقائق تمكن من عملية الدخول على الأنترنت وتبادل عمليات الاتصال وإرسال واستقبال الإشارات، وهي تنتشر بشكل واسع في الأجهزة المنزلية كالثلاجات الذكية، إذ تستطيع هذه الأخيرة أن تقوم بإصدار أمر شراء المستلزمات الغذائية إلكترونياً، وذلك بإرسال أمر شراء إلى أحد المتاجر الافتراضية المتواجدة عبر شبكة الأنترنت فتتم العملية بدون تدخل بشري[50].

- **الهاتف المحمول:**

ظهرت منذ فترة قصيرة نسبياً أجهزة نقالة بإمكانها الدخول على شبكة الأنترنت وقد استخدمت الهواتف النقالة في مجال إبرام العقود والتجارة الإلكترونية بخاصية تعرف ب WAP، وقد أدى إلى ظهور نمط جديد من التجارة تسمى بالتجارة الخلوية، يرمز لها باختصار بM-COMMERCE[51].

---

[47] مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص. 37.

[48] الحاسوب هو مصطلح باللغة العربية المقابل لكلمة (Computer) باللغة الإنجليزية، و(Ordinateur) باللغة الفرنسية.

[49] الياس ناصيف، المرجع السابق، ص.17.

[50] مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص.47.

[51] نفس المرجع، ص. 47.

2- العقد الإلكتروني عقد مبرم عن بعد

يعرّف العقد المبرم عن بعد بالتعاقد الذي لا يجمع بين المتعاقدين في مجلس عقد واحد ولا يكون بينهما اتصال مباشر، أي وجود فاصل زمني ما بين صدور الإيجاب وعلم القابل به، وصدور القبول وعلم الموجب به، مهما كان الفاصل قصير.

اليوم، وبفضل ظهور وسائل اتصال أكثر حداثة التي تتمثل في وسائل الاتصال الفوري كالتلكس والفاكس وشبكة الأنترنت أصبح العقد يبرم خلال ثوان معدودة، لأنها تمتاز بالسرعة وبشيوع استخدامها في العقود المبرمة عن بعد، فالفترة الزمنية التي تفصل بين صدور الإيجاب والقبول قصيرة جداً تصل إلى درجة التفاهة من حيث القيمة المترتبة على حسابها[52]، لذلك فالعقد الإلكتروني يبرم دون التواجد المادي لأطرافه في مجلس عقد حقيقي، حيث يتم تبادل الإيجاب والقبول الإلكتروني عبر الأنترنت فيجمعهما بذلك مجلس عقد افتراضي[53]، لذلك فهو ينتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد وهو أيضاً عقد فوري متعاصر نتيجة لصفتة التفاعلية[54] فيما بين أطراف العقد[55].

ثانيا: من حيث مجال ظهوره

التجارة الإلكترونية هي المجال الذي ظهر فيه العقد الإلكتروني، والتي نشأت نتيجة ممارسة الأعمال التجارية بالوسائل الإلكترونية فكلاهما من بيئة إلكترونية، ولِمَا تتميز بها هذه الوسائل من الانفتاح وعدم الاعتراف بالحدود الدولية، اتصف هذا العقد بأنه دولي.

---

[52] بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الأنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006، ص. 68.

[53] يسمى كذلك بمجلس العقد الحكمي و يمكن تعريفه أنه المجلس الذي يكون أحد المتعاقدين غير حاضر فيه، فالأصل أن يكون مجلس العقد بين حاضرين، لأن التعاقد في أصله يكون بين حاضرين، وإن كان ما يخالف هذا الأصل وكان التعاقد بين غائبين سمي مجلس العقد حينئذ بمجلس العقد الإفتراضي(الحكمي)، وينطبق هذا الكلام على التعاقد الإلكتروني، لأن المتعاقدين أحدهما في مكان والثاني في مكان أخر عبر وسيط هو الحاسب الآلي.

أنظر ذلك: أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، دار الجامعة الجديد للنشر، مصر، 2008، ص. 25 و26.

[54] تعرف الصفة التفاعلية بأنها: "الاحتمالات المخولة لمستخدم البرنامج المعلوماتي ليتحكم بنفسه في التدقيق المعلوماتي المقدم له والمعروض عليه، من خلال محتوى ثري بالمعلومات المضبوطة في شكل رقمي بواسطة قدرات لا محدودة للوسطاء الإلكترونية".

أنظر ذلك في هامش: خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 75.

[55] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص.74 و 75.

1- العقد الإلكتروني يغلب عليه الطابع التجاري

لأن العقد الإلكتروني أهم وسيلة لممارسة التجارة الإلكترونية[56] يطلق عليه تسمية "عقد التجارة الإلكترونية " وتعرف هذه المعاملة التجارية بأنها:" **تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية التي تتم بين مشروع تجاري وأخر أو بين تاجر ومستهلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، هذا ما ساهم في تطوير الأعمال التجارية ونجاح المشروعات التجارية**"[57].

العقد الإلكتروني ليس دائماً تجاري بالنسبة لطرفيه، فبالنسبة إلى مقدم الخدمة يعتبر هذا العقد تجاري، لأن هدفه تحقيق الأرباح بالتوسط بين فئتين من البشر، أمّا بالنسبة إلى العميل، الأمر يختلف فيما إذا كان تاجر أو غير تاجر. فإذا كان تاجر يكون العقد بالنسبة إليه تجارياً بالتبعية، أما إذا لم يكن تاجرا فهذا العقد مدنيا بالنسبة إليه، كما يمكن لهذا العقد أن يكون مختلط بين التجاري والمدني وذلك في حالة إبرام عقد الدخول إلى الشبكة بين مقدم الخدمة أي التاجر والعميل الذي يقوم بعمل مدني[58].

2- العقد الإلكتروني يغلب عليه الطابع الدولي

العقد الإلكتروني يتسم بالطابع الدولي لأن الطابع العالمي لشبكة الأنترنت والإنفتاحية التي تتميز بها جعل معظم دول العالم في حالة اتصال دائم على الخط، ممّا سهل إبرم عقود بين مختلف الدول أو بين دولة واحدة أو أكثر، على الرغم من غياب الاتصال المادي بين أطراف التعاقد والتباعد المكاني بينهم، ولاشك أن انتشار ظاهرة الأنترنت في معظم دول العالم وفر للمتعاملين إمكانية إجراء معاملات إلكترونية بين دول مختلفة، غير أن هذا لا يمنع أن تكون المعاملة بين دولة واحدة بمفهوم وأحكام العقد الداخلي، وفي هذه الحالة لا يتسم بالدولية[59].

المطلب الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن بعض العقود المشابهة له

إن أهم خاصية للعقد الإلكتروني هي طريق إبرامه، حيث اتضح لنا سالفاً أنه يتم بوسيلة إلكترونية كما أنه ينتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد، وهذه الأخيرة تختلف باختلاف وسائل الاتصال الحديثة[60]، ما استوجب منّا تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود بحسب الطريقة التي ينعقد بها (الفرع الأول)، والعقد الإلكتروني ليس الوحيد الذي يتم في البيئة الإلكترونية فهناك العديد من العقود التي يتم إبرامها في البيئة الإلكترونية التي تحيط به، والتي من الممكن أن تلازمه وتكون الأساس التي يرتكز

---

[56] التجارة الإلكترونية ليست تلك التجارة بالأجهزة الإلكترونية، بل هي المعاملات والعلاقات التجارية التي تتم بين المتعاملين فيها من خلال استخدام أجهزة ووسائل الكترونية.

[57] بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص. 75.

[58] الياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 43.

[59] مخلوفي عبد الوهاب، المرجع السابق، ص. 59.

[60] أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص. 46.

عليها لإتمام المعاملات[61]، وعليه وجب تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود المبرمة في نفس البيئة الإلكترونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود حسب طريقة التعاقد

بتشابه التعاقد الإلكتروني مع العقود المبرمة عن بعد، إلاّ أنه يتميز بكونه يتم عبر شبكة اتصال دولية هي الأنترنت[62]، ويبرم بين متعاقدين لا يجمعهما نفس المكان، ما يضفي عليه الطبيعة غير المادية، وبناءً على هذه المميزات سنحاول أن نميز العقد الإلكتروني عن بعض العقود في النقاط التالية:

أولا: تمييز التعاقد الإلكتروني عن التعاقد التقليدي

يتفق التعاقد الإلكتروني مع التعاقد التقليدي في كلاهما ينعقدان بتوافق الإرادتين، ويتميزان في أن العقد التقليدي يتحقق بالتواجد المادي للأطراف، فهو ينعقد بين أشخاص حاضرين من حيث الزمان والمكان، أي يتم تبادل الإيجاب والقبول في مجلس عقد واحد بالمواجهة[63]، بينما التعاقد الإلكتروني لا يتحقق فيه الوجود المادي للأطراف، لأنه يبرم بين متعاقدين منفصلين من حيث المكان، ما يعني انتفاء عنصر المواجهة في مجلس العقد الإلكتروني، ومن ثم فإن التعاقد الإلكتروني تعاقد ذو طبيعة خاصة، أي تعاقد بين أشخاص حاضرين من حيث الزمان و غائبين من حيث المكان[64].

ثانيا: تمييز العقد الإلكتروني عن التعاقد بالهاتف

الهاتف هو جهاز بواسطته نتمكن من التكلم الفوري والمباشر عن طريق الأسلاك والموجات التي تربط المرسل بالمستقبل، ولأن المحادثة الهاتفية شفهية وجب تسجيلها على شريط أو أية وسيلة أخرى لكي تأخذ شكل ثابت[65].

يتفق التعاقد الإلكتروني مع التعاقد بالهاتف في خاصية تلاشي عنصر الزمن فكلاهما تعاقد فوري ومباشر[66] وما يميزهما هو:

---

[61] محمد فواز محمد المطالقة، المرجع السابق، ص. 31.

[62] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 92.

[63] نفس المرجع ، ص.92.

[64] طمين سهيلة، الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011/11/03، ص.22.

[65] لما عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2008، ص. 30.

[66] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 125.

أن التعاقد بالهاتف هو تعاقد شفوي قد يتطلب صدور تأكيد كتابي من الموجب نظرًا لصعوبة إثبات هذا التعاقد، حتى وإن كان التعاقد عبر الهاتف المرئي[67]، على خلاف التعاقد الإلكتروني الذي يتم بمجرد تعبير الطرف الأخر عن قبوله عن طريق الضغط على عبارة موافق الموجودة على لوحة المفاتيح المتصلة بالكمبيوتر، كما أن الرسالة الإلكترونية المرسلة على جهاز الحاسب الآلي يمكن طبعها للحصول على نسخة منها أو تخزينها والاحتفاظ بها على جهاز الحاسب الآلي، بينما التعاقد عبر الهاتف تكون فيه الرسالة شفوية، كما يختلفان من حيث العرض الموجه في التعاقد، فالتعاقد الإلكتروني يكون العرض موجها إلى كافة الناس على وجه العموم، بينما العرض عبر الهاتف يكون موجهاً لشخص معيناً و محدداً بالذات، فهو لا يتسم بالعمومية[68].

ثالثا: تمييز التعاقد الإلكتروني عن التعاقد بالفاكس والتلكس

يختلف التعاقد الإلكتروني عن التعاقد عبر الفاكس والتلكس في التواجد المادي للورقة، فالرسائل المتبادلة عن طريق الفاكس أو التلكس لا يتم معالجة بيانتها بلغة الكمبيوتر، بل يقتصر عملها على طبعها على الورق، فهي ثابتة على دعامة ورقية ممهورة بتوقيع الأطراف، بينما الرسائل الإلكترونية تكون على دعامة إلكترونية يتم معالجة بياناتها باستخدام جهاز الكمبيوتر، من جهة أخرى من السهل التأكد من أصل وصحة الرسالة عبر الفاكس أو التلكس[69].

رابعا: تمييز التعاقد الإلكتروني عن التعاقد بالكتالوج

يقوم التعاقد عن طريق الكتالوج[70] على عرض الموجب لمنتجاته وبيان مواصفاتها وأثمانها وتوزيعها على العملاء؛ لذا يتفق مع التعاقد الإلكتروني في وجود فاصل زمني بين صدور الإيجاب واقترانه بالقبول، أي يتفقان في أنهما يبرمان في مجلس عقد افتراضي، غير أنهما يختلفان في طريقة التعبير عن الإرادة بالقبول، ففي التعاقد عبر الكتالوج يكون التعبير عن قبول بملأ الطلبية أو الاستمارة

---

[67] الهاتف المرئي هو الهاتف المزود بالكاميرا« Camera téléphone » حيث ينقل الصوت و صور المتكلم عبر شبكة التلفونات كما هو الحال بالنسبة للكمبيوتر المزود بكاميرا إلكترونية.

أنظر ذلك في: خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 93.

[68] نفس المرجع، ص.93 .

أنظر أيضاً: حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 126.

[69] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 95 و96.

[70] الكتالوج هو وسيلة من وسائل البيع التي تكون إمّا على شكل نماذج ورقية تحتوي على كتابات و رسومات وصور توضيحية للمنتجات المعروضة للبيع وإمّا تكون على شكل صور فيديو أو أسطوانات كمبيوتر مضغوطة، أو على شكل إلكتروني معروض على مواقع شبكة الأنترنت ممّا يجعله تعاقد بين غائبين.

أنظر: حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 127.

المرفقة به ثمّ يتم إرسالها عبر البريد العادي، بينما التعاقد الإلكتروني يتم التعبير عن القبول بطرق إلكترونية، ممّا قد يؤدي الى انتفاء الفاصل الزمني بين صدور الإيجاب والقبول[71].

الفرع الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود المبرمة في نفس البيئة الإلكترونية

لأجل تسهيل عملية إبرام العقود الإلكترونية أوجدت عقود تسمى بعقود الخدمات الإلكترونية[72]، التي إذا ما تمت في بيئة إلكترونية هي عقود إلكترونية، أمّا إذا ما تمت في بيئة عادية فهي عقود عادية لا تطبق عليها المعاملات الإلكترونية، وعقود الخدمات الإلكترونية عديدة[73]، لذا سنحاول أن نميز العقد الإلكتروني عن بعض هذه العقود ومنها ما يلي:

أولا: تمييز العقد الإلكتروني عن عقد الدخول إلى الشبكة

يُعَرَّفُ عقد الدخول إلى الشبكة بأنه:"**تصرف قانوني بين طرفي العلاقة العقدية يكون موضوعه السماح للطرف الأخر بالانتفاع واستخدام شبكة الأنترنت، من خلال إتاحة كافة الوسائل التي تمكن المستخدم من دخول الشبكة، والتجول فيها، والتصفح مختلف المواقع من خلال توفير (المودم[74]) والخط الواصل معه، لربط المودم بجهاز الحاسب والأقمار الصناعية التي من خلالها يتم بث إشارات رقمية يتم تحويلها للشكل الذي نجد شبكة الأنترنت عليه**"[75].

نستنتج أنه بموجب هذا العقد يتعهد مورد الخدمة للعامل بإمكانية دخوله إلى شبكة الأنترنت، وذلك بتزويده بعنوان إلكتروني وكلمة مرور وبعض برامج الاتصال والخطوات الفنية الضرورية مقابل مبلغ مالي

---

[71] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 96 .

أنظر أيضاً: حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 127.

[72] عقود الخدمات الإلكترونية عقود خاصة بتجهيز وتقديم خدمات الأنترنت وكيفية الاستفادة منها، أي هي تلك التي تبرم بين القائمين على تقديم خدمات المتوفرة على الشبكة والمستفيدين منه.

أنظر: بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص. 76.

[73] شحاتة غريب محمد شلقامي، المرجع السابق، ص. 68.

[74] يقصد بالمودم: الجهاز الإلكتروني المستخدم للربط بين جهاز الحاسب الآلي وشبكة الأنترنت يعمل على تحويل الإشارات المرسلة من خلال الشبكة لتظهر على الشكل الذي يتم مشاهدته على شاشة الحاسب الآلي و تبادل البيانات من خلالها عبر هذه المراسلات.

أنظر ذلك في هامش: محمد فواز محمد المطالقة، المرجع السابق، ص. 23.

[75] محمد فواز محمد المطالقة، المرجع السابق، ص. 37.

أنظر أيضاً: الياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 47 و 48.

متفق عليه، وهذا العقد هو الأكثر شيوعاً وأهمية لأنه بدونه لا يمكن استخدام شبكة الأنترنت ولا إجراء التعاقدات عبرها[76].

ثانيا: تمييز العقد الالكتروني عن الإيجار المعلوماتي

يعرّف هذا العقد بأنه :" **التقاء إرادتين على إبرام عقد محل معلوماتي أي بيانات ورسائل يتم تداولها بين مستخدمي هذه المعلومات وإرسالها إلى الغير بأية وسيلة كانت سواء كانت**"[77].

نستنتج من هذا التعريف أن أساس هذا العقد يقوم على بيانات والمعلومات تُنقل إلى الغير على أن تتكون المعلومة من عنصرين هما:

– أن تكون المعلومة في شكل متناسق ومرتبطة ببعضها البعض لإحداث أثار نتيجة تبادل هذه المعلومة،

– انتقال المعلومة إلى الكافة دون تحديد القيود الزمانية أو المكانية[78].

في هذا العقد يلتزم مقدم خدمة الأنترنت بأن يضع تحت تصرف المشترك بعضاً من الوسائل والأدوات الفنية والتقنية المعلوماتية بهدف استعمالها من طرف المشترك لتحقيق مصالحه، ومثال ذلك أن يتيح مقدم الخدمة المعلوماتية للمشترك إمكانية أن يكون له بريد إلكتروني بعنوان خاص به، فيخصص له حيزاً على القرص الصلب لجهاز الكمبيوتر المملوك له والمتصل بشبكة الأنترنت من أجل صندوق خطاباته الإلكتروني[79]، وكل هذا التصرفات المتاحة للمستخدم تكون لفترة محددة وبمقابل مادي يدفع إلى المالك، وفي حالة انتهاء المدة فإن كافة الأدوات والبيانات التي منحت للمستخدم تسترد إلى المالك[80].

ثالثا: تمييز العقد الإلكتروني عن عقد إنشاء متجر افتراضي

جاءت فكرة إنشاء متجر افتراضي بغية تسهيل وتيسير الحصول على الخدمات والسلع بسرعة، وحتى يكون هناك متجرا افتراضيا أنشئت مراكز افتراضية تضم هذه الأخيرة، فالتاجر لكي يفتح متجر افتراضي عليه تقديم طلب المشاركة لهذا المركز، وأن يتم فتح متجر افتراضي خاص به على الشبكة تمكنه من عرض سلعه وبضائعه عبر مختلف أنحاء العالم[81].

---

[76] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 130.

[77] الياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 50.

[78] نفس المرجع، ص. 50.

أنظر أيضاً: محمد فوار محمد المطالقة، المرجع السابق، ص. 39.

[79] أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص. 59 و60 .

[80] الياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 51.

[81] شحاتة غريب محمد شلقامي، المرجع السابق، ص. 70 و71.

يعرّف المركز الافتراضي بأنه: "**خدمة إلكترونية يتم الدخول إليها عبر شبكة الأنترنت، ومفتوحة لكل مستعمليها، وتسمح للتجار بعرض بضائعهم أو خدماتهم من خلالها**"[82].

والمراكز الافتراضية تنقسم إلى نوعين:

– النوع الأول: يمكن الدخول إليه دون أية إجراءات أو أية قيود للتعرف على السلع والمنتوجات والاطلاع عليها دون أن يتمكن من الشراء،

– النوع الثاني: الذي يشترط رقم سري (كود) خاص بالزائر كلما أراد الدخول إلى المركز وأن يذكر رقم بطاقته الائتمانية ليتمكن من شراء المنتجات ودفع ثمنها[83].

رابعا: تمييز العقد الإلكتروني عن عقد إنشاء موقع

يعرف الموقع الواب انه:"**خدمة تقدم عبر شبكات الاتصال المتعددة و يتكون من النصوص والصور الثابتة والمتحركة الأصوات والمعالجة بلغة كمبيوتر خاصة تسمى لغةHTML**[84] **والموضوع تحت تصرف مستخدم الشبكة**"[85]، وعقد إنشاء موقع يتم بين مقدم الخدمة والعميل، حيث يقوم هذا الأخير بطلب إنشاء موقع خاص به أو من خلال أحد المواقع الأخرى، وذلك بواسطة جهاز الحاسب الآلي الذي يملكه مقدم الخدمة والمتصل بشبكة الأنترنت، ويفضل أن يكون إنشاء هذا الموقع خاص بكل عميل وليس عبر المواقع المملوكة للغير وهذا بهدف تحقيق الاستقرار والاستقلال لجميع العملاء[86].

---

[82] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 104.

[83] شحاتة غريب محمد شلقامي، المرجع السابق، ص. 71.

[84] حروف HTML هي اختصار لكلمة: Hyper Text Markup Language

[85] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 130 و131.

أنظر أيضاً: خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 103.

[86] مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص. 35.

المبحث الثاني: انعقاد العقد الإلكتروني

يتميز العقد الإلكتروني بالبعد المادي بين أطرافه المتعاقدة، وطبيعته الدولية، وتنوع وسائل إبرامه، لأجل هذا طرحت العديد من الإشكالات والتساؤلات القانونية، أهمّها كيفية تبادل الإرادات عبر وسائل الاتصال الحديثة، وكيفية تحديد زمان ومكان تلاقيها لإحداث أثار قانونية، خاصة إذا ما أخذنا صفة اللامادية والإفتراضية التي يتميز بها هذا العقد، التي تأثر على الإيجاب والقبول المشكلين لأهم ركن في العقد، ألا وهو ركن التراضي، فيشترط في التعاقد الإلكتروني ما يشترط في التعاقد التقليدي، توافر ثلاث أركان أساسية التراضي، المحل والسبب، ولا يبدو أن الفقه أورد شيئاً من الخصوصية للمحل والسبب[87] لذا سنتناول ركن التراضي دون ركني المحل و السبب.

والتراضي لا يتحقق إلا بعد تعبير كل متعاقد عن إرادته، ثم حصول تطابق ما بين الإرادتين، عليه سنحاول دراسة التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني(المطلب الأول)، ثم نعرض كيفية تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التعبير عن الإرادة في العقد الالكتروني

التعبير عن الإرادة هو مظهر الإرادة الخارجي، وعنصرها المادي المحسوس، فيكون تارة تعبيرًا صريحاً وتارة أخرى يكون تعبيرًا ضمنياً[88]، لأن الأصل في التعبير عن الإرادة لا يشترط فيه مظهر خاص أو وسيلة محددة عملاً بمبدأ الرضائية في العقود[89]، ولما كان العقد الإلكتروني يتم بوسائل إلكترونية سنعرض كيف يتم استخدامها كأدوات للتعبير عن الإرادة (الفرع الأول).

والتعبير عن الإرادة لا يكفي كي تنتج أثارها القانونية بل يجب أن تصدر من شخص بالغ وآهل، وأن لا تشوبها عيب من عيوب الإرادة، فيجب أن تتوفر الصحة في التعبير عن الإرادة (الفرع الثاني). وأمام إتاحة الوسائل الإلكترونية إمكانية التعبير عن الإرادة سنتوقف لنتناول مدى مشروعية التعبير عن الإرادة في التشريع الجزائري والتشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية (الفرع الثالث).

---

[87] أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص. 60 .

- voir aussi : MOREAU Nathalie , La formation du contrat electronique , Faculte des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales , Université de Lille 2002/2003, p .16.

[88] السنهوري أحمد عبد الرازق ، المرجع السابق، ص. 150.

[89] نبيل إبراهيم سعد و همام محمد محمود، المبادئ الأساسية في القانون: (نظرية القانون، نظرية الحق، نظرية الالتزام)، منشأة المعارف، مصر، 2001، ص. 276.

الفرع الأول: استخدام الوسائل الإلكترونية للتعبير عن الإرادة

تتعدد وسائل التعبير عن الإرادة تبعاً لتعدد وسائل الاتصال الحديثة، فنتيجة التطور التكنولوجي ظهرت تقنيات عديدة يتم من خلالها التعبير عن الإرادة عبر شبكة الأنترنت، وعليه سنتعرض إلى أهم الوسائل التعبير عن الإرادة في هذه العقود حسب أهم الخدمات التي تقدمها الأنترنت هي: خدمة البريد الالكتروني، خدمة شبكة الموقع و خدمة المحادثة و المشاهدة[90]، سنتناولها في النقاط متتالية:

أولا: التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني

تتم عملية التعبير عن الإرادة عبر البريد الالكتروني بأن يقوم الشخص (المرسل) الذي يملك اشتراك على شبكة الأنترنت بالدخول إلى أي بريد إلكتروني يرغب بإرسال الرسالة إليه، فيقوم بكتابة العنوان المرسل إليه مع كتابة الرسالة، ثم يقوم بالضغط على مفتاح الإرسال فيقوم برنامج بريده الإلكتروني بإرسال الرسالة إلى الخادم، وحينما يتصل المرسل إليه بالخادم يقوم بتحميل الرسالة على جهازه وتخزينها في صندوق بريد المرسل إليه الذي يسمي الوارد، يحتوي الوارد على جميع الرسائل التي استلمها المرسل إليه، وإذا ما أراد الرد على الرسائل التي استقبلها يكفي له الضغط على زر الرد.

فوسيلة التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني هي الكتابة، وأهم ما تتميز به الكتابة الإلكترونية عن الكتابة التقليدية في أن الأولى تقوم على دعائم إلكترونية أما الثانية تقوم على دعائم ورقية[91].

ثانيا: التعبير عن الإرادة عبر شبكة الموقع

يتم التعبير عن الإرادة عبر شبكة الموقع بالكتابة، بواسطة النقر على زر الموافقة وذلك إمّا بالضغط على زر الموافقة الموجودة في لوحة المفاتيح المتصلة بالكمبيوتر، أو بالضغط على مؤشر الفأرة في الخانة المخصصة في صفحة الواب، كما يمكن أيضا استخدام بعض الإشارات والرموز المتعارف والتي تدل على التعبير عن الإرادة مثل إشارة وجه مبتسم التي تدل الموافقة، إشارة وجه عابس التي تدل على الرفض[92].

---

[90] خدمة البريد الإلكتروني هي استخدام شبكة الأنترنت كمكتب للبريد بحيث يستطيع مستخدمها إرسال الرسائل إلى أي شخص له عنوان بريد إلكتروني، كما يمكن تلقي الرسائل من أي مستخدم أخر، وهي خدمة مجانية لا تستغرق إلا ثوان. أمّا خدمة الموقع هي الخدمة التي يمكن عبرها زيارة مختلف المواقع على شبكة الأنترنت سواء كانت هذه الزيارة للحصول على معلومات معينة أو إبرام عقد مع أحد التجار الذي يعرض منتجاته على الشبكة، أما خدمة المحادثة والمشاهدة هي التي يتمكن مستخدميها من تبادل الحوار وأطراف الحديث وجه لوجه سواء بالكلام، الصوت أو الكتابة.

أنظر ذلك: في أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص. 7 و8.

[91] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 130.

[92] نفس المرجع، ص. 130.

فوسيلة التعبير عن الإرادة عبر شبكة الموقع يمكن أن تكون بالكتابة، بالضغط على زر الموافقة والإشارة، وهذه الوسائل بدورها لا تخرج عن معناها التقليدي وهي تعبر عن إرادة الموجب دون الحاسب الآلي لأنه أداة صماء[93].

ثالثا: التعبير عن الإرادة عبر المحادثة والمشاهدة

يستطيع مستخدم الأنترنت عبر برنامج المحادثة التحدث مع شخص أخر في نفس الوقت بشرط أن بكون الطرفان متصلين بخدمة غرفة المحادثة، ويتم التعبير عن الإرادة عبر المحادثة عن طريق الكتابة بالطبع و تقسم صفحة البرنامج إلى قسمين:

- القسم الأول يدون فيه ما يعبر عنه من أفكاره:
- القسم الثاني فيخصص لما يستقبله من الرسائل من الطرف الأخر، وقد نجد في بعض الأحيان كاميرا رقمية يتم من خلالها مشاهدة كل طرف للأخر مع التحدث في نفس الوقت وهو ما يسمى بنظام المحادثة والمشاهدة[94].

فوسيلة التعبير عن الإرادة من خلال المحادثة والمشاهدة يمكن أن تكون بالتعبير الصريح، اللفظ، الكتابة، الإشارة، وما تتميز به هذه الوسيلة عن باقي الوسائل خَلَقَ التعاصر الزمني ما بين الأطراف وكأنهم في مجلس عقد حقيقي في حين أنه مجلس عقد افتراضي وهذا نتيجة مشاهدة وسماع كل طرف للأخر في الوقت ذاته[95].

الفرع الثاني: صحة التعبير عن الإرادة

التعبير عن الإرادة لا يكفي لانعقاد العقد بل يجب أن تصدر عن شخص آهل بلغ سن الرشد وأن تكون إرادة المتعاقدين لم تتأثر بعيب من عيوب الإرادة، وهاتين المسألتين سهل التحقق منهما في العقد التقليدي لأنه يتم بين حاضرين، بينما العقد الإلكتروني يتم بين غائبين و كثير ما يلجأ القصر والمراهقون إلى شبكة الأنترنت، فضلاً عن ذلك فهذه معرضة للقرصنة الإلكترونية هذا ما يخلق مشكلة وصعوبة في التأكد من هوية المتعاقد وأهليته القانونية وسلامة الإرادة من العيوب[96].

---

[93] أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الأنترنت (دراسة مقارنة)، المكتبة القانونية، الأردن، 2002، ص. 48.

[94] مخلوفي عبد الوهاب، المرجع السابق، ص. 84.

[95] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 132.

أنظر أيضاً: أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص. 48.

[96] الياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 125.

أولا: تحديد الأهلية في العقد الإلكتروني

الأهلية هي صلاحية الشخص لاكتساب حقوق وقدرته على استعمالها قصد إنشاء التزامات تعاقدية، وهي نوعان هما:

- أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق وتحمل الالتزامات.
- أهلية الأداء في صلاحية لتعبير بنفسه ولحسابه عن إرادة منتجة للآثار القانونية[97].

من السهل التحقق من الأهلية في التعاقد التقليدي، على نقيض من ذلك في التعاقد الإلكتروني، فمن الصعب على المتعاقد التحقق من أهلية الطرف الأخر خاصة أمام سهولة قيام أي شخص بانتحال صفة شخص أخر، أو سرقة بياناته الإلكترونية وإبرام العقود باسمه، كما أنه بإمكان القصر إبرام عقود إلكترونية دون أن ينكشف أمرهم[98]، كأن يستخدم أحد القصر البطاقة المصرفية الخاصة بوالده في التعاقد مع تاجر حسن النية، أو أن يقوم شخص من هواة العبث واللهو على التعامل عن بعد بإبرام عقود إلكترونية[99].

بالإضافة إلى ذلك ما تتميز به الوسيلة الإلكترونية التي يبرم من خلالها العقد الإلكتروني من الاتصال العالمي واللامركزية إذ لا تخضع لأية سلطة تراقبها أو تتحكم فيها، وما حققته من إمكانية تعاقد بين أطراف ينتمون إلى دول مختلفة ذات أنظمة قانونية متباينة، إلاّ أن العلماء لم يقفوا مكتوفي الأيدي أمام المشكلات والصعوبات التي وقفت عائق أمام التأكد من هوية المتعاقد وتحديد أهليته القانونية في التعاقد الالكتروني بل استحدثت حلول لحل هذه المشكلة منها ما هو فقهي، وما هو قانوني وكذا حلول تقنية[100]، سنتناولها تولياً:

أ- الحلول الفقهية

يرى بعض الفقه بأنه لمعالجة مشكلة تحديد هوية وأهلية المتعاقدين يجب التوسع في نظرية الوضع الظاهر، وذلك لخصوصية العقود الإلكترونية فمتى اتخذ شخص غير آهل مظهر الشخص البالغ الراشد، وكان المتعاقد معه غير عالم بحقيقة حالته، فإنه ينبغي حماية هذا الأخير إعمالاً لنظرية الوضع الظاهر وتوفيراً للثقة والأمن في المعاملات التي تجري عبر تقنيات الاتصال الحديثة، وحفاظً على استقرارها، وحتى لا يتفاجئ المتعاقد حسن النية ببطلان العقد لسبب كان يجهله ولم يكن باستطاعته أن يعلمه وقت التعاقد[101].

---

[97] نبيل إبراهيم سعد وهمام محمد محمود، المرجع السابق، ص. 308 و 309.

[98] بشار محمد دودين، المرجع السابق، ص. 153.

[99] الياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 125.

[100] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 215 و217.

[101] نفس المرجع، ص. 216.

ب- الحلول القانونية

تحسباً لمشكلة صعوبة التأكد من أهلية المتعاقدين نصت القوانين المنظمة للمعاملات الإلكترونية في نصوصها القانونية على ضرورة التأكد من أهلية وشخصية المتعاقد، فعلى المستوى الدولي نص القانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية للأمم المتحدة لقانون التجاري الدولي في المادة 13[102] على أن رسالة البيانات تنسب إلى المنشئ إذا كان هو من أرسلها بنفسه كأصل واستثناء لا تعد الرسالة مرسلة من قبله في الحالتين التاليتين:

- **الحالة الأولى:**

إذا استلم المرسل إليه إشعارًا من المرسل المنشئ يبلغه فيها أن الرسالة غير صادرة عنه، فعليه أن يتصرف على أساس عدم صدورها عن المنشئ، ويبقى الأخير هذا مسؤولاً عن أي نتائج قبل الإشعار.

- **الحالة الثانية:**

إذا علم المرسل إليه أو كان بوسعه أن يعلم أن الرسالة لم تصدر عن المنشئ.

كما نجد التوجيه الأوروبي رقم 2000-31 الصادر في 01/08/ 2000 بشأن التجارة الإلكترونية، قد تطلب ضرورة تحديد كافة العناصر التي بإمكانها أن تبين الهوية بما في ذلك الأهلية القانونية[103].

أما على المستوى الداخلي فنص المشرع الأردني في المادة 14 من قانون المعاملات الإلكترونية على:"**تعتبر رسالة المعلومات صادرة عن المنشئ سواء صدرت عنه ولحسابه أو بواسطة وسيط إلكتروني معد للعمل أوتوماتكياً بواسطة المنشئ أو نيابة عنه**".

وتعتبر الرسالة مرسلة من المنشئ إذا استخدم المرسل إليه نظام معالجة للمعلومات سبق وأن اتفق مع المنشئ على استخدامه لغرض التحقق من أن الرسالة صادرة عن المنشئ أو إذا كانت الرسالة محل الإرسال ناتجة عن إجراءات قام بها شخص تابع للمنشئ أو من ينوب عنه.

وقد استثنى هذا القانون حالتين لا تعد الرسالة مرسلة من المنشئ وهي تماماً الحالتين اللتين تضمنهما قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية للأمم المتحدة[104].

