وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

Ministry of High Education and Scientific Research

جامعة محمد البشير الإبراهيمي –برج بوعريريج-

University of Mohamed el Bachir-Bba

كلية الحقوق والعلوم السياسية

Faculty of Law and Political Sciences

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي في الحقوق

تخصص: قانون إعلام آلي و إنترنت

الموسومة بـ:

النظام القانوني للعقد الإلكتروني

إعداد الطلبة:

- سعدي لحسن

- دحموني ميلود

إشـراف الأســتاذة :

- بلقســام مـــريم

لجنة المناقشة

الإسم و اللقب	الرتبة	الصفة
عشاش حمزة	أستاذ محاضر "ب"	رئيسا
بلقســام مـــريم	أستاذ محاضر "ب"	مشرفا و مقررا
سي حمدي عبد المؤمن	أستاذ محاضر "أ"	ممتحنا

السنة الجامعية: 2023-2024

Scanned with CamScanner

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People's democratic republic of Algeria
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministry of higher education and scientific research
جامعة محمد البشير الإبراهيمي – برج بوعريريج
University Of Mohamed Al-Bashir Al-Ibrahimi - BBA
كلية الحقوق والعلوم السياسية
Faculty of Law and Political Sciences

إذن بالإيـــداع

أنا الممضي أسفله الأستاذ : بلقاسم مدريم .....

الرتبة : أستاذ محاضر (ب) .....

المشرف على مذكرة الماستر الموسومة بـ : النظام القانوني للحفظ الإلكتروني .....

.....

من إعـــداد :

الطالب الأول : لسعدي لحسن .....

الطالب الثاني : دعموني ميلود .....

أوافق على إيداع الطالب (الطالبين) لمذكرة التخرج لدى الإدارة من أجل برمجتها للمناقشة.

إمضاء الأستاذ المشرف

* ملحق بالقرار رقم .....1082..... المؤرخ في ..... 2020 -06- 27
الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي:

نموذج التصريح الشرفي
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

(الطالب الأول)

أنا الممضي أسفله،

السيد(ة): سعدي لحسن ..... الصفة: طالب، أستاذ، باحث ..... طالب .....

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم 342928017105 والصادرة بتاريخ 2017-08-22 .....

المسجل(ة) بكلية / معهد الحقوق والعلوم السياسية قسم قانون إداري والمؤسسات .....

والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)،

عنوانها: النظام القانوني للعقد الإلكتروني .....

.....

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه .

التاريخ: 2020-06-08

توقيع المعني (ة)

شوهد لأجل تصديق الإمضاء
السيد: .....
بت و أورس: .....
الصادرة بتاريخ: .....
ولاية ورقلة من طرف: .....
عن رئيس المجلس الشعبي البلدي
وبتفويض منه
رئيس مصلحة التنظيم والشؤون العامة
لقطي محمد

ملحق بالقرار رقم .....1082..... المؤرخ في .....

الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي:

نموذج التصريح الشرفي

الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

(الطالب الثاني)

أنا الممضي أسفله،

السيد(ة): د حموني ميلود ..... الصفة: طالب، أستاذ، باحث ..... طالب .....

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 124610 والصادرة بتاريخ 02-03-2020 .....

المسجل(ة) بكلية / معهد الحقوق والعلوم السياسية قسم قانون اعلام آلي وانترنيت .....

والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه).

عنوانها: النظام القانوني للحقة الإلكترونية .....

.....

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه .

التاريخ: 02.06.2024.....

توقيع المعني (ة)

شوهد لأجل تصديق الإمضاء

السيد .....

بتاريخ .....

عن رئيس المجلس الشعبي البلدي

وبتفويض

رئيس مصلحة التنظيم والشؤون العامة

نقطي محمد

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر و تقدير

نحمد الله سبحانه وتعالى ونشكره أولا الذي حبب إلينا طلب العلو ويسر لنا كل الصعاب
والعراقيل التي وقفت في طريقنا طوال فترة إنجازنا لهذا العمل المتواضع.
نتشرف بوضع هذا البحث المتواضع بين أياد أمينة تحفظ العلو وتعمل دائما على تطويره.
كما نتوجه بالشكر الخاص إلى الأستاذة "بلقاسم مريم" أطال الله في عمرها وحفظها ورعاها
على تفضلها بالإشراف عل مذكرتنا وحسن توجيهاتها لنا.
كما نشكر اللجنة المناقشة على التوضيحات والتوجيهات النيرة
والقيمة لإثراء هذا البحث.
و نشكر بدورنا كذلك كل من قدم لنا العون طيلة فترة إنجاز هذا العمل من قريب أو من
بعيد.
وإلى كل من ساهم في تشجيعنا ومساعدتنا ولو بكلمة طيبة

إهداء

اهدي هذا العمل المتواضع إلى من علمني أن النجاح لا يأتي الا بالصبر والإصرار

ابي الغالي رحمه الله

إلى من سهرت الليل لأجلنا

أمي الحبيبة رحمة الله عليها

ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا واهداء إلى العائلة الصغيرة الزوجة والأبناء عبد الإله و عبد الله والعائلة الكبيرة الأخوة والاخوات

لحسن

إهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى من تنير دربي في اليوم ألف مرة وتدفعني إلى الأمام خطوة بخطوة الى من أعيش لأجلها الى نبع الحنان والعطاء ورمز الصبر والوفاء أمي حبيبة قلبي الغالية حفظها الله

إلى والدي العزيز أطال الله في عمره الذي تعب من أجلي وأشرف على مشواري الدراسي من بدايته وصولا إلى الآن

إلى كل الأهل والأصدقاء

إلى كل من وسعهم قلبي ولم يسعهم قلمي

ميلود

قائمة المختصرات

- باللغة العربية:

ق.م.ج : قانون مدني جزائري.

ج. ر : الجريدة الرسمية.

د. ط : دون طبعة.

ط: طبعة.

د. س. ن : دون سنة النشر.

ص ص : من صفحة إلى صفحة.

ص : الصفحة.

ج : الجزء.

مقدمة

مقدمة:

لقد أدى التطور التكنولوجي السريع والمذهل الذي نعيشه حاليا إلى إحداث ثورة حقيقية في المعلومات وظهور الحديث عن المعلوماتية والتي ساهمت في إلغاء الحدود الجغرافية التي تفصل بين الدول والربط بين الشعوب المتباعدة، حيث ساد اعتقاد بأن التحدي الحقيقي يتطلب وضع إطار قانوني عام لثورة المعلومات هذه، وتفعيل التقنيات الإلكترونية الحديثة والتي أصبحت حاليا حقيقة واقعية، وأصبح مستخدموها في تزايد مستمر وذلك لما يحققه هذا النوع من مزايا كثيرة ومتعددة تساهم في إختزال الوقت والجهد وتقليص للنفقات ما وتجنب مشقة السفر والإنتقال، الأمر الذي ساهم في إنتشار يسمى بالتجارة الإلكترونية، حيث يتم تجسيدها عبر الأساليب التعاقدية من خلال العقد الإلكتروني، والذي يعد من أهم الوسائل التي ساعدت على رواج تلك التجارة، إذ كان لهذه الأخيرة دور بارز في زيادة حجم التبادل التجاري ودعم إقتصاد الدول بمليارات الدولارات، لما وفرته للعملاء من أنظمة تتماشى والتطور التقني، الأمر الذي أدى إلى ميلاد عقود جديدة تبرم عن بعد عبر تقنيات الإتصال الحديثة وبشكل خاص الانترنت والتي تسمى "العقود الإلكترونية" والتي بدورها ساهمت في إبرام الصفقات التجارية الإلكترونية، فالعقد الالكتروني يربط بين الأطراف المتعاقدة في كافة أنحاء العالم وفي ثوان معدودة، ويمكن من الإطلاع على موضوع التعاقد بغض النظر عن الحدود الجغرافية للدول .

تحظى دراسة موضوع النظام القانوني للعقد الالكتروني على أهمية قصوى من الناحية العلمية والعملية، فمن الناحية العلمية تكمن الدراسة في معالجة موضوع السالف ذكره بطريقة قانونية أكاديمية وعليه فإن دراستة يثري معارفنا القانونية، ويمكن الإحاطة بمختلف أحكامه وجوانبه القانونية وكذا الإجابة عن الأسئلة والإشكالات التي يطرحها.

تستند أهمية الدراسة إلى أن العقود الإلكترونية تعد عقود حديثة النشأة نسبيا، حيث أنها تتم في بيئة إفتراضية غير ملموسة دون التواجد المادي للأطراف المتعاقدة في مجلس العقد،

لذلك فهنا له حاجة إلى التعرف على التنظيم القانوني لها، والبحث لبيان القواعد التي تنظمها والإطلاع على القوانين والإتفاقيات الخاصة.

هدف هذا البحث إلى دراسة العقد الإلكتروني، وما هو النظام القانوني المتبع حيث سنتحدث فيه عن تعريف العقد الإلكتروني، وخصائصه أيضا، ثم نتقل إلى المقارنة بين الأساليب التقليدية والأساليب الحديثة لإبرام العقد الإلكتروني، وبيان كيفية إثباته، وكذلك الحديث عن مفهوم الكتاب الإلكترونية، وشروطها لإثبات العقد الإلكتروني، والحديث عن مفهوم التوقيع الإلكتروني، وشروطه لإثبات العقد الإلكتروني كل هذا، الهدف منه هو فهم و تأسيس نظام قانوني يساير المعاملات الإلكترونية، و خاصة العقود منها.