---

[102] قرار رقم 51/162، المتضمن القانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، المرجع السابق.

[103] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 217 و218.

[104] تنص المادة 15 /ب من قانون المعاملات الأردني على أن:"لا تسري أحكام الفقرة (أ) من هذه المادة على أي حالة من الحالتين التاليتين: 1- إذا استلم المرسل إليه إشعار من المنشئ يبلغه فيها أن الرسالة غير صادرة عنه فعليه أن يتصرف على أساس عدم صدورها عن المنشئ ويبقى المنشئ مسؤلاً عن أي نتائج قبل الإشعار.

2- إذا علم المرسل إليه، أو كان بوسعه أن يعلم، أن الرسالة لم تصدر عن المنشئ".

بينما نجد المشرع التونسي قد عبر عن رسالة البيانات أو رسالة المعلومات بشهادة المصادقة الإلكترونية التي تدل على الشخص الذي أصدرها، والذي يشهد من خلالها على صحة البيانات التي تضمنتها، كما أشار هذا القانون لموضوع الأهلية ونسبتها إلى صاحبها في أكثر من موضع[105]، ومن هذه المواضيع نذكر الفصل السابع عشر والفصل الخامس العشرون.

ج- الحلول التقنية

بدورهم علماء التقنية لو يقفوا مكتوفي الأيدي أمام مشكلة التأكد من هوية المتعاقد وإسنادها إلى صاحبها، فبالرغم من عدم وجود وسائل تقنية كاملة وحاسمة إلا أنه ثمة جهود معتبرة بغية الوصول إلى هذه الوسائل[106]، وأهم بعض ما استحدث من وسائل:

- **البطاقة البنكية:** تحتوي هذه البطاقة على سجل حامل تخزن فيها كل المعلومات والبيانات الخاصة بحامل البطاقة كالاسم، السن، محل الإقامة، المصرف المتعامل معه، وتتضمن رقم سري، ممّا يمكن من التعرف على شخصية وأهلية حاملها[107].

- **الموثق الإلكتروني:** هو طرف ثالث تسند إليه مهمة التوسط والتوفيق بين أطراف العقد وتنظيم العلاقة العقدية، ويقوم بالتحقق من شخصية وأهلية كل متعاقد، وضمان صحة سير المعلومات المتبادلة كما يصدر شهادات مصادق عليها تتعلق بأطراف العقد[108].

- **الوسائل التحذيرية:** عبارة عن تحذيرات وتنبيهات بعدم الدخول إلى الموقع إلا لكامل الأهلية، فإن كان الشخص كامل الأهلية وجب عليه ملء النموذج المعلوماتي للكشف عن هويته عمره...، إلاّ أن هذه الوسيلة غير فعّالة لتحقق من أهلية الشخص المتعاقد لأنه ممكن تعبئة النموذج بمعلومات تخالف حقيقة الشخص[109].

ثانيا: عيوب الإرادة

سنتطرق إلى بعض عيوب الرضا في ضوء ما تتمتع به من خصوصية ومميزات في هذا العقد على التوالي:

---

[105] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 218.

[106] الياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 127.

[107] محمود محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 219.

أنظر أيضاً: الياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 127.

[108] نفس المرجع، ص. 128.

[109] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 219.

1- عيب الغلط: كثيرا ما يقع الغلط في العقد الإلكتروني بسبب العرض الناقص للمنتوجات، ولغموض مضمون العرض، لذلك ألزم التوجيه الأوروبي رقم 31/2000المتعلق بالتجارة الإلكترونية في المادة11 منه بأن يقوم مقدمي الخدمات بعرض الخدمة على العميل بالتفصيل والتدقيق مع إعلامه بذلك باستخدام وسائل فعالة وسهلة الأخذ بها حتى يتمكن من فهم المعطيات الإلكترونية، الأمر الذي يجنبه الوقوع في الغلط.

إلا أن الإدعاء بالوقوع في الغلط من الصعب إثباته، لأنه يتم على صفحة الواب، فمن الممكن أن يقوم أحد من الغير بتغييره وتعديله بدون أن يترك ذلك أثرا مادياً لأنه يتم بوسيلة إلكترونية، ولتفادي الوقوع في هذه الصعوبات ينصح العميل بتسجيل بيانات الإعلان على دعامة إلكترونية لحفظها واسترجاعها عند الضرورة أو القيام بتوثيق المعلومات[110].

2- عيب التدليس: غالباً ما يكون التدليس في العقد الإلكتروني على شكل إعلانات كاذبة أو رسائل إشهارية مضللة، أو الوعد برسالة إلكترونية بصفات وهمية تتضمن معلومات ومعطيات خاطئة من شأنها أن تضلل الطرف المتعاقد، لاسيما أمام عدم إمكانية فحص وتعين المنتوج[111]، ولتجنب الوقوع في هذه المشاكل وجب استحداث مواقع متخصصة على شبكة الأنترنت يتجلى دورها في الإعلام والتحذير وتقديم النصيحة إن لزم الأمر ولحماية الطرف الضعيف والأقل خبرة[112].

3- عيب الإكراه: العقد الإلكتروني يتم بوسيلة إلكترونية وأطراف العقد فيه لا يتواجدون ماديا، لذا لا يمكن أن نتصور الإكراه في العقد الإلكتروني، فلا نستطيع إجبار الشخص على الدخول إلى موقع معين أو فتح بريده الالكتروني لإرسال رسالة معينة[113]، ومع ذلك يمكن تصور الإكراه في العقد الإلكتروني في حالة التبعية الإقتصادية، حيث يضطر المتعاقد إلى إبرام العقد بالرغم من الشروط المجحفة وخوفاً من تهديد مصالحه الإقتصادية[114].

---

[110] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 130 و131.

[111] المرجع نفسه، ص. 223.

[112] بشار محمد دودين، المرجع السابق، ص. 155.

[113] شحاتة غريب محمد شلقامي، المرجع السابق، ص. 86.

[114] ناصيف الياس، المرجع السابق، ص. 135.

الفرع الثالث: مدى مشروعية التعبير عن الإرادة بوسائل الاتصال الحديثة في التشريع الجزائري و التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية

الأصل في التعبير عن الإرادة في القواعد العامة أنه لا يخضع لشكل معين، فيجوز للمتعاقد أن يعبر عن إرادته بالطريقة التي يختارها له بشرط أن تكون واضحة يفهمها الطرف الأخر[115]، من هنا نتساءل عن مدى اعتراف التشريع الجزائري (القانون المدني) بالوسائل الالكترونية الحديثة كأدوات للتعبير عن الإرادة والتعاقد بها؟ كما نتساءل هل أقرت الدول التي نظمت المعاملات الإلكترونية التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكتروني؟ سنحاول أن نجيب على هذه الأسئلة على التوالي.

أولا: مدى مشروعية التعبير عن الإرادة بوسائل الاتصال الحديثة في التشريع الجزائري

إن مسألة التعبير عن الإرادة بالوسائل الاتصال الحديثة أثارت جدالاً فقهياً في الجزائر وسائر الدول التي تعتمد نفس النظم التقليدية في التعبير عن الإرادة حيث انقسم الفقه إلى رأيين أولهما يقر بجواز هذه الوسائل للتعبير عن الإرادة أما الرأي الثاني يرفض ذلك[116] سنتعرض إلى الرأيين فيمايلي:

1 - الرأي القائل بمشروعية التعبير عن الإرادة بالوسائل الاتصال الحديثة

حسب هذا الرأي حتى وإن لم يتضمن القانون المدني نصوص قانونية تقر بالتعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية فإن مشروعية التعبير عن الإرادة والتعاقد بهذه الوسائل نستنتجها من القواعد العامة ذاتها المنصوص عليها في القانون المدني وحججهم أن:

- الأصل في التعاقد حرية التراضي فالمتعاقدين لهما الحرية الكاملة في اختار الوسيلة التي يعبران بها عن إرادتهما ولا مانع من امتداد هذه الحرية للتعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية.

- و نصت المادة 64 من الق م على:" **إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد اجل القبول فان الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر الإيجاب فورا، وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى أخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل**". نستنتج من عبارة "**بأي طريق مماثل**" أية وسيلة تشبه الهاتف؛ لذا فإن هذا النص يمتد ليشمل التعاقد بالوسائل الإلكترونية أهمّها الأنترنت؛ لأنّها يمكن أن تتحول إلى هاتف عادي عبر المحادثة الشفهية، وإن التعبير عن الإرادة عبر البريد أو الفاكس كالتعاقد بالمراسلة .

---

[115] تنص المادة 60 من الأمر 75-58، على:"التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، و بالكتابة، أو بالشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه".

[116] مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 132.

– نص المشرع الجزائري في قانون رقم 05-10 المتمم للقانون المدني[117] في المادة 323مكرر1على:" **يعتبر الإثبات في الشكل الإلكتروني كالإثبات على الورق...**"، كما نص في المادة 327 فقرة2 في القانون المدني على: "**يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق للشروط المذكورة في المادة 323 مكرر1** ". اعتماداً على هاتين المادتين، يرى أن أنصار هذا الرأي أن أخذ المشرع بالكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني في مجال إثبات العقود فإنه يعتد بالتعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية[118]، كما نص في المادة 323 مكرر من نفس القانون على:" **ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها**". بهذا النص المشرع وسع من دائرة وسائل الإثبات ليفسح المجال أمام الوسائل الإلكترونية لتكون معتمداً بها في الإثبات[119].

2- الرأي الرافض لمشروعية التعبير عن الإرادة بوسائل الاتصال الحديثة

رفض هذا الاتجاه الاعتراف مشروعية هذه الوسائل كأداة للتعبير عن الإرادة ولتبرير موقفهم قدموا الحجج التالية:

– لا يجب تفسير نصوص القانون المدني تفسيراً واسعاً لتشمل الوسائل الإلكترونية الحديثة أداوت التعبير عن الإرادة خاصة ما نصت المادة 64 فقرة 2 لأن المشرع لو أراد اعتمادها لنظمها في قانون خاص كالتشريعات المقارنة محل الدراسة.

– إن التعاقد بالوسائل الإلكترونية لا يخلو من المشاكل أهمها صعوبة التأكد من هوية وأهلية الشخص، والوثوق من مواقع الأنترنت، وهذا ناتج عن طبيعة هذه التعاقد الذي يتميز بالافتراضية واللامادية.

– إن الأخذ بالكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني كأدلة إثبات لا يقر أنها وسائل للتعبير عن الإرادة فهي خاصة بالإثبات، وإن الاحتفاظ ببنود العقد في دعامة إلكترونية لا يعني التعبير عن الإرادة.

– بالرغم من قوة حجج الرأي الأول لمشروعية الوسائل الإلكترونية للتعبير عن الإرادة استنادًا إلى القواعد العامة لإبرام العقود، إلا أنه يبقى عدم الإعتراف بهذه الوسائل قانوناً وأمام غياب لتنظيم خاص للمعاملات الإلكترونية سبباً في عدم الحماية الكافية للمتعاقد وأمام المشاكل التي تطرحها الوسائل وإعاقةً

---

[117] الأمر 05-10، المرجع السابق.

[118] مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 132 و133.

[119] مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012/05/08، ص. 27.

للتجارة الإلكترونية في بلادنا[120].

ثانيا: مدى مشروعية التعبير عن الإرادة بوسائل الاتصال الحديثة في التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية

سنستهل عرض مشروعية التعبير عن الإرادة بوسائل الاتصال الحديثة في التشريعات المعاملات الإلكترونية بعرض موقف قانون الأونسيترال النموذجي للأمم المتحدة، ثم عرض موقف التشريعات الداخلية.

1- في القانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية للأمم المتحدة

أقر هذا القانون تبادل التعبير عن الإرادة من خلال تبادل البيانات الكترونياً حيث نصت المادة 11 منه على:" **في سياق تكوين العقود وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك يجوز استخدام رسالة البيانات للتعبير عن العرض و قبول العرض، وعندا استخدام رسالة البيانات في تكوين العقد لا يفقد دلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ بمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض**"[121]. نستنتج أن هذا القانون أقر صراحة استخدام رسالة البيانات للتعبير، الأمر الذي يستفاد منه جواز التعبير عن الإرادة – الإيجاب والقبول– بطريقة إلكترونية.

2- في التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية

لم تكتفي هذه التشريعات بتنظيم هذه المعاملات الإلكترونية، بل أجازة التعبير عن الإرادة بوسائل الإتصال الحديثة حيث نص المشرع التونسي في المادة الأولى من قانون المتعلق بالمبادلات و التجارة الإلكترونية على:"**يجري على العقود الإلكترونية نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة ومفعولها القانوني، وصحتها، وقابليتها للتنفيذ في ما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون**"[122]، والمشرع الأردني أجاز أيضا التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية فنص في المادة 13 منه على:" **تعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانوناً لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي**"[123]، أمّا المشرع البحريني نص في المادة 10 على:" **في سياق إبرام العقود يجوز**

---

[120] مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات جديدة في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 135 و 136.

– و حسب رأينا لا يمكن للقواعد العامة التي شرعها المشرع لتنظيم المعاملات التقليدية أن تكون نفسها التي تنظم المعاملات الإلكترونية التي ظهرت نتيجة التطور التكنولوجي.

[121] قرار رقم 51/162، المتضمن القانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، المرجع السابق.

[122] قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي، المرجع السابق.

[123] قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، المرجع السابق.

التعبير، كلياً أو جزئياً، عن الإيجاب والقبول و كافة الأمور المتعلقة بإبرام العقد والعمل بموجبه. بما في ذلك أي تعديل أو عدول أو إبطال للإيجاب أو القبول عن طريق السجلات الإلكترونية ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك"[124].

المطلب الثاني: تطابق الإرادتين

يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد، وعليه يتطلب انعقاد العقد أن يتم التعبير عن إرادتين متطابقتين، وهما الإيجاب والقبول اللذان يشكلان عناصر تطابق الإرادتين(الفرع الأول)، وبتلاقيهما يتحدد زمان ومكان انعقاد العقد(الفرع الثاني).

الفرع الأول: عناصر تطابق الإرادتين

تتجلى عناصر تطابق الإرادتين في الإيجاب والقبول، فيمثل الإيجاب الإرادة الأولى لإبرام العقد، يعرف أنه:"**عرض واضح، جازم وبات يقدمه شخص لشخص معين أو إلى كافة الناس**"، والإيجاب تعبير يصدر بصراحة مها كانت الوسيلة كاللفظ، الإشارة، الكتابة...،أمّا القبول هو الإرادة الثانية لإبرام العقد، يعرف أنه:" **تعبير عن إرادة من موجه إليه الإيجاب على أن يطابق الإيجاب الصادر من الموجب**"، ويستوي أن يكون القبول صراحة أو ضمنياً كما يمكن اعتبار السكوت عن الرد قبولا إذا ما كان موصوفا أو اقترن بملابسات تعكس دلالته في للقبول[125]، وعليه سنتناول في هذا الفرع عنصر الإيجاب في البيئة الإلكترونية مع تحديد شروطه لمعرفة مدى اتفاقه مع الإيجاب التقليدي، كما سنعرض أهم صور الإيجاب عبر الوسائل الإلكترونية، ثم سنتناول الإشكالية القانونية التي تثيرها العروض الموجهة إلى الجمهور عبر وسائل الاتصال الحديثة فيما إذا كانت إيجاب أم دعوى إلى التعاقد؟ وبالمثل سندرس القبول في البيئة الإلكتروني، كما سنتعرض إلى الإشكالات التي يطرحها بدوره التي تتمثل في مدى إمكانية عدول القابل عن قبوله، وكذا مدى اعتبار السكوت رد على القبول الإلكتروني.

أولا: الإيجاب الإلكتروني

يتطلب دراسة الإيجاب الإلكتروني أن نتعرض أولاً إلى تعريفه مع تحديد شروطه الإيجاب، تم عرض أهم خصائصه، وبما أن التعبير عن الإرادة يتم بوسائل إلكترونية، سنتعرض إلى أهم صور الإيجاب الإلكتروني، وثم نتناول إشكالية تكييف العروض الموجهة إلى الجمهور عبر شبكات الاتصال.

---

[124] قانون التجارة الإلكترونية البحريني، المرجع السابق.

[125] نبيل إبراهيم سعد وهمام محمد محمود، المرجع السابق، ص. 248 و249.

1- تعريف الإيجاب الإلكتروني

يعرّف الإيجاب الإلكتروني حسب التوجيه الأوروبي لحماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد بأنه:" **كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان**"[126].

نستنتج أن هذا التعريق لم يبرز أهم خصائص الإيجاب الإلكتروني، وهي الصفة الإلكترونية التي يتميز بها هذا الإيجاب، إلا أن هذا التعريف ركز على ضرورة قيام الموجب ببيان كل عناصر الإيجاب اللازمة، حتى يكون القابل على بينة من أمره عند إصدار قبوله[127].

وقد عرفه بعض الفقه أنه:"**تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد، حيث يتم من خلال شبكة دولية الاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية، ويتضمن كل العناصر اللازمة لإبرام العقد، بحيث يستطيع من يوجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة**"[128]، فحين عرفه البعض الأخر بأنه:" **تعبير عن إرادة مبتدئة جازمة موجهة للطرف الأخر لإبرام عقد، ويكون ذات تعابير محددة تحديدًا تاماً ودالة على نية الموجب بالالتزام بات لدى القبول**"[129]، من خلال هذه التعاريف نستنتج أن تعريف الإيجاب الإلكتروني لا يخرج عن تعريف الإيجاب التقليدي إلاّ في الوسيلة، كما أن شروط الإيجاب الالكتروني[130]هي نفس شروط الإيجاب التقليدي وهي أن يكون واضحاً ومحددًا، وأن يكون جازماً وباتاً لا رجعة فيه، بمعنى أن تكون نية الموجب نهائية إلى إبرام العقد إذا ما اقترنت بقبول[131]، و يتحقق شرط وضوح الإيجاب في التعاقد الإلكتروني بأن تتحدد جميع العناصر الأساسية للعقد بدقة، كتحديد المبيع و الثمن إن كان العقد عقد بيع، بالإضافة إلى ذكر بعض البيانات التي من شأنها تحقيق العلم الكافي بمزايا وصفات المبيع[132]، أمّا عن شرط أن يكون حازماً وباتاً لا رجعة فيه فيتحقق بأن يخلو الإيجاب الإلكتروني من أي تحفظات مؤثرة في إلزامية العرض والتي تدل على عدم جدية صاحب العرض في إبرام العقد إذا ما اقترن بالقبول، وكذا خلوه من التحفظات التي يمكن أن تقترن بالإيجاب كأن يحتفظ مصدر الإيجاب بحقه في تعديل شروط العقد أو اختيار متعاقد معه، أو أن يحدد النطاق الجغرافي الذي يمتد إليه الإيجاب كأن يحصر إيجابه

---

(126) خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 316 .

(127) خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 317.

(128) أسامة عبد العليم الشيخ، المرجع السابق، ص. 36.

(129) محمد فواز محمد المطالقة، المرجع السابق، ص. 59.

(130) لما عبد الله صادق سلهب، المرجع السابق، ص. 73-78.

(131) خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 317.

(132) حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 190.

أو عرضه في منطقة الشرق الأوسط، أو الإتحاد الأوروبي، أو أن يحدد الوسيلة التي يجب أن يتم بها القبول[133].

2- خصائص الإيجاب الالكتروني

يخضع الإيجاب الإلكتروني لذات القواعد العامة التي تحكم الإيجاب التقليدي، إلاّ أنه يتميز ببعض الخصائص التي تتعلق بطبيعته وكونه يتم بشبكة عالمية للمعلومات والاتصالات وهي كما يلي:

أ- الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد

من خصائص العقد الإلكتروني أنه يتم عن بعد من ثم فإن الإيجاب الإلكتروني يتميز بنفس الخاصية، ولما كان الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد، فهو يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، التي تلزم المورد أو مقدم الخدمة بمجوعة من القيود والواجبات إتجاه المستهلك، والتي تتعلق بالسلعة محل العرض، كيفية تنفيذ العقد، ووسائل الدفع[134].

ب- الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسيط إلكتروني

من المميزات الأساسية في الإيجاب الإلكتروني أنه يتم عبر وسيط إلكتروني[135] وهو مقدم خدمة الأنترنت، وبدونه لا يمكن أن نعبر عن هذا الإيجاب، حيث نقوم بعرض الإيجاب من خلاله، وبالتالي الإيجاب لا يكون فعالاً بمجرد صدوره من الموجب، إنما من الوقت الذي يتم إطلاق الإيجاب عبر الأنترنت وهي الفترة التي يتحقق فيها الوجود المادي للإيجاب الإلكتروني[136].

ج- الإيجاب الإلكتروني في الغالب إيجاب دولي

الإيجاب الموجه عبر الأنترنت حتى وإن كان الهدف منه ليس إبرام عقد دولي، إلا أنه يتصف بالدولية بالنظر لصفة العالمية التي تتصف بها الأنترنت وانفتاحها وتجاهلها للحدود الإقليمية، فيستمد بذلك الإيجاب الموجه عبرها الصفة الدولية من ذلك[137].

---

[133] محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص. 121 و 122.

[134] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص.321.

انظر أيضا: حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 187.

[135] عرف القانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية للأمم المتحدة الوسيط الإلكتروني في المادة الثانية ب:" يراد بمصطلح "الوسيط" فيما يتعلق برسالة بيانات معينة، الشخص الذي يقوم، نيابة عن شخص أخر فيما يتعلق برسالة البيانات هذه". وعرف المشرع الأردني الوسيط الإلكتروني بأنه:"برنامج حاسوب أو أي وسيلة إلكترونية أخرى تستعمل من اجل تنفيذ إجراء والاستجابة لإجراء بقصد إنشاء أو إرسال أو استلام معلومات دون تدخل شخصي".

[136] محمد فواز محمد المطالقة، المرجع السابق، ص. 63.

[137] مخلوفي عبد الوهاب، المرجع السابق، ص. 94.

إلا انه لا يوجد ما يمنع من أن يقتصر الإيجاب على منطقة إقليمية محلية محدد[138]، كأن يكون الإيجاب مقتصرًا على المنطقة الجغرافية التي حددها الموجب لتوافر إمكانية الترويج بأكبر قدر ممكن في هذه المنطقة الجغرافية ولتوافق المنتج مع هذه المنطقة دون غيرها لتناسبه مع الأعراف والتقاليد الخاصة لهذه المنطقة[139].

3- صور الإيجاب الإلكتروني

سنتناول الإيجاب الإلكتروني في ثلاثة صور هي الإيجاب عبر البريد الإلكتروني، عبر شبكة الموقع، عبر المحادثة والمشاهدة على التوالي:

أ- الإيجاب الإلكتروني عبر البريد الإلكتروني

يكون الإيجاب عبر البريد الإلكتروني موجهً إلى شخص محدد أو عدد غير محدد من الأشخاص، ففي حالة توجيه الإيجاب الإلكتروني إلى شخص محدد، يصبح كأنه الإيجاب عبر البريد العادي أو الفاكس فتسري عليه قواعد الإيجاب التقليدي، كما يمكن أن يكون موجهاً إلى عدد غير محدد من الأشخاص وفي هذه الحالة يعتبر العرض مجرد دعوى للتعاقد والتفاوض وليس إيجاباً، و يمكّن البريد الإلكتروني من الاتصال الفوري المتزامن بين الإطراف المتعاقدة، وذلك عن طريق الكتابة ممّا يجعله مجلس تعاقد حقيقي.

ب- الإيجاب الإلكتروني عبر شبكة الموقع

الإيجاب عبر شبكة الموقع لا يختلف عن الإيجاب من خلال التلفاز الصحف أو أية وسيلة من الوسائل التقليدية إلا أن الاختلاف يكمن من حيث الاستمرارية، فالوسائل التقليدية يتم عرض الإيجاب خلال فترة زمنية محددة، فحين العرض من خلال شبكة الموقع يكون مستمرًا و على مدار الأربع والعشرين ساعة ولكافة بقاع الأرض دون تحديد، فكل من يدخل الشبكة يكون الإيجاب موجهاً إليه ومن حقه إبرام التعاقد، ما لم يكن هناك مانع من التعاقد في الشخص أو تلك الفئة[140].

---

[138] مثال عن ذلك المواقع الفرنسية المنتشرة على الأنترنت والتي تقصر الإيجاب فقط على الدول الفرانكفونية الناطقة بالفرنسية، وأيضاً ما تقرره الولايات المتحدة الأمريكية من حظر توجيه الإيجاب للدول الموقع عليها عقوبات اقتصادية مثل كوريا وكوبا وغالباً ما يلي شكل العرض على:"...هذا العرض حصرياً موجه للأشخاص القاطنين على الإقليم..."، أنظر ذلك في: خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 253.

أنظر أيضاً: حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 188 و189.

[139] نفس المرجع، ص. 63.

[140] محمد فواز محمد المطالقة، المرجع السابق، ص. 61.

ج- الإيجاب عبر المحادثة والمشاهدة

في هذه الحالة تتحول شبكة الأنترنت إلى هاتف أو إلى تلفزيون مرئي، كما نكون أمام مجلس عقد إفتراضي يقترب جدًا من مجلس العقد الحقيقي[141]، خاصة بعد تزويد الكمبيوتر بتجهيزات حديثة مثل الكاميرات وهو ما يجعل من القواعد العامة للتعاقد بين حاضرين تنطبق على هذا النوع من الإيجاب خاصة من الناحية الزمنية ويبقى الاختلاف حول المكان[142].

4- تكييف العروض الموجهة إلى الجمهور عبر شبكات الإتصال

تتميز شبكة الأنترنت بكثرة العروض التي تقدم عبر خدماتها المختلفة خاصة خدمة مواقع الواب التي غدت محور العرض على هذه الشبكة، والخدمة الأكثر شيوعاً لتقديم العروض والإعلانات، لما تمكنه من إمكانية عرض المنتجات، وبيان الأسعار، مع إمكانية إرفاق العرض بصورة حركية للسلعة أو المنتجات[143]، وهذا ما طرح إشكالية تكييف هذه العروض.

قد تركت التشريعات مسألة تكييف العروض الموجهة للجمهور عبر شبكات الاتصال للفقهاء، الذين انقسموا إلى اتجاهين:

– الاتجاه الأول اعتبر هذه العروض في جميع الأحوال دعوة إلى التعاقد، حتى في حالة تحديد العناصر والصفات الجوهرية للعقد المراد إبرامه[144].

– الاتجاه الثاني لم يعمم العروض المتوفرة على صفحات الواب بأنّها دائماً إيجاباً أو أنّها في كل الأحوال دعوى إلى التعاقد، بل ميز فيما إذا كان العرض يتضمن على مقومات وشروط الإيجاب، وكانت نية صاحب العرض جادة لإبرام العقد إذا ما اقترن بالقبول، وتم عرض العناصر الجوهرية لمحل العقد وتمّ تحديد الأسعار، فيعتبر هذا العرض إيجاباً، وفي حالة غياب شروط الإيجاب والنية الجادة وتخلف تحديد السعر فما العرض إلاّ مجرد دعوى إلى التعاقد.

ويرى البعض أن العروض الموجهة إلى الجمهور هي دعوة إلى التعاقد، وذلك لإمكانية العارض رفض الطلبات الزائدة لعدم توافر كميات كبيرة من المنتج أو الخدمة، أو لسبب تذبذب الأسعار بالارتفاعها

---

(141) أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص. 47.

(142) حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 181.

-Voir aussi : GAUTRAIS Vincent, La couleur du consentement électronique les cahiers de la proprété intellectuelle, Vol,16,N°01 , p. 68

(143) محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص. 126.

(144) نفس المرجع، ص. 129 و 130.

و هبوطها، ولأن تكييف هذه العروض أنها إيجاباً تعرض العارض إلى خسارة كبيرة أمام الإلتزام بالتعويض في حالة نفاذ كمية المنتج[145].

وقد أيد البعض الأخر الاتجاه الثاني على اعتبارين هما:

– أن العرض بمجرد أن تتوفر فيه شروط الإيجاب بأن يكون واضحاً و باتاً وجازماً، مع بيان أسعار المنتجات فلا يوجد دافع إلى تكيفه بدعوة إلى التعاقد.

– إن عرض السلع على مواقع الواب هي على شكل عقود نموذجية تعرض فيه مواصفات السلعة وثمنها، وتحديد الشروط العقد وهي شروط موحدة لجميع العملاء دون تمييز، كما يحتوي على خانات فارغة مخصصة للبيانات الشخصية للمتعاقد، فهذا العقد بما يحتويه من شروط هو إيجاب بات يتم قبوله بإذعان و تسليم الطرف الثاني المتعاقد لهذه الشروط[146].

ثانيا: القبول الإلكتروني

سنتعرض إلى القبول الإلكتروني ببيان تعريفه مع تحديد شروطه، ثم صوره، ثم نتناول الإشكالات القانونية التي يطرحها القبول الإلكتروني، التي تتمثل في مدى إمكانية عدول القابل عن قبوله، ومدى صلاحية السكوت كتعبير عن القبول الإلكتروني.

1- تعريف القبول الإلكتروني

عرف الفقه القبول الإلكتروني بأنه:" **كل اتصال عن بعد يتضمن توافق تاماً مع كل العناصر المشترطة في الإيجاب والتي وضعها الموجب، بحيث ينعقد العقد بمجرد حصول هذا الاتصال عند القابل** "[147]، ويعرف أيضاً أنه:" **كل تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد بواسطة شبكة دولية للاتصالات، على أن يتضمن هذا التعبير توافقاً وتطابقاً تاماً مع كل العناصر التي يتضمنها الإيجاب الصادر عبر الشبكة الدولية للاتصالات، حيث ينعقد العقد عند حصول هذا التطابق**"[148].

نستنتج أن القبول الإلكتروني لا يخرج عن التعريف التقليدي للقبول سوى أنه يتم بوسائل إلكترونية فخصوصيته ترجع إلى طبيعته الإلكترونية، كما أن شروط القبول الإلكتروني[149] هي نفسها الشروط

---

[145] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 265.

[146] محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص. 130 و 131.

– و نحن بدورنا نؤيد الرأي القائل بأن العروض الموجهة إلى الجمهور ما هي إلا دعوة إلى التعاقد لإمكانية المستهلك من الرجوع عن التزامه في إبرام العقد.

[147] بشار محمد دودين، المرجع السابق، ص. 136.

[148] نفس المرجع، ص. 136.

[149] للمزيد أنظر: لما عبد الله صادق سلهب، المر جع السابق، ص. 97-100.

العامة المطلوبة في القبول التقليدي[150]، فيجب أن يصدر القبول والإيجاب لازال قائماً، ويبقى الإيجاب قائماً في شبكة الأنترنت في عدة حالات منها إذا حدد موعد لقبول الإيجاب فيجب أن يرتبط القبول بالإيجاب في هذا الموعد، أيضاً إذا ما عرض الموجب إيجابه عبر خدمات المحادثة والمشاهدة فإن القبول يجب أن يصدر أثناء المحادثة وقبل إتمامها فإذا ما انتهت المحادثة دون صدور القبول ينقضي الإيجاب ولا عبرة للقبول الذي يصدر بعد ذلك، ويشترط أن يطابق القبول الإيجاب مطابقة تامة ولا يجوز أن يزيد فيه وأن ينقص عنه وإلا اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديدًا وليس قبولاً[151].

2- صور التعبير عن القبول الإلكتروني

سنتعرض إلى التعبير عن القبول الإلكتروني بنفس الصور التي تناولنها في الإيجاب الإلكتروني.

أ- التعبير عن القبول الإلكتروني عبر البريد الإلكتروني

يتم القبول عبر البريد الإلكتروني بقيام المرسل إليه الذي وجه إليه الإيجاب من قبل الموجب بإرسال قبوله على شكل رسالة إلكترونية تتضمن كافة العناصر اللازمة لإتمام التعاقد، أي أن الإيجاب والقبول في هذه الصورة تتم برسالتين إلكترونيتين، رسالة إلكترونية تتضمن الإيجاب، ثمّ تليها رسالة ثانية تتضمن القبول، وينتج عن تلاقي هاتين الرسالتين انعقاد العقد[152].

ب- التعبير عن القبول الإلكتروني عبر شبكة الموقع

يتم القبول عبر شبكة الموقع على عدة صور منها، ما يأتي على شكل رسالة إلكترونية أو بالضغط على إيقونة القبول مرة واحدة، أو عدة مرات(القبول بالتأكيد) سنقوم بتوضيح هذه الصور على التوالي:

- **الرد بالقبول باستعمال رسالة إلكترونية**

نكون أمام هذه الصورة في حالة اشتراط الموجب أن يكون الرّد على إعلانه على صفحة الواب برسالة إلكترونية، ترسل إلى عنوان البريد الإلكتروني الخاص بالموجب والذي حدده في إعلانه، بحيث لا ينعقد العقد إلا إذا صدر القبول على شكل رسالة إلكترونية. فإذا ما عبر القابل عن قبوله بملء الاستمارة الإلكترونية لا يكون القبول صحيحا ولا ينعقد العقد.

- **الرد بالقبول بالضغط على أيقونة القبول لمرة واحد**

إن الرد بالقبول من طرف من وجه إليه الإيجاب بالضغط على أيقونة القبول لمرة واحدة كافٍ للتعبير عن الإرادة ولانعقاد العقد، إلاّ أنه يثير إشكالاً إذا ما تمّ هذا القبول عن طريق ما يسمى بأخطاء

---

[150] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 268.

[151] محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص. 38- 40.

[152] بشار محمد دودين، المرجع السابق، ص. 138.

اليد أي أنه حدث سهوا[153]، لهذه الحالة ولتجنب الاحتمال الخاطئ في التعاقد نجد أغلب المواقع كرست عدد من الإجراءات تسبق وصول القبول للموجب للتأكد من صحة البيانات المرسلة من خلال الضغط عدة مرات على كل مرحلة[154].

- **الرد بالقبول بالضغط على أيقونة القبول لأكثر من مرة واحدة**

تتم هذه العملية بتزويد نظام البرنامج المعلوماتي المستخدم في العملية التعاقدية بما يمنع إرسال القبول بمجرد الضغط على أيقونة القبول لمرة واحدة كاستخدام عبارات إضافية مثل هل تؤكد القبول، لذا فان القيمة القانونية لهذه الصورة تتحدد من خلال البرنامج المعلوماتي[155]، وتتمثل هذه القيمة في ثلاثة فرضيات هي:

– إذا كان البرنامج المعلوماتي المستخدم في العملية التعاقدية لا يسمح بانعقاد العقد إلا إذا تمّ تأكيد القبول، بحيث لن يترتب على صدور القبول مجردا من التأكيد أي أثر أي أن القبول لا يتم إلا بصدور التأكيد.