تتحدد أهم دوافع إختيارنا لهذا الموضوع بالنظر إلى العديد من الأسباب منها ذاتية و أخرى موضوعية، بحيث تكمن الدوافع الذاتية في كون هذا الموضوع يدخل ضمن الإختصاص الدراسي، و كونه موضوع حديث الإستعمال في الجزائر وهذا ما جعله مهم لنا، أما من الناحية الموضوعية التي أدت بنا إلى دراسة هذا الموضوع تتجلى في كونه من أغلب المعاملات التي نعيشها حاليا إذ يقدم العديد من المزايا التي يمكن أن نستفيد منها سواء علمية أو عملية و أنه السبيل البديل في كل أزمه تسيطر على العالم و توقف الإقتصاد.

إعترضتنا بعض الصعوبات في دراسة هذا الموضوع رغم وجود بعض الدراسات التي تناولت هذا الموضوع إلا أنها لم تتعرض للمستجدات في المجال القانوني للعقود الإلكترونية، و تلقينا أيضا صعوبة أخرى متمثلة في كون هذا المجال الإلكتروني يتسم بالحركية و التحول الدائمين مما صعب علينا ضبط المفاهيم الخاصة به.

وقد تطرقنا في هذه الدراسة إلى المنهج المقارن الذي شرح وفصل بدوره في هذه الاشكالية.

- **إشكالية الدراسة :**

– كيف يتم التعاقد في البيئة الالكترونية؟

- **تقسيم الموضوع :**

للإجابة على الاشكالية المطروحة اعتمدنا المنهج الوصفي التحليلي واتبعنا في ذلك الخطة التالية:

ماهية العقد الإلكتروني (الفصل الأول)، و آثار العقد الإلكتروني (الفصل الثاني.)

الفصل الاول:

ماهية العقد الإلكتروني

الفصل الاول : ماهية العقد الالكتروني

إن ظهور العقود الالكترونية لم يكن صدفة بل ظهر نتيجة للتطور الذي عرفه مجال تكنولوجيا الاتصالات و المعلومات، يعتبر العقد الالكتروني العصب الاساسي للتجارة الالكترونية ويرجع السبب في ذلك لسهولة و سرعة ابرام هذه العقود من خلال الوسائط الالكترونية هذا ما يدعونا للتطرق لمفهوم هذه العقود ثم لإبرامها، يبرم العقد بتوافر الاركان الاساسية و هي، الرضا و المحل والسبب و الشكلية في بعض العقود .

وهي أركان لابد منها لانعقاد العقد سواء في العقود التقليدية أو العقود المبرمة عبر الوسائل الالكترونية عموما، والمبرمة عبر شبكة الانترنت خصوصا، لذلك تخضع العقود الالكترونية للقواعد العامة المنظمة لأحكام العقد وإن كانت هذه العقود في بعض جوانبها تحتاج إلى قواعد قانونية خاصة لمعالجتها، لذلك سنتناول فيما يلي بعض أوجه الخصوصية التي يتعين على الأطراف اخذها بعين الاعتبار عند ابرام هذه العقود، ولكن قبل ذلك سنقوم بتحديد مفهوم هذه العقود وبعد ذلك نتطرق لإبرام مثل هذه العقود كل ذلك سيكون وفقا للقانون رقم 18–05 مؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10مايو سنة 2018، يتعلق بالتجارة الالكترونية مقارنة ببعض القوانين الاجنبية .

.وعلى هذا الأساس قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

–المبحث الأول: مفهوم العقد الالكتروني

–المبحث الثاني: إنعقاد العقد

المبحث الأول: مفهوم العقد الإلكتروني

نتيجة استخدام الأنترنت وتطورها ظهرت العديد من العقود والمعاملات الإلكترونية، مّما 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، ويعد هم العقد الإلكتروني أما استحدث نتيجة استخدام وسائل الاتصال الحديثة وبناء على ذلك سنحاول دارسة مفهوم العقد الإلكتروني من خلال بيان المقصود بالعقد الإلكتروني(المطلب الأول)، و خصائص العقد الإلكتروني(المطلب الثاني).

المطلب الأول: التعريف بالعقد الإلكتروني

العقد هو اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما[1]، وهو تعريف يمكن أن ينطبق على العقد الإلكتروني إذ 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 وعليه لتحديد مقصود العقد الإلكتروني ينبغي أن نشير بداية إلى المقصود بالعقد الإلكتروني (الفرع الأول)، تمييز العقود الالكترونية عن بعض العقود المشابهة (الفرع الثاني)، ولكثرة استخدام العقود الإلكترونية وجب منا تحديد طبيعته القانونية (الفرع الثالث)

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

الفرع الأول: المقصود بالعقد الإلكتروني

للوصول إلى المقصود بالعقد الإلكتروني لابد أن نستعرض عدة تعاريف، وهذا ما سنتطرق له .

أولا: التعريف الفقهي

عرف الفقه الامريكي[1] العقد الالكتروني بأنه :"ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع و المشتري و التي تكون قائمة على صيغ معدة سلفا ومعالجة الكترونيا، تنشئ التزامات تعاقدية".

وعرف **الفقه الفرنسي** العقد الالكتروني بأنه :" اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب و القبول بشأن الأموال و الخدمات، عبر شبكة دولية للاتصال عن بعد، بوسيلة مسموعة ومرئية، تتيح التفاعل الحواري بين الموجب و القابل [2].

ومن خلال كل ما سبق يمكن أن نعرف العقد الالكتروني هو العقد الذي يتطابق فيه الإيجاب و القبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الالكتروني للبيانات و الذي يترتب عنه التزامات عقدية".

ثانيا: تعريف العقد الالكتروني في القوانين الوطنية لبعض الدول

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] -Michal S .Baim et Henry perrit, electronic contrqting, publishingand EDI lqz ,Wiley law puck Bilocation fan wiley .sans 1991,p6.

[2] -Olive Tenu ; internet et le durit, aspect juridiques du commerce électronique, édition eyalets,1996,p23.

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**".[1]

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[2]).

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**[3].

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 وسيط إلكتروني**، إلا أن هذا التعريف حذف من المشروع النهائي تماشياً مع السياسة

[1]قانون رقم، 83مؤرخ في 09-08-2000يتعلق بالمبادلات التجارة الإلكتروني التونسي، الصادر بتاريخ 2000.

[2]مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر،2009، ص 26.

[3]قانون المعاملات الإلكتروني الأردني رقم 85لسنة، 2000مؤرخ في 11ديسمبر 20.

التشريعية المصرية المتمثلة بعدم الإكثار من التعاريف.

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**".[1]

أ :تعريف العقد الإلكتروني في المواثيق الدولية

نركز في هذه النقطة على التعريف الذي أتى به قانون الأونسيترال النموذجي[2] 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[3]، وذلك وفقاً لما نص عليه في المادة2 من القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية للأمم المتحدة لقانون التجاري الدولي في المادة الثانية (أ) التي تنص :"**يراد**

[1]قانون التجارة الإلكترونية البحريني، الصادر بتاريخ 2002.

[2]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 وطنيا لمتبعة وتحقيق وحدة القواعد ا في التعامل مع مسائل التجارة العالمية، وقد حقق الأونسيترال العديد من الإنجازات في هذا الميدان أبرزها إبرام عدد من الاتفاقيات الدولية لعام 1980والاتفاقية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي وغيرها أنظر ذلك في هامش :مناني فراح، عقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص29.

[3]بن ساسي الياس، "التعاقد الإلكتروني و المسائل المتعلقة به"، مجلة الباحث، عدد، 02لسنة، 2003ص60.

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** [1].

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 التعاقد مثل جهازي التلكس والفاكس[2].

تعريف العقد الإلكتروني في القانون التوجيه الأوروبي نصت المادة الثانية من التوجيه الأوروبي الصادر في 20ماي 1997المتعلق 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 لعقد واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية حتى تماما** "، 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

---

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

[2]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، 2011-2012ص54.

توريد للخدمة أياً كانت الوسيلة المستخدمة، بما فيها شبكة الأنترنت[1].

الفرع الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن بعض العقود المشابهة له

من خلال استعراض تعريف العقد الإلكتروني والوقوف على خصائصه اتضح أن هذا العقد لديه خصائص تميزه عن غيره من العقود ولأجل استكمال تحديد ماهية العقد الإلكتروني يستوجب الأمر تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود بحسب الطريقة التي ينعقد بها، 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 عليها لإتمام المعاملات، وعليه وجب تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود المبرمة في نفس البيئة الإلكترونية عرفت البشرية نظام التعاقد عن بعد عصرا بعد عصر باستخدام وسائل كانت تتطور بصفة مستمرة حتى وصلت إلى استخدام وسائل الإتصال والتقنيات الحديثة التي أنتجت ما يسمى بالعقد الإلكتروني.

ومن تلك الوسائل التي يتشابه إبرام العقد بواسطتها مع العقد الإلكتروني، الهاتف والتلفزيون، والفاكس والتلكس، والمنيتل.

أولا: التعاقد عن طريق الهاتف

الهاتف هو جهاز بواسطته تتمكن 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[2] واحتل الهاتف مكانة مرموقة في الاتصالات جعلته يستخدم في إبرام العقود ويقصد بالتعاقد عبر الهاتف تبادل الإيجاب

[1] شحاتة غريب محمد شلقامي، التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، مصر،2008، ص 18.

[2] لما عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011ص22.

والقبول عن طريق هذا الجهاز حيث يتم التعبير عن الإرادة بصفة شفوية، ويلاحظ أن الإيجاب في التعاقد عن طريق الهاتف هو إيجاب موجه لشخص معين بذاته وليس إيجابا موجها للجمهور [1].