– إذا كان البرنامج المعلوماتي المستخدم في العملية التعاقدية لم يرد فيه التأكيد على الإطلاق أي أن القبول يصدر بمجرد الضغط على أيقونة القبول لمرة واحدة.

– إذا كان البرنامج المعلوماتي المستخدم في العملية التعاقدية يتضمن ضرورة التأكيد، ومع ذلك لا يمنع من انعقاد العقد بدونه، وهنا الضغط على أيقونة القبول هي قرينة على الانعقاد ولكنها ليست قاطعة لأنها قابلة لإثبات العكس كأن يصدر الضغط سهوًا[156].

3- الإشكالات القانونية التي يطرحها القبول الإلكتروني

أهم الإشكالات القانونية التي يطرحها القبول الإلكتروني، هي مدى إمكانية عدول القابل عن قبوله، ومدى اعتبار السكوت تعبير عن القبول الإلكتروني، سندرس هاتين المسألتين تواليا:

أ- إمكانية عدول القابل عن قبوله

إن للحظة انعقاد العقد أهمية خاصة لأن في هذه اللحظة تحدد الشروط الواجب توافرها في الإرادة ومن هذه اللّحظة تتحدد القوة الإلزامية للعقد التي يترتب عنها القانون الواجب التطبيق ومجموعة من الآثار القانونية، وفقاً للقواعد العامة وبموجب القوة الملزمة للعقد فإن أياً من طرفيه لا يستطيع أن يرجع عن القبول، فمتى ما تمّ اقتران الإيجاب بالقبول وتمّ العقد فإن تنفيذه يصبح ملزماً ولا رجعة فيه، غير أنه في

---

(153) أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص. 83 و 84.

(154) محمد فواز محمد المطالقة، المرجع السابق، ص. 69.

(155) بشار محمد دودين، المرجع السابق، ص. 140.

(156) أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص. 86.

Voir aussi : MOREAU Nathalie ,op-cit, p. 75.

التعاقد الإلكتروني يجب أن يتمتع المستهلك بحق العدول ذلك لأن المستهلك في العقد الالكتروني ليس لديه الإمكانية الفعلية لمعاينة السلعة والإلمام بجميع خصائص الخدمة قبل إبرام العقد[157].

ومن بين التشريعات التي أقرت هذا الحق التوجيه الأوروبي في المادة 6 منها، التي منحت المستهلك حق الرجوع أو العدول عن قبوله في مدة سبعة أيام تبدأ إما من تاريخ إبرام العقد مع عدم تسبيب عدوله، أو من تاريخ كتابة المورد الإقرار الخطي بالنسبة للخدمات، أو من تاريخ تسلم المبيع في حالة السلعة و البضائع، على أن تمتد المدة إلى ثلاثة أشهر في حالة عدم تزويد وإعلام المستهلك بالبيانات والمعلومات المطلوبة، ورتب على المستهلك تحمل مصاريف العدول[158]

وبدوره المشرع التونسي أقر حق العدول للمستهلك عن الشراء في أجل عشرة أيام عمل، وتختلف مدة سريانها باختلاف محل العقد، فإذا كانت بضاعة تبدأ من تاريخ تسلمها من المستهلك، وإن كانت خدمة تبدأ من تاريخ الإبرام، ويعلن العدول بجميع الوسائل المنصوص عليها بين المتعاقدين، وإن تحقق هذه الحالة وجب على البائع إرجاع المبلغ المدفوع من طرف المستهلك خلال مدة عشرة أيام تبدأ من إرجاع البضاعة أو العدول عن الخدمة، على أن يتحمل المستهلك المصاريف الناتجة عن العدول[159].

ب- السكوت كطريقة للتعبير عن القبول الإلكتروني

تنص المادة 68 من الق م على أنه :"**إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تمّ، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب. ويعتبر السكوت في الرد قبولا، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه**"[160]. نستنتج من نص المادة أن السكوت إذا ما اقترن بالعرف أو بتعامل سابق بين المتعاقدين أو اقترن مصلحة من وجه إليه يعتبر قبولاً.

إذا ما طبقنا هذه الحالات الإستثنائية التي تضمنتها هذه المادة على المعاملات الإلكترونية، فلا يمكن القول بأن العرف يلعب دورًا فعّالاً في التعاقد الإلكتروني حتى وقتنا هذا نظرًا لحداثة هذا الشكل من أشكال التعاقد التي لا تزال في بدايتها، أمّا إذا صدر الإيجاب لمصلحة من وجه إليه فنكون في هذه

---

[157] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 80.

[158] محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص. 50 و51.

[159] أقر المشرع التونسي على هذا الحق في الفصل 30 و ينص:"مع مراعاة مقتضيات الفصل 25 من هذا القانون يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في أجل عشرة أيام عمل، تحسب: بالنسبة إلى البضائع بداية من تاريخ تسلمها من قبل المستهلك. بالنسبة إلى الخدمات بداية من تاريخ إبرام العقد. ويتم الإعلام بالعدول بواسطة جميع الوسائل المنصوص عليها مسبقا في العقد وفي هذه الحالة يتعين على البائع إرجاع المبلغ المدفوع الى المستهلك في أجل عشرة أيام عمل من تاريخ إرجاع البضاعة أو عن العدول عن الخدمة، ويتحمل المستهلك المصاريف الناجمة عن إرجاع البضاعة".

[160] الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

الحالة أمام عمل من أعمال التبرع، وهو فرض غير مألوف في التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة، أمّا عن حالة التعامل السابق بين المتعاقدين هي حالة الأكثر شيوعاً في العقود الإلكترونية، لأنه قد يعتاد العميل على شراء بعض السلع أو الحصول على خدمات من أحد المتاجر الافتراضية سواء كان عبر البريد الإلكتروني أو عبر شبكة الموقع[161]، إلاّ أنّه لا يجب أن نستنتج القبول من التعامل السابق من مجرد السكوت بل يجب أن يكون هناك ظرف سابق يرجح أن السكوت قبولاً كما لو كان هناك تعاقد أولي[162].

الفرع الثاني: زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني

غنى عن البيان أن أهمية تحديد لحظة القبول هي نفسها لحظة انعقاد العقد، ومن الواضح أن هذا المبدأ قد تواجهه صعوبات في العقود الإلكترونية إذ لا يكون الطرفان حاضرين ماديا في مكان واحد[163]. فهو تعاقد بين غائبين من حيث المكان، ولكنه تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان حيث لا فرق زمني يذكر بين الإيجاب والقبول، وهو ما يحقق الوجود الافتراضي بين طرفي التعاقد.

لتحديد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني أهمية كبيرة تتجلى في تحديد القانون الواجب التطبيق، تحديد وقت نفاذ العقد، تحديد مدة سريان العقد، مدة التقادم، وأهلية الأطراف، والمحكمة المختصة عن هذه الأهمية نتساءل كيف نحدد زمان ومكان إبرام العقد الالكتروني؟

أولا : زمان انعقاد العقد الإلكتروني

لتحديد زمان انعقاد العقد سنتناول موقف الفقه، ثمّ موقف التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية.

1/ موقف الفقه من تحديد زمان انعقاد العقد

قد طرح الفقه التقليدي أربع نظريات لتحديد لحظة انعقاد العقد سنتطرق إليها إتباعاً:

– **نظرية إعلان القبول:** حسب هذه النظرية ينعقد العقد بمجرد إعلان القابل لقبوله دون الحاجة إلى علم الموجب به، فالتعبير عن الإرادة تعبير إرادي غير واجب الاتصال يكفي إعلانه، ووفقاً لهذا

---

[161] أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص. 82.

أنظر أيضا: محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص.49 و50.

أنظر أيضاً: لما عبد الله صادق سلهب، المرجع السابق، ص. 100–104.

[162] الياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 104.

[163] أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص.91.

الاتجاه فلحظة انعقاد العقد الإلكتروني هي اللحظة التي يحرر فيها القابل الرسالة الإلكترونية المتضمنة لقبوله دون تصديرها[164].

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 أثر قانوني ما لم تقترن بإرادة أخرى مماثلة لها ومتجانسة معها ليتحقق الغاية من هذه الإرادة في الواقع العملي[165].

- **نظرية تصدير القبول:** هذه النظرية تأخر وقت انعقاد العقد إلى الوقت الذي يقوم به الموجب بإرسال قبوله، فإعلان القبول لا يكفي لانعقاد العقد بل يجب تصديره، فيترتب على النظرية أن لحظة انعقاد العقد الإلكتروني هي لحظة خروج الرسالة الإلكترونية ودخولها الوسيط الإلكتروني ولا يشترط وصول الرسالة إلى صندوق البريد الإلكتروني الخاص بالموجب[166].

انتقدت هذه النظرية على أنه في التعاقد الإلكتروني لا يوجد لحظة تصدير للقبول وإنما لحظة إعلان القبول ولحظة تسلمه، فإذا أرسل القبول فيستلم على الفور دون وجود فاصل زمني بين تصديره وقبول، فعملية تصدير القبول عبر شبكة الأنترنت يتم في جزء من الثانية كما أن التصرفات الإلكترونية من جهة تصرفات عن بعد ومن جهة أخرى فورية ومعاصرة، وإن حدث أن التسليم لم يتم فيعني وجود مانع تقني حال دون إتمام عملية الإرسال فيبق القبول في مرحلة الإعلان[167].

- **نظرية استلام القبول:** اعتبر هذا الإتجاه أن العبرة في انعقاد العقد هي بتسليم القبول إلى المرسل إليه، سواء علم الموجب أو لم يعلم بالقبول لأن التسليم يعتبر قرينة على العلم، طبقاً لهذه النظرية فلحظة انعقاد العقد الإلكتروني تتحدد في الزمن الذي تصل فيه الرسالة الإلكترونية المتضمنة للقبول إلى صندوق البريد الإلكتروني للموجب، حتى وإن لم يطلع الموجب على مضمونها[168].

يعاب على هذه النظرية أنه إذا كان إعلان القبول وتصديره لا يكفي لأن يحدث القبول أثره فإن مجرد التسليم أيضاً لا يكفي لإحداث أي أثر القانوني ما دام القبول لم يصل إلى علم الموجب[169].

---

[164] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 295 و296.

[165] محمد فواز محمد المطالقة، المرجع السابق، ص. 70.

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

[167] أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص. 92 و95.

[168] أسامة عبد العليم الشيخ، المرجع السابق، ص. 46.

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

اعتبر البعض أن هذه النظرية ملائمة كأساس للتعاقد الإلكتروني وذلك من أجل اعتبارات حماية المستهلك، ولاسيما في مجال الإثبات، حيث أن استلام الرسالة يفيد العلم بها، وهو ما يستلزم أن تكون سارية المفعول أي إتمام التعاقد[170].

إلا أن هذا الرأي من جانبه لم يسلم من الانتقاد على أساس أنه ليس بالضرورة أن تصل الرسالة المتضمنة للقبول على الشكل السليم الذي حررت فيه، فمن الممكن أن يحدث خلل كأن يصل مضمون الرسالة على شكل رموز لا يمكن فهمها من الموجب أو قراءة محتوياتها فلا يعرف إن كانت تتضمن قبول أو تعديل له[171].

- **نظرية العلم بالقبول:** حسب هذه النظرية فإن العقد ينعقد في الزمان والمكان اللّذين يعلم فيهما الموجب بقبول القابل، لأن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره القانونية إلاّ إذا اتصل بعلم من وجه إليه، فكما أن الإيجاب لا ينتج أثره إلا بعلم الموجب له كذلك القبول لا ينتج أثره إلاّ إذا اتصل بعلم الموجب[172]، وفقاً لهذه النظرية فالعقد الإلكتروني ينعقد في الزمن والمكان الذي يقوم فيهما الموجب بفتح صندوق خطابته الإلكترونية والاطلاع على الرسالة الإلكترونية التي تعبر عن القبول[173]، وهي النظرية التي اعتمدها المشرع الجزائري لتحديد لحظة انعقاد العقد في المادة 67 من الق م ج[174].

هذه النظرية بدورها رجحت على أنها الملائمة لتحديد زمن انعقاد العقد الإلكتروني على أساس أن العلم بالقبول عند استخدام شبكة الأنترنت يعني أن الرسالة الإلكترونية وصلت بنجاح وإنها مفهومة وقابلة الاستخراج، وهو ما يؤكد وصول القبول إلى علم الموجب وينتج عن ذلك قيام الموجب بالوفاء بالتزامه[175].

لم تسلم هذه النظرية من النقد على أساس أن علم الموجب بالقبول ليس شرط انعقاد بل هو شرط لزوم و نفاذ، أي بمجرد علم الموجب بالقبول وقع عليه التزام بتنفيذ العقد والمطالبة بحقوق من الطرف الأخر[176].

---

[170] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 388.

[171] محمد فواز محمد المطالقة، المرجع السابق، ص. 71.

[172] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 298 و 299.

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

[174] تنص المادة 67 من الأمر على:" يعتبر التعاقد بين غائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بخلاف ذلك، ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان، وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول".

[175] زياد خليف شداخ العنزي، المرجع السابق، ص.145.

[176] شحاتة غريب محمد الشلقامي، المرجع السابق، ص. 125.

وبالرغم من الانتقادات الموجهة لهذه النظرية إلا أنها الأكثر تأييداً من طرف الفقه والقضاء حيث تعمل على إضفاء الثقة والطمأنينة على التعاقد الإلكتروني مادام محل شكوك وغموض لدى المستهلكين[177].

2- موقف التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية من زمان انعقاد العقد

سنتوقف لعرض موقف قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، وكذا موقف قانون التوجيه الأوروبي، ثم عرض موقف التشريعات الداخلية.

أ- موقف القانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية للأمم المتحدة

أخذ هذا القانون بنظرية استلام القبول حيث نص في المادة15-1 منه على:" **(1) ما لم يتفق المنشئ و المرسل إليه عل خلاف ذلك، يقع إرسال رسالة البيانات عندما تدخل الرسالة نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو سيطرة الشخص الذي أرسل رسالة البيانات نيابة على المنشئ ما لم يتفق المنشئ و المرسل إليه على خلاف ذلك**"[178].

إن زمان إرسال رسالة البيانات بأنه وقت دخول الرسالة نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو سيطرة الشخص الذي أرسل الرسالة نيابة عنه، وذلك إذا ما لم يوجد اتفاق بين المنشئ والمرسل إليه[179]على خلاف ذلك[180]، و حددت المادة 15-2 وقت استلام الرسالة ونصت على:"**(2) ما لم يتفق المنشئ و المرسل إليه على غير ذلك، يتحدد وقت استلام رسالة البيانات على النحو التالي:**

(أ) إذا كان المرسل إليه قد عين نظام معلومات لغرض استلام رسائل البيانات يقع الاستلام:

"**1**" **وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات المعين. أ"2" وقت استرجاع المرسل إليه لرسالة البيانات، إذا أرسلت رسالة البيانات إلى نظام معلومات تابع للمرسل إليه ولكن ليس النظام الذي تمّ تعيينه.**

---

[177] مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص. 167.

[178] الياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 335.

[179] عرف القانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية للأمم المتحدة في المادة الثانية منشئ رسالة البيانات بأنه الشخص الذي يعتبر أن إرسال أو إنشاء رسالة البيانات قبل تخزينها، إن حدث قد تم على يده أو نيابة عنه، ولكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة. وعرف المرسل إليه بالشخص الذي قصد البيانات ولكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة. وعرف نظام المعلومات بالنظام الذي يستخدم لإنشاء رسائل البيانات أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها أو لتجهيزها على أي وجه أخر.

[180] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 384 و385.

(ب) إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات، يقع الاستلام عندما تدخل رسالة البيانات نظام معلومات تابعا للمرسل إليه"[181].

حسب هذه المادة يجب أن نميز بين حالتين لتحديد وقت استلام رسالة البيانات وهما:

- **الحالة الأولى:** حالة تعيين نظام معلومات لاستلام الرسالة:

يقع الاستلام في وقت دخول رسالة البيانات إلى نظام المعلومات المعين من المرسل إليه، أو عندما يتم استرجاعها رسالة البيانات من قبل المرسل إليه، إذا تمّ الإرسال إلى نظام معلومات تابع للمرسل إليه ولكن ليس هو النظام المعين من قبل المرسل والمنشئ إليه، لأن وقت استرجاع رسالة البيانات هو الوقت الفعلي الذي يعلم فيه المرسل إليه برسالة المنشئ.

- **الحالة الثانية:** حالة عدم تعيين المرسل إليه نظام معلومات في هذه الحالة يقع لاستلام عندما تدخل رسالة البيانات نظام معلومات تابع للمرسل إليه حتى وان لم يطلع عليها[182].

إن القانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية كرس مبدأ حرية إرادة الأطراف في الاتفاق على تحديد زمان إرسال و استلام رسائل البيانات، على أن يكون اتفاقهما ملزماً، ويتضح ذلك من عبارة "**ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك**"[183]، كما أنه اعتبر زمان إرسال واستلام الرسالة قواعد يمكن من خلالها تحديد وقت انعقاد العقد، وربمّا العبرة في ذلك عدم المساس بالقوانين الوطنية الداخلية التي تحكم تكوين العقود.

ب-موقف التوجيه الأوروبي

أمّا قانون التوجيه الأوروبي رقم2000/31 نص في المادة 5 على انه:" **يعد العقد قد أبرم في اللّحظة التي يتسلم فيها الموجب من مزود الخدمة إقرارًا إلكترونياً مؤكدًا من القابل قبوله**"[184].

من خلال هذه المادة نستنتج أن هذه التوجيه اعتبر زمان إبرام العقد الذي يتم بوسيلة إلكترونية هي لحظة استلام تأكيد القبول مِمَنْ وجه إليه العرض وذلك بعد تمكينه من مراجعة عرضه وتصحيح ما قد

---

[181] قرار رقم 51/162، المتضمن الأونسيترال القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، المرجع السابق.

[182] محمد سعيد محمد إسماعيل، المرجع السابق، ص. 223.

أنظر أيضاً: سمير برهان، المرجع السابق، ص. 83.

[183] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 254.

([184]) خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 383 و 384.

أنظر أيضاً: محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص. 56.

أنظر أيضاً: حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 251.

يشوبه من أخطاء محتملة لتحقيق الأمان القانوني عبر الوسائل الإلكترونية[185]، وعليه فإن هذا القانون التوجيه الأوروبي خرج من النظريات السالفة بإقراره نظرية مستقلة.

ج- موقف التشريعات الداخلية

أخذ المشرع التونسي بنظرية العلم بالقبول في الفصل 28[186]، إلاّ أنه اشترط التوقيع على الرد الذي يؤكد على النية الجازمة على إبرام العقد، أمّا المشرع الأردني أخذ في المادة17 بما أخذ به القانون الأونسيترال النموذجي الأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية وتنص على:" أ- **تعتبر رسالة المعلومات قد أرسلت من وقت دخولها إلى نظام معالجة معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو الشخص الذي أرسل الرسالة نيابة عنه ما لم يتفق المنشئ أو المرسل إليه على غير ذلك. ب- إذا كان المرسل إليه قد حدد نظام معالجة معلومات لتسلم رسالة المعلومات فتعتبر الرسالة قد تم تسلمها عند دخولها إلى ذلك النظام، فإذا أرسلت الرسالة إلى نظام غير الذي تم تحديده فيعتبر إرسالها قد تم منذ قيام المرسل إليه بالاطلاع عليها أول مرة. ج _ إذا لم يحدد المرسل إليه نظام معالجة معلومات لتسلم رسائل المعلومات فيعتبر وقت تسلم الرسالة عند دخولها لأي نظام معالجة معلومات تابع للمرسل إليه**"[187].

نستنتج أن المشرع الأردني أخذ بنظرية العلم بالقبول إذا حدد كلا من المنشئ و المرسل إليه نظام معالجة المعلومات[188]، وفي حالة عدم توفر هذا النظام يأخذ بنظرية استلام القبول، إذا كان للقابل نظام معالجة المعلومات خاص به، كما أنه اعتمد معيار وقت الإطلاع على خلاف القانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الذي أخذ بمعيار الاسترجاع، اتجه المشرع البحريني في المادة 15-1[189] منه

---

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

[186] ينص الفصل الثامن والعشرون على:" ينشأ العقد الإلكتروني بعنوان البائع وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة إلكترونية ممضاة و موجهة للمستهلك، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك".

[187] قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، مرجع سابق.

[188] عرف المشرع الأردني في المادة الثانية من قانون المعاملات الأردني رقم 85 لسنة 2001 المنشئ بأنه بالشخص الذي يقوم، بنفسه أو بواسطة من ينيبه، لإنشاء أو إرسال رسالة المعلومات قبل تسلمها تخزينها من المرسل إليه، وعرف المرسل إليه انه بالشخص الذي قصد المنشئ تسليمه رسالة المعومات"، وعرفت نفس رسالة المعلومات بأنها:" المعلومات التي يتم إنشاءها وإرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي،وعرف نظام معالجة البيانات بأنها النظام الإلكتروني المستخدم لإنشاء رسائل المعلومات أو إرسالها أو معالجتها أو تخزينها أو تجهيزها على أي وجه أخر.

[189] تنص المادة 15-1 من قانون التجارة الإلكترونية البحريني على: 1- ما لم يتفق المنشئ و المرسل إليه على غير ذلك، يعتبر إرسال السجل الإلكتروني قد تم: أ- وقت دخول هذا السجل في نظام للمعلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو من أرسل السجل الإلكتروني نيابة عنه، وذلك إذا كان كل من المنشئ و المرسل إليه لا يستخدم ذات نظام=

إلى إدخال بعض التعديلات على المادة 15 وحدد وقت إرسال و تسلم السجل الإلكتروني بحالتين هما:(أ) إذا كان كل من المنشئ المرسل إليه لا يستخدم ذات النظام للمعلومات[190]، فإن وقت الإرسال يكون بدخول السجل في نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو من قام بإرسال السجل نيابة عنه. (ب) إذا كان كل من المنشئ المرسل إليه يستخدم ذات النظام المعلومات فإن وقت دخول السجل حيّز انتباه المرسل إليه وتمكّنه من استخراجه، وهو وقت إرسال السجل[191]، أمّا قانون مشروع التجارة الإلكترونية المصري فقد نص في المادة 2 على أنه:"...**يعتبر العقد قد تمّ بمجرد تأكيد وصول القبول**". وهو ما يعني أن المشرع المصري أتى بنظرية جديدة هي نظرية تأكيد القبول[192]

ثانيا: مكان انعقاد العقد

نص قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية في المادة 15-4 على تحديد مكان إبرام العقد، حيث منح المتعاقدين الحرية في تعيين المكان الذي أرسلت منه رسالة البيانات أو استلمت فيه الرسالة، فإذا لم يتفق المرسل والمنشئ على تحديد مكان العقد، فإن مكان الإرسال هو مقر عمل المنشئ، ومكان الاستلام هو مقر عمل المرسل إليه، وإذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر واحد، فإن مقر العمل هو المكان الذي واثق الصلة بالمعاملة المعينة، أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل هذه المعاملة، أمّا إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل اعتبر محل الإقامة المعتاد هو مقر عمل كل منهما[193].

على مستوى التشريعات الداخلية أشار التشريع التونسي إلى عنوان البائع في الفصل الثامن والعشرون التي تنص:"...**ينشأ العقد الإلكتروني بعنوان البائع**..."[194]، فحسب هذا القانون فمكان الانعقاد هو مكان عنوان البائع.

=المعلومات. (ب)- وقت دخول هذا السجل حيز انتباه المرسل إليه و تمكنه من استخراجه، وذلك إذا كان كل من المنشئ والمرسل إليه يستخدم ذات نظام المعلومات .

[190] عرف المشرع البحريني في المادة الأولى من قانون التجارة الإلكترونية المنشئ بالشخص الذي يرسل، أو يرسل نيابة عنه السجل الإلكتروني، أو من يظهر من السجل الإلكتروني قيامه بإنشاء أو إرسال السجل الإلكتروني قبل حفظه – إذا كان قد تم ذلك – ولا يشمل الشخص الذي يعمل وسيط شبكه بشان هذا السجل، وعرف المرسل إليه بالشخص الذي يقصد المنشئ تسليم سجل إلكتروني إليه ولا يشمل الشخص الذي يعمل وسيط شبكة بشان هذا السجل، وعرف نظام المعلومات بالنظام الإلكتروني لإنشاء أو إرسال أو بث أو تسليم أو حفظ أو عرض أو تقديم المعلومات.

[191] محمد سعيد محمد إسماعيل، المرجع السابق. ص. 226.

[192] مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري، المرجع السابق.

[193] القرار رقم 51/162، المتضمن قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية للأمم المتحدة، المرجع السابق.

[194] قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي، المرجع السابق.

أما التشريع الأردني والبحريني حذا حذو القانون النموذجي للأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية فجاء قانون المعاملات الإلكترونية الأردني في مادته 18[195] والمشرع البحريني في المادة 15[196] مطابقاً تماماً مع ما جاءت به قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، غير أن المشرع البحريني أضاف فقرة خاصة بالشخص الاعتباري في المادة 2/15/ج التي تنص: لأغراض الفقرة السابقة، يعتبر مقر إقامة الشخص الاعتباري هو المكان الذي أسس فيه".

[195] تنص المادة 18 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على:

" – (أ) تعتبر رسالة المعلومات قد أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ وإنما استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، و إذا لم يكن لأي منهما مقر عمل يعتبر مكان إقامته مقر لعمله، ما لم يكن منشئ الرسالة و المرسل إليه قد اتفقا على غير ذلك.

– (ب) إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر لأعماله فيعتبر المقر الأقرب صلة بالمعاملة هو مكان الإرسال أو التسلم، و عند التعذر الترجيح فيعتبر مقر العمل الرئيس هو مكان الإرسال أو التسلم".

[196] تنص المادة 2/15 من قانون التجارة الإلكترونية البحريني على: ما لم يتفق المنشئ و المرسل إليه على غير ذلك، يعتبر السجل الإلكتروني مرسلا من مقر عمل المنشئ، و يعتبر مسلما للمرسل إليه من مقر عمله. ولأغراض هذا البند فانه:

– (أ) إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل، فانه يعتد بالمقر الأوثق علاقة بالمعاملة المعينة، أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد معاملة تتعلق بالسجل.

– (ب) إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل، اعتبر محل الإقامة المعتاد للمنشئ أو المرسل إليه هو مقر عمل كل منهما.

الفصل الثاني :

أثار العقد الإلكتروني

مع التطبيق على عقد البيع

يترتب على انعقاد العقد الصحيح المستوفي لشروطه وأركانه أثار قانونية على عاتق المتعاقدين، وهي متباينة من عقد إلى أخر حسب موضوعه والغرض من إنشائه، وتتمثل أثار العقد في تنفيذ كل طرف لالتزاماته العقدية من جهة، وإثباته إذا ما ثار نزاع حول تنفيذه أو تحديد المسؤولية من جهة ثانية.

ونحن بصدد دراسة العقد الإلكتروني إلتمسنا أن وسائل الاتصال الحديثة لم تمس مفهوم العقد وكيفية انعقاده بل تعددت ومست الآثار المترتبة عنه، وهي ذات الصلة بالنظام القانوني للعقد الإلكتروني بالإضافة إلى ما تمّ عرضه من مسائل طرحها هذا العقد.

أولى المسائل القانونية التي نتطرق إليها بمناسبة دراسة أثار العقد هي كيفية تنفيذ الالتزامات المترتبة على هذا التعاقد الإلكتروني التي تقع على عاتق الأطراف، سواء الالتزام بتسليم محل العقد "شيء مادي، شيء غير مادي"، أو الالتزام بأداء خدمة، والتي تقابلها مسألة الالتزام بدفع الثمن إذْ تمّ إيجاد وسائل دفع إلكترونية تتماشى مع البيئة الإلكترونية التي تحيط بهذه المعاملات.

إلاّ أن المسألة الحساسة التي ترتبت عن العقد الإلكتروني هي مسألة الإثبات إذا ما ثار النزاع، أي مدى حجية الدعائم الإلكترونية التي يقوم بها الأطراف في البيئة الإلكترونية كدليل إثبات، بعد أن كان الإثبات يقوم على الدعائم الورقية المكتوبة بخط اليد أو بشكل رسمي و المهمورة بتوقيع الأطراف إقرارً للتصرف الذي قاما بإنشائه، وكحل يتفق مع إثبات المعاملات التي تتم في البيئة الإلكترونية ظهرت الكتابة الإلكترونية و التوقيع الإلكتروني كدلائل إثبات، وهي مسالة حساسة لأنه: " **حيث لا إثبات...لاحق** [197].

لدراسة هذه المسائل ارتأينا إلى تقسيمها إلى موضوعين، الموضوع الأول نتناول فيه تنفيذ العقد الإلكتروني (المبحث الثاني)، أمّا الموضوع الثاني نخصصه لدراسة إثبات العقد الإلكتروني (المبحث الثاني).

كما نشير و من البداية إلى أن التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية محل الدراسة لم تنظم مسألة تنفيذ العقد الإلكتروني، وعليه سنعالج هذه المسألة وفقا للقواعد العامة للبحث عن مدى ملائمتها للمعاملات الإلكترونية و ما استجد من تطورات بخصوصها، على خلاف مسألة الإثبات التي نظمتها جميع التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية.

[197] مناني فراح، أدلة الإثبات الحديثة في القانون، المرجع السابق، ص. 9.

المبحث الأول: تنفيذ العقد الإلكتروني

إن تنفيذ العقد الإلكتروني مرحلة هامة كون العقد لم يبرم إلا لأجلها؛ لأنها تنفيذ التزامات المترتبة على عاتق أطراف العقد التي يجب القيام بها على حسن. ومن أهم الالتزامات الملقاة على عاتق البائع الالتزام بتسليم والالتزام بأداء خدمة من طرف مقدم الخدمة (المطلب الأول)، ومن جانب الزبون والمشتري الالتزام بالوفاء بالثمن و تسلم المبيع (المطلب الثاني)، وكل التزام يتخذ شكل خاص به.

المطلب الأول: التزامات البائع

تختلف التزامات البائع تبعاً لمحل العقد، فإذا كان محل العقد شيء مادي ملموس فالعقد يبرم عبر الأنترنت وينفذ خارجها، أمّا إذا كان محل الالتزام شيء غير مادي فالعقد ينفذ عبر الأنترنت كأن يكون تقديم خدمة على شكل استشارة، معلومات كعقد الدخول إلى الشبكة، أو الإعلانات و الإشهارت ... وعليه نميز بين نوعين من التزامات البائع، التزام البائع بتسليم محل العقد(الفرع الأول)، والتزام البائع بأداء خدمة(الفرع الثاني).

الفرع الأول: التزام البائع بالتسليم

تعتبر عملية التسليم ذات أهمية أساسية في العقد لأنه الالتزام الذي ترتبط به العديد من الآثار القانونية، فبتمام عملية التسليم يصبح المشتري قادرًا على الانتفاع الكامل بالشيء المبيع، ومن ثمّة يكون المشتري قد حقق الغاية من الشراء، بتمكينه من حيازة الشيء المبيع كما أن التسليم يعمل على استقرار ملكية الأشياء[191]، و بدورنا سنتناول التزام البائع بالتسليم بدراسة محل العقد، كيفية التسليم، ثم مكان وزمان ونفقات التسليم، مع عرض الجزاء المترتب على البائع في حالة إخلاله بالتزامه.

أولا: محل الالتزام بالتسليم

نصت المادة 364 من الق م ج على: "**يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع**"[192].

حسب هذه المادة محل التسليم هو الشيء المبيع، أي أن محل التسليم هو المحل المتفق على إعداده وهو الواجب تسليمه، فإذا تمّ 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[193]. والشيء المبيع قد يكون سلعة ذات كيان مادي محسوس كالمعدات والأجهزة الكهربائية،

---

[191] خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني: الجزء الرابع(عقد بيع)، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص. 120.

[192] الأمر رقم 75-58، مرجع سابق.

[193] محمد فواز محمد المطالقة، المرجع السابق. ص. 97.

وقد يكون أشياء ذات كيان معنوي أي ليس لها وجود مادي كبرامج الكمبيوتر وقواعد البيانات والقطع الموسيقية وغيرها، و يمكن أن يتم التسليم لهذه الأشياء بالطرق الإلكترونية دون اللجوء إلى الطرق التقليدية[194].

كما يشمل التسليم ملحقات المبيع التي تعد ضرورية لاستخدامه بشكل دائم، و يمكن اعتبار أهم الملحقات في العقد الإلكتروني هي: المستندات الشارحة التي تبين كيفية استخدام الجهاز، أو المعدات وأساليب الصيانة[195].

1- في حالة المبيع

حسب نص المادة 364 أعلاه، يسلم المبيع في الحالة التي كان عليها وقت البيع، أي بحسب المواصفات الواردة في الإيجاب و القبول أثناء إبرام العقد التي تمّ الاتفاق عليها[196].

– فإذا كانت السلعة ذات كيان مادي وكان المبيع شيئاً معين بذاته فيسلم بذاته، أمّا إذا كان المبيع معيناً بنوعه يتم بتسليم الشيء المبيع حسب درجة وجودة الشيء المتفق عليه، في حالة عدم الاتفاق وعدم إمكانية إستخلاصه من العرف أو أي ظرف أخر يسلم الشيء من صنف متوسط.

– أمّا إذا كانت السلعة ذات كيان معنوي كأن يكون محل العقد تقديم معلومات تتضمن تطورات قيمة الأسهم في البورصة، يلتزم المورد بتقديم المعلومات المتعلقة بهذا المجال وفق أخر التطورات المسجلة[197]، أما إذا تعلق المنتج بسلعة ذات كيان مادي غير ملموس فإن التسليم يكون بالطريقة العادية حيث يقوم التاجر بإرسال السلعة الى عنوان المشتري الذي يقيم في نفس الدولة أو خارجها، على أن تكون السلعة هي تلك التي كانت محل اتفاق الأطراف[198].

2 – في مقدار المبيع

نصت المادة 365 من الق الم على:" **إذا عين في عقد البيع مقدار المبيع كان البائع مسؤولاً عمّا نقص منه بحسب ما يقضي به العرف غير أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع إلاّ إذا ثبت أن النقص يبلغ من الأهمية درجة لو كان يعلم بها المشتري لما تمّ البيع. وبالعكس إذا تبين أن قدر الشيء المبيع يزيد على ما ذكر بالعقد، وكان الثمن مقدرا بحسب الوحدة وجب على**

---

(194) مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 206.

–Voir aussi : MOREAU Nathalie ,op-cit, p .15.

(195) مخلوفي عبد الوهاب، المرجع السابق، ص. 164.

(196) محمد فواز محمد المطالقة، المرجع السابق، ص. 97.

(197) مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 207.

(198) مخلوفي عبد الوهاب، المرجع السابق، ص. 164.

المشتري إذا كان المبيع غير قابل للتقسيم أن يدفع ثمنا زائدا إلا إذا كانت الزيادة فاحشة، في هذه الحالة يجوز له أن يطلب فسخ العقد، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه"[199].

ثانيا: كيفية التسليم

نص المادة 367 من القانون المدني أنه: "**يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسليماً مادياً ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك**"[200]. من هذه المادة نستنتج أن للتسليم نوعان، إمّا أن يكون تسليماً قانونياً(فعلياً)، وإمّا أن يكون تسليماً حكمياً.

1- التسليم القانوني

يتحقق التسليم القانوني بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بالطريقة التي تتفق مع طبيعته، وبإعلام البائع المشتري بوضع المبيع تحت تصرفه، وعلى أن يكون هذا العلم مستمدًا من البائع نفسه وذلك منعاً لكل لبس حول حقيقة علم المشتري بوضع المبيع تحت تصرف، والإعلام لا يتطلب شكلاً معيناً، وهو العنصر الذي سهلته وسائل الاتصال الحديثة بما يخدم و يفعل التعاقد[201].

2- التسليم الحكمي

نصت على التسليم الحكمي المادة 376 من ق م ج وتنص:" **وقد يتم التسليم بمجرد تراضي الطرفين على البيع، إذا كان المبيع موجودًا تحت يد المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب أخر لا علاقة له بالملكية**"[202]، نستنتج من هذا النص أن للتسليم الحكمي صورتين هما:

– أن يكون المبيع في حوزة المشتري قبل عملية البيع، كأن يكون مودعاً عنده أو مرهوناً رهن حيازي عنده، أو كان مستعيراً له، ثم تليه عملية البيع دون أن يكون هناك ضرورة لتسليم المادي، إذ يكفي أن يتفق البائع و المشتري على بقاء المبيع بحوزة المشتري.

– أن يستبقي البائع المبيع في حوزته لسبب غير الملكية، وإنمّا كمستأجر، أو مودع، أو مستعير، والغاية من هذه العملية هي تجنب الإجراءات الطويلة بين التسليم إلى المشتري وإعادة تسليمه إلى البائع[203].

---

[199] الأمر رقم 75– 58، المرجع السابق.

[200] المرجع نفسه.

[201] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 382.

[202] الأمر رقم 75– 58، المرجع السابق.

[203] خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص. 125.

وفي مجال التجارة الإلكترونية، وعلى اعتبار أن العقد الإلكتروني من العقود الدولية فإنه من العادة أن يتفق أطراف التعاقد الإلكتروني على كيفية وقواعد التسليم، كما تعتبر عملية التسليم سهلة بخصوص العقود المبرمة عبر وسائل إلكترونية في ظل تباعد طرفي المتعاقدين، ولاشك أن الغاية من إبرام العقود عبر الأنترنت هي تفادي كثرة التنقلات وما تكلفه من أعباء ومصاريف ولما توفره من تسهيل لممارسة التجارة[204].

ويتم التسليم باستخدام مختلف الوسائل التي تُحدد بإرادة واتفاق الأطراف المتعاقدة، وإن صادف عدم تحديد كيفية التسليم وجب الرجوع إلى طبيعة المحل والعرف لتحديد كيفية التسليم[205]، وتسليم محل التعاقد الإلكتروني عندما يكون شيء معنوي يكون بتمكين المشتري من تحميل محل العقد فإن كان هذا الأخير يتمثل في برامج الكمبيوتر وجب إمكانية تحميله على القرص الصلب الخاص بالعميل، أمّا إذا كان محل العقد شيئاً مادياً، فإن التسليم يكون تسليماً مادياً حسب طبيعة الشيء المبيع، أو بحسب إرادة الأطراف[206].

ثالثا: زمان و مكان التسليم ونفقاته

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

1- زمان التسليم

تنص المادة 281 من الق الم على:" **يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك. غير أنه يجوز للقضاة نظرا لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا آجالاً ملائمة للظروف دون إن تتجاوز هذه الآجال مدة سنة وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها**"[207].

ترك القانون الحرية للمتعاقدين في تحديد زمان التسليم، فقد يكون فور إبرام العقد أو بعد إبرامه في أجل معين أو في آجال متتالية، فإن لم يوجد اتفاق على زمان التسليم، فيجب أن يتم التسليم فور الانتهاء من إبرام العقد، ويمكن أن يتأخر التسليم بعض الوقت بحسب ما يقضي به العرف وطبيعة الشيء[208].

---

[204] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 384.

[205] خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص. 121 و122.

[206] مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 208.

[207] الأمر رقم 75- 58، المرجع السابق.

[208] مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق. ص. 208.

أمّا زمان التسليم في البيئة الإلكترونية يكاد لا يذكر لأن في هذه البيئة لا يعرف الفوارق الزمنية، ويرى البعض أن زمان التسليم في العقود الإلكترونية مثلما عليه الشأن بالنسبة للقواعد العامة فور تمام العقد، وأن يتم مسبقاً الاتفاق على زمان التسليم إتفاقاً صريحاً دقيقاً، إلاّ أنه وأمام التباعد المكاني بين الأطراف المتعاقدة وانعدام تعاملات سابقة بينهم يقتضي أن تتم عملية التسليم بتصديرها للمشتري، خاصة أن الدول النامية ومنها الجزائر من الدول المستوردة وهي الطرف المشتري دوماً في مثل هذه العقود الدولية[209].

2- مكان التسليم:

تنص المادة 282 من الق م على:" **إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات، وجب تسليمه في المكان الذي كان موجودًا فيه وقت نشوء الالتزام ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك، أمّا في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه مركز مؤسسته إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه المؤسسة**".

كما نصت المادة 368 من نفس القانون على:" **إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك**"[210].

نستنتج من نص المادة أن مكان تسليم المبيع يكون عند وصوله إلى المشتري في موطنه، إلا إذا كان هناك اتفاق مخالف لذلك، حينئذ يكون الاتفاق هو الواجب التطبيق[211].

وإن البيئة الإلكترونية التي تبرم من خلالها العقود أثرت في المكان الذي يتم فيه التسليم إذ استحدثت مفاهيم و مقرات غير مألوفة، فحلت العناوين الإلكترونية محل العناوين التقليدية، وحلت عناوين الأجهزة محل عناوين الإدارات الفعلية، والمؤسسات الافتراضية محل المؤسسات الفعلية [212].

3- نفقات التسليم

فيما يخص نفقات التسليم[213] تقع على عاتق المدين(البائع) ما لم يوجد اتفاق بين الأطراف يقضي بغير هذا الحكم، ومتى أتم الملتزم من الانتهاء من تسليم المحل ووضعه تحت تصرف العميل

---

[209] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 392,

[210] الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

[211] خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص. 139.

[212] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 392.

[213] تنص المادة 283 من الأمر 75-58، على:" تكون على نفقات على المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك".

بحيث يتمكن من استخدامه يعني استكمال أخر التزام تعاقدي للوفاء بالتزامه[214]، ولكن المشكل في حالة إخلاله بالتزام بالتسليم، ما هو الجزاء المترتب عليه؟

رابعا: جزاء الإخلال بالتسليم

يكون البائع مخلا بالتزامه بالتسليم في حالة امتناعه عن التسليم، أو في حالة تأخره في التسليم عن الميعاد المتفق عليه، أو إذا سلم المبيع في غير الحالة التي كان عليها وقت انعقاد العقد، في هذه الأحوال يجوز للمشتري أن يطلب التنفيذ العيني، كما يجوز له طلب فسخ العقد لكن السلطة التقديرية للقاضي في تقديره، وفي مع كلتا الحالتين له حق المطالبة بالتعويض إذا اقتضت الظروف ذلك[215].

ونوّد أن نشير قبل التطرق إلى التزام البائع بأداء خدمة، أنه يزيد عن التزام البائع بالتسليم محل العقد، الذي تم تحديده أثناء التعاقد بنفس المواصفات الواردة في الإيجاب والتي تمّ الاتفاق عليها، الالتزام بضمان العيوب الخفية[216]، إذ يعتبر التزاماً هاماً خاصة أن أوصاف المبيع والمنتجات المعروضة على شبكة الأنترنت لا تُمكّن المشتري من الرؤية الحقيقية للمبيع، ممّا لا يمكنه من الحكم عليها وتقييمها تقييماً حقيقياً، خاصة إن علمنا أنه يمكن باستخدام الوسائل الإلكترونية تخرين وحفظ المبيع على غير حالته الحقيقة.

وهذا الالتزام لا يوجد وجه للخصوصية يميزه إلا أنه من الصعب العلم الكافي بالمبيع لغياب الوسائل التي تحقق هذا الالتزام[217]، و يرتبط هذا الالتزام البائع بضمان التعرض الصادر عن البائع[218]، وضمان التعرض الصادر عن البائع لا يقتصر على الأفعال الشخصية للبائع، وإنما أفعال الغير والتي تمثل تعرضاً للمشتري في حيازته والتزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير هو التزام بالقيام بعمل[219].

---

[214] محمد فواز محمد المطالقة، المرجع السابق، ص. 104.

[215] خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص. 140 و 141.

[216] تنص المادة 379 من الق م ج على:" يكون البائع ملزم بالضمان إذا لم يشمل المبيع على الصفات التي تعهد وجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من انتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب و لم يكن عالماً بوجودها".

[217] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 399 و 400.

[218] تنص المادة 371 الق م ج على:" يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري، و يكون البائع مطالبا بالضمان و لو كان حق على المبيع يتعارض به المشتري، و يكون البائع مطالبا بالضمان و لو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع و قد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه".

[219] خليل أحمد حسن قدادة ، المرجع السابق، ص. 151.

هذا الالتزام من النادر في العقود الإلكترونية إلاّ أنه ليس من المستبعد خاصة أن العقد الإلكتروني عقد مبرم بين أطراف ينتمون إلى مختلف مناطق العالم؛ لذا وجب على البائع الحذر أثناء التعامل مع زبائنه، أن يكون حريصاً في معاملاته مع الغير وأن تعمل على كفالة الشخص المشتري كونه مالك للمبيع، وهناك من يعتبر أن التعرض في البيئة الإلكترونية ليس تعرض مادي ملموس إنما تعرض غير ملموس كزرع الفيروسات التي تعمل على إتلاف البرامج والبيانات والمواقع التجارية وهذا التعرض يتم في حالة ما إذا كان التسليم بالطرق الإلكترونية فقط دون التسليم الذي يتم خارج البيئة الإلكترونية[220].

وقد بحث الفقه مسألة ضمان البائع لحقوق وادعاءات الغير، فتوصل إلى أنه في ظل البيئة الإلكترونية الافتراضية التي لا تعترف بالحدود السياسية والجغرافية للدول، من الصعب على البائع أن يضم جميع الادعاءات والحقوق الواردة على المبيع، وانتقد هذا الموقف على أساس أن البائع هو المالك للبيانات والأسرار الخاصة بالمشتري ومواقعه الإلكترونية من شأنه أن يجعله أول شخص يتعرض للمشتري، ولا يجب إسقاط التزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير لأن السلعة بحوزته، فالتزامات البائع في البيئة الإلكترونية كالتزامات البائع في البيئة التقليدية، ولا حاجة للاحتجاج بالبيئة الإلكترونية[221].

الفرع الثاني: التزام البائع بتقديم خدمة

إن شبكة الأنترنت مجال متنوع لتقديم الخدمات عن بعد في مختلف المجلات التجارية، الطبية، بالإضافة إلى الأبحاث العلمية، والاستشارات القانونية، وسائر العلوم والمعارف، والالتزام بتقديم خدمة غالباً ما يكون مستمرًا لفترة من الزمن أو متتابعاً على فترات من الزمن مثل عقد الاشتراك في الأنترنت الذي يتم تنفيذه على فترات من الزمن.

تتطلب عقود تقديم الخدمات التعاون بين مقدم الخدمة والزبون قصد الاستعلام لتلقي أحسن النصائح وأدق المعلومات التي تمكنه من الحصول على أفضل خدمة يحتاجها أو الحصول على مقاييس ومواصفات محل التعاقد. فيجب على مقدم خدمة أن يلتزم بتقديم معلومات صحيحة وشاملة مع الاحتفاظ بسرية مطالب الزبون.

وكقاعدة عامة الالتزام بأداء خدمة هو التزام بتحقيق نتيجة ما لم يتضح من نصوص العقد أن هذا الالتزام يتعلق ببذل عناية لذا لا يستطيع المورد التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي[222].

---

[220] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 408 و 409.

[221] نفس المرجع، ص. 409.

[222] مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 209 و210.

ممّا سبق يمكن القول أن تنفيذ العقد الإلكتروني عبر شبكة الأنترنت ممكن كلما كانت طبيعة الخدمة أو السلعة تسمح بذلك، فقد يحصل تنفيذ العقد بصورة كلية عبر الأنترنت كما هو الأمر في حالة اللجوء إلى أحد الفنين لتصميم موقع على شبكة الأنترنت، فيصمم هذا الموقع باستعمال الحاسب الآلي، ثم يتم إرساله من خلال شبكة الأنترنت، كما قد يتم تنفيذه جزئياً عبر شبكة الأنترنت، مثلاً في حالة الاستشارات الطبية أو الاقتصادية فالتنفيذ في هذه الحالة يكون عبر شبكة الأنترنت، إلاّ أنه قد يتطلب في بعض الأحيان القيام بدراسة تطبيقية أو عملية، كما أن إجراء تصميم هندسي يتطلب الانتقال إلى عين المكان لإجراء بعض المعاينات، كما يمكن تنفيذ العقد الإلكتروني كلياً خارج شبكة الأنترنت في حالة ما إذا كان محل العقد شيء مادي[223].

المطلب الثاني: التزامات المشتري

كما أن العقد ينشأ الالتزامات على عاتق البائع، فهو ينشأ التزامات على عاتق المشتري تتمثل في دفع الثمن الذي تأثر بالطابع اللامادي الذي يتمتز بها العقد الإلكتروني، وبالبيئة الإلكترونية المحيطة به فأصبح من غير الممكن أن يتم الدفع في هذه المعاملات بالطرق التقليدية المعتمدة على النقد الورقي المعدني، وهو ما تتطلب إيجاد طرق جديدة للدفع تستجيب لمتطلبات الخاصة بهذه المعاملات[224]، وعن حصيلة من الأبحاث والدراسات العلمية والعملية في الوسائل التقليدية للدفع والقياس على أنظمة الدفع، تم التوصل إلى نظام دفع حديث ومتطور يسمى نظام الدفع الإلكتروني أو السداد الإلكتروني(الفرع الأول)[225]، و بعد دفع الثمن يقابله التزام بتسلم المبيع(الفرع الثاني).

الفرع الأول: التزام المشتري بالدفع الإلكتروني

أهم التزام يترتب على المشتري الالتزام بدفع الثمن و يسمى "الدفع الإلكتروني" في البيئة الإلكترونية والهدف منه تغطية المنفعة الاقتصادية بالنسبة إلى المتعاملين في التجارة الإلكترونية عن طريق إتاحة تحويل ثمن الخدمة و السلعة المشترية إلى الطرف المستفيد من خلال تكنولوجيا الشبكات[226]، ويعني الدفع الإلكتروني تسوية المعاملات المالية إلكترونياً تنفيذاً لعمليات الدفع عبر أجهزة وتقنيات الحاسوب أو بواسطة الناقل الإلكتروني وهي شبكة الأنترنت، أو الاتصالات الحديثة كوسائل جوهرية[227].

---

[223] الياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 156.

[224] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 416.

[225] محمد فواز محمد المطالقة، المرجع السابق، ص. 90.

[226] محمد البنان، العقود والإنفاقات في التجارة الإلكترونية: (العقود الإلكترونية)، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، 2007، ص. 6.

[227] أحمد سفر، أنظمة الدفع الإلكتروني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص. 39.

-Voir aussi : MOREAU Nathalie ,op-cit, p.15.

ويختلف نظام الدفع الإلكتروني عن نظام الدفع التقليدي في أن الأول يعتمد على باستخدام تقنيات الاتصالات الحديثة لتنفيذ عمليات الدفع، بينما الدفع التقليدي يرتكز على العنصر البشري في إتمام عمليات الدفع، كما يختلفان في طبيعة وسائل الدفع، فتتصف وسائل الدفع التقليدي بمادية ملموسة مثل النقود والشيكات والتعامل فيها محسوس، في حين تتصف وسائل الدفع الإلكتروني باللامادية اللاملموسة، والتعامل بها فضاء رقمي افتراضي[228]، من هذه المميزات نتساءل ما هي الخصائص التي يتمتع بها الدفع الإلكتروني وفيما تتمثل وسائل الدفع الإلكتروني؟ كما نتساءل عن زمان ومكان التزام المشتري بالتزامه بالدفع الإلكتروني؟ كما نتساءل عن خصوصية زمان ومكان الالتزام بالوفاء الإلكتروني عن القواعد العامة؟

أولا: خصائص الدفع الإلكتروني

سنتناول خصائص الدفع الإلكتروني من حيث صفته الدولية، حيث الجهة التي تقوم بالدفع، ومن حيث وسائل الأمان الفنية على التوالي:

1- من حيث الصفة الدولية لتقنية الدفع الإلكترونية

من خصوصيات العقد الإلكتروني أنه دولي وتبعية لهذه الصفة فوسائل الدفع الإلكتروني تستجيب لهذه الصفة فتقوم على تسوية وتسديد قيمة المعاملات التي تتم عن بعد، فيتم الدفع من خلال إعطاء أمر بالدفع الذي يتم وفقا للمعطيات الإلكترونية تسمح بالاتصال المباشر بين أطراف العقد المتواجدين في أمكنة مختلفة[229].

2- من حيث الجهة التي تقوم بخدمة الدفع الإلكتروني

الدفع الإلكتروني يتم عبر مزودي الخدمة الإلكترونية التي تتمثل في الشركات الإلكترونية، فتحل محل المصرف بأداء خدمة الدفع، وتعتبر هذه الشركات أكثر مرونة من البنوك بالنسبة إلى زبائنها حيث تستخدم تقنيات حديثة جعلت من خدماتها أكثر سرعة وأكثر مرونة من خدمات البنوك العادية [230].

3- من حيث وسائل الأمان الفنية

بما أن الدفع الإلكتروني يتم في فضاء عالمي مفتوح يستقبل جميع الأشخاص من مختلف البلدان، فليس من المستبعد أن تكون أرقام البطاقات النقدية الإلكترونية محل سرقة وسطو؛ لذا وجب أن تتمتع وترتبط وسائل الدفع الإلكترونية بوسائل أمان فنية تعمل على تحديد هوية كلا من المدين والدائن أثناء

---

[228] أحمد سفر، المرجع السابق، ص. 39.

[229] واقد يوسف، التنظيم القانوني للدفع الإلكتروني، مذكرة لنيل ماجستير في القانون، فرع التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011/05/09. ص. 23 و24.

[230] أحمد سفر، المرجع السابق، ص. 41.

القيام بالدفع، وأن تتم بطريقة مشفرة وبرامج خاصة معدة لهذا الغرض كبرنامج عمل أرشيف للمبالغ التي يتم السحب عليها إذْ بهذه الطريقة سيكون من السهل الرجوع إليها[231].

ثانيا: وسائل الدفع الإلكتروني

أحدث التطور التكنولوجي تقدماً كبيرًا في وسائل الدفع التقليدية وتم إضافة أشكال جديدة لتسهيل ومضاعفة العمليات المالية الإلكترونية، حتى أصبحت وسائل الدفع الإلكتروني شرط أساسي في نجاح التجارة الإلكترونية[232]، وعرف المشرع التونسي في قانون الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية وسائل الدفع الإلكتروني على أنها الوسائل التي تمكن صاحبها من القيام بعمليات الدفع المباشر عن بعد عبر شبكات الاتصالات[233]، ونص المشرع الجزائري في قانون النقد والقرض[234] في المادة 69 منه على الاعتراف باستعمال كافة وسائل الدفع التي تسمح للأشخاص بتحويل الأموال مهما كانت الدعامة أو الطريقة المستعملة[235].

وعليه نميز بين نوعان من ووسائل الدفع: وسائل الدفع المطورة، و وسائل الدفع الحديثة.

1- وسائل الدفع المطوّرة

هذه الوسائل يتعامل بها في ظل الدفع التقليدي، إلاّ أنه بظهور التطور التكنولوجي تغيرت طرق معالجتها وطرق تداولها وهي:

أ- الدفع عن طريق التحويل المصرفي

تعتبر التحولات المالية ما بين المؤسسات المصرفية والنقدية، من أهم العمليات والنشاطات التي ترتكز عليها لتحقيق الأهداف المسطرة منها في إطار التعاون المصرفي ما بين هذه المؤسسات، ويعتبر التحول المصرفي من المسائل الهامة التي مسها التطور التكنولوجي، وذلك راجع إلى السرعة في تنفيذ هذه العقود والثقة ما بين المتعاملين في مجال التحولات المصرفية التي تعتبر عملية لانقضاء الالتزام

---

[231] واقد يوسف، المرجع السابق، ص. 25.

[232] محمد سعيد أحمد إسماعيل، المرجع السابق، ص. 307.

[233] الفصل الثاني من قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي، المرجع السابق.

[234] الأمر رقم 03-11، المؤرخ في 26 أوت 2003، يتضمن قانون النقد والقرض،ج ر عدد 52، الصادر بتاريخ 27 أوت 2003.

[235] تنص المادة 69 من الأمر 03-11 على:"تعتبر وسائل الدفع جميع الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مها يكن السند التقني المستعمل".

الناتج الدفع الإلكتروني ما بين المشتري الذي فضل أن يستعمل وسيلة إلكترونية لاقتناء حاجاته من سلع وخدمات[236].

والتحويل الإلكتروني هو تأمين عملية التحويل من حساب المدين إلى حساب الدائن ليتم الوفاء، وذلك بإعطاء أمر مصرفي يتضمن تحويل مبلغ محدد من المال من حساب إلى حساب أخر ويتم ذلك عبر الأنترنت أو من خلال جهاز الصراف الآلي التي تكون مرتبطة بشبكة البنوك وتسمح بالتحويل الداخلي أو من بنك لآخر[237].

واعتبر المشرع الأردني تحويل الأموال بطرق إلكترونية وسيلة مقبولة لإجراء الدفع ولا يؤثر هذا القانون بأي صورة كانت على حقوق الأشخاص المقررة بمقتضى التشريعات ذات العلاقة النافذة المفعول[238].

أمّا المشرع الجزائري فقد نص في المادة 51 من قانون القرض والنقد على:" **يمكن بنك الجزائر أن يجري كل العمليات المصرفية مع البنوك والمؤسسات المالية العامة الجزائر ومع كل بنك مركزي أجنبي**"[239].

يتضح من هذه المادة أن التحويل المصرفي الإلكتروني عملية قانونية منصوص عليها في النظام البنكي الجزائري ونستشف ذلك من عبارة "**كل العمليات**"، وهو دليل على تطور النظام البنكي الجزائري وبتطوير تقنيات نشاطه مابين المؤسسات المالية والبنوك[240].

ب- بطاقات الائتمان

اختلفت التسميات التي أعطاها الفقه لهذه البطاقات فيسميها البعض البطاقات البلاستيكية، البطاقات البنكية، بطاقات الوفاء، بطاقات الاعتماد...، أمام هذه التعارف المختلفة يرى البعض أن مصطلح بطاقة الائتمان هو الشامل لهذه المصطلحات لأنه الأكثر شيوعا لهذه البطاقات، بالرغم من أن هذا المصطلح ليس واضحاً ولا محدداً فإن كل البطاقات على تنوع تسمياتها وأنواعها وأغراضها هي أدوات ائتمان كون الموفي له لن يحصل على مقابل ما قدمه من سلعة أو خدمة نقداً، فحين يرى البعض الأخر أن تسمية بطاقات البنكية هي الأنسب لحصر البطاقات باختلاف وظائفها من جهة، وللدور الفعال

---

[236] واقد يوسف، المرجع السابق، ص. 96.

[237] محمد فواز محمد المطالقة، المرجع السابق، ص. 94.

[238] المادة 25 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني تنص:" يعتبر التحويل الإلكتروني وسيلة مقبولة لإجراء الدفع، ولا يؤثر هذا القانون بأي صورة كانت على حقوق الأشخاص المقررة بمقتضى التشريعات ذات العلاقة النافذة المفعول".

[239] أمر رقم 03-11، المرجع السابق.

[240] واقد يوسف، المرجع السابق، ص. 99.

الذي تقوم به البنوك كوسيط في العلاقة التعاقدية من جهة أخرى[241]. وبمثل ما اختلفت تسمياتها اختلفت تعارفها واختلفت أنواعها.

- تعريف بطاقات الائتمان

قد عرف المجمع الفقهي لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته السابعة عام 1414هجري الموافق ل1993 ميلادي بطاقات الائتمان ب:" **هو مستند يعطيه مصدره لشخص معين بناءًا على عقد بينهما يمكنه من شراء السلع والخدمات ممن يعتمد المستند دون دفع الثمن حالاً لتضمينه التزام المصدر بالدفع، ومنها ما يمكن من سحب النقود من المصارف**"[242].

وعرف بعض الفقهاء بطاقة الائتمان أنها:" **بطاقة بلاستيكية أو ورقية مصنوعة من مادة يصعب العبث بها تصدرها جهة ما- بنك- أو شركة استثمار- يذكر فيها اسم العميل الصادر لصالحه ورقم حسابه حيث يملك الحامل تقديم تلك البطاقة للتاجر لتسديد ثمن مشترياته، حيث يقوم التاجر بتحصيل تلك القيمة من الجهة المصدرة التي تقوم بدورها باستيفاء تلك المبالغ من الحامل**"[243].

وبدوره المشرع الجزائري على عرف بطاقة الائتمان في المادة 543مكرر23 فتنص : "**تعتبر بطاقة دفع كل بطاقة صادرة عن البنوك و الهيئات المالية المؤهلة قانوناً و تسمح لصاحبها بسحب أو تحويل أموال.**

وتعتبر بطاقة سحب كل بطاقة صادرة عن البنوك أو الهيئات المالية المؤهلة قانونا وتسمح لصاحبها فقط بسحب الأموال"[244].

يقوم بإصدار بطاقة الائتمان في الغالب عن البنوك والمؤسسات المالية[245]، قصد خدمة زبائنها بالتسهيل عليهم الوفاء باحتياجاتهم، وقد تصدر من المؤسسات التجارية الكبرى التي تقوم بإصدار مثل

---

[241] واقد يوسف، المرجع السابق، ص. 99.

[242] جلال عايدة الشورة، وسائل الدفع الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص. 21.

[243] نفس المرجع، ص. 22.

[244] أمر رقم 75-59، مؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون التجاري، ج ر عدد 101، معدل ومتمم، بموجب القانون رقم 05-02، يتضمن تعديل القانون التجاري، ج ر عدد 11، الصادر في 2005/02/09.

[245] شروط حصول البنك على ترخيص لإصدار وسائل الدفع الإلكتروني:

- أن يكون البنك مستوفياً للضوابط الرقابية التي تتعلق بمدى التزامه بكل من معايير كفاية رأس مال، وأسس تصنيف القروض وتكوين المخصصات وحدود التوازن في مركز العملات وتركيز التوظيفات لدى المراسلين في الخارج والمركز الائتماني. - أن يتبع البنك مبادئ صارمة لإدارة مخاطر إصدار وسائل الدفع الإلكتروني وأن يحدد بتفصيل وسائل الدفع التي يرغب في إصدارها والشروط المتعلقة ومسؤوليات الجهات ذات العلاقة بهذه النقود التي تشمل على مسؤوليات البنك= =والعميل. - إفصاح البنك المرخص له على صفحة الواب الخاصة بما يفيد حصوله على ترخيص بذلك ورقم تاريخ الحصول عليه وعدد الوحدات الطرفية لكل نقاط البيع وآلات الصرف الآلي للبنك.

هذه البطاقات لزبائنهم من أجل تسهيل عمليات الشراء من مؤسساتها وتسوية مشترياتها التي اشتروها من الفروع التابعة لهذه المجلات التجارية الكبرى، فمصدر البطاقة سواء كان بنك، مؤسسة مالية، هو شخص اعتباري يرخص له القانون، القيام بإصدار هذه البطاقات[246].

- أنواع بطاقات الائتمان

تتعدد أنواع بطاقات الائتمان بتعدد الغرض من استخدامها ومنها:

- بطاقة الخصم أو القيد المباشر أو الفوري

هذه البطاقة أداة وفاء لا تعطي للعميل أجلاً لفترة من الزمن لدفع، وعليه لا يمكن اعتبارها بأي شكل من الأشكال أداة ائتمان، ويتطلب على حامل هذه البطاقة فتح حساب لدى المصرف المصدر للبطاقة وأن يودع مبلغاً يمثل الحد الأقصى المسموح له بالشراء بواسطة هذه البطاقة، وعلى التاجر أن يقوم بتسليم حامل البطاقة في لحظة الشراء مستندات الشراء ليقوم بالتوقيع عليها وتعبئتها قصد صرفها من البنك مصدر هذه البطاقة، وتحسم قيمة هذه المشتريات مباشرة من حساب العميل حامل البطاقة، وإذا حصل وانكشف أن حسابه لدى المصرف المصدر للبطاقة أقل من قيمة حساباته، يحمّله المصرف فائدة إضافية تزيد عن معدل الفائدة على الديون العادية[247].

- بطاقة الخصم الشهري أو القيد لأجل أو بطاقة الدين

هذه البطاقة تستخدم كأداة وفاء وائتمان في نفس الوقت، وتستخدم هذه البطاقة للوفاء في عمليات الشراء المختلفة ولأغراض الحصول على الخدمات من التجار المعتمدين لدى البنك المصدر للبطاقة، والحصول على هذه البطاقة لا يتطلب الدفع المسبق للبنك بفتح حساب جاري لحامل البطاقة لدى البنك المصدر للبطاقة، بل يتم الدفع من قبل حامل البطاقة للمصرف شهرياً، بحيث يرسل المصرف له كشفاً شهرياً يتضمن تفاصيل المبالغ المستحقة عليه نتيجة مشترياته من السلع والخدمات من التجار أو صاحب الخدمة، على أن يسددها في مدة يحددها المصرف في كشف الحساب المرسل إلى حامل

– أن يبين كذلك الشروط التي تم بمقتضاها إصدار هذه البطاقات ويشمل ذلك تحديد مسؤوليات كل من البنك والعميل إضافة إلى إجمال الأرصدة المدنية القائمة نتيجة استخدام كل نوعية من البطاقات. – أن يبين المبادئ المستخدمة من قبل البنك لإدارة مخاطر هذه البطاقات.

أنظر ذلك في هامش: جلال عايدة الشورة، المرجع السابق، ص. 27.

[246] نفس المرجع، ص، 27.

[247] أحمد سفر، المرجع السابق، ص. 88.

أنظر أيضاً: جلال عايدة الشورة، المرجع السابق، ص. 28 و 29.

البطاقة، وعليه فإن الفترة الفاصلة بين الشراء وتسديد الثمن هي فترة ائتمان يقدمها المصرف للعملاء في صورة قرض بدون فائدة إلاّ أنه ائتمان قصير الأجل[248].

- بطاقة التسديد بالأقساط أو بطاقة التسديد المؤجل

تتشابه هذه البطاقة مع النوع الثاني في أنهما تقومان على عدم التسديد المسبق للمصرف مصدر البطاقة، إلاّ أنهما يختلفان في مدة تسديد المستحقات المترتبة عليهما، فحامل هذه البطاقة لا يدفع مستحقاته في نهاية كل شهر، إنّما على أقساط شهرية تتناسب مع دخله، وما يبقى على عاتق العميل يعتبر قرضاً، بالإضافة إلى نسبة من الفائدة تكون حسب النسبة المألوفة في هذه المعاملات[249].

- بطاقة السحب الآلي أو الصراف الآلي

هي تلك الخاصة بالعملاء الذين يودعون حسابا توفيرياً استثمارياً أو يكون لديهم حسابات جارية في البنك الذي يصدر هذه البطاقة[250]، وتخول له الدفع بواسطة شباك الدفع، وذلك عن طريق إدخال في الصراف الآلي الخاص بالمصرف، وإدخال الرقم السري المتكون عادة من أربعة أرقام، وبواسطة الأرقام الموجودة على لوحة المفاتيح الخاصة بجهاز الصراف وأن يحدد المبلغ الذي يريد سحبه، ويتم العمل بهذه البطاقة خاصة في الليل عندما يكون المصرف مغلقاً[251].

ج- الشيك الإلكتروني

الشيك الإلكتروني هو مثيل الشيك التقليدي المتعامل في التجارة التقليدية والذي اعتاد الناس التعامل به، إلاّ أنه ومواكبةً للتقدم التكنولوجي تمت معالجته ليتم بطرق إلكترونية، وهو ليس شكلاً جديد من أنظمة الدفع بل هو نتيجة استخدام وسائل إلكترونية لتحويل الشيك الورقية إلى شيك رقمي يسمى "**الشيك الإلكتروني**" ويستخدم لإتمام عمليات الدفع الإلكترونية، وعليه نتساءل عن ما المقصود بالشيك الإلكتروني؟ وما هي آلية استخدامه؟

- تعريف الشيك الإلكتروني

الشيك الإلكتروني هو:" **التزام قانوني بسداد مبلغ معين في تاريخ محدد لصالح شخص أو جهة معينة، و يتم تحريره بواسطة أداة إلكترونية و يتم تذييله بتوقيع إلكتروني و يتمتع بقوة الشيك الورقي**

---

[248] أحمد سفر، المرجع السابق، ص. 88.

أنظر أيضاً: جلال عايدة الشورة، المرجع السابق، ص. 30 و 31.

[249] مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 213.

[250] محمد سعيد أحمد إسماعيل، المرجع السابق، ص. 316.

[251] الياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 172.

في الدول التي تعترف بصحة التوقيع الإلكتروني"[252]. ويعرف أيضا بأنه:" **وثيقة إلكترونية تحتوي على البيانات التالية:**

رقم الشيك واسم الدافع ورقم حساب الدافع واسم المصرف واسم المستفيد و القيمة التي ستدفع ووحدة العملة المستعملة وتاريخ الصلاحية والتوقيع الإلكترونية"[253]. كما يمكن تعريفه أنه:" **بيانات يرسلها المشتري إلى البائع عن طريق البريد الإلكتروني المؤمن، وتتضمن هذه البيانات، تلك التي يحتوي عليها الشيك المصرفي، من تحديد مبلغ الشيك واسم المستفيد، واسم من اصدر الشيك، وتوقيع مصدر الشيك، الذي يتم عن طريق رموز**"[254]. نستنتج من هذه التعريفات أن الشيك الإلكتروني أداة وفاء بمبلغ معين في تاريخ معين لفائدة شخص أو جهة معينة، فيقوم الزبون بتحرير وتوقيع الشيك إلكترونياً، كما يمكن القيام بعملية تشفير كلا منها بحيث لا يستطيع أحد من المتطفلين من معرفة قيمة الشيك ولا التعرف على صاحب التوقيع. وعليه لا يختلف الشيك الإلكتروني عن الشيك التقليدي إلاّ في طريقة كتابة البيانات وكيفية التوقيع إذ تتمان باستخدام وسائل إلكترونية.