وقد واكب جهاز الهاتف تطورات سريعة، حيث أضفيت له ملحقات مثل المجيب الآلي الذي يسجل المكالمات تلقائيا عن طريق جهاز التسجيل، ويخبر المتصل بغياب صاحبه ليقوم بتسجيل المكالمات التي يتركها المتصل وفي هذه الصورة فإنه لا جدال في أن التعاقد فيها هو تعاقد بين غائبين وبظهور الهاتف المحمول وصل جهاز الهاتف إلى أرقى مراتب تطوره، حيث أصبح بالإمكان استعماله في التعاقد عن طريق الإتصال العادي، كما يمكن التعاقد بواسطته عن طريق الرسائل الإلكترونية[2].

ويتضح من الطريقة التي يتم بها العقد عبر الهاتف وطبيعة مجلس العقد فيه، أن التعاقد عن طريق الهاتف يتشابه مع العقد الإلكتروني في وجود الصفة التفاعلية بين الموجب والموجه اليه الإيجاب بحيث يمكن الطرفين الحديث ومناقشة مسائل العقد كما يتشابه العقد الإلكتروني الذي يتم بإستخدام البريد الإلكتروني مع التعاقد بالهاتف الذي يتم عن طريق الرسائل القصيرة، بل يمكن القول بان التعاقد عن طريق الهاتف المحمول يعد صورة من صور العقد الإلكتروني في هذه الحالة إذ ينطبق على التعاقد عن طريق الهاتف النقال تعريف العقد الالكتروني كما ينطبق عليه وصفه وحكمه وخصائصه[3].

[1]عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، دار أحياء التراث، بيروت، لبنان،، 1993ص 198.

[2]سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر، مصر، 2008ص 39.

[3]خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني سنة 2006، د/عبد الفتاح علي يونس، جوانب قانونية للتعاقد الإلكتروني في إطار القانون المدني، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 2008،ص 18.

ثانيا: التعاقد عن طريق الفاكس والتلكس

الفاكس هو عبارة عن جهاز استنساخ بالهاتف يمكن من نقل الرسائل والمستندات المخطوطة باليد والمطبوعات بكامل محتوياتها نقلا مطابقا لأصلها، فتظهر المستندات والرسائل على جهاز فاكس آخر لدى المستقبل، ويلاحظ أن هناك فارقا زمنيا للرد على المرسل رسالها مباشرة ولا يوجد فاصل التلكس هو جهاز لإرسال المعلومات عن طريق طباعتها و زمني ملحوظ بين إرسال المعلومات واستقباله، إلا إذا لم يكن هناك من يرد على المعلومات لحظة إرساله[1] .

ويختلف التعاقد الإلكتروني عن التعاقد عبر الفاكس والتلكس في التواجد المادي للورقة، فالرسائل المتبادلة عن طريق الفاكس أو التلكس لا يتم معالجة بياناتها 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 بإستخدام جهاز الكمبيوتر، من جهة أخرى من السهل التأكد من أصل وصحة الرسائل عبر الفاكس أو التلكس[2].

ويمتاز التعاقد عن طريق الفاكس بسهولة التحقق من شخصية المتعاقد معه، والتأكد من هويته وأهليته بخلاف التعاقد عبر جهاز الحاسوب الإلكتروني الذي يصعب من الناحية التقنية التعرف عليه والتأكد من سلامة إرادته واكتمال أهليته.

ويوفر التعاقد عن طريق التلكس العديد من المزايا منها السرعة، إذ يستطيع الشخص الذي يريد إبرام العقد تأمين وصول إيجابه إلى الشخص الآخر خلال ثوان معدودة، كما يوفر الجهاز السرية أيضا فالرسالة المرسلة بالتلكس رسالة مكتوبة لا يعرف ما فيها من معلومات

[1] مناني فراح، العقد الالكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص38.

[2] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني 2006، المرجع السابق، ص 95.

الا المرسل الذي أرسلها، كما يتميز التلكس بالإتقان والوضوح، غير أنه من عيوب هذا الجهاز أنه لا يستطيع نقل الرسوم التوضيحية والهوامش والتوقيعات.

ثالثا: التعاقد عن طريق الكتالوج

الكتالوج هو وسيلة من وسائل البيع التي تكون إما على شكل نماذج ورقية تحتوي على كتابات ما تكون على شكل صور ورسومات وصور توضيحية للمنتجات المعروضة للبيع أو فيديو أو أسطوانات كمبيوتر مضغوطة أو تكون على شكل إلكتروني معروض على مواقع شبكة الانترنت مما يجعله تعاقد بين غائبين ويقوم التعاقد عن طريق 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 المرفقة به ثم يتم إرسالها عبر البريد العادي، بينما في التعاقد الإلكتروني يتم التعبير عبر القبول بطرق إلكترونية، مما يؤدي إلى إنتقاء الفاصل الزمني بين صدور الإيجاب والقبول.

رابعا: التعاقد عن طريق المينيتل

يعد جهاز المينيتل من وسائل إبرام العقود، وهو جهاز قريب الشبه بجهاز الحاسوب الشخصي لكنه صغير الحجم نسبيا، يتكون من شاشة صغيرة ولوحة مفاتيح تشمل على حروف وأرقام قريبة الشبه بلوحة مفاتيح الكمبيوتر، وهو وسيلة اتصال مرئية ينقل الكتابة على الشاشة دون الصور، ويلزم لتشغيله أن يوصل بخط الهاتف.

ورغم شيوع استخدامه لم ينل المينيتل ثقة القضاء الفرنسي، فهو لا يكفي في نظره للتعبير عن الإرادة على نحو جازم، بالإضافة إلى أنه لا يقدم الضمانات الكافية للمتعاقدين

من حيث التأكد من صفة الطرف الآخر وأهليته وصدق معلوماته[1].

والتعاقد عبر المينيتل هو تعاقد بين غائبين لوجود فترة زمنية بين صدور القبول والعلم به، وهو أيضا تعاقد عن بعد، وهو في هذه الجزئية الأخيرة، يتشابه مع العقد الإلكتروني في صورة التعبير عن الإرادة بإستخدام البريد الإلكتروني ولكنه أقل تطورا منه، فالبريد الإلكتروني يسمح بنقل الصورة والملفات الصوتية والفيديو في حين يختلف عن العقد الإلكتروني في غياب الصفة التفاعلية التي تسمح بالتعاصر بين الإيجاب والقبول.

خامسا :التعاقد عن طريق التلفزيون .

عرف بعض الفقه التعاقد الذي يتم عن طريق التلفزيون بأنه عبارة عن طلب سلعة أو منتوج بواسطة الهاتف بعد عرضها بواسطة التلفزيون، واذا كان التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق التلفزيون يتشابهان في أن الرسائل المنقولة هي نفسها بالنسبة لكافة العملاء إذ تتم بالصوت والصورة، إلا أن الإعلام في التعاقد عن طريق التلفزيون يكون عن طريق الإذاعة المرئية المسموعة، والأمر الجوهري في هذا الإعلام أنه وقتي أي يزول سريعا، لأنه لا يستمر إلا خلال مدة الإذاعة فقط، وللحصول على مزيد من التفاصيل يكون من خلال الإتصال مع الشركة عن طريق التليفون أو المينيتل، أما الإعلام في التعاقد الإلكتروني فيظل قائما طوال اليوم خلال أربعة وعشرين ساعة ويكون الاستعلام عن التفاصيل من خلال تصفح صفحات الموقع على الأنترنت. كما أنه في التعاقد عن طريق التلفزيون يتم إبلاغ القبول عبر الاتصال بالتلفون أو المينيتل أما في التعاقد الإلكتروني فإن التعبير عن القبول يتم عبر التبادل الإلكتروني للبيانات، أو عن طريق البريد الإلكتروني، أو بالضغط على عبارة الموافقة عن طريق لوحة مفاتيح الكمبيوتر الخاص بالعميل أو بأية وسيلة أخرى من وسائل التعبير الإلكترونية عن القبول.

[1] محمد حسام محمود لطفي، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود برامها، دار النهضة العربية، مصر، 1993، ص 31.

إلا أن الفارق الجوهري يكمن في أن البث يتم من جانب واحد في حالة التعاقد عن طريق التلفزيون، فلا توجد إمكانية للتجاوب أو لأية مبادرة من جانب العميل وذلك على عكس العقد الإلكتروني الذي يتصف بصفة التفاعلية من جانب العميل أي يكون هناك نوع من التبادل بين الطرفين، وصفة التفاعلية هذه تسمح بحضور افتراضي متعاصر بين أطراف التعاقد، كما تسمح بتسليم بعض الأشياء تسليما معنويا أو أداء بعض الخدمات فورا على الشبكة، وتسمح كذلك بالوفاء الإلكتروني عبر الشبكة عن طريق وسائل الدفع الإلكترونية.

الفرع الثالث: 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 منا 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[1].

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 ازئر 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 إّما القبول وابرام العقد أو رفضه كلياً لعدم توفر حق

---

[1] سمير برهان، العقود والإنفاقات في التجارة الإلكترونية (إبرام العقد في التجارة الإلكترونية)، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، ص60.

المفاوضة وحتى المناقشة مع الطرف الأخر.

ثانيا: العقد الإلكتروني عقد رضائي

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

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، كّنا بصدد عقد رضائي حيث تمكن هذه الوسائل الأطراف المتعاقدة من تبادل وجهات النظر، وحق التفاوض حول شروط العقد و المفاوضة بين العروض المقدمة له، أّما 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، مّما يجعل منه الطرف الضعيف في العقد[1].

المطلب الثاني: خصائص العقد الالكتروني

يتميز العقد الالكتروني بأنه عقد المبرم بوسيلة الالكترونية، ويتم إبرامه بين متعاقدين متباعدين مكان فرع الثاني كما يغلب عليه الطابع التجاري والدولي وهذا ما سيتم التطرق إليه فيمايلي.