تزامناً مع هذا التطور في وسائل الدفع أقر المشرع الجزائري بإمكانية تداولها بالطرق الإلكترونية شأنها شأن السفتجة وذلك بموجب القانون رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/26 المعدل و المتمم للقانون التجاري، حيث نصت المادة 414-2 من القانون التجاري على إمكانية تداول السفتجة بالوسائل الإلكترونية و نصت على :" **يمكن أن يتم أيضا بأية وسيلة تبادل الكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما**". كما نصت المادة 502 من نفس القانون المتعلقة بالشيك على:" **يمكن أن يتم هذه التقديم أيضا، بأية وسيلة تبادل إلكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمولة بهما**". و لم يتضمن المشرع الجزائري في هذه المسألة تعريفاً للشيك الإلكتروني، بالرغم من إقراره بتداوله بوسائل إلكترونية، بالإضافة إلى أنه لم يشر إلى التشريع والتنظيم الذي يحدد هذه الوسائل الإلكترونية.

- آلية استخدام الشيك الإلكتروني

الشيك الإلكتروني كالشيك التقليدي يقوم في علاقة ثلاثية تربط بين الساحب(المشتري) وبنك المسحوب عليه و المستفيد(البائع)، وهذه العلاقة تتضمن نفس العملية والأوامر إلاّ أنه يتم إجراءها ومعالجتها بطرق إلكترونية، مع وجود وسيط يقوم بعملية التحقق والدفع الإلكتروني للشيك، ويكمن هذا الوسيط في أحد البنوك الإلكترونية التي تتواجد على شبكة الأنترنت، ولا شك أنه أمام هذا المصطلح الجديد، وقبل عرض إجراءات استخدام الشيك الإلكتروني نتساءل عن ما هي البنوك الإلكترونية؟

---

[252] محمد سعيد أحمد إسماعيل، المرجع السابق، ص. 322.

[253] أحمد سفر، المرجع السابق، ص. 44.

[254] الياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 168.

البنوك الإلكترونية هي مؤسسات مالية ضخمة مجهزة بأحدث التقنيات الرقمية لتقديم الخدمات المصرفية المتاحة عبر شبكة الاتصال العالمية، وقد أطلق على هذه المؤسسات عدة تسميات منها المصاريف الإفتراضية أو المصاريف عبر الأنترنت أو البنوك الإلكترونية.

تعمل هذه البنوك على تبادل المعلومات والبيانات بواسطة الفاكس، الهاتف أو الحاسوب، بإصدار بطاقات الائتمان أو الدفع النقدي الرقمي، أو التعامل مع الشيكات الإلكترونية، وللحصول على هذه الخدمات يجب على العميل إبرام عقد مع أحد هذه المؤسسات المالية مع فتح حساب مصرفي، ولضمان الاستفادة من الخدمات المصرفية الإلكترونية التي تقدمها هذه المؤسسات المالية الإلكترونية لا بد أن تكون مزودة بخدمات التصديق والتوثيق الإلكتروني، التي تضمن صحة توقيع كلا من المشتري والبائع والتحقق من أرصدتهما المالية[255].

ويتميز البنك الإلكتروني عن البنك التقليدي أنه لا يتوفر على جمهور وليس له زبائن ولا يسيره مستخدمون ولا يتوفر على مكاتب بل تكون الصلة بين الكمبيوتر الشخصي، كما يتميز بالسرعة في العمليات التي تقوم بها إذ أصبحت لا تستغرق إلا بضعة دقائق وعدم التقيد بالمواعيد التي كانت تتبعها البنوك التقليدية باعتبارها متواجدة دوماً على موقعها الخاص بها، بالإضافة الى قلة التكاليف في بنائها وإنشائها إذ أصبحت لا تحتاج إلى مقر أو إقامة فروع في شتى أنحاء العالم ممّا قلل التكاليف عن العملاء وما خلق مجال تنافس بين البنوك[256]، والبنك الإلكتروني تنقسم إلى ثلاث مواقع هي الموقع المعلوماتي، الموقع الاتصالي، الموقع التبادلي[257].

يتطلب استخدام الشيك إتباع الخطوات التالية:

- على العميل القيام بفتح حساب جاري لتغطية مدفوعاته الإلكترونية لدى مؤسسة مالية.
- على البائع فتح حساب جاري أمام نفس الجهة التي اعتمدها العميل أو الربط مع أي حساب جاري للبائع.
- يختار المشتري السلعة التي يرغب في شرائها من البائع، ويتم تحديد السعر والاتفاق على أسلوب الدفع.

---

[255] محمد سعيد أحمد إسماعيل، المرجع السابق، ص. 323.

[256] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 424.

[257] في الموقع المعلوماتي يقوم التاجر بتقديم معلومات بخصوص برامجه ومنتجاته و خدماته البنكية، أما الموقع الاتصالي يمكن البنك من الاتصال مع الزبائن عن طريق البريد الإلكتروني ويقوم بكل العمليات الحسابية والخصوم وغيرها، فحين الموقع التبادلي يسمح للبنك من ممارسة نشاطه الإلكتروني عن طريق السماح للعميل بالوصول إلى حساباته وإدارتها والوفاء بقيمة الفواتير وإجراء كافة الخدمات الاستعلامية والحوالات بين البنك أو جهات الخارجية.
أنظر ذلك في: محمد البنان، المرجع السابق، ص. 14.

- يحرر المشتري شيكاً إلكترونياً ويوقعه بشكل إلكتروني مشفّر، ثمّ يرسل هذا الشيك بالبريد الإلكتروني المؤمن إلى البائع.

- يستلم البائع الشيك الإلكتروني الموقّع بشكل إلكتروني مشفّر، ثم يرسل هذا الشيك بالبريد الإلكتروني ثمّ يوقع على الشيك بصفته مستفيداً ثمّ يقوم بإرساله إلى المؤسسة المالية التي يتعامل معها وله فيها حساب جاري.

- تتم عملية تبادل الشيك الإلكتروني بين المؤسسة المالية للمشتري والمؤسسة المالية البائع.

- تراجع كل من مؤسسة المشتري والبائع الشيك للتأكد من صحة الأرصدة والتوقيعات ثمّ تخصم من حساب المشتري وتضاف إلى حساب البائع مع إخطار كل منها بإتمام إجراء المعاملة المالية[258].

2- وسائل الدفع الحديثة

لم يتوقف التطور التكنولوجي على أنظمة معالجة وتتداول وسائل الدفع التقليدية بل أنتج هذا التطور وسائل حديثة تماشياً مع متطلبات التجارة الإلكترونية والعقود الإلكترونية، وتتمثل في:

أ- النقود الإلكترونية

النقود الإلكترونية[259] هي إحدى إفرازات التقدم التكنولوجي وعالم الاتصالات، إذ وردت عدة تسميات للنقود الإلكترونية نذكر منها: العملة الرقمية، النقدية الإلكترونية، نقود الإنترنت، نقود الشبكة...[260]، كما اختلف الفقه في تعريفهم للنقود الإلكترونية، فانقسموا إلى اتجاهين:

-**الاتجاه الموسع:** هذا الاتجاه وسع في تعريف النقود الإلكترونية لتضم كل أنظمة الدفع الإلكتروني، فعرفها أنها:" **تلك النقود التي يتم تداولها عبر الوسائل الإلكترونية**"، كما عرفت اللجنة المختصة بحقوق المواطنين والشؤون القانونية التابعة للمفوضية الأوروبية وحدات النقود الإلكترونية كقيمة للعملة أنها: " **نقود تكون مخزنة على أداة أو وسيلة إلكترونية كالرقائق الإلكترونية أو نقود الحاسب، وتكون مقبولة كوسائل للدفع بواسطة شخص عادي أو شخص اعتباري يتمتع بسلطة قانونية من غير**

---

[258] أحمد سفر، المرجع السابق، ص. 44.

أنظر أيضاً: محمد سعيد أحمد إسماعيل، المرجع السابق، ص. 324 و 325.

[259] إن النقود الإلكترونية وسيلة من وسائل الدفع الإلكتروني وأن هذه الأخيرة تعتمد على عدة آليات دفع أخرى غير النقود الإلكتروني، وهذا ما يتناقض مع استخدام البعض لمصطلح النقد الإلكتروني للدلالة على كل أنواع الدفع التي تتم بطريقة إلكترونية، إلا أن هذا الاستخدام بدأ يتقلص أمام ظهور تعريف ومعنى للنقود الإلكترونية.

أنظر ذلك في: : نسرين عبد الحميد نبيه، الجانب الإلكتروني للقانون التجاري، منشاة المعارف، مصر، 2008، ص. 12.

[260] محمد سعيد أحمد إسماعيل، المرجع السابق، ص, 328.

المؤسسة المصدرة للنقود الإلكترونية أو من يتبعها، وهي قابلة للانتقال والتحويل، و تعتبر كبديل إلكتروني عن العملات الورقية المعدنية و الأوراق التجارية"[261].

-**الاتجاه الضيق**: يعرف النقود الإلكترونية بأنها:" **قيمة نقدية مخزنة على وسيلة إلكترونية مدفوعة مقدماً وغير مرتبطة بحساب بنكي، وتحظى بقبول واسع من غير من قام بإصدارها، وتستعمل كأداة للدفع لتحقيق أغراض مختلفة**"[262].

وعرفها البنك المركزي الأوروبي ب:" **مخزون إلكتروني لقيمة نقدية على وسيلة إلكترونية، قد تستخدم في السحب النقدي أو تسوية المدفوعات لوحدات اقتصادية أخرى غير تلك التي أصدرت البطاقة**"[263]. هذا التعريف عرف النقود الإلكترونية تعريفا ضيقا.

ممّا سبق يمكن تعريف النقود الإلكترونية أنها نقود غير ملموسة تأخذ صورة وحدات إلكترونية يتم تداولها عبر الوسائل الإلكترونية، والتي تعد إحدى الطرق الحديثة للتعامل والتبادل الإلكتروني؛ لذا فما هي خصائص النقود الإلكترونية؟

أ- خصائص النقود الإلكتروني

نظرًا لحداثة النقود الإلكترونية نجدها تنفرد بمجموعة من الخصائص ومن أهمّها:

- **قيمة نقدية**

هي عبارة عن قيمة نقدية مالية مثلها مثل النقود العادية إلا أنهما تختلفان في أن القيمة النقدية العادية تكون في صورة ورقية أو معدنية، أمّا القيمة النقدية الإلكترونية تكون في صورة لامادية غير ملموسة، يتم تداولها بشكل إلكتروني، وهي صالحة للوفاء بقيمة المشتريات التي يقتنيها المستهلك عبر الأنترنت[264].

- **أداة وفاء**

تتمثل الغاية من إصدار النقود الإلكترونية في دفع و سداد قيمة المشتريات ويكون ذلك بتحويل النقود العادية إلى نقود رقمية بصورة مؤقتة للقيام بعمليات معينة وبمجرد انتهائها تعاد العملية العكسية وترجع لطبيعتها[265].

---

[261] محمد سعيد أحمد إسماعيل، المرجع السابق، ص. 328.

[262] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 428.

أنظر أيضاً: : نسرين عبد الحميد نبيه، المرجع السابق، ص. 77.

[263] محمد سعيد أحمد إسماعيل المرجع السابق، ص. 329.

[264] جلال عايدة الشورة، المرجع السابق، ص. 69.

[265] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 436.

- **ذات طبيعة دولية غير مادية**

النقود الإلكترونية هي من طبيعة دولية نسبة إلى العملية التي وجدت خصيصاً لها وهي التجارة الإلكترونية والعقد الإلكتروني اللذان يتسمان بالدولية عموماً، وهي غير مادية لأنها تتكون من نقود رقمية متتالية أو تتكون من عددين مثلا (0)(1)[266].

- **تمتعها بالأمان و السرية**

قد أولى مستخدمو الأنترنت اهتماماً خاصاً بموضوع تحقيق الأمان في استخدام وسائل الدفع الإلكتروني، كونها متعلقة بالنظام النقدي، إلاّ أنه وأمام التباين القائم بين مهمة الخبراء الذين يسعون لتأمين النقود الإلكترونية باستعمال تقنيات التشفير، وبين قراصنة محترفين وهواة يسعون للنفاذ إلى الأنظمة المشفرة لاكتشافها واستغلالها لاغتصاب الحقوق المالية للآخرين حال دون ذلك[267].

نتيجة لهذا وجب وضع قواعد تحقق نوع من الأمان في استعمال هذه الوسائل، ولاعتبارها وسائل قانونية وتجارية يجب أن تتضمن مجموعة من القواعد نذكر:

_ أن يكون المتعاملون بها قادرين على الإستيثاق من صلاحياتها و أنها لم تصرف من بعد.

_ أن تسمح بالتحقق من هوية كل طرف للأخر في التعامل القائم بينهما ومثال ذلك عند استخدام التوقيع ومفاتيح التشفير العام أو الخاص.

_ أن تتميز بالقدرة على العمل المتواصل و التشغيل في كل الظروف بما يحفظ حقوق المتعاملين بها.

_ أن تحقّق الثقة في التعامل بشكل يجعل المتعامل بها عاجزا عن إنكار قيامه بالدفع النقدي بعد تتمته[268].

كما أن استحداث مثل هذا النظام لتسوية المعاملات التي تتم بوسائل إلكترونية في الجزائر يستلزم توافر بيئة تشريعية وفنية تتمثل فيما يلي:

_ توفير بيئة تشريعية ملائمة تنظم أحكام الدفع الإلكتروني.

_ توفير نظام مصرفي لإتمام عمليات الدفع و تسهيلها.

_ توفير الإمكانيات الفنية والتقنية لتسهيل هذه العمليات.

بتوفر هذه الشروط يتمكن المتعاقد أن يوفي بالتزامه عن بعد دون اللجوء إلى الوسائل المادية[269].

---

[266] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 436.

[267] أحمد سفر، المرجع السابق، ص. 50.

[268] نفس المرجع، ص. 50 و 51.

[269] مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 211.

ب- محفظة النقود الإلكترونية

محفظة النقود الإلكترونية هي عبارة عن محفظة نقود مجازية يمتلكها المشتري لدى مؤسسة مالية متخصصة، يتم تمويلها بإيداع رصيد مالي باستخدام بطاقة اعتماده المصرفية، ويجري العمل بها بخصم الثمن من محفظة النقود الخاصة بالمشتري لتضاف إلى محفظة النقود الخاصة بالبائع في المؤسسة المالية نفسها، وتمتاز هذه الوسيلة بأنّها تحقق أمن تبادل النقد عبر شبكة الأنترنت لأنّها تعتمد على عملية حسابية دقيقة، كما تساهم في الوقت ذاته بتحديد شخصية أطراف التعامل كما تمتاز بقلة تكلفتها مقارنة مع بطاقات الائتمان، إلاّ أنّه بالرغم من هذه المزايا فمحفظة النقود الإلكترونية تواجهها بعض الصعاب من الناجية الفنية إذ يتعين أن يكون كلا طرفي التعامل مالكاً لمحفظة النقود الإلكترونية لدى نفس المؤسسة المالية، ومن الناحية القانونية بالرغم من أنّها نقود مجازية إلاّ أنّها مبرئة للذمة، ولذلك اعتبر بعض الشراح الفرنسيين أن النقود الإلكترونية تعتبر تعدياً على سلطة الدولة في احتكار عمليات صك النقود[270].

ونوّد أن نشير إلى أن الوسائل التي تطرقنا إلى عرضها ليست جل الوسائل بل أهمّها، إذ توجد وسائل أخرى يتم بها الدفع الإلكتروني كالدفع عبر الهاتف المحمول، الوسيط الضامن، الدفع عن طرق الأنترنت[271].

ثالثا: زمان و مكان تنفيذ الالتزام بالوفاء الإلكتروني

متى استحق دفع الثمن فهو واجب الوفاء في زمان و مكان خاص و هو الذي سنبينه:

1- زمان تنفيذ الالتزام بالدفع الثمن

تنص المادة 388 من الق م ج على:" **يكون ثمن المبيع مستحقا في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك**"[272].

نستنتج من خلال هذا النص أن زمان دفع الثمن مرتبط بزمان تسليم المبيع للمشتري، وفي حالة عدم تحديد وقت تسلم المبيع فإن الثمن يستحق وقت إبرام العقد، إلاّ أنه يجوز الاتفاق على مخالفة هذه الأحكام بالاتفاق بين الأطراف، كأن يتفقا أن يدفع الثمن قبل التسليم أو بعده، سواء كان ذلك مرة واحدة أو بالتقسيط، كما للعرف أن يحدد زمان الوفاء بالثمن ووفقاً للقواعد العامة وإن وجد العرف وجب تقديمه[273].

---

[270] الياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 159 و 160.

[271] راجع ذلك في: نفس المرجع، ص . 163 و 179.

[272] الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

[273] خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص. 188.

بالنسبة لزمان الوفاء بالثمن في العقود الإلكترونية فنادر ما يتم الوفاء خارج وقت إبرام العقد، غير أنّه في العقود المبرمة عبر شبكة الواب غالب ما يكون فيها الدفع قبل تنفيذ العقد باعتبار أن البائع هو الذي يضع هذا الشرط قبل توريده أو تسليمه للشيء، ويرى البعض أنّه في ظل البيئة الإلكترونية وما تعتمد عليه من عمليات تشفير و توثيق من جهات المصادقة، يمكن للمشتري الخروج من القاعدة العامة التي تقضي بدفع الثمن أثناء تسليم المبيع له، وذلك بدفع الثمن قبل تسلمه المبيع باعتبار هذه الجهات ستزوده بشهادة مصادقة بدفع الثمن، كما يجب منح الحرية للأطراف المتعاقدة في تحديد زمان تنفيذ الوفاء بالثمن إن كان قبل أو بعد تسلم المبيع[274].

2- مكان تنفيذ الالتزام بدفع الإلكتروني

تنص المادة 387 من الق م على:" **يدفع ثمن المبيع من مكان تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك، فإذا لم يكن ثمن المبيع مستحقاً في وقت تسلم المبيع وجب الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن**"[275].

نستنتج من المادة أن مكان دفع الثمن يتحدد باتفاق بين الأطراف، وفي حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف، فإذا كان الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع، وجب دفع الثمن في المكان الذي حدد لتسليم المبيع، وإن لم يكن الوفاء مستحقاً عند التسليم، كأن يكون هناك اتفاق على دفع الثمن مقسطاً، أو أن يكون اتفاق على دفع الثمن قبل أو بعد التسليم، فإن مكان دفع الإلكتروني هو المكان الذي يوجد فيه المشتري وقت استحقاق الثمن[276]، وفي العقد الإلكتروني محل دراستنا قد أسلفنا أنه يبرم بين أطراف متباعدين من حيث المكان، فكيف إذن يتحدد مكان تنفيذ الوفاء بالثمن؟

يرى البعض أن مكان تنفيذ الدفع الإلكتروني يجب تركه لحرية الأطراف، وفي حالة غياب الاتفاق بين الأطراف نطبق القاعدة العامة المطبق على العقد، إلاّ أن الممارسات التطبيقية تحدد مكان تنفيذ الالتزام بالوفاء في العقد الإلكتروني بالمكان الذي يتواجد به موزع الأنترنت الخاص بالموجب لما يكون العقد قد أبرم على موقع من مواقع الأنترنت، والشيء نفسه إذا كان العقد مبرم عبر البريد الإلكتروني فهو المكان الذي يوجد به الموجب، وإن عملة الوفاء هي العملة المتداولة في الدولة التي تتواجد فيها معظم النشاطات التجارية للتاجر[277].

---

[274] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 442.

[275] الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

[276] خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص. 189.

[277] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 444.

_ وحسب رأينا يستحسن عدم دفع الثمن قبل تسلم المبيع وذلك خوفا من تهرب البائع من تنفيذ التزامه بعد قبض الثمن كما نتفق مع تجسيد حرية الأطراف في تحديد زمان الوفاء بالثمن.

الفرع الثاني: التزام المشتري بتسلم المبيع

يعتبر التزام المشتري بتسلم المبيع التزاماً هاماً وأساسياً، لأن به يتحقق الاستيلاء الفعلي للمشتري على المبيع، وهو المقابل لالتزام البائع بالتسليم، فلا أثر قانوني لهذا الالتزام ما لم يتم استلامه وإدخاله في حيازة المشتري، ويتفق هذا الالتزام مع التزام البائع في ارتباطه بزمانٍ و مكانٍ، ونفقات واجبة الدفع.

أولا: زمان ومكان تسلم المبيع

تنص المادة 394 من الق م ج على:" **إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكاناً أو زماناً لتسليم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن يتسلمه دون تأخير باستثناء الوقت الذي تتطلبه عملية التسليم**"[278].

نستنتج من نص المادة أن زمان ومكان تسلم المبيع يحدده الاتفاق القائم بين البائع والمشتري وإن لم يكن فيجب معرفة حكم العرف بذلك، وإن لم يكن فيكون زمان ومكان تسلم المبيع هو زمان ومكان تسليم المبيع للبائع، إذ يمكن أن تتوالى عملية تسلم المبيع بعد تسليم المبيع في نفس الزمان والمكان[279].

بالنسبة لزمان و مكان تسلم المبيع في العقد الإلكتروني، إذا ما تعلق بالخدمات فيكون فورياً ومباشرًا على الخط حسب وسيلة الاتصال، وزمان التسلم هو وقت دخول الخدمة لموقع المشتري بينما مكان التسليم هو مكان وصول رسالة البيانات الإلكترونية حسب وسيلة الاتصال، أمّا التسلم في مجال السلع فيتم بطريقة مادية سواء وجها لوجه يدًا بيد و يتم التسلم في مكان إقامة المشتري من لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك[280].

ثانيا: التزام المشتري بنفقات تسلم المبيع

تنص المادة 395 من الق م ج على:" **إن نفقات تسلم المبيع تكون على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق بقضي بغير ذلك**"[281].

نستنتج من نص المادة أن نفقات تسلم المبيع تقع على عاتق المشتري لأنه المدين بتنفيذ الالتزام بتسلم المبيع، وتشمل النفقات كل المصروفات اللازمة لنقل المبيع من مكان تواجده إلى المكان الذي يريده المشتري، ومصروفات الشحن والتفريغ والرسوم الجمركية إن كان المبيع واجب التصدير[282].

---

[278] الأمر رقم 75-58، المرجع السابق,

[279] خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، 205.

[280] مخلوفي عبد الوهاب، المرجع السابق، ص. 160.

[281] الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

[282] خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص. 206.

إن تنفيذ هذا الالتزام في البيئة الإلكترونية وأمام ما ابتكره التطور التكنولوجي من تقنيات دفع إلكتروني أصبح يتلائم مع البيئة الإلكترونية.

المبحث الثاني: إثبات العقد الإلكتروني

إن للإثبات أهمية قصوى في كافة الأنظمة القانونية باعتباره أولى الخطوات لحماية الحق خاصة أن الإثبات الخطي الذي يرتكز على كتابة موضوعة على دعامة مادية تتمثل في محرر ورقي مختوم بتوقيع صاحبه إلا انه و نتيجة لإمكانية إنشاء الحقوق وإبرام الالتزامات والعقود بالوسائل الإلكترونية، تبعاً لما توفره من السرعة والسهولة في الإبرام، أدى إلى تغيير مفهوم الإثبات ولاستغناء في غالب الأحيان عن الكتابة الورقية[283]، إذ ظهر نوع جديد من الإثبات يتسم بالإلكترونية.

وفي القانون المدني الجزائري يعطي نظام الإثبات الأفضلية للكتابة على باقي طرق الإثبات الأخرى، ومن أهم شروط السند الكتابي التي يشترطها القانون حتى يتم قبوله في الإثبات أن يكون السند مكتوباً وأن يكون موقعاً، وعليه حتى يمكن إثبات المعاملات الإلكترونية المحررة على وثيقة إلكترونية التي تسمى "**المحرر الإلكتروني**" دليلا كتابيا يستلزم أن تتوافر فيه على شرط الكتابة والتوقيع[284]، وتبعاً للبيئة الإلكترونية التي يتم فيها هذا العقد أصطلح على شرط الكتابة بالكتابة الإلكترونية(المطلب الأول)، واصطلح على التوقيع بالتوقيع الإلكتروني(المطلب الثاني).

---

[283] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 266.

[284] مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 169.

المطلب الأول: الكتابة الإلكترونية و المحررات الإلكترونية

إن توافر الحق لا يكفي للحصول عليه أو للتمسك به عند التنازع ، بل يجب أن يقترن بوسيلة إثبات تثبت وجوده، وقد توصلت التشريعات المختلفة إلى أن الكتابة باليد هي سيدة الأدلة على تحقق الحق أو الالتزام، وهو المتعارف عليه و المتعامل به بين الأشخاص الطبيعية والمعنوية، والأدلة المكتوبة هي المضفية للحجية أو المحققة لصحة التصرف القانوني، إلاّ أن التطور التكنولوجي أنتج نوع كتابي غير متعارف من قبل هي الكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية، التي ستطرق إلى تعريفها، وتحديد شروطها بما يتفق مع الكتابة التقليدية، ثمّ نتناول الحجية القانونية التي تضفي عليها قيمة قانونية في الإثبات.

الفرع الأول: تعريف الكتابة الإلكترونية و المحررات الإلكترونية

تعد الكتابة أحد الأساليب المستخدمة في التعبير عن إرادة طرفي العلاقة، وهي عبارة عن تسطير الحروف في شكل مادي ظاهر معبرًا عن المعنى الكامل أو فكرة مترابطة صادرة من الشخص الذي نسبت إليه، وتكون الكتابة بلغة المتعاقدين أو اللغة المعتمدة لتحرير العقد[285]إلاّ أن الشكل الجديد للكتابة الذي قدمته وسائل الإلكترونية المستحدثة، حيث يتم وضع البيانات في صورة رقمية تخزن كبيانات إلكترونية على شرائط ممغنطة أو أقراص مرنة [286]جعلنا نتساءل عن ما المقصود بالكتابة الإلكترونية؟ ولما كان المحرر الإلكتروني مرتبط بالكتابة الإلكترونية، فما المقصود بالمحرر الإلكتروني؟

أولا: تعريف الكتابة الإلكترونية

عرف المشرع المصري الكتابة الإلكترونية في قانون التوقيع الإلكتروني المصري على باقي التشريعات العربية الأخرى وعرفها بأنها:" **كل حروف أو أرقام أو رموز أو أية علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة تعطي دلالة قابلة للإدراك**"[287].

نستنتج أن هذا التعريف تضمن مصطلح" **أية وسيلة أخرى مشابهة**"؛ ممّا يعني السعي إلى احتواء ما يمكن أن يسفره التطور التكنولوجي من تقدم من وسائل.

وبدوره المشرع الفرنسي عرف الكتابة الإلكترونية في المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي المعدل بالقانون رقم 2000/230 والتي تنص على: "**ينتج الإثبات الكتابي، أو الإثبات الخطي، عن كل**

---

[285] محمد فواز محمد المطالقة. المرجع السابق، ص. 206.

[286] محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص. 62.

[287] المادة 1-أ من قانون التوقيع الإلكتروني المصري، المرجع السابق.

تدوين للحروف والصفات أو للعلامات أو الرموز الأخرى، ذات الدلالة التعبيرية الواضحة أيا تكن دعامتها أو طرق نقلها"[288].

نستنتج أن المشرع الفرنسي لم يفرق بين أنواع الدعامات التي تتم عليها الكتابة، فجعل هذا المعنى ينصرف إلى الكتابة اليدوية و الكتابة الإلكترونية والمهم أن تحقق الكتابة التعبير الدال والواضح والمفهوم.

أما المشرع الجزائري بموجب التعديل الأخير للقانون المدني لسنة 2005 سن نص عرف من خلاله الكتابة عامة دون الكتابة الإلكترونية، ونص عليها في المادة 323 مكرر التي تنص: «**ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها**"[289].

استعمل المشرع في تعريف الكتابة عبارة "**أياً كانت الوسيلة التي تضمنتها**" والصحيح هو "**أيا كانت الدعامة التي تتضمنها**" حسب الترجمة الفرنسية للنص:"**... quels que soient leur support**".

يفهم من العبارة "**مهما كانت الوسيلة التي تضمنتها**" أن المشرع يعتد لإثبات التصرفات القانونية بأي دعامة كانت الكتابة سواء كانت على الورق أو على القرص المضغوط أو على القرص المرن، ويتسع المفهوم إلى كل الدعائم التي يمكن أن تفرز من التطورات التكنولوجية في المستقبل، أي اعتراف المشرع بالدعامة الإلكترونية، ويفهم من عبارة "**وكذا طرق إرسالها**" أن المشرع يعتد في تعريف الكتابة بأية وسيلة من وسائل نقلها، التي تكون عن طريق اليد، والتي تكون منقولة على شبكات الاتصال المختلفة[290].

ثانيا: تعريف المحرر الإلكتروني

نصت المادة الأولى من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية للأمم المتحدة على تعريف رسالة البيانات بأنها:"**المعلومات التي يتم إنشاءها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي**"[291].

---

[288] الياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 207.

أنظر أيضاً: إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني و إثباته: (الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص. 188.

[289] الأمر رقم 05-10، المرجع السابق.

[290] مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 172 و174.

[291] قرار رقم 51/162، المتضمن قانون الأونسيترال النموذجي بشأن للتجارة الإلكترونية للأمم المتحدة، المرجع السابق.

عرف المشرع الأردني المحرر الإلكتروني في المادة الأولى بالسجل الإلكتروني من قانون المعاملات الإلكترونية وتنص على أنه: «**القيد أو العقد أو رسالة المعلومات التي يتم إنشائها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل الكترونية**". كما عرف رسالة المعلومات في نفس المادة وتنص: "**المعلومات التي يتم إنشائها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك تبادل البيانات إلكترونياً أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي**"[292]. نستنتج أن تعريف قانون المشرع الأردني لرسالة المعلومات مطابق لتعريف رسالة البيانات التي تضمنها قانون النموذجي للأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية إلا أن التسمية مختلفة.

عرف المشرع التونسي المحرر الإلكتروني بالمبادلات الإلكترونية في الفصل الثاني من الباب الأول وينص:"**المبادلات الإلكترونية: المبادلات التي تتم باستعمالها الوثائق الإلكترونية**"[293].

عرف المشرع البحريني في المادة الأولى من قانون التجارة الإلكترونية المحرر الإلكتروني ب:" **سجل المعلومات التي تدون على وسيط ملموس، أو تكون محفوظة على وسيط إلكتروني، أو على أي وسط أخر، وتكون قابلة للاستخراج بشكل قابل للفهم**"، كما عرف السجل الإلكتروني في المادة ب:" **السجل الذي يتم إنشاءه أو إرساله أو تسلمه أو بثه أو حفظه بوسيلة إلكترونية**"[294].

أما المشرع المصري في قانون التوقيع المصري عرف المحرر بأنه المحرر الإلكتروني في المادة 1-ب:" **المحرر الإلكتروني: رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ كليا أو جزئيا بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة**"[295]. أما مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري عرف المحرر الإلكتروني في المادة 1 وتنص: «**المحرر الإلكتروني: كل انتقال أو إرسال أو استقبال أو تخزين لرموز أو إشارات أو كتابة أو صورة أو أصوات أو معلومات أياً كانت طبيعتها من خلال الوسيط الإلكتروني**"[296].

ما نستنتج من خلال عرضنا لما تضمنته هذه التشريعات من تعريفات أنها أوردت عدة تسميات ومصطلحات من رسالة البيانات، المبادلات الإلكترونية، السجل، إلا أنها تندرج تحت مسمى واحد هو المحرر الإلكتروني، كما نستنتج أن قانون التوقيع المصري وقانون مشروع التجارة الإلكترونية المصري انفردا بتعريف المحرر الإلكتروني على خلاف التشريعات الأخرى الخاصة بالمعاملات الإلكترونية.

---

[292] قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، المرجع السابق.

[293] قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي، المرجع السابق.

[294] قانون التجارة الإلكترونية البحريني، المرجع السابق.

[295] قانون التوقيع الإلكتروني المصري، المرجع السابق.

[296] مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري، المرجع السابق.

الفرع الثاني: شروط الكتابة الإلكترونية و المحررات الإلكتروني

لكي تؤدي الكتابة الإلكترونية وظيفتها القانونية في الإثبات كدليل على صحة التصرف القانوني ومضمونه، وأن تكون وسيلة ثقة وأمان بين المتعاملين بها يجب أن تتوفر فيها مجموعة من الشروط هي نفسها الشروط التي يجب أن تتضمنها الكتابة والمحرر التقليدي، وهي أن تكون مقروءة ومتصفة بالاستمرارية والديمومة والثبات أي ألا تكون عرضة للتعديل والإتلاف والعبث بها[297]، وسنتناولها في النقاط التالية:

أولا: أن تكون الكتابة مقروءة

حتى يكون للدليل الكتابي حجية في الإثبات فلا بد أن يكون مقروءًا بمعنى معبرًا عن محتواه لمن يقرأه وناطقاً بما فيه[298]، أي يكون واضحاً مفهوماً من خلال كتابته بحروف أو رموز أو أرقام أو بيانات مفهومة ليتسنى فهمه واستيعابه وإدراك محتواه، وكذلك يمكن نسبته إلى صاحبه، و بما أن المحررات تدون على وسيلة إلكترونية بلغة الآلة فلا يمكن قراءتها بصفة مباشرة، وإنما بإيصال المعلومات في الحاسب الآلي الذي يجري تزويده ببرامج لها القدرة على ترجمة لغة الآلة إلى لغة مقروءة للأشخاص، وبالتالي فالمطبوعات والرسائل الإلكترونية تكون مقروءة وواضحة للأطراف التصرف، فالكتابة الإلكتروني تستوفي شرط أن تكون مقروءة[299].

من التشريعات التي اعتمدت هذا الشرط قانون التوقيع المصري رقم 15 لسنة2004 حيث اشترط عند تعريفه للكتابة الإلكترونية أن تعطي دلالة قابلة للإدراك، وكذا المشرع الأردني نص على هذا الشرط في المادة 8-أ-3 على:" **دلالة المعلومات الواردة في السجل على من ينشئه أو يتسلمه وتاريخ ووقت إرساله أو تسلمه**"[300].

كذلك المشرع البحريني عند تعريف للسجل الإلكتروني نص على أن يكون السجل بشكل قابل للفهم، وما نصت عليه المادة 9-1-أ:" **أن تكون المعلومات التي تضمنه السجل...قابلة لأن يتم لاحقاً الدخول عليها واستخراجها بشكل قابل للفهم**"[301]. وهو ما اعتمده المشرع الفرنسي في المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي و يتجلى ذلك في عبارة " **ينتج الإثبات الكتابي.....ذات الدلالات التعبيرية الواضحة أياً**

---

[297] حمودي محمد ناصر المرجع السابق، ص. 278.

[298] نفس المرجع، ص. 278.

أنظر أيضاً: عبد الفتاح بيومي الحجازي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني (دراسة تأصيلية مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص. 333.

[299] إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص . 192 و 193.

[300] قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، المرجع السابق.

[301] قانون التجارة الإلكترونية البحريني، المرجع السابق.

تكن دعامتها أو طرق نقلها". و ما تضمنته المادة 323مكرر السالفة الذكر من القانون المدني الجزائري من خلال عبارة "...**ذات معنى مفهوم...**".

ثانيا: استمرار الكتابة ودوامها

يقصد باستمرار الكتابة أن يتم التدوين على دعامة تسمح بثبات الكتابة عليه واستمرارها بحيث يمكن الرجوع إليها كلما كان ذلك لازما لمراجعة بنود العقد أو لعرضه على القضاء عند نشوب نزاع بين المتعاقدين[302]، فالوسيط الورقي بحكم تكوينه المادي يسمح بتحقق هذا الشرط، الأمر الذي يثير إشكال إن كان الوسيط إلكتروني؟

في البداية هذا الشرط كان محل تردد في مدى تحققه ذلك لأن الدعائم التي تحفظ الكتابة الإلكترونية تتميز بالحساسية ممّا يجعلها معرضة للتلف بسبب ارتفاع قوة التيار الكهربائي، درجة حرارة التخزين، ممّا يترتب على ذلك عدم تحقق هذا الشرط، إلاّ أنه استحدثت تقنيات ووسائل احتفاظ متطورة ساعدت على توفير إمكانية حفظ الكتابة الإلكترونية بصورة مستمرة، وحتى أحسن من حفظ الكتابة التقليدية التي قد يلحق التلف مع مر الزمن[303].

من التشريعات التي كرست هذا الشرط قانون الإلكتروني في القانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية للأمم المتحدة في المادة 6-1 التي تنص: «**عندما يشترط القانون أن تكون المعلومة مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط، إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا**"[304].

كما نصت المادة 10-1-أ من نفس القانون على:" **تيسير الاطلاع على المعلومات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها عند الرجوع إليها لاحقا**".

واعتمده أيضا المشرع الأردني في نص المادة 8 فقرة أ/1 التي تنص:" **أن تكون المعلومات الواردة في السجل قابلة للاحتفاظ بها وتخزينها بحيث يمكن في أي وقت الرجوع إليها**"[305].

---

[302] فراح مناني، أدلة الإثبات الحديثة في القانون، المرجع السابق، ص. 182.

أنظر أيضاً: بيومي الحجازي، المرجع السابق، ص. 334.

أنظر أيضاً: إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص. 194.

[303] الياس ناصيف، المرجع السابق. ص. 212 و213.

[304] قرار رقم 51/162، المتضمن قانون الأونسيترال النموذجي للأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية، المرجع السابق.

[305] قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، المرجع السابق.

وهو ما نص عليه الفصل الرابع من قانون المبادلات التونسي ونص على:"**يعتمد قانوناً حفظ الوثيقة الإلكترونية كما يعتمد حفظ الوثيقة الكتابية. ويلتزم المرسل إليه بحفظ الوثيقة الإلكترونية في الشكل المرسلة به، ويلتزم المرسل إليه بحفظ هذه الوثيقة في الشكل الذي تسلمها به**"[306].

كذلك تضمنته المادة 9-1-أ من القانون البحريني ونصت على:"**أن يتم حفظ السجل الإلكتروني بالصيغة التي تم إنشاءه أو إرساله أو تسلمه، أو يتم حفظه في صيغة يثبت أنها تمثل بدقة المعلومات الأصلية التي تم إنشاءها أو إرسالها أو تسلمها**"[307].

وما أخذ به القانون المدني الفرنسي المعدل في نص المادة 1316-1 :" **يكون للكتابة التي تتم على شكل إلكتروني القوة نفسها في الإثبات للكتابة التي تتم على دعامة ورقية بشرط أن يكون بالإمكان تحديد هوية الشخص الصادر عنه، أو أن يكون تدوينها و حفظها قد حصلا في ظروف تدعو إلى الثقة**".

نستنتج من نص هذه المادة أن المشرع الفرنسي اشترط لكي تكون الكتابة الإلكترونية كالكتابة الورقية أن تتوفرا على نفس الشروط وهي إمكانية تحديد الشخص الذي أصدرها وأن يكون تدوين الكتابة وحفظها في ظروف ذات طبيعة تضمن تكاملها[308]، وهو ما أقره المشرع الجزائري في المادة 323مكرر1 التي تنص:"...**و أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها**"[309].

ثانيا: عدم قابلية الكتابة للتعديل

يشترط لكي يكتسي الدليل الكتابي حجية في الإثبات ألا يكون قابل للتعديل أو التغيير بمعنى أن تكون خالية من أي عيب يؤثر في صحتها كأن يكون هناك تعديل أو حذف أو محو أو حك أو تحشيه وغيرها من العيوب المادية التي يمكن أن تشوب الكتابة الورقية، والهدف من هذا الشرط توفير عنصر الأمان في الدليل حتى يتمكن التمسك به و منحه الحجية القانونية[310].

في الكتابة التقليدية من السهل اكتشاف التعديل الوارد عليه لأن الوسيط ورقياً وتركيبه مادي، فالكتابة تتم بالحبر الذي يتصل بالكتابة كيميائيا، فحين الكتابة الإلكترونية تكون غير مادية، فهي تتميز بقدرة أطراف التصرف على تعديل الكتابة الإلكترونية، سواء بالإضافة أو الإلغاء، أو إعادة تنسيق المحرر

---

[306] قانون المعاملات المبادلات و التجارة الإلكترونية، المرجع السابق.

[307] قانون التجارة الإلكترونية البحريني، المرجع السابق.

[308] الياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 208.

أنظر أيضاً: إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص. 188.

[309] الأمر رقم 05-10، المرجع السابق.

[310] حمودي محمد ناصر، نفس المرجع، ص. 28.

أنظر أيضاً : الياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 216

الإلكتروني دون ترك أي أثر مادي يمكن ملاحظته. ونتيجة الاختلاف بين طبيعة الكتابتين الورقية والإلكترونية، ولما تفتقر إليه هذه الأخيرة من الثقة والطمأنينة، تصدى التطور التكنولوجي لمشكلة تعديل الكتابة الإلكترونية وذلك من خلال استخدام برامج الحاسوب التي تسمح بتعديل النص الإلكتروني إلى صورة ثابت لا يمكن تعديلها[311].

وأخذت بهذا الشرط المادة10-1-ب من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية للأمم المتحدة وتنص:"**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**"[312].

وما كرسه المشرع الأردني في المادة 8-أ-2 التي تنص:"...**إمكانية الاحتفاظ بالسجل الإلكتروني بالشكل الذي تم إنشاءه أو إرساله أو تسلمه أو بأي شكل يسهل به إثبات دقة المعلومات التي وردت فيه عند إنشائه أو إرساله أو تسلمه**"[313].

وما تضمنه المشرع البحريني في المادة 9-1-ب وتنص:" **أن تكون المعلومات التي تضمنها السجل الإلكتروني الذي تم حفظه قابلة لان يتم الدخول عليها وعرضها و استخراجها بشكل قابل للفهم**"[314]. وهو ما أخذ به المشرع الفرنسي في نص المادة 1316 السالف الذكر، ويتضح ذلك في عبارة:"...**وأن يكون تدوينها وحفظها قد تم في ظروف تدعو إلى الثقة**".نستنتج من عبارة "**تدعو إلى الثقة**" عدم تعديل من مضمون البيانات والحفاظ على صورتها التي دونت بها في أول مرة.

وبدوره كرس المشرع الجزائري هذا الشرط في المادة 323مكرر 1 بالنص:"...**في ظروف تضمن سلامتها**"[315].

---

[311] الياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 217.

أنظر أيضاً: إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص، 194 و 195.

[312] قرار رقم 51/162، قانون الأونسيترال النموذجي للأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية، المرجع السابق.

[313] قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، المرجع السابق.

[314] قانون التجارة الإلكترونية البحريني، المرجع السابق.

[315] الأمر رقم 05-10، المرجع السابق.

نستنتج من خلال عرضنا للشروط الواجب توافرها في الكتابة الإلكترونية أن المشرع الجزائري تبنى جميع هذه الشروط، إلا أنه يعاب عليه عدم تحديد كيفية تطبيق هذه الشروط، وكذا غياب السلطة التوثيقية "**جهات التصديق**"[316] التي تعمل على ضمان تأكيد شخصية المخاطب أو صاحب التوقيع من خلال إصدار شهادات تصديقيه، على عكس دولة تونس التي أنشأت هذه السلطات وسمتها بالوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية، ومنها كذلك فرنسا التي أنشأت ما يسمى بخدمات التصديق، والى حين صدور المرسوم التنفيذي يبقى أمر تطبيقها معلق[317].

الفرع الثالث: الحجية القانونية للكتابة الإلكترونية و المحررات الإلكترونية

مع توافر الشروط المطلوبة في الكتابة التقليدية بالكتابة الإلكترونية، لم يعد مفهوم المحرر لفظ يطلق على المحررات الورقية بل تطور المفهوم ليتسع ويشمل المحررات الإلكترونية، وفي ظل تغيير المفاهيم التقليدية للكتابة والمحررات التقليدية التي حلت محلها مفاهيم حديثة وجب إضفاء صفة قانونية لها وإعطائها قيمة قانونية[318]، وهو ما أقرته التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية حجية للكتابة والمحررات الإلكترونية، وقد بحث الفقه في مسألة تطبيق القواعد التقليدية للإثبات على المحررات الإلكترونية إذ لا يوجد وما يحول دون ذلك كما كان له موقف في إقرار الحجية القانونية للكتابة الإلكترونية و المحررات الإلكترونية، سنتناول هذه المسائل تواليا:

أولا: موقف التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية

بالنسبة للتشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية أقرت صراحة أن الكتابة الإلكترونية كدليل إثبات وذات حجية، فنص قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية للأمم المتحدة في المادة 9-2:" **يعطى للمعلومات التي تكون على شكل رسالة بيانات ما تستحقه من حجية في الإثبات. وفي تقدير حجية رسالة البيانات في الإثبات، يولى الاعتبار لجدارة الطريقة التي استخدمت في إنشاء أو تخزين أو إبلاغ رسالة البيانات بالتعويل عليها، ولجدارة الطريقة التي استخدمت في المحافظة على سلامة المعلومات بالتعويل عليها، وللطريقة التي حددت بها هوية منشئها، ولأي عامل أخر يتصل**

---

[316] جهات التصديق هي جهة معينة من قبل سلطات الدولة أو من قبل الأفراد أو من جهات خاصة أخرى لغاية تأمين المعاملات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، بحيث تعمل على إيجاد وإصدار شهادات تثبت صحتها وتقوم بحفظها، ويمكن تعريفها بأنها: «سلطة مكلفة من قبل شخص أو عدة أشخاص متعاملين بإنشاء نظم المفاتيح العامة المستعملة في التشفير والشهادات التي تثبتها".

أنظر ذلك في: حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 348.

[317] مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 179.

[318] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 282.

بالأمر"[319]. نستنتج من هذا التعريف أن البيانات في شكل الإلكتروني لها حجية إثبات البيانات العادية وهو متوقف على قيمة وفعالية الوسيلة التي استخدمت للاحتفاظ بالبيانات التي تضمنتها، ولمدى الاعتماد عليها في تحديد و إثبات هوية الشخص، أي أن هذا القانون منح الحجية على أساس السبب التقني دون القانوني، فحين إذا كانت الوسائل تحقق الأمان والإستقرار تكتسب الكتابة والمحررات الإلكترونية حجيتها[320].

كما دعي المجلس الأوروبي دول الأعضاء للاعتراف بالوسائل الإلكترونية، وذلك بصدور التوجيه رقم 1999-93 المتعلق بالتواقيع الإلكترونية أين اعترف فيه بالحجية القانونية في الإثبات للمحررات الإلكترونية ذاتها المقررة للمحررات التقليدية، بشرط أن يكون موثوقاً ومستوفياً لشروطه.

كذلك المشرع الأردني في المادة7-أ من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني نص على:" **يعتبر السجل الإلكتروني و العقد الإلكتروني والرسالة والتوقيع الإلكتروني منتجا للآثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق و المستندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامها لأطرافها أو صلاحيتها في الإثبات**"[321].

المشرع التونسي في الفصل الرابع السالف الذكر أقر بالحجية القانونية نفسها المقررة للعقود الخطية متى أمكن الاطلاع على محتواه طيلة مدة صلاحيتها، حفظها في الشكل النهائي بصفة تضمن سلامة محتواها. وحفظ المعلومات الخاصة بمصدرها ووجهتها وكذلك تاريخ ومكان إرسالها أو استلامها.

بدوره المشرع البحريني أقر حجية للسجلات الإلكترونية في المادة الخامسة إذ تنص:" **للسجلات الإلكترونية ذات الحجية المقررة في الإثبات للمحررات العرفية، ولا ينكر الأثر القانوني للمعلومات الواردة في السجلات الإلكترونية، من حيث صحتها وإمكان العمل بمقتضاها، لمجرد ورودها كلياً أو جزئياً في شكل سجل إلكتروني أو الإشارة إليها في هذا السجل**"[322].

أما المشرع المصري في قانون التوقيع الإلكتروني نص في المادة 15 على:" **للكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية، في نطاق المعاملات المدنية و التجارية و الإدارية ذات الحجية المقررة للكتابة و المحررات الرسمية و العرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون**"[323]. كما أقر مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري حجية

---

[319] قرار رقم 51/162، المتضمن قانون الأونسيترال النموذجي للأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية، المرجع السابق.

[320] مخلوفي عبد الوهاب، المرجع السابق، ص. 190.

[321] قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، المرجع السابق.

[322] قانون التجارة الإلكترونية البحريني، المرجع السابق.

[323] قانون التوقيع الإلكتروني المصري، المرجع السابق.

للمحررات الإلكترونية نفسها المقررة للمحررات العرفية حسب ما نصت عليه المادة 10 منه وتنص:" **تتمتع المحررات الإلكترونية بالحجية المقررة للمحررات العرفية في قانون الإثبات في شأن ما يرد في هذه المحررات من حقوق والتزامات بعد استيفائها للشروط والأوضاع المقررة في اللائحة التنفيذية**"[324].

من خلال عرضنا للنصوص القانونية التي نظمتها التشريعات الخاصة للمعاملات الإلكترونية نستنتج أنها أضفت الحجية على الكتابة و المحررات الإلكترونية بنفس الحجية التي تتمتع بها المحررات التقليدية في الإثبات إذا ما استوفت الشروط المتطلبة للكتابة الإلكترونية والمحرر الإلكتروني.

أما المشرع الجزائري نص في المادة 323مكرر 1 على:"**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**"[325].

نستنتج من هذا النص أن المشرع الجزائري كرس مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة على الشكل الإلكتروني والكتابة على الورق، وهو تأكيد على المساواة بين الكتابة التقليدية و الكتابة الإلكترونية ومن خلاله أيضا المساواة صراحة بين الدعامة الورقية والدعامة الإلكترونية، أي لهما نفس الأثر والفعالية من حيث حجية وصحة الإثبات، ونتيجة لهذا ظهر جدل فقهي حول ما إذا كانت الكتابة الإلكترونية تعادل حجية الكتابة الرسمية، وبالتالي هل يمكن إثبات العقود التي يستلزم في إثباتها الكتابة الرسمية بالكتابة الإلكترونية؟ وقبل أن يثار هذا الجدل في الجزائر ثار في فرنسا حيث انقسم الفقه إلى اتجاهين، الاتجاه الأول يوسع من مفهوم الكتابة الإلكترونية ليشمل الكتابة الرسمية، أمّا الاتجاه الثاني فيضيق من مفهوم الكتابة الإلكترونية لتشمل فقط الكتابة العرفية كون المشرع أراد حماية رضا المتعاقدين لاشتراطه الكتابة الرسمية في بعض العقود والتي تتطلب حضور الضابط العمومي وتوقيعها، ويميل البعض إلى الرأي الثاني في عدم إثبات التصرفات و العقود التي يشترط فيها المشرع لإثباتها الكتابة الرسمية على أساس نص المادة 324 من ق م ج، وتطبيقاً لذلك فأحكام الكتابة العرفية هي التي تطبق على الكتابة الإلكترونية[326].

---

[324] مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري، المرجع السابق.

[325] الأمر رقم 05-10، المرجع السابق.

[326] مناني فراح، العقد الالكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 177.

- الرأي الذي نميل إليه بدورنا، خاصة أمام عدم توفير وسائل الأمان و المصداقية.

ثانيا: حجية الكتابة الإلكترونية و المحررات الإلكترونية في ظل قواعد الإثبات التقليدية

أوجدت القوانين التقليدية عدة استثناءات تعفي المتعاقدين من وجوب الإثبات بالدليل الكتابي، وهذه الأخيرة أقرها الفقه إمكانية استغلالها لإضفاء حجية قانونية على المحررات الإلكترونية في دول لم تعترف بالإثبات الإلكتروني[327]، وهي حالات نص عليها المشرع الجزائري التي سيقتصر عرضنا عليها فقط، وسنتناول هذه الاستثناءات في النقاط التالية:

1/ الاستناد إلى المحررات الإلكترونية باعتبارها صورة لمحرر رسمي

نصت المادة 325 ق م ج :" **إذا كان أصل الورقة الرسمية موجوداً، فان صورتها الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابق للأصل، وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين، فان وقع تنازع ففي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل**"[328].

نستنتج من هذه المادة أنه في حالة وجود الأصل يمكن اعتبار النسخة الإلكترونية نسخة منه ما لم ينازعه بصفة جدية وصريحة أحد الطرفين في ذلك، و في حالة وجود الأصل يمكن اعتبار المستندات الإلكترونية ذات حجية قانونية في الإثبات مع وجود فارق وحيد يتمثل في عدم إمكانية المطالبة بالمطابقة مع الأصل لأنه لا وجود ورقي له ولأن الأصل بدوره إلكتروني ولكون جميع هذه المستندات تعد صوراً وليست أصولاً[329].

2/ الاستناد إلى المحررات الإلكترونية باعتبارها مبدأ الثبوت بالكتابة

نصت على هذه الحالة المادة 335 من ق م ج و التي تنص:" **يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة، إذا وجب مبدأ ثبوت بالكتابة.**

وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعي به قريب الاحتمال تعتبر، مبدأ الثبوت بالكتابة"[330].

نستنتج من خلال هذا النص أنه يجب توافر ثلاث شروط لتطبيق هذا الاستثناء هي:

- **وجود الكتابة:** هي أن تكون هناك دعامة كتابية مهما كانت إذ لا تكفي الأقوال الشفوية.

---

[327] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 299.

[328] الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

[329] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 301.

[330] الأمر رقم 05-10، المرجع السابق.

– **صدور الكتابة من الخصم:** استقر الفقه أن تصدر الكتابة من الخصم أو من ممثله القانوني، ويستوي الأمر إن كانت بخط يده أو كانت أو عن طريق إملائه على غيره على إن تنصرف إرادته إلى إصدارها.

– **أن تجعل الكتابة تصرف المدعي به قريب الاحتمال:** يعني أن تقوم الكتابة بوصف الواقعة بأي شكل لا يدع أي مجال للشك في صحتها[331].

في اعتبار هذا الاستثناء كدليل على حجية المحرر الإلكتروني انقسم الفقه إلى اتجاهين اتجاه القائل بأنه في الدول التي لا توجد فيها منظومة قانونية تعترف بها بحجية المحررات الإلكترونية، فإن صدورها يعد قرينة على صدور الكتابة من المدعي عليه يمكن تكملتها بشهادة الشهود لتصبح دليلا كاملا. أما الاتجاه الثاني يرى أن المحررات الإلكترونية تعد مبدأ الثبوت بالكتابة، لأن الآلة الإلكترونية لا تخرج عنها محررات أو نسخ أصلية يمكن تميزها عن النسخ المستخدمة التي يمكن الحصول على عدد غير محدد منها.

ويعيب البعض على الاتجاه الأول كون أن عملية الإشهاد في العقد الإلكتروني مسألة قد تكون غير ممكنة، خاصة أمام التخوف من عدم وجود الطرف المتعاقد الثاني لأن أطراف التعامل بحد ذاتهم غير واثقين من بعضهم البعض[332].

3/ الاستناد إلى المحررات الإلكترونية في حالة عدم إمكانية الحصول على دليل كتابي

تنص المادة 336 من ق م ج على:" **يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما كان يجب إثباته بالكتابة:**

– **إذا وجد مانع مادي أو أدبي دون الحصول على دليل كتابي.**

– **إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته**"[333].

نستنتج من هذا النص أنه توجد حالتين تستحيل فيهما الإثبات بالكتابة وهما:

– **حالة وجود مانع مادي أو أدبي دون الحصول على دليل كتابي:**

يقصد بوجود المانع يحول دون الحصول على دليل كتابي، استحالة الحصول على دليل كتابي وقت التعاقد، سواء كانت مقصورة على شخص معين أو ترجع إلى ظروف معينة، سواء كانت استحالة نسبية أم عارضة أم شخصية، و المانع قد يكون مادي، أدبي، أو بحكم العادة[334].

---

[331] طمين سهيلة، المرجع السابق، ص. 92.

[332] نفس المرجع، ص. 93.

[333] الأمر رقم 05–10، المرجع السابق.

[334] المانع المادي يتوافر كلما وجد ظرف خارجي دفعت الشخص إلى إبرام تصرف قانوني معين ويمنعه من حصول دليل كتابي، أمّا الأدبي فيتحقق كلما وجدت بعض اعتبارات المعنوية التي تحول دون الحصول على الدليل الكتابي، كوجود=

بالنسبة للاستحالة المادية فهي سهلة التطبيق نظرًا لاستخدام الوسائل الإلكترونية التي يستحيل بها إبرام عقود بالشكل المعتاد في القواعد العامة، ويرى البعض أن الاستحالة المعنوية في مجال العقود الإلكترونية المبرمة عبر الأنترنت لأنها عقود دولية فلا تتحقق الحالات التي تشكل هذا النوع من الاستحالة[335].

- **حالة فقدان الدليل الكتابي**

يتطلب تطبيق هذا الاستثناء توافر شرطين هما: أن يكون قد توفر من قبل محرر كتابي للشخص الذي يطلب إثبات غيره، و أن يكون فقدان المحرر لسبب أجنبي لا يد للمدعي فيه.

اختلف الفقه في تفسير هذه المادة، فمنهم من وسع ومنهم من ضيق في مفهومها؛ إذا أخدنا بالمفهوم الضيق لا يمكن تطبيق هذا الاستثناء لإضفاء الحجية القانونية على المحررات الإلكترونية في ظل عدم توافر شروط الدليل الكتابي في المحرر الكتابي، خاصة أن هذا الاستثناء في أصله يستلزم دليل كتابي مستجمعاً لشروط التي حددها القانون ومن ثم يفقده، أما الاتجاه الموسع فيرى إمكانية الاستعانة بالمحررات الإلكترونية في إثبات التصرفات القانونية إذا ما فقدت المعلومات المدونة على دعامة الورقية التقليدية[336].

4- حالة الغش نحو القانون

يقصد بهذه الحالة وجود غش أو تحايل نحو القانون بتواطؤ المتعاقدين على مخالفة قاعدة قانونية متصلة بالنظام العام، تطبيق لمبدأ حسن النية الذي يعتبر بمثابة الركيزة الأساسية في إثبات جميع التصرفات القانونية، فيجوز إثبات الغش نحو القانون بكافة طرق الإثبات مهما كانت التصرف وقيمته، وعليه إن كنّا أمام غش في المجال التعاقد الإلكتروني، فإن للقاضي السلطة التقديرية في أن يستند إلى أي دليل يعرض عليه من شأنه أن يثبت حلة الغش حتى وإن كان ذلك الدليل مستمدًا من وسائل الاتصال الحديثة[337].

=صلة قرابة أو نسب أو علاقة زوجية....، أمّا المانع بحكم العادة يتوفر في الحالات التي لا يمكن فيها الحصول على دليل الكتابي بحكم العرف بين فئة من فئات مثلا: اعتياد التجار إرسال السلع والمنتجات الى منازل زبائنهم دون تحرير محرر كتابي بذلك.

أنظر ذلك في: حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 303.

[335] نفس المرجع، ص. 308 و 309.

[336] طمين سهيلة، المرجع السابق، ص. 94.

[337] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 309.

ويرى البعض أن هذه الحالة هي أكثر الحالات التي يمكن الإعمال بها في العقود الدولية المبرمة بالوسائل الإلكترونية في الإثبات الإلكتروني في دولة لم تنظم المعاملات الإلكترونية[338].

5- الاستناد إلى المحررات الإلكترونية تطبيقا لمبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية

نص المشرع الجزائري صراحة بأن قواعد الإثبات المدنية السابقة لا تسري على المواد التجارية لعنصري السرعة والائتمان القائم بين المتعاملين في المجال التجاري في المادة 30[339] من ق ت ج، التي تقابلها نص المادة 330[340] من الق م ج، و هو ما اهتم به المشرع الجزائري فأقر مبدأ الإثبات الحر في الالتزامات التجارية بشرط أن يكون الأطراف من فئة التجار وأن تتصل بأعمالهم التجارية، وهذا المبدأ يسهل إثبات التصرفات التي تتم بالوسائل الإلكترونية بشرط أن تخول لقاضي الموضوع السلطة التقديرية في تقدير قيمتها في الإثبات، وبالتالي يمكن إثبات التصرفات التجارية بالكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية مع مراعاة التصرفات التجارية المختلطة، وهي الحالة التي يكون فيها العمل تجارياً بالنسبة لطرف، ومدنيا بالنسبة للطرف الثاني، ففي هذه الحالة يجب مراعاة القواعد العامة، وعليه و تطبيقاً مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية يمكن للأطراف اللجوء إلى وسائل الإثبات الإلكترونية حتى في ظل غياب قوانين خاصة بالإثبات الإلكتروني في منظومتهم القانونية التقليدية[341].

ثالثا: موقف الفقه

اختلفت الآراء الفقهية حول مدى اعتبار الكتابة الإلكترونية كدليل إثبات، ففيهم من اعتبرها دليل إثبات إذا توفرت على شروط الكتابة الورقية، وذلك لاستحالة حدوث أي تعديل على المعلومات التي تتضمنها وإن حدث تعديل يمكن معرفته بمقارنته مع الأصل المحفوظ لدى مكتب التوثيق، أمّا المعلومات المخزنة على الأشرطة لا يمكن قراءتها إلا من خلال الحاسب الآلي كما أنها لا تحتوي على أصل ورقي وغير موقع عليها، فقبول الإثبات بها أمر صعب، فحين اعتبر البعض أن الكتابة الإلكترونية دليل إثبات بشرط أن تتوافر جهة محايدة تصادق عليها، وتصدر شهادات بصحته، و توفر الأمان التقني للوسائل

---

[338] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 309.

[339] تنص المادة 30 من الأمر 75-59 على:" يثبت كل عقد تجاري: 1- سندات رسمية، 2- بسندات عرفية، 3- بفاتورة مقبولة، 4- بالرسائل، 5- بدفتر الطرفين، 6- بالإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها".

[340] تنص المادة 330 من الأمر 75-58 وتنص:" دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار، غير أن هذه الدفاتر عندما تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التجار، يجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة إلى أحد الطرفين فيما يكون إثباته بالبينة".

[341] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص . 309 و 310.

الإلكترونية، وتحقق هذا الأمر يتوقف على سن منظومة قانونية تكفل مصداقية التعاقد الإلكتروني والمحررات الإلكترونية، وصحة التصرفات التي تبرم على الأنترنت[342].

المطلب الثاني: التوقيع الإلكتروني

حتى يقبل المحرر الكتابي كدليل كتابي للإثبات ذو حجية قانونية يشترط بالإضافة إلى الكتابة أن يشمل على توقيع، وهو عبارة عن علامة أو إشارة تمييز شخصية الموقّع، تعبر عن إرادته في الالتزام بمضمون السند الموقّع و إقراره له، وكما يعرف بأنه علامة أو إشارة تكون كافية للإثبات بها اتجاه نيّة الموقّع إلى الالتزام بهذا المستند[343].

تتعدى أهمية التوقيع كأداة للإثبات لتمتد إلى أهميته في زيادة مستوى الأمن والخصوصية في التعاملات، نظرًا لسرية المعلومات والرسائل المرسلة، كما يمكن تحديد شخصية وهوية المرسل والمستقبل إلكترونيا للتأكد من مصداقية الشخصية ممّا يسمح بكشف التحايل أو التلاعب[344]، ولتحقيق هذه الأهمية يجب أن تتوافر فيه عدة شروط، والتوقيع الإلكتروني نجده على عدة صور نتيجة لتعدد التقنيات الإلكترونية، وعليه سندرس التوقيع الإلكتروني من حيث عرض تعريفه، ثمّ شروطه، وأهم الصور التي يتشكل منها و في الأخير ندرس الحجية القانونية للتوقيع الإلكتروني .

الفرع الأول: تعريف التوقيع الإلكتروني

ظهر التوقيع الإلكتروني نتيجة استخدام وسائل الاتصال الحديثة في إبرام العقود وتبادل رسائل بين التجار أو بين الأفراد العادين أو بينهم و بين المؤسسات، لأن التوقيع الشرط الجوهري الوحيد في المحرر الرسمي أو العادي الذي يمنحه حجية في الإثبات وإنسابه إلى من صدر منه لأنه يعبر عن إرادة صاحب التوقيع بالتصرف القانوني الذي ابرمه، فالمحرر يكتسب الحجية الكاملة إذا كان يحمل توقيع الطرف الذي يحتج به عليه وخاصة إذا كان في يد الذي تمسك به[345]، ولهذه الميزة التي يتمتع بها التوقيع قد حظي بتعريف معظم التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية بشكل عام والتشريعات التي نظمت التوقيع الإلكتروني بشكل خاص، إضافة إلى الاجتهادات الفقهية لتعريف هذا المصطلح الجديد.

---

[342] محمد فواز محمد المطالقة، المرجع السابق، ص. 239.

[343] محمد سعيد أحمد إسماعيل، المرجع السابق، ص. 242.

أنظر أيضاً: محمد بدوالي، "التوقيع الإلكتروني"، مجلة الإدارة، العدد 26، لسنة 2003، ص. 52.

[344] نسرين عبد الحميد نبيه، المرجع السابق، ص. 340.

[345] بشار محمد دودين، المرجع السابق، ص. 241.

-Voir aussi : GAUTRAIS Vincent ,op-cit, p.89.

أولا: تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية

على الصعيد الدولي أصدرت لجنة الأمم المتحدة للتجارة قانون نموذجيا بشأن التوقيع الإلكتروني لسنة 2000، تضمنت فيه تعريف التوقيع الإلكتروني وكيفية استخدامه، والغاية من هذا القانون مساعدة الدول في تكريس قواعد قانونية خاصة بالتوقيع الإلكتروني[346].

عرف هذا القانون التوقيع الإلكتروني في المادة 2-أ بأنه:"**بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقياً، يجوز أن تستخدم لتعين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات**"[347].

نستنتج أن هذا التعريف اعتبر التوقيع الإلكتروني بيانات إلكترونية التي قد تكون حروفاً أو رموز أو أرقاماً أو أصواتاً وغيرها، على أن ترتبط بالمحرر الإلكتروني الرسالة الإلكترونية، وأن يؤدي وظيفة التوقيع العادي من حيث تحديد هوية الموقع وإقراره على مضمون المحرر أو الرسالة. إلا أن هذا التعريف لم يحدد صور التوقيع الإلكتروني إنما ترك ذلك للتشريعات[348].

كما عرفه التوجيه الأوروبي رقم 93-1999 الخاص بالتوقيعات الإلكترونية في المادة 1/2 بأنه:"**بيان أو معلومة معالجة إلكترونيا، ترتبط منطقيا بمعلومات أو بيانات إلكترونية أخرى كرسالة أو محرر التي تصلح كوسيلة لتمييز الشخص و تحديد هويته** "[349].

قد ميز التوجيه الأوروبي بين نوعين من التوقيع هما التوقيع الإلكتروني المتقدم[350] والتوقيع الإلكتروني البسيط، فالتوقيع الأول هو الذي يكون معتمدا من أحد مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني، الذي يمنح شهادة تفيد هذا التوقيع، أما التوقيع الثاني، فيتمتع بحجية في حالة عدم إنكاره، أما في حالة إنكاره فيقام الدليل على عاتق من أدلى به فيثبت أنه قد تم بطريقة تقنية موثوق منها.

أما على الصعيد الداخلي معظم التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية أوردت تعريف التوقيع الإلكتروني، فقانون المعاملات الإلكترونية الأردني عرف التوقيع الإلكتروني في المادة 2 أنه:"**البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو الإشارات أو غيرها و تكون مدرجة بشكل إلكتروني**

---

[346] لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الكتابي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص. 125.

[347] قرار رقم 56/80، المتضمن قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية للأمم المتحدة، المرجع السابق.

[348] لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص. 125.

[349] الياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 237.

[350] وفقا لنص المادة 2-2 يجب أن تتوفر في التوقيع الشروط التالية:

1- أن يكون قادرا على تحديد شخصية الموقع و مميزا له عن غيره من الأشخاص.

2- أن ينشأ باستخدام وسائل و إجراءات تقنية تقع تحت سيطرة الموقع.

3- أن يرتبط بالمعلومات التي يتضمنها المحرر بطريقة تسمح بكشف أية محاولة لتعديل هذه البيانات.

أو رقمي أو ضوئي أو أي وسيلة أخرى مماثلة في رسالة معلومات أو مضافة عليها أو مرتبطة بها ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها وتميزه عن غيره من أجل توقيعه وبغرض الموافقة على مضمونه"[351].

هذا التعريف عرف التوقيع على أنه حروف أو أرقام، رموز أو إشارات تكون في صورة إلكترونية مهما كانت الوسيلة التي تضمنته ، والملاحظ على هذا التعريف أنه ركز على ضرورة قيام التوقيع الإلكتروني بالوظائف التقليدية التي يقوم بها التوقيع الكتابي من تميز لهوية الشخص الموقع والتعبير عن رضائه بالتصرف القانوني الذي قام به، إلا أنه لم يتعرض إلى كيفية توثيقه[352].

وأيضا ورد تعريف للتوقيع الإلكتروني في قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة2004 في الفقرة ج من المادة الأولى أنه:"**ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون لها طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره**"[353].