الفرع الأول: العقد الالكتروني عقد يبرم بوسيلة الكترونية

إن أهم خاصية يتميز بها العقد الالكتروني عند غيره من العقود هي انه عقد مبرم بوسيلة الكترونية، فالوسيلة التي من خلالها يتم إبرام العقد هي التي تكسبه هذه الصفقة،

[1] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص88 و89.

وتتمثل هذه الوسائل عادة في أنظمة الكمبيوتر المرتبطة بشبكات الاتصالات المختلفة السلكية ولاسلكية.

والملاحظ انه لا يمكن حصر جميع هذه الوسائل في الوقت الحاضر نظرا لارتباطها مع التطور التكنولوجي غير انه يمكن عرض أهميتها فيما يلي:

-التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة:

هناك العديد من الوسائل الحديثة التي ظهرت في فترة زمنية قصيرة نسبيا، والتي تستخدم في إبرام العقود منها:

-الهاتف المرئي :

لقد تطور الهاتف العادي وأدخلت عليه تعديلات فظهر ما يعرف بالهاتف المرئي الذي يمكن صاحبه من الكلام مع الشخص ومشاهدته في نفس الوقت وبعد هذا الجهاز من أكثر الوسائل الاتصال الفورية فاعلية وانتشار في العالم المتطور[1].

وقد كان من المفروض أن يستخدم هذا الهاتف في شبكة الانترنت بالنظر من سهولة استخدامه ورخص ثمنه وتعذر ذلك نظرا لظهور بعض المصاعب التقنية إلا هناك جيل أخر لهذا الجهاز يفترض أنه سيوفر هذه الإمكانية. يتم إستخدام الوسائط الالكترونية عبر شبكة الأنترنت في إبرام التعاقد، ويعد ذلك من أهم مظاهر الخصوصية في العقد الإلكتروني وهذا ما ميزه عن العقود الأخرى، بل إنها أساس هذا العقد رغم عدم إختلافه من حيث الموضوع والأطراف، حيث يمكن أن يرد على كافة الأشياء والخدمات التي يجوز التعامل فيها، أما عن أطرافه فهم أنفسهم في أي عقد آخر، فيمكن أن تكون من الأشخاص الطبيعية أو المعنوية، ودفعت هذه الوسائل إلى إختفاء الكتابة التقليدية التي تقوم على الدعائم الورقية لتحل محلها

[1] محمد أمين الرومي، التعاقد الالكتروني عبر الانترنت، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004 ص 17.

الكتابة الإلكترونية التي تقوم على دعائم إلكترونية، 0ولا يقتصر الأمر على الهاتف بل أخذ بوسائل بديلة مثال : الحاسب الآلي المربوط مع شبكة الإنترنت من خلال وسائل الإلكترونية، سواء كان الهاتف الأرضي أو المحمول، فالمهم هو ربط مع الموديم الذي يمكننا من الربط مع شبكة الإنترنت التي تجمع العالم، من خلالها يتم تبادل المعلومات و البيانات لإتمام أعمالهم في ابرام العقود

الفرع الثاني: العقد الالكتروني عقد قائم عن بعد

يعرف العقد المبرم عن بعد بالتعاقد الذي يجمع بين المتعاقدين في مجلس عقد واحد ولا يكون بينهما اتصال مباشر أي كوجود فاصل زمني ما بين صدور الإيجاب وعلى القابلية وصدور القبول وعلم الموجب به مهما كان الفاصل قصير.

اليوم وبفضل ظهور وسائل الاتصال أكثر حداثة التي تتمثل في وسائل الاتصال الفوري التيلكس والفكس وشبكة الانترنت، أصبح العقد يبرم خلال ثواني معدودة لأنها تمتاز بالسرعة والشيوع في استخدامها في العقود القائمة عن بعد، فالفترة الزمنية التي تفصل بين صدور الإيجاب والقبول قصيرة جدا تصل إلى درجة التفاهم من حيث القيمة المترتبة على حسابها لذلك فالعقد الالكتروني يبرم دون تواجد مادي لأطرافه في مجلس عقد حقيقي، حيث يتم تبادل الإيجاب والقبول الالكتروني عبد الانترنت فيجمعهما بذلك مجلس عقد افتراضي، لذلك فهو ينتمي إلى طائفة العقود المبرمة عند بعد وهو أيضا عقد فوري متعاصر نتيجة لصفة تفاعلية فيما يبين أطراف العقد[1].

تميز العقد الإلكتروني عن بقية العقود الأخرى كونه عقد ينتمي إلى العقود المبرمة عن بعد ويتم بدون التواجد المادي لطرفيه لحظة تبادل التراضي حيث يصدر الإيجاب و يقترن به القبول، فهو عقد مبرم بين طرفين غير متواجدين في أماكن متباعدة، لا يجمعهما مجلس

[1] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، 75.

عقد حقيقي فيجمعهم بذلك مجلس حكومي إفتراضي حيث يتم التعاقد عن بعد بوسائل إتصال تكنولوجية .

إن كون العقد الإلكتروني من العقود المبرمة عن بعد فإنه لابد أن يتمتع ببعض القواعد الخاصة التي لا تشبه تلك الموجودة في العقود التقليدية و تتمثل معظم هذه القواعد في توفير حماية خاصة للمستهلك المتعاقد عبر الانترنت حيث أن حضور المتعاقدين يمكن أن يؤدي إلى ظهور عدة صعوبات، فالحضور المادي للأطراف يسمح لكل منهم البحث والتحقيق من شخصية الآخر كما تتاح كل تفاصيل العقد مثل تاريخ وساعة التعاقد، كما يتيح ضمان بعض المسائل القانونية و أهمها:

*التحقق من أهلية المتعاقد الآخر وصفته في التعاقد .

*التحقق من تلاقي الإرادتين إذ يتم ذلك بشكل متعاصر حيث يتم صدور الإيجاب من أحدهما يتبعه القبول من الطرف الآخر.

*التحقق من تاريخ التصرفات والمستندات

*اللغة التي سيتم العقد بموجبها، فيمكن أن تكون مختلفة بين أطراف المتعاقدة .

*التوقيت حيث يختلف بالنظر إلى مكان تواجد الأطراف المتعاقدة ويلاحظ أن هذه المواصفات التي نجدها في العقد الالكتروني لا نراها في العقود الأخرى، وهذا ما يتيح لنا إنجاز.

الفرع الثالث : العقد الالكتروني عقد يغلب عليه الطابع التجاري

إن العقد الالكتروني أهم وسيلة لممارسة التجارة الالكترونية يطلق عليه تسمية عقد التجارة الالكترونية وتعرف هذه المعاملة التجارية بأنها«:**تنفيذ بعض وكل المعاملات التجارية التي تتم بين مشروع تجاري وآخر أو بين تاجر ومستهلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات هذا ما ساهم في تطوير الأعمال التجارية ونجاح المشروعات**

التجارية[1]».

العقد الإلكتروني غالبا ما يتصف بالطابع التجاري و تلك الصفة والسمة الغالبة التي تشكل الجانب الأكبر من مجمل العقود التي تبرم إلكترونيا، ويطلق عليه عقد التجارة الإلكتروني ة حيث يرتبط بالتجارة الإلكترونية إرتباطا وثيقا، فالتجارة الإلكترونية **E Commerce** هي المجال الذي يظهر فيه العقد الإلكتروني بصفة خاصة، بإعتباره أهم وسيلة من وسائلها، ولا يقصد بالتجارة الالكترونية، التجارة في الأجهزة الإلكترونية، بل المعلومات والعلاقات التجارية التي تنشأ بين المتعاملين فيها وذلك بإستخدام الوسائل الإلكترونية مثل الإنترنت، و تكون ممارسة الأعمال التجارية بوسيلة إلكترونية على سبيل الإعتياد أو الإستعمال الأمثل لكافة أنواع تكنولوجيا الإتصالات المتوفر بشأن تنمية النشاط التجاري، ويتسم كذلك بطابع الإستهلاك لأنه غالبا ما يتم بين تاجر أو مهني ومستهلك، ويخضع عادة للقواعد الخاصة بحماية المستهلك حسبما جاء به التوجيه الأوروبي رقم 97/7 وكذا قانون الإستهلاك الفرنسي والذي يفرض على الطرف القوي في العقد العديد من الواجبات والإلتزامات القانونية، بإتجاه المستهلك كونه الطرف الضعيف في العقد.

ونشير إلى أن المشرع الجزائري لم يعرف العقود التجارية لكن عرف العمل التجاري وذلك في القانون التجاري و وفقا لأحكام المواد 1،2،3وعليه لا تكون التجارة الإلكترونية سوى ممارسة تلك الأعمال بواسطة الوسائل الإلكترونية، ومنه يمكن القول بأن التجارة الإلكترونية لا تختلف عن التجارة التقليدية في مضمونها بل تتمثل خصوصيتها في وسائل الإبرام .

[1]بشار محمود الدودين، الاطار القانون للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت دار الثقافة للنشر، الأردن، 2006ص75.

الفرع الرابع: العقد الالكتروني يغلب عليه الطابع الدولي

العقد الالكتروني يتسم بالطابع الدولي لأن الطابع العالمي لشبكة الانترنت والانفتاحية التي تتميز بها جعل معظم دول العالم في حالة انفصال دائم على الخط مما سهل إبرام عقود بين مختلف الدول أو بين دولة واحدة أو أكثر، على الرغم من غياب الاتصال المادي بين أطراف التعاقد وتباعد المكاني بينهم ولا شك أن انتشار ظاهرة الانترنت في معظم دول العالم وفر للمتعاملين إمكانية إجراء معاملات الكترونية بين الدول المختلفة غير أن هذا لا يمنع أن تكون المعاملة بين دولة واحدة بمفهوم واحكام العقد الداخلي وفي هذه الحالي لا يتسم بالدولية[1].