المشرع المصري في تعريفه للتوقيع الإلكتروني لم يحدد صور التوقيع الإلكتروني، ونص فقط أن يكون له شكل منفرد وخاص به، غير أنه حدد وظيفته التي تتمثل في تحديد هوية الموقع والتزامه بما تضمنه المحرر محل التوقيع.

بدوره المشرع البحريني عرف التوقيع الإلكتروني في المادة الأولى ب:"**معلومات في شكل إلكتروني تكون موجودة في السجل الإلكتروني أو مثبتة أو مقترنة به منطقيا، ويمكن للموقع استعمالها لإثبات هويته**".

هذا التعريف عرف التوقيع على أنه معلومة وحددها شكلها دون الوسيلة التي يكون بها، كما نص على شرط أن يكون التوقيع مثبتاً و متصلاً بالمحرر، و أن تكون وظيفته تحديد هوية الموقع.

غير أن المشرع التونسي لم يورد تعريف للتوقيع الإلكتروني إنما تناول تعريف العناصر المؤدية إلى هذا التوقيع، إذْ عرف منظومة إحداث الإمضاء بأنها:" **مجموعة وحيدة من عناصر التشفير الشخصية أو مجموعة وحيدة من عناصر التشفير الشخصية أو مجموعة من المعدات المهيأة خصيصاً لإحداث إمضاء إلكتروني**"، كما عرف منطوق التدقيق في الإمضاء ب:" **مجموعة من عناصر التشفير العمومية أو مجموعة من المعدات التي تمكن من التدقيق في الإمضاء الإلكتروني**"[354].

بدوره المشرع الفرنسي عرف التوقيع الإلكتروني في المادة 1316-4 من القانون المدني الفرنسي على:" **أن التوقيع ضروري لاكتمال التصرف القانوني، وهو تحديد هوية من يحتج به عليه، ويعبر عن**

---

[351] قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، المرجع السابق.

[352] لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص. 126.

[353] قانون التوقيع الإلكتروني المصري، المرجع السابق.

[354] قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي، المرجع السابق.

رضي الأطراف بالالتزامات الناشئة عن هذا التصرف وعندما يتم بواسطة موظف عام يكتسب التصرف صفته الرسمية، وعندما يكون التوقيع إلكترونيا يقتضي استخدام وسيلة آمنة لتحديد الشخص، بحيث تضمن صفته بالتصرف الذي وقع عليه، ويفترض أمان هذه الوسيلة ما لم يوجد دليل مخالف بمجرد وضع التوقيع الإلكتروني الذي يجري بموجبه تحديد الشخص الموقع، ويضمن سلامة التصرف، وذلك بالشروط التي يتم تحديدها بمرسوم يصدر عن مجلس الدولة"[355].

أما المشرع الجزائري لم يعرف التوقيع عامة ولا التوقيع الإلكتروني بالرغم من تعريفه للكتابة في القانون المدني[356]، واكتفى بالنص في المادة 327 فقرة 2 على:"**يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر1 أعلاه**"[357]. نستنتج أن المشرع الجزائري خص التوقيع الإلكتروني بنفس شروط الكتابة الإلكترونية وتبعاً لذلك لا يمكن إعمال التوقيع الإلكتروني إلا في العقود والمعاملات العرفية دون المعاملات الرسمية خاصة أمام غياب السلطة التوثيقية، غير أنه في المرسوم 07-162 الصادر بتاريخ 30 ماي 2007، في المادة الثانية عرفت التوقيع الإلكتروني بأنه:" **معطى ينجم عن استخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر و323مكرر1 من الأمر رقم 75-58...**"وبينت ذات المادة التوقيع المؤمن بأنه:"**...هو توقيع إلكتروني يفي بالمتطلبات الأتية:**

- **يكون خاصاً بالتوقيع،**
- **يتم إنشاؤه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحصرية،**
- **يضمن مع الفعل المرتبط به صلة، بحيث يكون كل تعديل لاحق للفعل قابلاً للكشف عنه**"[358].

نستنتج أن المشرع الجزائري اشترط في التوقيع الإلكتروني أن يضمن التعرف بالشخص وأن يحفظه بشكل يضمن سلامته، أي أنه لم يدرج شرط الارتضاء بما ورد في الوثيقة الموقعة إلكترونياً، ممّا يدل انه تبنى مبدأ المساواة والموازاة بين وظيفة التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني[359].

ثانيا: التعريف الفقهي للتوقيع الإلكتروني

قد تباينت أراء الفقهاء في تعريف التوقيع الإلكتروني، فانقسموا إلى اتجاهين:

---

[355] الياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 238.

[356] مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 189.

[357] الأمر رقم 05-10، المرجع السابق.

[358] مرسوم تنفيذي رقم 07-162، المؤرخ في 30 ماي2007، يعدل و يتمم، المرسوم التنفيذي رقم 01-123، المؤرخ في 09/ 2001/05، المتعلق بنظام استغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية و اللاسلكية، ج ر عدد 37 الصادرة في 07/ 2007/06.

[359] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 336.

الاتجاه الأول اعتمد على كيفية إنشاء التوقيع الإلكتروني معيار إجراءات غير تقليدية، إذ عرفوا التوقيع على أنه:" **التوقيع الناتج عن إتباع إجراءات محددة تؤدي في النهاية إلى نتيجة معينة معروفة مقدما فيكون مجموع هذه الإجراءات هو البديل للتوقيع التقليدي**"، وعرفه البعض ب:" **كل توقيع لا يتم بطريقة تقليدية أي انه يتم بطريقة إلكترونية**". نستنتج أن مدلول هذه التعريفات غير كافي كتعريف للتوقيع الإلكتروني لأنه لم يتضمن أي شرط من شروط التوقيع، كما لم يحدد وظيفته المتمثلة في إثبات هوية الموقع، إنما ركز على أن يكون مميزا عن التوقيع التقليدي[360].

أما الاتجاه الثاني اعتمد على معيار إجراءات تقنية فعرفوا التوقيع على أنه:" **مجموعة من الإجراءات التقنية التي تسمح بتحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات وقبوله بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بمناسبته**"[361]، ويعرف أيضاً : " **مجموعة من الإجراءات والوسائل التقنية التي تتيح استخدامها عن طريق الرموز أو الأرقام أو الشفرات الإخراج علامة مميزة لصاحب الرسالة المنقولة إلكترونياً**"[362].

وهو التعريف المناسب للتوقيع الإلكتروني لأنه أبرز كيفية تكوين التوقيع، وحدد الوظيفة التي يقوم بها إلا وهي تحديد هوية الموقع، و إمكانية رضائه بالتصرف الذي صدر منه.

الفرع الثاني: شروط التوقيع الإلكتروني

ركزت التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية سواء كانت دولية أو داخلية، أو كانت خاصة بالتوقيع الإلكتروني أو بالمعاملات الإلكترونية في تعريفها للتوقيع الإلكتروني على ضرورة توافره على مجموعة من الشروط من تحديد لهوية الموقع، التعبير عن إرادة صاحب التوقيع، واتصال التوقيع بالمحرر، توثيق التوقيع الإلكتروني وهي الشروط التي سنتطرق إليها في النقاط التالية:

أولا: تحديد هوية الموقع

التوقيع الكتابي هو علامة أو إشارة تميز شخصية الموقع، وتعبر عن إرادته في الالتزام بمضمون السند الذي وقع عليه، فالتوقيع هو روح المحرر بحيث يكون دالاً على شخصية صاحبه ومميزًا لهوية الموقع بذاته دون شخص أخر، ويستوي أن يكون التوقيع قد تم باستخدام الاسم واللقب أو مختصرًا، أو التوقيع بالحروف الأولى من الاسم أو اللقب الكامل[363]، أو أن يكون عبارة عن علامة مميزة للشخص الموقع تمكن من تحديد هويته وتمييزه عن غيره، وهو كذلك ما يجب أن يحققه التوقيع الإلكتروني، فالشخص عندما يستعمل أداة من أدوات إنشاء التوقيع الإلكتروني يجب أن تكون قادرة على تحديد هوية شخص

---

[360] أنظر أيضا: عبد الفتاح بيومي الحجازي، المرجع السابق، ص. 66.

[361] لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص. 127.

[362] عبد الفتاح بيومي الحجازي، المرجع السابق. ص. 67.

[363] محمد بودالي، المرجع السابق، ص. 53 و54.

واحد تحديد لا غموض فيه، وهو يمكن التحقق منه بالاعتماد على الأرقام السرية الخاصة بكل موقع ومدعمة بشهادات مصادقة من قبل جهات تصديق محايدة تشهد على أن التوقيع ثابت لصاحبه أيا كانت الصورة التي يتخذها شكل التوقيع[364].

ثانيا: سيطرة صاحب التوقيع على منظومة التوقيع ذاته

يتطلب هذا الشرط أن تكون مجموعة عناصر التشفير الشخصية المهيأة خصيصاً لإحداث التوقيع على العقد خاصة بالموقع وحده ومنفردًا بها، بحيث لا يستطيع أي شخص معرفة فك رموز التوقيع الخاص به أو الدخول عليه وليتحقق هذا يجب أن تكون منظومة إحداث التوقيع في فترة الإنشاء أو في فترة الاستعمال تحت حوزة الشخص الموقع، وحتى يمكن القول أن التوقيع معبراً عن رضاء وشخصية صاحبه[365].

ثالثا: التعبير عن إرادة صاحب التوقيع

هو الشرط الذي يعكس التوقيع رضا الموقع وإقراره التصرف الذي وقع عليه أيًا كان شكل التوقيع[366]، وذلك لضمان سلامة المحرر من أي تغيرات أثناء انتقاله عبر الفضاء الإلكتروني من المرسل إلى المرسل إليه[367].

رابعا: اتصال التوقيع الإلكتروني بالمحرر

بالإضافة إلى اشتراط إقرار الموقع بما ورد في مضمون المحرر أن يكون التوقيع متصلا بالمحرر على نحو لا يمكن فصله عنه وأن يكون هذا الاتصال مستمرًا ويمكن حفظه، بطريقة آمنة طوال الفترة اللازمة لإمكانية استخدامه في الإثبات وفي الغالب يرد التوقيع في أخر الورقة حتى يكون منسجماً على جميع البيانات المكتوبة التي تضمنها المحرر، وإذا اشتمل التوقيع على عدة أوراق فإنه يكفي التوقيع في نهاية الورقة الأخيرة منه[368]، والحقيقة أن هذا الشرط تقابله مسألة هامة وضرورية وهي حماية سلامة المحرر الإلكتروني من أي تعديل يطرأ عليه بعد إتمام عملية التوقيع، أي حماية بيانات الرسالة الإلكترونية أو مضمونها، ما يحقق صحة البيانات التي تضمنها المحرر الإلكتروني، ولأن التوقيع على العقد الإلكتروني يعني اتجاه إرادة الموقع على انصراف أثار هذا العقد إليه والالتزام بها وتنفيذ ما عليه من

---

[364] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 342 و343.

[365] عبد الفتاح بيومي الحجازي، المرجع السابق، ص.127.

أنظر أيضاً: إياد محمد عاطف عارف سده، مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009، ص. 64,

[366] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 343.

[367] محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص. 81.

[368] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 344.

التزامات، فمثلا متى وقع طالب الخدمة على طلب الحصول عليها، يلزم بسداد قيمتها باعتباره طرفاً في عقد محل تقديم الخدمة[369].

خامسا: توثيق التوقيع الإلكتروني

اعتمد شرط توثيق التوقيع الإلكتروني من طرف كافة التشريعات الخاصة بالتواقيع الإلكترونية والتجارة الإلكترونية، ويعني توثيق التوقيع الإلكتروني اعتماده والمصادقة عليه من طرف جهة معتمدة[370] يتم تحديدها من طرف الحكومة، ولا يشترط أن تكون نفس الجهة لدى جميع الدول، ومهمة هذه الجهة القيام بالتحقق من التوقيع الإلكتروني العائد للموقع، التحقق من صحة التوقيع بتتبع الرموز والإشارات وفك التشفير المستخدمة في ذلك، ثمّ بعدها تقوم هذه الجهة بمنح صاحب التوقيع شهادة التوثيق[371] والتي تؤكد صحة التوقيع[372].

---

[369] لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص. 131.

[370] عرف قانون النموذجي للأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية على هذه الجهة بمقدمة خدمات التصديق(المادة2)، وعرفها التوجيه الأوروبي للتوقيعات الإلكترونية بمقدمي خدمات التصديق(المادة2)، و عرفها قانون المعاملات الإلكترونية الأردني عرفها بجهة مختصة مرخصة أو معتمدة و منح صلاحية تحديد هذه الجهة لمجلس الوزراء(المادة 39)، عرفها المشرع التونسي الوكالة الوطنية للمصادقة الوطنية وأعطاها سلطة المصادقة وتوثيق التوقيع، و هي مؤسسة وطنية لا تكتسب صفة إدارية وتتمتع بشخصية معنوية و استقلال مالي(الفصل الثامن)، و تخضع في علاقاتها لقانون التجاري التونسي، أما قانون التوقيع المصري عرفها بهيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات لتوثيق الإلكتروني(المادة 2)، أما قانون التجارة الإلكترونية البحريني عرفها بمزود خدمة الشهادات(المادة1).

أما المشرع الجزائري عرفها في المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 07-162 السالف الذكر، و التي تنص:" مؤدي خدمات التصديق الإلكترونية: كل شخص في مفهوم المادة 8-8 من القانون رقم 2000- 03 المؤرخ في 5أوت 2000 و المذكور أعلاه ، يسلم شهادات إلكترونية أو يقدم خدمات أخرى في مجال التوقيع الإلكتروني".

وتنص المادة 8-8 من القانون رقم 2000-03 المؤرخ في 5 أوت 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية و اللاسلكية، ج ر عدد 48 الصادرة في 06/ 08/ 2000، على:"...موفر الخدمات: كل شخص معنوي أو طبيعي يقدم خدمات مستعملا وسائل المواصلات السلكية و اللاسلكية...".

[371] عرفها قانون النموذجي للأمم المتحدة بشأن التوقيعات الإلكترونية ب:" شهادة: تعني رسالة بيانات أو سجلاً أخر يؤكد أنا لارتباط بين الموقع و بيانات إنشاء التوقيع". وعرفها قانون التوقيع الإلكتروني المصري ب:" شهادة التي تصدر من الجهة المرخص لها بالتصديق وتثبت الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع". و عرفها قانون المعاملات الإلكترونية الأردني ب:"الشهادة التي تصدر عن جهة مختصة مرخصة أو معتمدة لإثبات نسبة توقيع إلكتروني إلى شخص معين استنادا إلى إجراءا توثيق معتمدة". عرفها قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي:" شهادة المصادقة الإلكترونية: الوثيقة الإلكترونية المؤمنة بواسطة الإمضاء الإلكتروني للشخص الذي يشهد من خلالها، اثر المعاينة على صحة البيانات التي تتضمنها".وعرفها قانون التجارة الإلكترونية البحريني ب:" شهادة معتمدة: سجل يتسم بأنه: أ- يربط بيانات تحقق من=

الفرع الثالث: صور التوقيع الإلكتروني

يعتبر توقيع الإلكتروني أهم وسيلة لتحديد هوية الشخص، ولحماية العقد من أي اعتداء يمكن أن يمارس على هذه التصرفات التي أبرمت باستخدام وسائل إلكترونية، ونتيجة هذه فقد شهد له عدة تطبيقات مختلفة، فكما للتوقيع العادي عدة صور منها الإمضاء، خط اليد، الختم، أو ببصمة الإصبع[373]، للتوقيع الإلكتروني عدة صور تختلف بالاختلاف الطريقة التي يتم بها، وهذه الصور تتباين فيما بينها من حيث درجة الثقة و مستوى ما تقدّمه من الأمن والضمان التقنيات المستعملة في ذلك ولا يزال التطور التكنولوجي يبحث قصد إيجاد وسائل أكثر فعالية لتأمين المعاملات الإلكترونية[374]، من التوقيع الإلكتروني: التوقيع الرقمي، التوقيع البيومتري، التوقيع بالقلم الإلكتروني، التوقيع باستخدام بطاقات الائتمان الممغنطة.

أولا: التوقيع الرقمي أو الكودي

يعتمد هذا النوع على علم التشفير[375]، الذي يقوم على استخدام برامج خاصة التي تحوّل المعلومات إلى أرقام ورمز يصعب فهمها من قبل الغير، إلا بامتلاك البرنامج والرقم السري لإعادة المعلومات إلى طبيعتها، ويجري العمل بهذه التقنية بأن يمتلك طرفا المعاملة البرنامج الخاص بالتشفير، حيث يقوم أحد أطراف المعاملة بتشفير المحرر الإلكتروني وإرساله إلى الطرف الثاني الذي يفك الشفرة المحرر بذات برنامج التشفير، ويسمى هذا التشفير المتناظر، الذي يقابله التشفير اللامتناظر، وهذا النوع من التشفير يعتمد على وجود مفتاحين الأول يدعى المفتاح الخاص الذي يتم به التشفير ولا يعلمه إلا صاحبه، أما

=توقيع بشخص معين. ب- يثبت هوية ذلك الشخص. ج- يكون صادراً من قبل مزود خدمة شهادات معتمدة. د- مستوف للمعايير المتفق عليها بين الأطراف المعنية أو المنصوص عليها في القرارات التي تصدر استناداً لأحكام هذا القانون".

أما المشرع الجزائري في المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 07-162على:" وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين معطيات فحص التوقيع الإلكتروني الموقع"، وأضافت نفس المادة نوعا أخر يسمى بالشهادات الإلكترونية الموصوفة تعرف:" شهادات إلكترونية تستجيب لمواصفات محددة".

[372] محمد فواز محمد المطالقة، المرجع السابق، ص. 175 و 176.

أنظر أيضاً: إياد محمد عارف سده، المرجع السابق، ص. 65-68

[373] للمزيد أنظر: نفس المرجع، ص. 52-65.

[374] بشار محمد دودين، المرجع السابق، ص. 249.

[375] يعرف التشفير بأنه:"عملية تحويل النص إلى رموز و إشارات غير مفهومة تبدو ذات معنى غامض لمنع الغير من الاطلاع عليها، إلا للأشخاص المرخص لهم بالاطلاع على النص المشفر و فهمه"، وعليه تنصب عملية التشفير على القيام بتحويل النصوص العامة إلى نصوص مشفرة، مع إمكانية إعادة النص المشفر إلى نص عادي بعد فك التشفير بمفتاح التشفير الذي تم به إنشائه.

راجع ذلك في: محمد فواز محمد المطالقة، المرجع السابق، ص. 159.

الثاني يدعى المفتاح العام، وهو الذي يفك التشفير ويعلمه جميع من يتعامل مع صاحب المفتاح الخاص[376].

إن اعتماد هذا التوقيع كأداة لتحديد هوية و رضاء الموقع بمضمون المحرر لا يحقق الثقة والكفاءة للمتعاملين به و لا تأمين مضمون المحرر من أي تعديل، خاصة إذا ما كانت تقنية التشفير هي التشفير المتماثل لأن كيفية تبادل المفتاح السري بين الأطراف يتم إرساله عبر شبكه الأنترنت، فمن السهل الحصول عليه وفك تشفير الرسالة الإلكترونية إلى نص مفهوم، أمّا النوع الثاني من التشفير فهو الأكثر أمناً، إلاّ أنه ليس من المستبعد تغيير مضمون الرسالة الإلكترونية من قبل مصدرها، أو من قبل صاحب التوقيع، فلتجنب هذه الاختراقات وجب تدخل جهة محايدة–جهة التوثيق – تقوم بالتأكيد هوية مصدر التوقيع، وتضمن صحة التوقيع والرسالة وعدم تعرضها إلى أي تعديل، تبديل، تغيير، لأن الجهة المحايدة هي التي ستتولى إصدار المفتاح الخاص، وبأنه لا يمكن تعديل المحرر الإلكتروني إلا عن طريق صاحب المفتاح[377].

ثانيا: التوقيع البيومتري

يقصد البيومترية كلمة استعملت لتلك الوسائل التي ارتبطت مباشرة بالصفات المميزة والخواص الفيزيائية والطبيعية والسلوكية للإنسان التي تختلف من شخص إلى أخر، وتقوم الأنظمة البيومترية الخصائص الشخصية الفريدة لتمييز أو التحقق من الشخص[378].

فالتوقيع البيومترية يقوم على أساس التحقق من شخصية المتعامل بالاعتماد على الخواص الذاتية المميزة للإنسان و على الصفات الجسمانية للأفراد مثل: البصمة الشخصية، قزحية العين، التعرف على الوجه البشري، خواص اليد البشرية، التحقق من نبرة الصوت...، ويتم التأكد من شخصية المتعامل عن طريق إدخال المعلومات للحاسب أو الوسائل الحديثة، بعد تجهيز نظم المعلومات بالوسائل البيومترية، بحيث تسمح بتخزين هذه الصفات على جهاز الحاسوب، وذلك عن طريق التشفير[379].

واعتبر البعض أن هذا التوقيع وسيلة موثوقة لتمييز الشخص وتحديد هويته على أساس أنه يقوم على خصائص ذاتية لكل شخص، فحين اعتبر البعض الأخر أن هذا التوقيع غير فعّال لتحقيق الثقة والأمان على أساس أنها معرض لقرصنة الحاسوب، أو عن طريق فك رموز التشفير كتقليد بصمات الأصابع باستخدام بصمات بلاستيكية مقلدة أو صناعة قزحية عين مشابهة لقزحية العين المشفرة وعبرها

---

[376] زياد خليف شداخ العنزي، المرجع السابق، ص. 62 و 63.

[377] لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص. 141 و 142.

[378] محمد سعيد أحمد إسماعيل، المرجع السابق، ص. 266.

[379] الياس ناصف، المرجع السابق، ص. 244.

أنظر أيضاً: نسرين عبد الحميد نبيه، المرجع السابق، ص. 344.

من طرق التقليد، وعليه فإن هذا التوقيع لا يحقق الأمان والوثوق، فيحتاج إلى استثمارات ضخمة لتمكين مستخدمي الشبكة الإلكترونية من استعمال الخصائص الذاتية للشخص الموقّع على التوقيع الإلكتروني[380].

ثالثا: التوقيع بالقلم الإلكتروني

يقوم هذا التوقيع على نفس الخاصية التي يقوم عليها التوقيع التقليدي، حيث يقوم المتعامل بكتابة توقيعه باستخدام قلم إلكتروني حسابي خاص على شاشة الحاسب الإلكتروني، وبمساعدة برنامج خاص يتم التحقق من صحة التوقيع بالاستناد إلى هذا القلم، والأشكال التي يتخذها من دوائر أو انحناءات أو الالتواءات وغيرها من المميزات التي يتخذها التوقيع الخاص بالموقع[381].

تتمثل عملية التوقيع بالقلم الإلكتروني في نقل التوقيع المحرر بخط اليد عن طريق التصوير بالماسح الضوئي لتنقله إلى الرسالة الإلكترونية المراد التوقيع عليها لإضفاء الحجية عليها، إلا أن هذه الطريقة تتميز بأنها سهلة ومرنة الاستعمال، إلا أنها محفوفة بالمخاطر و صعوبة إنساب الرسالة الإلكترونية إلى صاحبها، فمن الممكن نسخ التوقيع وإضافته لمحررات إلكترونية، لأن هذا التوقيع يمكن فصله عن المحرر الإلكتروني، لهذا فإن هذا التوقيع صعب تحديد هوية الشخص المتعاقد وبالتالي لا يتمتع بالأمان[382] ولتفادي هذه المشكلة وجب استعمال حاسب ألي ذي مواصفات خاصة تمكنه من أداء مهمته في التقاط التوقيع من شاشته، أو القيام بعملية التشفير مع اعتماد جهة تصديق معتمدة للرجوع إليها للتأكد من حقيقة الشخص المنشئ للتوقيع قبل البدء في التعامل[383].

رابعا: التوقيع باستخدام بطاقات الائتمان الممغنطة

تسهيلاً لإبرام عمليات التجارية والحصول على النقود في أي وقت، منحت البنوك بطاقات ائتمان ممغنطة ولها رقم سري لا يعلمه إلا صاحب البطاقة، وهذه البطاقات تستخدم كأداة للدفع أو للسحب الأموال، وحتى يتجسد هذا الدور يجب إدخال البطاقة بالوضع الصحيح داخل الجهاز المخصص لتنفيذ العملية، ثم يقوم بإدخال رقمه السري الخاص، في الأخير يتم الضغط على الاختيار الخاص لإتمام العملية، فكل هذه الإجراءات تعد تعبيرًا عن إرادة صاحبه برغبته في الالتزام بمضمون التصرف المبرم، بالإضافة إلى أن إدخال رقم السري لحامل البطاقة هو دليل لهوية شخص الموقع. يمكن اعتبار هذا

---

[380] الياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 245.

[381] عبد الفتاح بيومي الحجازي، المرجع السابق، ص. 399.

[382] سعيد السيد قنديل، التوقيع الإلكتروني: (ماهيته، صوره، حجيته في الإثبات بين التدويل و الاقتباس)، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديد للنشر، مصر، 2006، ص. 66.

[383] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق. ص. 255 و 256.

التوقيع أنه يحقق درجة من الثقة في التوقيع ونسبته إلى الموقع، وإن التلاعب به يتطلب الحصول على البطاقة، والرقم السري معاً[384].

الفرع الرابع: حجية التوقيع الإلكتروني

لاعتبار التوقيع دليل إثبات يتعين إصباغ حجية قانونية عليه وهو ما سعت إلى تجسيده التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية والتي أضفت على التوقيع حجية وذلك من خلال وضع إجراءات تحقق الأمان والثقة يحميه قانون وتقنية، ولقد كان للفقه محاولات لإيجاد نوع من الحجية لتوقيع الإلكتروني أين أيد فكرة أن للتوقيع حجية في الإثبات، وهناك من رفض ذلك على أساس غياب الأمن الكافي لهذا التوقيع.

أولا: موقف التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية

إن التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية نصت على أن للتوقيع الإلكتروني حجية في الإثبات إلاّ أنها اشترط وجوب أن يمتثل هذا التوقيع الإلكتروني للشروط والوظائف الواجب توافرها، من حيث ارتباطه بشخصية مصدره، ومن القوانين من اشترطت أن يصدر الموقع توقيعه أثناء سريان شهادة التوثيق، و أوجب المشرع توافر صفة الاستمرار في استخدام التوقيع الإلكتروني.

نص القانون الأونسيترال النموذجي للأمم المتحدة بشأن التوقيع الالكتروني على حجية التوقيع الإلكتروني كدليل إثبات في المادة 6 منه وتنص:" **(1)عندما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يستوفي ذلك الشرط بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا استخدم توقيع الالكتروني موثوق بالقدر المناسب للغرض الذي أنشأت أو بلغت من أجله رسالة البيانات في ضوء كل الظروف، بما في ذلك أي اتفاق ذي صلة.**

(2) تسري الفقرة(1) سواء أكان الاشتراط المشار إليه فيها في شكل التزام أو كان القانون يكتفي بالنص على النتائج التي تترتب على عدم وجود توقيع. (3) يعتبر التوقيع الإلكتروني موثوقا لغرض الوفاء بالشرط المشار إليه في الفقرة (1) إذا:

أ- كانت الوسيلة المستخدمة لإنشاء التوقيع الإلكتروني مرتبطة، في السياق الذي تستخدم فيه، بالموقع دون أي شخص أخر.ب- كانت الوسيلة المستخدمة لإنشاء التوقيع الإلكتروني خاضعة، في وقت التوقيع، لسيطرة الموقع دون أي شخص أخر.ج- كان أي تغيير في التوقيع الإلكتروني، يجري بعد حدوث التوقيع، قابلا للانكشاف.د- كان الغرض من اشتراط التوقيع هو تأكيد سلامة المعلومات التي يتعلق بها التوقيع وكان أي تغيير يجري في تلك المعلومات بعد وقت التوقيع قابلا للانكشاف. (4) لا تحد الفقرة3 من قدرة أي شخص على القيام:

---

[384] سعيد السيد قنديل، المرجع السابق، ص. 67.

أ- بأي طريقة أخرى بإثبات موثوقية التوقيع الإلكتروني بغرض استيفاء الشرط المشار إليه في الفقرة 1، أوب- على تقديم عدم موثوقية التوقيع الإلكتروني"[385].

من جهته التوجيه الأوروبي أقر أنه حث دول الأعضاء على مراعاة التأثير القانوني للتوقيع الإلكتروني، وقبوله كحجية في الإثبات القانوني نص في المادة 2/5، ولا يمكن رفض التوقيع لأحد الأسباب التالية:

_لأن التوقيع قد قدم في شكل إلكتروني. -لأنه لم يوضع على شهادة معتمدة. -لأنه لم يوضع على شهادة معتمدة ومسلمة من أحد مقدمي خدمات التصديق على الشهادات المعتمدين. -لأنه لم ينشأ بنص يأمر بإنشاء هذا التوقيع".

أما المشرع الأردني نص في قانون المعاملات الإلكترونية على حجية التوقيع الإلكتروني كدليل إثبات في المادة العاشرة التي تنص:" **أ- إذا استوجب تشريع نافذ التوقيع على المستند أو نصّ على ترتيب أثره على خلوه من التوقيع الإلكتروني على السجل الإلكتروني يفي بمتطلبات ذلك التشريع.**

ب- يتم إثبات صحة التوقيع الإلكتروني ونسبته إلى صاحبه إذا توافرت طريقة لتحديد هويته والدلالة على موافقته على المعلومات الواردة في السجل الإلكتروني الذي يحمل توقيعه إذا كانت تلك الطريقة مما يعول عليها لهذه الغاية في ضوء الظروف المتعلقة بالمعاملة بما في ذلك اتفاق الأطراف على استخدام تلك الطريقة"[386].

ونصت المادة 4 من مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري على:"**يعتبر التوقيع الإلكتروني توقيعا في مفهوم قانون الإثبات ويتمتع بالحجية المقررة للتوقيع العادي على أن يستوفي الشروط والأوضاع المقررة في اللائحة التنفيذية"**[387].

أما قانون التوقيع الإلكتروني المصري نص في المادة 18 على:" **يتمتع التوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية بالحجية في الإثبات إذا ما توافرت فيها شروط الإثبات الآتية:**

أ- ارتباط التوقيع الالكتروني بالموقع وحده دون غيره.

ب- سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني.

ج- إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني.

وتحدد اللائحة التنفيذية لهذه القانون الضوابط الفنية و التقنية اللازمة لذلك"[388].

---

[385] قرار رقم 80/ 56، المتضمن قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، المرجع السابق.

[386] قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، المرجع السابق.

[387] مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري، المرجع السابق.

[388] قانون التوقيع الإلكتروني المصري، المرجع السابق.

بدوره المشرع البحريني نص عل حجية التوقيع الإلكتروني للإثبات في نص المادة 6 على:"

1- لا ينكر الأثر القانوني للتوقيع الإلكتروني، من حيث صحته وإمكان العمل بموجبه، لمجرد وروده-كلياً أو جزئياً- في شكل إلكتروني.

2- إذا وجب القانون التوقيع على مستند، أو رتب أثرا قانونيا على خلوه من التوقيع، فانه إذا استعمل سجل إلكتروني في هذا الشأن، فإن التوقيع الإلكتروني عليه يفي بمتطلبات هذا القانون.

3_ إذا عرض بصدد أي إجراءات قانونية توقيع إلكتروني مقرون بشهادة معتمدة، قامت قرينة على صحة ما يأتي ما لم يثبت العكس أو يتفق الأطراف على خلاف ذلك:

أ- إذا عرض بصدد أية إجراءات قانونية توقيع إلكتروني مقرون بشهادة معتمدة، قامت القرينة على صحة ما يأتي ما لم يثبت العكس أو يتفق الأطراف على خلاف ذلك:

أ- التوقيع الإلكتروني على السجل الإلكتروني هو توقيع الشخص المسمى في الشهادة المعتمدة.

ب- أن التوقيع الإلكتروني على السجل الإلكتروني قد وضع من قبل الشخص المسمى في الشهادة المعتمدة بغرض توقيع هذا السجل الإلكتروني.

ج- أن السجل الإلكتروني لم يطرأ عليه تغيير منذ وضع التوقيع الإلكتروني عليه.

4- إذا لم يتم وضع التوقيع الإلكتروني باستعمال شهادة معتمدة، فإن قرينة الصحة المقررة بموجب أحكام المقررة بموجب أحكام البند السابق لا تلحق أيا من التوقيع أو السجل الإلكتروني"[389].

نستنتج من استعراضنا لنصوص القانونية التي تضمنتها التشريعات أنها تمنح للتوقيع الإلكتروني نفس حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات وهي حجية نسبية، إذ أن الحجية الكاملة تكتمل إذا ما تحقق الشروط المحددة من التشريع الواجب توافرها في التوقيع تجعله توقيعاً موثوقاً به[390].

ثانيا: موقف الفقه من حجية التوقيع الإلكتروني

اختلفت وجهات نظر الفقهاء في إقرارهم للحجية التوقيع الإلكتروني، حيث ذهب جانب من الفقه إلى إصباغ حجية على التوقيع من خلال ما تقوم به بطاقات الصراف الآلي ذات الرقم السري، على أساس أن الإجراءات التي يقومون بها حامل البطاقات هي إقرار منهم بالتصرفات التي قاموا بها، وبذلك اعتبروا التوقيع بالرقم السري موازياً للتوقيع التقليدي من حيث الوظيفة.

وانتقد هذا الرأي على أساس أنه من الممكن ضياع الرقم السري أو سرقته، أو إتلاف و تزوير المسامات الممغنطة الخاصة بالبطاقات أو تغيير بيانات البطاقات.

---

[389] قانون التجارة الإلكترونية البحريني، المرجع السابق.

[390] مخلوفي عبد الوهاب، المرجع السابق، ص. 217.

حظى التوقيع الإلكتروني بقبول من طرف الفقه على أنه يمكن اعتباره كالتوقيع العادي من حيث الحجية في الإثبات وهو وسيلة لإقرار صحة المعلومات الواردة في السند، هذا بالإضافة إلى أن النصوص القانونية الخاصة بالمعاملات الإلكترونية أو بالتوقيع الإلكتروني أقرت بالحجية القانونية للتوقيع الإلكتروني في الإثبات[391].

ونشير إلى أن التوقيع الإلكتروني يتفوق على التوقيع التقليدي بالنظر إلى أن الإستيثاق من شخصية صاحب التوقيع، ففي التوقيع التقليدي كي نتحقق من هوية الشخص وصحة التوقيع تتطلب القيام بإجراءات من خبراء متخصصين وبعدها اللجوء إلى القضاء، أمّا التحقق من صحة التوقيع الإلكتروني يتم تلقائيا عند دخول الرسالة الإلكترونية لما توفره التقنية الحديثة من تأمين عن طريق ما يسمي نظام المعلومات الآمنة وإمكانية ربط التوقيع بخاصية التشفير التي لا يمكن خرقها[392].

[391] محمد فواز محمد المطالقة، المرجع السابق، ص.247.

[392] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 246.

Voir aussi : GAUTRAIS Vincent, op-cit, p.111-113 .

خاتمة

خاتمة

يعتبر العقد الإلكتروني أحد أهم مظاهر التطور الذي أفرته الثورة المعلوماتية في الوقت الراهن، فقد سعينا من خلال دراستنا إلى الإحاطة بالجوانب القانونية لهذا التعاقد الذي أصبح حدث الحال، ابتداءً بعرض ماهيته التي تم فيها إعطاء فكرة عن مفهوم العقد الإلكتروني من ناحية تعريفه وبيان أهم خصائصه التي بيّنت لنا أهم ما يميزه عن غيره من العقود المشابهة له، و تم البحث عن كيفية انعقاده، واتفاق الأطراف إيجاباً وقبولاً، مع البحث عن تحديد زمان و مكان انعقاده، انتهاءً بآثاره التي عرضنا فيها أهم مرحلة للعقد الإلكترونية ألا وهي تنفيذ العقد الإلكتروني من خلال عرضنا للقواعد العامة وأهم ما تأثر فيها بالبيئة الإلكترونية.

وتم التعرف إثبات العقد الإلكتروني وهي الكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية ببيان تعريفها، أهم الشروط الواجبة التوفر فيها، وتعرفنا عن مدى حجيتها القانونية من جهة، التوقيع الإلكتروني من حيث تعريف، شروطه، صوره، وبيان حجيته من جهة أخرى و كان هذا على ضوء التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية الدولية والداخلية، والمواقف الفقهية في بعض المواضيع ذات الصلة به، و توصلنا إلى مايلي:

تعرضنا إلى مفهوم العقد الإلكتروني و توصلنا الى:

– انفرد المشرع الأردني بتعريف العقد الإلكتروني في قانون رقم(85) لسنة 2000 بينما غاب ذلك في قانون النموذجي للأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية و كذا التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية محل الدراسة ممّا يدل على قصورها لتعريف العقد الإلكتروني.

– تناولنا أهم خصائص العقد الإلكتروني توصلنا الى أن أهم خصائص العقد الإلكتروني التي تميزه عن غيره من العقود هي صفته الإلكترونية، التي تضفي عليه الصفة اللامادية وهو نتيجة انعدام التواجد المادي للأطراف.

تعرضنا إلى انعقاد العقد الإلكتروني و توصلنا الى:

– يقوم العقد الإلكتروني على ذات الأركان التي يقوم بها العقد التقليدي هي: الرضا، المحل، السبب، الأهلية، و لما كان المحل و السبب دون وجه خصوصية اقتصرت دراستنا على ركن التراضي.

– تناولنا استخدام وسائل الاتصال الحديثة للتعبير عن الإرادة و توصلنا الى أن التعبير لا يتعدى الكتابة، الإشارة، اللفظ، الكلام المباشر.

– تثير مسألة التأكد من أهلية الأطراف المتعاقدة عبر شبكة الأنترنت صعوبة في تحديده هوية وأهلية أطراف العقد الإلكتروني لعدم وجود التقاء فعلي حقيقي، فاعتبر الفقه أن الحل الأمثل هو التوسع من نظرية الوضع الظاهر، أما القوانين الخاصة بالمعاملات الإلكترونية محل الدراسة فتضمنت في نصوصها

حالات استثنائية لا يمكن فيها إنساب الرسالة الى المرسل إليه، أمّا الباحثين في التكنولوجيا أوجدوا حلول تقنية هي ابتكار مجموعة من الوسائل تعمل على وتقنية كاملة وحاسمة إلا أنّها غير محققة للهدف.

– أمّا في ما يتعلق بمسألة سلامة الإرادة من العيوب الواردة في القواعد العامة من غلط وتدليس والإكراه وأثر البيئة الإلكترونية عليها فقد بينا أنه يمكن أن تؤثر في العقد الإلكتروني.

– تناولنا جواز التعبير عن الإرادة لاستخدام وسائل الاتصال الحديثة في التشريع، توصلنا الى إلى أنه:

– في التشريع الجزائري اختلفت الآراء الفقهية في مدى مشروعية التعبير عن الإرادة، بين المؤيدين والمعارضين لهذه المسألة القانونية وتوصلنا الى أنه رغم حجج المؤيدين و مرونة نصوص القانون المدني الجزائري التي يمكن أن تستوعب التعبير عن الإرادة إلا أنه نتفق مع عدم مشروعية التعبير عن الإرادة بوسائل الاتصال الحديثة أمام ما تتسم به المعاملات الإلكترونية من تعقيدات فنية و قانونية ومخاطر تمس بمصالح الأفراد، وبينما نجد التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية أقرت في نصوص القانونية صراحةً مشروعية التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية في سياق تكوين العقد الإلكتروني.

– لا يوجد تعريف خاص للإيجاب الإلكتروني في التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية محل الدراسة إلا أن الفقه اجتهد فجاء ببعض تعاريف الإيجاب، واستنتجنا أنه لا يختلف عن الإيجاب التقليدي إلا في الوسيلة المستخدمة للتعبير عنه، فمن خلال عرضنا لخصائص الإيجاب أوضحنا أنه يتم عبر وسيط إلكتروني من خلال شبكات الاتصال العالمية، والإيجاب الإلكتروني إمّا أن يكون على صفحات الواب و إمّا أن يكون على صفحات البريد الإلكتروني أو عن طريق الحوار المباشر عبر تقية المحادثة و المشاهدة.

– كما تناولنا مسألة تكييف العروض الموجه الى الجمهور عبر تقنيات شبكات الاتصال عمّا إذا كان إيجاباً بالمعنى القانوني، فتوصلنا إلى أن عرض السلع و الخدمات عبر شبكات الاتصال الحديثة دون بيان أثمانها والشروط الجوهرية للتعاقد لا يتضمن إيجاباً و إنّما لا يعدوا أن يكون مجرد دعوى الى التعاقد.

– لا يوجد تعريف خاص للقبول الإلكتروني في التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية، إلاّ أن الفقه تصدى لتعريفه كما تصدى لتعريف الإيجاب، كما أن القبول الإلكتروني لا يختلف عن القبول التقليدي ويتفقان من حيث الشروط.

– في التعبير عن القبول الإلكتروني يكون صراحةً و يكون عبر شبكة الموقع بإرسال رسالة القبول وإمّا عبر البريد الإلكتروني أو بالضغط على زر الموافقة في لوحة مفاتيح الكمبيوتر.

– أعطي للمستهلك الحق في العدول عن قبوله حماية له وهو ما لا توفره القواعد العامة في العقد الإلكتروني؛ لان هذا الأخير من العقود المبرمة التي لا يتمكن فيها المشتري من فحص السلعة.

– الأصل أن السكوت لا يعتبر قبولاً إلاّ في حالات استثنائية هي: حالة وجود تعامل سابق بين المتعاقدين، العرف، و فيما إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه، و تعتبر الحالتين الأخيرتين غير مألوفتين في التعاقد الإلكتروني، أما حالة التعامل السابق من الممكن أن تكون حالة استثنائية دالة على القبول في التعاقد عبر الأنترنت.

– تعد مسألة الإيجاب و القبول من أدق المسائل العقدية و بالرغم من المساحة الواسعة لهما في القواعد العامة لكنهما لم ينظما بالشكل الوافي في قوانين المعاملات الإلكترونية محل الدراسة.

– اختلفت الآراء الفقهية حول تحديد زمان انعقاد العقد و ظهرت العديد من النظريات الفقهية.

– أخذ قانون الأونسيترال النموذجي للأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية بنظرية استلام القبول لتحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني، على خلاف قانون التوجيه الأوروبي اعتبر زمان انعقاد لعقد لحظة استلام تأكيد القبول ممن وجه إليه العرض وكانت الغاية من تأكيد القبول هي إتاحة الفرصة للقابل للتفكير والتأكد من إرادته في قبول العرض.

– سار المشرع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية على نفس منهج القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية للأمم المتحدة، أما القانون البحريني للتجارة الإلكترونية عدل ما جاء به القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية للأمم المتحدة، أما مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري أخذ بنظرية جديدة لتحديد زمان إبرام العقد هي نظريه استلام تأكيد للقبول، أمّا المشرع التونسي أخد بنظرية العلم بالقبول إلاّ أنه اشترط التوقيع على الرد الذي يتضمن نية القابل في إبرام العقد.

– أمّا مكان إبرام العقد فقد بينا أن القانون النموذجي للأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية اعتد بالمكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه و إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من موطن عمل، فيعتد بالمقر العمل الأوثق علاقة بالمعاملة المتعلقة بالتعاقد الإلكتروني أو تنفيذ، و إذا لم تتوفر هذا العلاقة فيعتد بمقر عمله الرئيسي، وإذا لم تكن هذه الأخيرة يعتد بمحل إقامته المعتاد.

– حدد المشرع التونسي مكان إبرام العقد بمكان عنوان البائع، فحين أخد المشرع الأردني والمشرع البحريني بنفس ما أتي به القانون النموذجي للأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية، إلا أن المشرع البحريني أضاف حدد مكان الشخص الاعتباري وهو المكان الذي أسس فيه.

تعرضنا الى تنفيذ العقد الإلكتروني أي التزامات طرفي في العقد الإلكتروني وفقاً للقواعد العامة لغياب تنظيمها في التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية، وركزنا على أهم العناصر الالتزامات تأثرًا بالبيئة الإلكترونية التي يبرم من خلالها حتى وإن لم يكن التنفيذ عبرها، فمن ناحية تنفيذ التزامات البائع لم تتأثر كثير بالبيئة الإلكترونية ووجه الخصوصية الوحيد هو مكان تنفيذ التسليم إذا ما تمت عبر شبكة الأنترنت، وأمّا تنفيذ التزامات المشتري فوجه الخصوصية فيها هو طريقة دفع الثمن إذ اتسمت الطرق التقليدية بعنصر الجدة بما يتماشى مع البيئة الإلكترونية و المعاملات الإلكترونية كالتحولات الإلكترونية،

بطاقات الائتمان، الشيكات الإلكترونية التي اتسمت بالإلكترونية، كما أفرز التطور التكنولوجي آليات حديثة وخاصة بالوفاء الإلكتروني أبرزها النقود الإلكتروني.

-أخذ للمشرع الجزائري بشكل غير مباشر بتقنية الدفع الإلكتروني، والوسائل التي يعتمد عليها

ويمكننا القول أن القواعد لا تزال صامدة على حكم مسألة تنفيذ العقد؛ لأن العقد الإلكتروني شأنه شأن العقد التقليدي يرتب التزامات تبادلية هي نفسها التقليدية إلاّ أنها تأثرت بالبيئة الإلكترونية في بعض الجوانب غير أن ذلك لا يرقي الى درجة هدم المبادئ العامة لهذه الالتزامات.

- كان من الضروري خلق إطار قانوني الإثبات الإلكتروني لتأمين قيمة قانونية فعّالة للعقد الإلكتروني لخلق جوٍ من الثقة بين الأطراف المختلفة و المتجانسة فيما لاسيما أنها أهم مسألة لإثبات الحق وبالفعل تم إخضاع المعاملات الإلكترونية للمنظومة القانونية ووجد إطار للإثبات الإلكتروني يقوم على الكتابة الإلكتروني و المحررات الإلكترونية، و التوقيع الإلكتروني.

- تم البحث في تعريف الكتابة الإلكترونية و توصلنا الى أن المشرع المصري في مشروع قانون التجارة الإلكترونية انفرد بتعريف الكتابة الإلكترونية دون التشريعات الخالصة بالمعاملات الإلكترونية محل الدراسة، وأمّا المشرع الجزائري عرف الكتابة بشكل عام دون تعريف الكتابة الإلكترونية والمحرر الإلكتروني على الرغم من أنهما مصطلحين يتسماني بالحداثة في مجال إثبات التصرفات القانونية وبالمثل للتوقيع الإلكتروني.

وتم التطرق الى تعريف المحرر الإلكتروني واستنتجنا أن التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية نظمته بتسميات مختلفة و تعاريف مختلفة، وانفرد المشرع المصري بتعريفه بالمحرر الإلكتروني.

- تقوم الكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية على نفس شروط الكتابة والمحررات التقليدية وهي، أن يكون الدليل مقروء، أن يكون مستمرً دائما، و أن يتسم بالثبات و عدم قابليته للتعديل.

- تم إضفاء قيمة وحجية قانونية للكتابة الإلكترونية و للمحررات الإلكترونية من طر ف جل التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية على أن تتوفر فيها مجموعة من الشروط.

أمّا المشرع الجزائري كرس مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة على الشكل الإلكتروني والكتابة على الورق، أي منح لهما نفس الأثر والفعالية من حيث حجية وصحة الإثبات إلاّ أنه نص على وجوب توافرها على مجموعة من الشروط و هي نفسها الشروط الواجب توافرها في التوقيع الإلكتروني، و بتكريسه لهذا المبدأ ثار خلاف فقهي حول ما إذا كانت الكتابة الإلكترونية بمرتبة الكتابة الرسمية أم لها مرتبة الكتابة العرفية، و كان رأينا الميل إلى الرأي القائل بأن الكتابة الإلكترونية كالكتابة العرفية.

- تعرضنا إلى تعريف التوقيع الإلكتروني واستنتجنا أن التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية من خلال قوانين التجارة الإلكترونية أو من خلال قوانين خاصة بالتوقيع الإلكتروني تصدت لتعريفه من خلال بيان ضرورة توفره على مجموعة من الشروط.

– تم التطرق الى شروط التوقيع الإلكتروني التي يجب أن تتوفر فيه للاعتماد عليه في الإثبات و هي دلالة التوقيع على صاحبه بالتزامه بمضمون المحرر و أن يكون مقروءًا و مستمرًا و مباشر و كذا سيطرة صاحب التوقيع على منظومة التوقيع ذاته و اتصال التوقيع بالمحرر الكتابي فلا ينفصل عنه إلا التعديل والإتلاف وهي متوافرة في التوقيع الإلكتروني.

هناك عدة أشكال و صور للتوقيع الإلكتروني نتيجة استعمال العديد من تقنيات الإلكترونية وهذا ما يجعله يختلف عن التوقيع العادي الذي يتم بخط اليد، أو ببصمة الإصبع و التوقيع الإلكتروني يتم بحروف أو أرقام العادي الذي يتم بخط اليد، أو ببصمة الأصبع، و التوقيع الإلكتروني يتم بحروف أو أرقام سرية، لا يعلمها إلا صاحبها، و تحفظ على الحاسب الآلي بشكل مشفر.

تناولنا حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، و قد رأينا أن حجية التوقيع تتوقف على درجة الأمان التي توفرها تقنية الاتصال التي يستخدمها الأطراف المتعاقدة، وأنه يجب أن تتوافر فيها وسائل الحماية والأمان، ويمكن توفير ذلك عن طريق الاستعانة بجهة معتمدة بذلك، وهذا ما دفع التشريعات للبحث عن وسائل تحقق الأمان و الثقة، و تجسيد جهات خاصة تقوم بمراقبة التوقيع ومنح شهادات توثيقية تثبت صحة التوقيع.

وهو ما يعاب على المشرع الجزائري في عدم وضعه للآليات القانونية والتقنية اللازمة لضمان وتفعيل الاعتراف بالإثبات الإلكتروني على العموم، بالإضافة الى أنه لم يقم باستحداث الجهة المختصة في النظر وللتحقق من صحة المحررات الإلكترونية، والتحقق من مدى توافر الشروط اللازمة في التوقيع الإلكتروني، ومدى تحقيقه للأمان القانوني.

و بناءً على كل ذلك يمكن في إطار هذه الدراسة أن نبرز توصياتنا في الأتي:

- تكييف الجهود الدولية من أجل تفعيل النظام القانوني للعقد الإلكتروني، ومحاولة استكمال ما يعتريه من نقص.
- إقامة قواعد تخدم و تنظم الواقع العملي للعقد الإلكتروني.
- إقامة هيئة رقابية دولية تراقب المعاملات الإلكترونية.

– ضرورة قيام المشرع الجزائري بسن قانون للمبادلات الإلكترونية و التوقيع الإلكتروني، وإيجاد الوسائل الكفيلة لتطبيقه و حبذا لو يضمها في قانون واحد شامل يتضمنها و مسمى.

– إعادة النظر في تحديد مفهوم الكتابة الإلكترونية و التوقيع الإلكتروني و تحديد الشروط اللازمة لكل منها بشكل واضح و خاص وذلك بتسميات و شروط مستقلة، منح الكتابة و المحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني و عموماً المحررات الإلكترونية حجية في الإثبات أمام القضاء بمختلف أنواعها وتشكيلاتها و إعطائها حجية المحررات الورقية في الإثبات.

– إجراء تعديلات ضرورية في بعض القوانين كالقانون التجاري لاعتماد التجارة الإلكترونية وكقانون النقد و القرض بوضع تعريف واضح لتقنية الدفع الإلكتروني و تحديد إطار قانوني يشمل كافة الجوانب المتعلقة بمجال وسائل الدفع الإلكتروني حتى تواكب التبادل التجاري الإلكتروني وكي لا تبقى الجزائر مهمشة من هذا التطور.

– تنسيق الجهود مع التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية السباقة الى تنظيم هذه المعاملات للاستفادة من تجربتها.

– إن كان التطور التكنولوجي مس المعاملات القانونية، وجب منّا الحيطة والحذر الشديدين، فلا يجب أن نتعامل مع هذا التطور بما **لا** يتفق مع ديننا الحنيف.

قائمة المراجع

أولا: باللغة العربية:

I- الكتب:

1- أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، دار النهضة العربية، مصر، 2003.

2- أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد و أثره في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي)، دار الجامعة للنشر، مصر، 2008.

3- ناصيف الياس، العقود الدولية: (العقد الإلكتروني في القانون المقارن)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

4- أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الإنترنت (دراسة مقارنة)، المكتبة القانونية، الأردن، 2002.

5- أحمد سفر، أنظمة الدفع الإلكتروني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008.

6- إيمان مأمون احمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني و إثباته : (الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.

7- بشار محمد دودين، الإطار القانوني المبرم على شبكة الإنترنت، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2006.

8- جلال عايدة الشورة، وسائل الدفع الإلكتروني، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2008.

9- خليل احمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الرابع (عقد البيع)، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.

10- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الفكري، مصر، 2006.

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

12- سعيد السيد قنديل، التوقيع الإلكتروني: (ماهيته، صوره، حجيته، في الإثبات بين التداول والاقتباس)، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديد للنشر، مصر، 2006.

13- سمير برهان، العقود والإنفاقات في التجارة الإلكترونية : (إبرام العقد في التجارة الإلكترونية)، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، 2007.

14- السنهوري أحمد عبد الرازق، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول: (نظرية العقد)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.

15- شحاتة غريب محمد شلقامي، التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.

16- عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الناصر، العقود الإلكترونية (دراسة فقهية مقارنة)، جامعة الملك، رياض- المملكة العربية السعودية، د.س.ن.

17- عبد الفتاح بيومي الحجازي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني (دراسة تأصيلية)، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.

18- لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2005.

19- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2005.

20- محمد البنان، العقود والإنفاقات في التجارة الإلكترونية :(العقود الإلكترونية)، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، 2007.

21- محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية للمعاملات التجارة الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

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

23- ــ، أدلة إثبات حديثة في القانون، دار الهدى للنشر و التوزيع، الجزائر، 2005.

24- محمد عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2009.

25- محمد فواز محمد المطالقة، الوجيز في عقود التجار الإلكترونية (دراسة مقارنة)، دار الثقافة، الأردن، 2006.

26- حمودي محمد ناصر، العقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

27- نبيل إبراهيم سعد و همام محمد محمود، المبادئ الأساسية في القانون (نظرية القانون، نظرية الحق، نظرية الالتزام)، منشاة المعارف، مصر، 2001.

28- نسرين عبد الحميد نبيه، الجانب الإلكتروني للقانون التجاري، منشأة المعارف، مصر، 2008.

II- الرسائل و المذكرات الجامعية:

1- مخلوفي عبد الوهاب، التجارة الإلكترونية عبر الأنترنت، أطروحة لنيل شهادة دكتورة العلوم في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011-2012.

2- إياد محمد عاطف عارف سده، مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009.

3- طمين سهيلة، الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون الدولي للأعمال، كلية مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

4- لما عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2008 .

5- مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المدنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012/05/08.

6- واقد يوسف، التنظيم القانوني للدفع الإلكتروني، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون، فرع التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011/05/09.

III- المقالات:

1- أحمد باشي، "واقع وأفاق التجارة الإلكترونية"، مجلة الإدارة، العدد 26، لسنة 2003، ص ص. 65-83.

2- بن ساسي الياس، "التعاقد الإلكتروني و المسائل المتعلقة به"، مجلة الباحث، عدد 02، لسنة 2003، ص ص. 60-86.

3- صابر راشدي، "المركز القانوني للكمبيوتر(الحاسب) في التعاقد الإلكتروني"، مجلة معارف، العدد 09، 2010، ص 9-28.

4- محمد بودالي، "التوقيع الإلكتروني"، مجلة الإدارة، العدد 26، لسنة 2003، ص ص . 49-64.

VI- النصوص القانونية:

1- النصوص التشريعية:

أ1- النصوص التشريعية الوطنية:

1- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26-09-1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر عدد78، لسنة 1975، (معدل و متمم).

2- أمر رقم 75-59، مؤرخ في 26/ 1975/09، يتضمن القانون التجاري الجزائري، ج ر عدد 101 لسنة 1975، (معدل ومتمم).

3- القانون رقم 2000-03، المؤرخ في 5 أوت 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية، ج ر عدد 48 الصادرة في 06/ 08/ 2000.

4- أمر رقم 03-11، المؤرخ في 26 أوت 2003 المتضمن قانون النقد و القرض، ج ر عدد 52، الصادر في 27 أوت 2003.

5- أمر رقم 05-02، المؤرخ في 06 /2005 يعدل و يتمم الأمر رقم 75- 59، المؤرخ في 2005/09/26 المتضمن القانون التجاري الجزائري، ج ر عدد 11، لسنة 2005.

6- أمر رقم 05-10، مؤرخ في 20-06-2005، يعدل و يتمم للقانون المدني الجزائري، ج ر عدد 44، صادر في 26-06-2005.

7- مرسوم تنفيذي رقم 07-162، المؤرخ في 30 ماي 2007 يعدل و يتمم المرسوم التنفيذي رقم 01-123، المؤرخ في 09/ 2001/05، المتعلق بنظام استغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية و اللاسلكية، ج ر عدد 37 الصادرة في 07/ 2007/06.

أ2- النصوص التشريعية الأجنبية:

1- قانون رقم 83، مؤرخ في 09-08-2000 يتعلق بالمبادلات التجارة الإلكتروني التونسي، الصادر بتاريخ 11-08-2000 متوفر على موقع:

http//www.plc.gov.net

2- قانون المعاملات الإلكتروني الأردني رقم 85 لسنة 2000، مؤرخ في 11 ديسمبر 2001:

http//www ecipite.org.arabic/pdf

3- قانون التجارة الإلكترونية البحريني، الصادر بتاريخ 14-09-2002:

http//www.noic.gov.bh/miog/ar/industry/resources laws/commercel/ law

4- مشروع قانون التجار الإلكترونية المصري:

http//www.f.law.net/law/threds/17113243

5- قانون رقم 15 لسنة 2004 المتضمن قانون التوقيع الإلكتروني المصري:

http://www.mediafine.com/ / ?b60f06m7bgx65

ب- القوانين النموذجية:

1- قرار رقم 51/162، الصادر عن الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة في 30 جانفي 1997، تحت عنوان القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الوثائق الرسمية للأمم المتحدة (A /$_{RES}$/51/162/1997).

2- قرار رقم 80/ 56، الصادر عن الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة في 24 جانفي 2002، تحت عنوان القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجاري الدولي، الوثائق الرسمية للأمم المتحدة (A /$_{RES}$/56/80/200).

V: مواقع الأنترنت:

1- عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الناصر، العقود الإلكترونية، (دراسة فقهية مقارنة)، جامعة الملك، رياض- المملكة العربية السعودية، د.س.ن، متوفرة على موقع:

net./ub/showtheed.php ?10381 http://www.lojo

2- إياد محمد عاطف عارف سده، مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009، متوفرة على موقع:

http://www.riyadhalmelm.com/researchesL/9/38_hojh_mohrrat.pdf

3- لما عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2008 .
متوفرة على موقع:

http://www.najah.edu/ar/advanced_search schalt.najah-edularl/content

4- مخلوفي عبد الوهاب، التجارة الإلكترونية عبر الأنترنت، أطروحة لنيل شهادة دكتورة العلوم في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011-2012، متوفرة على موقع:

http://www. Thes univ-batna-dz/index.php ?option

5- القانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي متوفر على موقع:

http://www.Uncitral.org/pdf/arabic

6- عنوان القانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجاري الدولي، متوفر على موقع:

http://www.unictral.org/pdf/arabic/texts/electrom/ml-elecsig-a.pdf

7- MOREAU Nathalie , la formation du contrat electronique , faculte des sciences Juridique , Politiques et Sociales , Université de Lille, 2002/2003 ,

http:// www.edoctorale74.univ-lille2.Fr,

ثانيا: باللغة الفرنسية:

I- Thèse :

- MOREAU Nathalie , la formation du contrat electronique , faculte des sciences Juridiques, Politiques et Sociales , Université de Lille, 2002/2003.

II- Article :

- GAUTRAIS Vincent, la couleur du consentement électronique les cahiers de la proprété intellectuelle, vol,16,n°01 , p. 63-129.

الفهرس

فهرس الموضوعات

مقدمة 1

الفصل الأول: ماهية العقد الإلكتروني..... 5

المبحث الأول: مفهوم العقد الإلكتروني 6

المطلب الأول: المقصود بالعقد الإلكتروني 6

الفرع الأول: تعريف العقد الإلكتروني 7

أولا: تعريف العقد الإلكتروني في المواثيق الدولية..... 7

1- تعريف العقد الإلكتروني في القانون النموذجي في الأمم المتحدة 8

2- تعريف العقد الإلكتروني في القانون التوجيه الأوروبي 8

ثانيا: تعريف العقد الإلكتروني في القوانين الداخلية لبعض البلدان العربية..... 9

1- تعريف العقد الإلكتروني في القانون التونسي 9

2- تعريف العقد الإلكتروني في القانون الأردني 9

3- تعريف العقد الإلكتروني في القانون المصري 10

4- تعريف العقد الإلكتروني في القانون البحريني 10

ثالثا: التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني.....10

1- تعريف العقد الإلكتروني بحسب الوسيلة التي ينعقد بها 11

2- تعريف العقد الإلكتروني باعتباره من العقود المبرمة عن بعد.....11

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني.....11

أولا: العقد الالكتروني عقد إذعان.....12

ثانيا: العقد الإلكتروني رضائي 12

الفرع الثالث: خصائص العقد الإلكتروني.....12

أولا: من حيث طريقة إبرامه 13

1- العقد الإلكتروني عقد مبرم بوسيلة إلكترونية.....13
2- العقد الإلكتروني عقد مبرم عن بعد.....14
ثانيا: من حيث مجال ظهوره.....14
1- العقد الإلكتروني يغلب عليه الطابع التجاري.....15
2- العقد الإلكتروني يغلب عليه الدولي.....15
المطلب الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن غير من العقود المشابهة له.....15
الفرع الأول: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود حسب طريقة التعاقد.....16
أولا: تمييز التعاقد الإلكتروني عن التعاقد التقليدي.....16
ثانيا: تمييز التعاقد الإلكتروني عن التعاقد الهاتف.....16
ثالثا: تمييز التعاقد الإلكتروني عن التعاقد بالفاكس.....17
رابعا: تمييز التعاقد الإلكتروني عن التعاقد بالكتالوج.....17
الفرع الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود المبرمة في نفس البيئة الإلكترونية.....18
أولا: تمييز العقد الإلكتروني عن عقد الدخول الى الشبكة.....18
ثانيا: تمييز العقد الإلكتروني عن عقد الإيواء.....19
ثالثا: تمييز العقد الإلكتروني عن عقد إنشاء متجر افتراضي.....19
رابعا: تمييز العقد الإلكتروني عن عقد إنشاء موقع.....20
المبحث الثاني: انعقاد العقد الإلكتروني.....21
المطلب الأول: التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني.....21
الفرع الأول: استخدام الوسائل الإلكترونية لتعبير عن الإرادة.....22
أولا: التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني.....22
ثانيا: التعبير عن الإرادة عبر شبكة الموقع.....22

ثالثا: التعبير عن الإرادة عبر المحادثة و المشاهدة.....23
الفرع الثاني: صحة التعبير عن الإرادة.....23
أولا: تحديد الأهلية في العقد الإلكتروني.....24
ثانيا: عيوب الإرادة 26
1- عيب الغلط.....27
2- عيب التدليس.....27
3- عيب الإكراه.....27
الفرع الثالث: مدى مشروعية التعبير عن الإرادة باستخدام وسائل الاتصال الحديثة في التشريع الجزائري و التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية 28
أولا: مدى مشروعية التعبير عن الإرادة بوسائل الاتصال الحديثة في التشريع الجزائري 28
1- الرأي القائل بمشروعية التعبير عن الإرادة باستخدام وسائل الاتصال الحديثة 28
2- الرأي الرافض لمشروعية التعبير عن الإرادة باستخدام وسائل الاتصال الحديثة.....29
ثانيا: مدى مشروعية التعبير عن الإرادة بوسائل الاتصال الحديثة في التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية.....30
1- في القانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية للأمم المتحدة.....30
3- في التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية 30
المطلب الثاني: تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني.....31
الفرع الأول: عناصر تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني 31
أولا: الإيجاب الإلكتروني.....32
1- تعريف الإيجاب الإلكتروني 32
2- خصائص الإيجاب الإلكتروني 33
3- صور الإيجاب الإلكتروني 34
4- تكييف العرض الموجهة الى الجمهور عبر شبكات الاتصال.....35

ثانيا: القبول الإلكتروني 36
1- تعريف القبول الإلكتروني 36
2- صور التعبير عن القبول 37
3_الإشكالات التي يطرحها القبول الإلكتروني.....38
الفرع الثاني: زمان و مكان تطابق انعقاد العقد الإلكتروني 40
أولا: زمان انعقاد العقد الإلكتروني 40
1- موقف الفقه من زمان تحديد انعقاد العقد الإلكتروني.....41
2- موقف التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية 43
ثانيا: مكان انعقاد العقد 46

***الفصل الثاني: أثار العقد الإلكتروني*.....48**
المبجث الأول: تنفيذ العقد الإلكتروني 49
المطلب الأول: التزامات البائع 49
الفرع الأول: التزامات البائع بالتسليم 49
أولا: محل الالتزام بالتسليم 49
1- في حالة المبيع.....50
2- في مقدار المبيع 50
ثانيا: كيفية التسليم.....51
1- التسليم القانوني.....51
2 - التسليم الحكمي.....51
ثالثا: زمان ومكان التسليم و نفقاته.....52
1- زمان التسليم 52

2- مكان التسليم 54
3- نفقات التسليم.....54
رابعا: جزاء الإخلال بالالتزام التسليم 54
الفرع الثاني: الالتزام بأداء خدمة.....55
المطلب الثاني: التزامات المشتري 56
الفرع الأول: التزام المشتري بالدفع الإلكتروني 57
أولا: خصائص الدفع الإلكتروني.....57
1- من حيث الصفة الدولية لتقنية الدفع الإلكتروني 57
2- من حيث الجهة التي تقوم بخدمة الدفع الإلكتروني 58
3- من حيث وسائل الأمان الفنية.....58
ثانيا: وسائل الدفع الإلكتروني 58
1- وسائل الدفع المطورة.....59
2- وسائل الدفع الحديثة 65
ثالثا: زمان و مكان تنفيذ الالتزام بالدفع الإلكتروني 68
1- زمان تنفيذ الالتزام بالدفع الإلكتروني.....68
2- مكان تنفيذ الالتزام بالدفع الإلكتروني 69
الفرع الثاني: التزام المشتري بتسلم المبيع.....70
أولا: زمان و مكان تسلم المبيع 70
ثانيا: التزام المشتري بنفقات تسلم المبيع.....71
المبحث الثاني: إثبات العقد الإلكتروني 72
المطلب الأول: الكتابة الإلكترونية و المحررات الإلكترونية 73
الفرع الأول: تعريف الكتابة الإلكترونية و المحررات الإلكترونية.....73

أولا: تعريف الكتابة الإلكترونية 73
ثانيا: تعريف المحرر الإلكتروني.....74
الفرع الثاني: شروط الكتابة الإلكترونية و المحررات الإلكترونية 76
أولا: أن تكون مقروءة 76
ثانيا: استمرارية الكتابة و دوامها 77
ثالثا: الثبات و عدم قابلية الكتابة للتعديل 78
الفرع الثالث: الحجية القانونية للكتابة الإلكترونية و المحررات الإلكترونية.....80
أولا: من حجية الكتابة الإلكترونية في التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية 80
ثانيا: حجية الكتابة و المحررات الإلكترونية في ظل قواعد الإثبات التقليدية 83
ثالثا: موقف الفقه من حجية الكتابة الإلكترونية و المحررات الإلكترونية 86
المطلب الثاني: التوقيع الإلكتروني.....87
الفرع الأول: تعريف التوقيع الإلكتروني 87
أولا: تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية 88
ثانيا: التعريف الفقهي للتوقيع الإلكتروني 91
الفرع لثاني: شروط التوقيع الإلكتروني 91
أولا: تحديد هوية الموقع.....91
ثانيا: سيطرة الموقع على منظومة التوقيع ذاته 92
ثالثا: التعبير عن إرادة صاحب التوقيع.....92
رابعا: اتصال التوقيع الإلكتروني بالمحرر 92
خامسا: توثيق التوقيع الإلكتروني 93
الفرع الثالث: صور التوقيع الإلكتروني 94
أولا: التوقيع الرقمي أو الكودي 94

ثانيا: التوقيع البيومتري.....95
ثالثا: التوقيع بالقلم الإلكتروني 96
رابعا: التوقيع باستخدام بطاقات الائتمان الممغنطة 96
الفرع الرابع: حجية التوقيع الإلكتروني.....97
أولا: حجية التوقيع الإلكتروني في موقف التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية 97
ثانيا: موقف الفقه من حجية التوقيع الإلكتروني.....99
الخاتمة..... 101
قائمة المرجع 107
الفهرس..... 114