المبحث الثاني: انعقاد العقد الالكتروني

يتميز العقد الالكتروني بالبعد المادي بين أطراف المتعاقدة وطبيعة الدولية وتنوع وسائل إبرامه لأجل هذا طرحت العديد من الإشكالات والتساؤلات القانونية أهمهم كيفية تبادل الإرادات عبر وسائل الاتصال الحديثة وكيفية تحديد زمان ومكان تلقيها لإحداث أثار قانونية خاصة إذا ما أخذ صفة اللامادية والافتراضية التي يتميز بها هذا العقد التي تأثر على الإيجاب والقبول المشكلين لأهم ركن في العقد ألا وهو ركن التراضي فيشترط في التعاقد الالكتروني ما يشترط في التعاقد التقليدي توفر ثلاث أركان أساسية، التراضي المحل والسبب ولا يبدوا أن الفقه أورد شيئا من الخصوصية للمحل والسبب لذا تناول ركن التراضي دون ركني المحل والسبب.

والتراضي لا يتحقق إلا بتعبير كل متعاقد عن إرادته ثم حصول مع تطابق ما بين الإرادتين عليه سنحاول دراسة التعبير عن الإرادة في العقود في العقد الالكتروني (المطلب الأول) ثم نعرض كيفية تطابق الإرادتين في العقد الالكتروني (المطلب الثاني).

[1] مخلووفي عبد الوهاب، التجارة الالكترونية عبر الأنترنت، الأطروحة لنيل شهادة الدكتورة في الحقوق العلوم، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والأعمال السياسية، جامعة الحاج الأخضر، باتنة، 2011-2012.

المطلب الأول: التعبير عن الإرادة في العقد الالكتروني

التعبير عن الإرادة هو مظهر الإرادة الخارجي وعنصرها المادي المحسوس فيكون تارة تعبيرا صريحا وتارة أخرى يكون تعبيرا ضمنيا، [1]لأن الأصل في التعبير عن الإرادة لا يشترط فيه مظهر خاص أو وسيلة محددة عملا بمبدأ الرضائية في العقود [2]ولما كان العقد الالكتروني يتم بوسائل الكترونية سنعرض كيف يتم استخدامها كأداة للتعبير عن الإرادة (الفرع الأول)، والتعبير عن الإرادة لا يكفي كي تستنتج أثارها القانونية بل يجب أن تصدر من شخص بالغ وأهل وأن شت وبها عيب من عيوب الإرادة، فيجب أن تتوفر الصحة في التعبير عن الإرادة (الفرع الثاني) وأمام إتاحة الوسائل الالكترونية إمكانية التعبير عن الإرادة تتوقف لتناول مدى مشروعية التعبير عن الإرادة في التشريع الجزائري والتشريعات الخاصة بالمعاملات الالكترونية الفرع الثالث.

الفرع الأول: استخدام الوسائل الإلكترونية للتعبير عن الإرادة

هناك عديد من وسائل الإلكترونية التي يتم من خلالها التعبير عن الإرادة سنذكر أهمها فيمايلي:

أولا: التعبير عن الإرادة عبر البريد الالكتروني والمحادثة والموقع

1/التعبير عن الإرادة عبر البريد الالكتروني

تتم عملية عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني بأن يقوم الشخص المرسل الذي يملك اشتراك على شبكة الانترنت بالدخول إلى أي بريد الكتروني يرغب بإرسال الرسالة إليه، فيقوم

---

[1] سنهوري أحمد عبد الرزاق، النظرية العامة الالتزام، الجزء 1، نظرية العقد، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان1998، ص150.

[2]نبيل ابراهيم السعد وهمام محمد، المبادئ الأساسية في القانون:"نظرية القانون، نظرية الحق، نظرية الالتزام"، منشئة المعارف، مصر، 2001ص276.

بكتابة العنوان المرسل إليه مع كتابة الرسالة، ثم يقوم بالضغط على مفتاح الإرسال فيقوم برنامج بريده الإلكتروني بإرسال الرسالة إلى الخادم، وحينها يتصل المرسل إليه بالخادم يقوم بتحميل الرسالة على جهازه وتخزينها في صندوق بريد المرسل إليه الذي يسمى الوارد، يحتوي الوارد على جميع الرسائل التي استلمها المرسل إليه، واذا 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.

2/التعبير عن الإرادة عبر المحادثة

يستطيع مستخدم الانترنت عبر برنامج المحادثة التحدث مع شخص آخر في نفس الوقت بشرط أن يكون الطرفان متصلين بخدمة غرفة المحادثة، ويتم التعبير عن الإرادة عبر المحادثة عن طريق الكتابة بالطبع وتقسم صفحة البرنامج إلى قسمين:

-القسم الأول يدون فيه ما يعبر عنه من أفكاره.

-القسم الثاني فيخصص لما يستقبله من الرسائل من الطرف الآخر، وقد نجد في بعض الأحيان كاميرا رقمية يتم من خلالها مشاهدة كل طرف لأخر مع التحدث في نفس الوقت وهو ما يسمى بنظام المحادثة والمشاهدة.

فوسيلة التعبير عن الإرادة من خلال المحادثة والمشاهدة يمكن أن تكون بالتعبير الصريح اللفظ، الكتابة، الإشارة، وما تتميز به هذه الوسيلة عن باقي الوسائل خلق التعاصر الزمني ما بين الأطراف وكأنهم في مجلس عقد حقيقي في حين أنه مجلس عقد افتراضي

وهذا نتيجة مشاهدة وسماع كل طرف للآخر في الوقت ذاته[1].

صور التعبير عن الإرادة في العقود التي تبرم بالوسائل الإلكترونية الأخرى.

نقتصر في هذه الدراسة على وسيلتين من وسائل التعاقد الإلكتروني وهما التيلكس والفاكس.

/أ التعبير عن الإرادة بواسطة التيلكس:

يعتبر التيلكس جهاز الإرسال المعلومات بطريقة طباعتها وارسالها مباشرة، وعدم وجود فارق زمني بين المرسل والمستقبل إلا إذا تم الإرسال ولم يكن هناك من يرد في نفس الوقت، وبذلك يقترب من التعاقد عن طريق الانترنت في أنه يكون فوريا دون حاجة لمرور فاصل زمني بين الإيجاب والقبول، ويكون التعبير عن الإرادة عبر التيلكس بالكتابة، دون غيرها من وسائل الاتصال الفوري.

ب/ التعبير عن الإرادة بواسطة الفاكس:

هو عبارة عن جهاز استنساخ بالهاتف يمكن به نقل الرسائل والمستندات المخطوطة باليد والمطبوعة بكامل محتوياتها نقلا مطابقا لأصلها، فتظهر المستندات والرسائل على جهاز فاكس آخر لدى المستقبل، ويلاحظ هنا الفارق الزمني للرد على المرسل، ويتميز هذا الجهاز بالسرعة وضمان وصول الرسائل والمستندات وسهولة الاستعمال.

ويمكن أن يكون التعاقد عبر الانترنت مطابق للتعاقد عبر الفاكس إذا كان إرسال المستندات عن طريق جهاز الكمبيوتر، ويكمن الفرق بين الانترنت عن الفاكس في أن التغيير عن الإدارة يكون في الأول فوريا ومباشرا دون الحاجة إلى فاصل زمني بين الإيجاب والقبول، إضافة إلى أن التغير عنها يكون بكل الوسائل الصريحة والضمنية، أما في الفاكس

[1] خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص132.

فلا يكون إلا بالكتابة ما عدا حالات وصل جهاز الهاتف مع الفاكس بجهاز واحد، حيث يمكن التعبير في هذه الحالة الأخيرة بالكلام أو بالكتابة.

3/التعبير عن الإرادة عبر الموقع:

يتم التعبير عن الإرادة عبر شبكة الموقع بالكتابة بواسطة النقر على زر الموافقة وذلك إما 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[1].

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

ثانيا: الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي

لم ترد في التشريعات الحديثة التي عالجت موضوع التعاقد الإلكتروني نصوص خاصة بالوعد والاتفاق الابتدائي، وبالتالي يمكن إخضاعها للقواعد العامة المشار إليها في القانون المدني، والاتفاق الابتدائي، يعني عزم المتعاقدين على إبرام عقد بينهما في المستقبل وهو عقد أولي واتفاق تمهيدي بين طرفين لا يمثل العقد النهائي، وذلك لعدم إمكانية إبرام هذا العقد في الوقت الحاضر لأسباب قد تتعلق بهما شخصيا، أو أسباب أخرى ترجع إلى المعقود عليه فقط يتطلب الأمر نفقات يتوقف بيعه لديهما أو أن المتعاقد عليه عقارا هذا العقار يتوقف بيعه على انتهاء من تصديق التصميم الأساسي للمنطقة التي يقع فيها، فيتفقان اتفاقًا ابتدائيًا يتعهد فيه كل منها بإتمام العقد النهائي خلال مدة محددة في اتفاق، وقد

[1] خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص130.

نصت المادة **91**من القانون المدني العراقي على أنه:

1-«الاتفاق الابتدائي الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو إحداهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون صحيحا إلا إذا حددت المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب أن يبرم فيها.

2-فإذا اشترط القانون للعقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا في الاتفاق الابتدائي الذي يً ضمن وعدا بإبرامه هذا العقد[1].»

وبهذا الصدد عرضت قضية على القضاء البريطاني تتلخص وقائعها بأن المدعي عليه قد أبرم اتفاقا كتابيا مع المدعي بخصوص تأجير منزل، حيث تم الاتفاق على شروط هذا الإيجار إلا أنه ورد نص في الاتفاق أخضعه فيه شرط« **المصادقة على عقد رسمي** »ولم يتم ذلك مما جعل المدعي بتقديم دعوى مطالبا بتنفيذ العقد، حيث أكدت المحكمة بعدم وجود عقد ملزم بين الطرفين على أساس أن اشتراط إبرام عقد يعني أن الطرفين لا يزلان في حالة تفاوض وأنه ما لم يتم إبرام العقد، وبالشكل الذي اتفق عليه الطرفان، فإن اتفاقها ليس ملزما.

ومن خلال استقراء المادة من القانون المدني العراقي يتبين أن القانون لا يعتد بالاتفاق الابتدائي ما لم تحقق شروطه وإن هذه الشروط تتلخص بما يلي:

-الأهلية:

وهي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل الالتزامات، ومباشرة التصرفات القانونية التي قد ترتب له حقا أو تحمله بالتزام، ولما أن الاتفاق الابتدائي عقد ملزم للجانبين فالأهلية يجب أن تتوافر في كل معاقدين، ويكفي أن تتوافر فيهما عند الاتفاق الابتدائي ثم طرأ عليها نقص، فإن هذا النقص لا يؤثر على صحة الاتفاق الابتدائي لأنه مستوفي

---

[1] إياد احمد سعيد الساري، النظام القانوني لا إبرام العقد الالكتروني دراسة مقارنة منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2016، ص27.

لشروطه، وقد تم باتفاق الإرادتين، وإذا لم تتوافر عند الاتفاق الابتدائي ولكنها توافرت عند إبرام العقد النهائي يعتبر إجازة للاتفاق الابتدائي.

هناك رأي أخر للدكتور عبد الرزاق السنهوري، أن الأهلية يجب أن تتوافر عند الاتفاق الابتدائي وعند إبرام العقد النهائي نص المادة134 من القانون المدني العراقي، تشير إلى أن العقد الموقوف الذي أوقف بسبب نقص الأهلية أو الإكراه أو التغرير، فإنه يعتبر عقدا صحيحا أو باطلا إذ ألحقته الأجازة أو الرفض وهذه الإجازة أو الرفض عادة يأتي بعد إبرام العقد الذي أبرم من قبل ناقص الأهلية أو عديمها[1].

1/تحديد المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه:

لا بد لنشوء الاتفاق الابتدائي ولزومه من الاتفاق على الأمور والمسائل الجوهرية للعقد موضوع الاتفاق الابتدائي، فإذا كان العقد بيعا، وجب الاتفاق على ٍبيع والثمن واذا كان إيجارا وجب الاتفاق على مأجور ومقدار الأجرة وهذا طبيعي، وذلك أن الاتفاق الابتدائي خطوة نحو العقد النهائي بمجرد حلول المعياد المحدد في الاتفاق الابتدائي.

2/تحديد المدة التي يجب إبرام العقد النهائي خلالها:

ومن الأمور المهمة التي يجب أن يتم تحديدها بين المتعاقدين هي المدة اللازمة لإبرام اذا حصل خلاف بين الطرفين فإن القضاء يتولى تحديد المدة العقد.

3/التعاقد بالعربون باستخدام الوسائل الإلكتروني:

الأصل في التعاقد أنه بات بمعنى أنه لا يجوز لأحد طرفيه بعد إبرامه أن يستقل بتحلل منه ولكن يسوغ في بعض الأحيان أن يتم التعاقد على أن يكون لطرفيه أحدهما أن يعدل عنه بمحضر إرادته ويصادف أحيانا ويكثر ذلك في عقود البيع والإيجار أن يدفع أحد

[1] إياد أحمد سعيد الساري، المرجع السابق، ص 29.

العاقدين للآخر مبلغً معين من المال وأحيانا منقولات من نوع آخر كجزء الثمن أو الأجرة يسمى العربون ويعرف أنه مبلغ من النقود يدفعه احد المتعاقدين عند إبرام العقد والغرض من ذلك، إما حفظ حق كل منهما في العدول عن العقد واما تأكيد هذا العقد ولا يختلف حكم العربون في العقود التقليدية عن العربون في العقود الإلكترونية حيث أن شبكة الانترنت هي وسيلة لا أكثر استخدما لإبرام العقود وخاصة الدولية منها في الوقت الحاضر ويعتبر التعاقد بالعربون عبر الانترنت من أفضل الطرق التي يمكن من خلالها أن يحسم طرفا العقد موقفهما بعد إمعان التفكير ودراسة الصفقة بشكل دقيق.

قد ذهبت التشريعات المدنية المتعددة إلى تنظيم التعاقد تنظيما متكاملات نظر لأهمية وشيوعه في التعامل بين الأشخاص، إلا أن التشريعات المدنية العربية لم تتفق على موقف موحد منه، فمنهم من يعتبر العربون لإثبات العقد ومنهم من تعتبره للرجوع[1].

فالتشريع العراقي اعتبر العربون عند الشك عربون ثبات حيث نصت المادة 92من القانون المدني**1**- « **يعتبر دفع العربون دليلا على أن العقد أصبح باتًا لا يجوز العدول عنه إلا إذا الاتفاق بغر ذلك**«، **2**- «**فإذا اتفق المتعاقدان على أن العربون جزاء للعدول عن العقد كان لكل منهما عدل من قبضه حق العدول فإن عدل من دفع العربون وجب عليه تركه وارده مضاعفا** ».

أما القانون المدني المصري في المادة 103والقانون المدني السوري في المادة 104 والقانون المدني الأردني في المادة 107فقد اعتبرت هذه التشريعات العربون عند الشك بجواز العدول، أما إذا اختلفت الدلالة في قانون كل المتعاقدين وذلك في حالة إبرام العقود الدولية، فإن الحل يكن باتفاق الطرفين ابتداء من دلالة العربون تتشابه مع العقد على شروط لفاسخ أو وافق، وكذلك المقترن بخيار الشرط من حيث كون جميع هذه العقود تشترك في

[1]إياد أحمد سعيد الساري، المرجع السابق، ص35.

خاصية عدم اللزوم، ولكن مع الضرورة ملاحظة عدم اللزوم مختلف في حالة التعاقد بالعربون عنه في حالة العقود الأخرى، من حيث التعاقد بالعربون، بدلالة العدول، ينشأ عنه عقد غير لازم بنسبة لكل من المتعاقدين أما في حالة العقد المعلق على شرط أو المقترن بخيار الشرط، فإن حق العدول يثبت للطرف الذي علق تحقق الشرط أو تخلفه على إرادته أو على إرادة له خيار في العدول من العقد في حالة العقد المقترن بخيار الشرط وذلك مع ملاحظة أن العدول يجب أن يتم خلال المدة المحددة لذلك، وخير تكييف للعربون هو ما ذهب إليه الأستاذ الدكتور السنهوري فهو يقول في هذا الصدد :« **فالعربون الذي يدفع في مقابل العدول عن العقد يمكن يكتيفه بأنه البدل في التزام بدلي، ويكون المدين ملتزمً أصلا بالالتزام الوارد في العقد ودائنا بالحق الذي يقابل هذا الالتزام، ولكن تبرأ ذمته من الالتزام وسقط الحق المقابل إذا هو أدى العربون، ومؤدى ذلك أن العدول في حالة دفع العربون لا يكون عن عقد في جملته بل عن الالتزام الأصلي والحق المقابل له، والعربون بدل مستحق بالعقد فدفعه إنما هو تنفيذ للعقد في أحد شطريه وهو البدل لا عدول عنه في حملته**»

والسؤال الذي يثار هل يمكن تصور أن يكون هناك دفع حقيقي للمبالغ عن طريق الانترنت لعربون أو جزء الثمن؟ وهل يصاحب هذا الدفع مخاطر؟ جوابا على ذلك أن توفير أمن الصفقات أو المدفوعات الجارية بواسطة شبكة الأنترنت ذات الطبيعة الدولية المفتوحة، ما هو إلا أمر محفوظ من المخاطر، ويعد أحد أبرز العوائق أما نمو التجارة الإلكترونية في هذه الشبكة، أن دفع قيم السلع التجارية المبرمة عبر شبكة الأنترنت بعربون أو جزء من الثمن، يمكن أن يجعل أحيانا بشكل مستقل عن الشبكة، كأن يدفع الثمن نقدا أو بواسطة التحويل المصرفي أو إرسال شيك بالبريد الاعتيادي بالنسبة للدفع بواسطة البطاقة الإلكترونية حيث يمنح حامل البطاقة رقما أو رمزا سريا يستخدمه عند القيام بعملية البيع أو التحويل للأموال النقدية أو سحبها وهناك وسائل وأساليب جديدة منها النقد الرقمي والذي هو عبارة

عن نقد يتم تخزينه بواسطة الخوارزميات في معالجات وأجهزة كومبيوترية أخر أو عن طريق النقود الإلكترونية، فهي بديل النقود الورقية القابلة للتخزين والتداول، فهي عبارة عن أرقام يتم نقلها من الكومبيوتر الخاص إلى الكومبيوتر الخاص لمشتري ومنه إلى الكومبيوتر الخاص بالبائع، عن طريق القرص الصلب المثبت على جهاز الكومبيوتر ويقوم المشتري بالحصول على النقود الإلكترونية من البنك، كأن يصدر المصرف نقود إلكترونية بهيئة معينة من العملة تعادل قيمة الفئة نفسها من النقود الورقية.

فيها تقدم تبين الدور المهم الذي يمثله العربون في منع المتعاقد من الرجوع عن العقد دون التوقف عن إرادة الطرف الأخر، بل دون تقديم للتبرير لازم للرجوع أو اللجوء إلى القضاء لفسخ العقد، كما أنه يمتاز عن غيره من الخيارات بأن بإمكانه الرجوع عن العقد الذي فيه الثمن مدفوع مسبقا.

الفرع الثاني: صحة التعبير عن الإرادة

التعبير عن الإرادة لا يكفي لانعقاد العقد بل يجب أن تصدر عن شخص أهل بلغ سن الرشد وأن تكون إرادة المتعاقدين لم تتأثر لعيب من عيوب الإرادة، وهاتين المسألتين تسهل التحقق منهما في العقد التقليدي لأنه يتم بين حاضرين، بينما العقد الإلكتروني يتم بين غائبين ما يلجأ القصر والمراهقون إلى شبكة الأنترنت، فضلا عن لذلك فهذه معرضة للقرصنة الإلكترونية هذا ما يخلق مشكلة وصعوبة في التأكد من هوية المتعاقد وأصيلة القانونية وسلامة الإرادة من العيوب[1].

1/تحديد الأهلية في العقد الإلكتروني:

الأهلية هي صلاحية الشخص لاكتساب حقوق وقدرته على استعمالها قصد إنشاء وتعاقدية وهي نوعان هما:

[1] إلياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الالكتروني في قانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،، 2009ص25

-أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق وتحمل الالتزامات.

-أهلية الأداء في صلاحية لتعبير نفسه ولحسابه عن إرادة منتجة لأثار القانونية.

من السهل التحقق من الأهلية في التعاقد التقليدي على نقيض من ذلك التعاقد الإلكتروني فمن الصعب على المتعاقد التحقق من أهلية الطرف الأخر خاصة أما سهولة قيام أي شخص بانتحال صفة شخص أخر أو سرقة بياناته الإلكترونية وابرام العقود باسمه كما أنه بإمكان القصر إبرام عقود إلكترونية دون أن ينكشف أمرهم، 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.

بالإضافة إلى ذلك ما يتميز به الوسيلة الإلكترونية التي يبرم من خلالها العقد الإلكتروني من الاتصال العالمي واللامركزية إذ لا تخضع لأية سلطة تراقبها أو تتحكم فهي، وما حققته من إمكاناته تعاقد بين أطراف ينتمون إلى دول مختلفة ذات أنظمة قانونية متباينة، إلا أن العلماء لم يقفوا مكتوفي الأيدي أمام المشكلات والصعوبات التي وقفت عائق أمام التأكد من هوية المتعاقد وتحديد أهلية القانونية في التعاقد الإلكتروني بل استحدثت حلول لحل هذه المشكلة منها ما هو فقهي وما هو قانوني وكذا حلول تقنية[1] سنتناولها توليا.

أ/ الحلول الفقهية :يرى بعض الفقه بأنه لمعالجة مشكلة تحديد هوية وأهلية المتعاقدين يجب التوسع في نظرية الوضع الظاهرة، وذلك بخصوصيته العقود الإلكترونية فمتى اتخذ شخص غير أهل المظهر الشخص البالغ الراشد، وكان المتعاقد معه غير عالم بحقيقة حالته، فإنه ينبغي حماية هذا الأخير إعمالا لنظرية الوضع الظاهر وتوفيرا للثقة والأمن في المعاملات التي عبر تقنيات الاتصال الحديثة، وحفاظا على استقرارها وحتى لا تفاجئ المتعاقد حسن النية ببطلان العقد لسبب كان بجهله لم يكن باستطاعته أن يعلمه وقت التعاقد.

[1] حمودي محمد ناصر، عقد البيع الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت، دار الثقافة للنشر، الجزائر،، 2012ص215.

ب/ الحلول القانونية :تحسب لمشكلة صعوبة التأكد من أهلية المتعاقدين نصت القوانين المنظمة للمعاملات الإلكترونية في نصوصها القانونية على ضرورة التأكد من أهلية وشخصية المتعاقدة، فعلى المستوى الدولي نص القانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية للأمم المتحدة لقانون التجاري الدولي على أن رسالة البيانات ينتسب 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 إشعارا من المرسل المنشئ يبلغه فيما أن الرسالة غير صادرة عنه، فعليه أن يتصرف على أساس عدم صدروها عن المنشئ ويبقى الأخير هذا مسؤولا عن أي نتائج قبل الإشعار.

الحالة الثانية :إذا علم المرسل عليه أو كان بوسعه أن يعلم أن الرسالة لم تصدر عن المنشئ: كما نجد التوجيه الأوربي رقم 31-2000الصادر في 2000/01/08بشأن التجارة الإلكترونية، قد تتطلب ضرورة تحديد كافة العناصر التي بإمكانها أن تبين الهوية بما في ذلك الأهلية القانونية أما على المستوى الداخلي فنص المشرع الأردني في المادة 14من قانون المعاملات الإلكترونية على

« **تعتبر رسالة المعلومات صادرة عن المنشئ سواء صدرت عنه ولحسابه أو بواسطة وسيط إلكتروني معد للعمل أوتوماتكيا بواسطة المنشئ أو نيابة عنه** ».

وتعتبر الرسالة مرسلة من المنشئ إذا استخدم المرسل إليه نظام معالجة المعلومات سبق وأن اتفق مع المنشئ على استخدمه 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 تماما

الحالتين التين تضمنها قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية للأمم المتحدة[1].

بينما نجد المشروع 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 تضمنها، كما أشار هذا القانون لموضوع الأهلية ونسبتها إلى صاحبها في أكثر من موضع ومن هذه المواضيع نذكر الفصل السابع عشر والفصل الخامس العشرون.

ج/ الحلول التقنية: بدورهم علماء التقنية لم يقفوا ِ مكتوفي الأيدي أما مشكلة التأكد من هوية المتعاقد واسنادها إلى صاحبها، فالبرغم من عدم وجود وسائل تقنية كاملة وحاسمة إلا أنه ثمة جهود معتبر بغية الوصول إلى هذه الوسائل[2]، 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 مما يمكن من التعرف على شخصية وأهلية حاملها[3].

-**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[4].

-**الوسائل التحذيرية** :عبارة عن تحذيرات وتنبيهات بعدم الدخول على الموقع إلا لكامل الأهلية، فإن كان الشخص كامل الأهلية وجب عليه ملء النموذج المعلوماتي للكشف عن

---

[1] قرار رقم 51/162المتضمن قانون الأنيسيترال بشأن التجارة الالكترونية، المرجع السابق.

[2] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص127.

[3] محمود محمد ناصر، المرجع السابق، ص219.

[4] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص128.

هويته عمره، إلا أن هذه الوسيلة غير فعالة لتحقق من أهلية الشخص المتعاقد لأنه ممكن تعبئه النموذج بمعلومات تخالف حقيقة الشخص.

2/عيوب الإرادة:

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

أ **عيب الغلط** : كثيرا ما يقع الغلط في العقد الإلكتروني بسبب العرض الناقص للمنتوجات، ولغموض مضمون العرض لذلك ألزم التوجيه الأوروبي رقم 31/2000المتعلق التجارة الإلكترونية في المادة 11منه 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 بتغيره وتعدلية بدون أن يترك ذلك أثر ماديا 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[1].

ب/ عيب التدليس :غالبا ما يكون التدليس في العقد الإلكتروني على شكل إعلانات كاذبة أو رسائل إشهارته مضللة، أو الوعد برسالة إلكترونية بصفات وهميه تتضمن معلومات ومعطيات خاطئة من شأنها أن تضلل الطرف المتعاقد لا سيما أما عدم إمكانية فحص وتعين المنتوج، ولتجنب الوقوع في هذه المشاكل وجب استحداث مواقع متخصصه على شبكة الانترنت يتجلى دورها في الإعلام والتحذير وتقديم النصيحة إن لزم الأمر ولحماته

[1] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص130.

الطرف الضعيف والأقل خبرة[1].

ج/ عيب الإكراه :العقد الإلكتروني تيم 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 الإلكتروني لإرسال رسالة معينة[2]، ومع ذلك يمكن تصور الإكراه في العقد الإلكتروني في حالة التبعية الاقتصادية، حيث يضطر المتعاقد إلى إبرام العقد بالرغم من الشروط المجحفة وخوفا من تهديد مصالحة الاقتصادية.

الفرع الثالث: مدى مشروعية التعبير الوسائل الإلكترونية في التعبير عن الإرادة.

الأصل في التعبير عن الإرادة في القواعد العامة أنه لا يخضع لشكل معين فيجوز لمتعاقد أن يعبر عن إرادته بالطريقة التي يختارها له بشرط أن تكون واضحة يفهمها الطرف الأخر [3]من هنا نتساءل عن مدى اعتراف التشريع الجزائري(**القانون المدني**)بالوسائل الإلكترونية الحديثة كأدوات للتعبير عن الإرادة والتعاقد بها، كما نتساءل هل أقرت الدول التي نظمت المعاملات الإلكترونية التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية؟

أولا: مدى مشروعية التعبير عن الإرادة بوسائل الإلكترونية في التشريع الجزائري:

أن مسألة التعبير عنً الإرادة بوسائل الاتصال الحديثة أثارة جدلا فقهيا في الجزائر وسائر الدول التي تعتمد النظم التقليدية في التعبير عن الإرادة حيث انقسم الفقه إلى رأيين أولهما يقر بجواز هذه الوسائل وبالمقابل هناك رأي معرض لذلك.

---

[1]بشار محمد دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الأنترنت، الطبعة الأولى، دار ثقافة لنشر، عمان، 2006،ص155.

[2]شحاتة غريب محمد شلقامي، التعاقد الالكتروني (دراسة مقارنة)، دار الجامعية الجديدة،2008، ص86.

[3]نصيف إلياس، المرجع السابق، ص135.

1 -الرأي المؤيد لمشروعية التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية:

حسب هذا الرأي وحتى وان لم يتضمن القانون المدني نصوص قانونية تقر بتعبير عن الإرادة بوسائل الإلكترونية فإن مشروعية التعبير عن الإرادة والتعاقد بهذه الوسائل نستنتجها من القواعد العامة ذاتها المنصوص عليها في القانون المدني وحججها أن:

-الأصل في التعاقد حرية التراضي فالمتعاقدين لهما الحرية الكاملة في اختيار الوسيلة التي يعبران بها عن إرادتهما ولا مانعة من امتداد هذه الحرية لتعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية. ونصت المادة 64من القانون .م على« **إذا أصدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبولً فإن الموجب بتحليل من إيجابه إذا لم يصدر الإيجاب فورا وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر عن طريق الهاتف وبأني طريق مماثل** نستنتج من عبارة« **بأي طريق مماثل** »آية وسيلة تشبه الهاتف، لذا فان هذا النص يمتد ليشمل التعاقد بالوسائل الإلكترونية أهمها الانترنت، لأنها يمكن أن تتحول إلى هاتف عادي عبر التعبير عن الإرادة عبر البريد أو الفاكس كالتعاقد بالمراسلة المحادثة الشفهية.

- نص المشرع الجزائري في قانون رقم 05 - 10المتمم للقانون المدني في المادة 323 مكرر 1على :« **يعتمد بالتوقيع الإلكتروني وفق للشروط المذكورة في المادة 323مكرر 1**» اعتمادا على هاتين المادتين يرى أن أنصار هذا الرأي أن أخذ المشرع بالكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني في مجال الإثبات العقود فإنه يعتد بالتعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية كما نص في المادة 323مكرر من نفس القانون :« **ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أنه علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تضمنها وكذا طرق إرسالها**»، بهذا النص وسع من دائرة وسائل الإثبات ليقسم المجال أمام الوسائل الالكترونية لتكون معتمدا بها في الإثبات.

2 -الرأي الرافض لمشروعية التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية: رفض هذا الاتجاه الاعتراف بمشروعية هذه الوسائل كأداة للتعبير عن الإرادة ولتبرير موقفهم قدموا الحجج التالية:

-لا يجب تفسير نصوص القانون المدني تفسيرا واسعا ليشمل الوسائل الالكترونية الحديثة أدوات تعبير عن الإرادة خاصة ونصت عليه المادة 64الفقرة02، لأن المشرع لو أراد اعتمادها لنضمها في قانون خاص في التشريعات المقارنة محل الدراسة. إن التعاقد بالوسائل الالكترونية لا يخلو من المشاكل أهمها صعوبة التأكد من هوية وأهلية الشخص والوثوق من مواقع الانترنت، وهذا ناتج عن طبيعة هذا التعاقد الذي يتميز بالافتراضية واللامادية.

-إن الأخذ بالكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني كأدلة إثبات لا يقر أنها وسائل للتعبير عن الإرادة فه ن الاحتفاظ خاصة بالإثبات بالبنود العقد بدعامة الكترونية.

بالرغم من قوة الحجج الرأي الأول لمشروعية الوسائل الإلكترونية للتعبير عن الإرادة استنادا إلى القواعد العامة لإبرام العقود، إلا أنه يبقى عدم الاعتراف بهذه الوسائل قانونا وأمام غياب لتنظيم خاص للمعاملات الالكترونية سببا في عدم الحماية الكافية للمتعاقد وأما المشاكل التي تطرحها الوسائل واعاقة للتجارة الالكترونية في بلادنا.

ثانيا: مدى مشروعية التعبير عن الإرادة بوسائل إلكترونية في التشريعات الخاصة والمعاملات الإلكترونية

نستهل عرض مشروعية التعبير عن الإرادة بوسائل الاتصال الحديثة أو ما يسمى بوسائل الالكترونية في التشريعات الخاصة والمعاملات الالكترونية بعرض موقف قانون الاونسيترال النموذجي لأمم المتحدة، ثم عرض موقف التشريعات الداخلية.

1/في القانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية للأمم المتحدة:

اقر هذا القانون تبادل التعبير عن الإرادةً من خلال تبادل البيانات الكترونيا حيث نصت المادة 11منه على :« **في سياق تكوين العقود وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك يجوز استخدام رسالة البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسالة البيانات في تكوين العقد لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ بمجرد استخدام رسالة البيانات لذلك الغرض.**»

نستنتج أن هذا القانون اقر صراحة استخدام رسالة البيانات للتعبير الأمر الذي يستفاد منه جواز التعبير عن الإرادة و الإيجاب والقبول بطريقة إلكترونية.

2/في التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية:

لم تكتفي هذه التشريعات بتنيظم هذه المعاملات الإلكترونية، بل أجاز التعبير عن الإرادة بوسائل الاتصال الحديثة حيث نص المشرع التونسي في المادة الأولى من قانون المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية على :« **يجري على العقود الإلكترونية نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة ومفعولها القانوني وصحتها وقابليتها للتنفيذ في ما يتعارض أحكام هذا القانون**» والمشرع الأردني أجاز أيضا التعبير عن الإرادة بالوسائل الالكترونية فنص بالمادة 13على :« **تعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانونا لإبداء لإيجاب والقبول يقصد إنشاء الالتزام تعاقدي .**»

أما المشرع البحريني نص في المادة 10على« **في سياق إبرام العقود يجوز التعبير كليا أو جزئيا عن الإيجاب والقبول وكافة الأمور المتعلقة بإبرام العقد أو العمل بموجبه ما في ذلك أي تعديل أو عدول أو إبطال للإيجاب أو القبول عن طريق السجلات الإلكترونية ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك** ».

المطلب الثاني: تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني

يتم العقد بمجرد إن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك أوضاع معينة لانعقاد العقد، وعليه يتطلب انعقاد أن يتم التعبير عن إرادتين متطابقتين وهما الإيجاب والقبول اللذان يشكلان عناصر تطابق الإرادتين **(الفرع الأول)** وبتلاقيهما تحدد الزمان والمكان لا تعاقد العقد**(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: عناصر تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني.

-تتجلى عناصر تطابق الإرادتين في الإيجاب والقبول، فيمثل الإيجاب الإرادة الأولى إبرام العقد يعرف أنه: **عرض واضح، جازم وبات يقدمه شخص لشخص معين أو إلى كافة الناس** والإيجاب تعبير يصدر بصراحة مهما كانت الوسيلة كاللفظ الإشارة، الكتابة...، أما القبول هو الإرادة الثانية لإبرام العقد يعرف انه :« **تعبير عن إرادة من موجه إليه الإيجاب على أن يطابق الإيجاب الصادر الموجب** »ويؤدي أن يكون القبول صراحة أو ضمني[1].

وعلى هذا الأساس نتطرق إلى:

أولا: الإيجاب الإلكتروني.

1 /تعريف الإيجاب:

يعرف الإيجاب الإلكتروني حسب التوجيه الأوروبي لحماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد بأنه« **:للاتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ويبتعد من هذا النطاق مجرد الإعلان** ».

وقد عرفه بعض الفقه أنه :« **تعتبر عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد حيث يتم من خلال شبكة دولية الاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية، ويتضمن كل العناصر اللازمة لإبرام**

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

العقد، بحيث يستطيع من يوجه إليه أن يقبل التعاقد المباشرة[1] فحين عرفه البعض الآخر بأنه :« **تعبير عن إرادة مبتدئة حازمة موجهة للطرف الآخر لإبرام عقد، أو يكون ذات تعبير محددة تحديدا تاما ودلا على نية الموجب بالتزام بات لدى القبول».**

من خلال هذه التعريفات نستنتج أن تعريف الإيجاب الإلكتروني لا يخرج عن التعريف التقليدي إلا في الوسيلة، كما أن شروط الإيجاب الإلكتروني هي نفس الشروط الإيجاب التقليدي إلا في الوسيلة، كما أن شروط الإيجاب الإلكتروني هي نفس شروط الإيجاب التقليدي وهي أن يكون واضحا ومحددا، وأن يكون جازما وباتا لا رجعة فيه، بمعنى أن تكون نية الموجب نهائية إلى إبرام العقد إذا أما اقترنت بقبول، ويحقق شرط وضوح الإيجاب في التعاقد الإلكتروني بأن تتحدد جميع العناصر الأساسية للعقد بدقة، كتحديد المبيع والثمن إن كان العقد بيع، بالإضافة إلى ذكر بعض البيانات التي من شأنها تحقيق العلم الكافي بمزايا وصفات المبيع، [2]أما عن شرط أن يكون جازما وباتا لا رجعة فيه فيتحقق بأن يخلوا الإيجاب الإلكتروني من أي تحفظات مؤثرة في إلزامية العرض والتي تدل على عدم جدية صاحب العرض في إبرام العقد إذا ما اقترن بالقبول، كذا خلوه من التحفظات التي يمكن أن تقترن بالإيجاب كان يحتفظ مصدر الإيجاب بحقه في تعديل شروط العقد أو اختيار متعاقد معه، أو أن يحدد النطاق الجغرافي الذي يمتد إليه الإيجاب كأن يحصر إيجابه أو عرضه في منطقة شرق الأوسط، أو الإتحاد الأوربي، أو أن يحدد الوسيلة التي يجب أن يتم بها القبول.

2 -خصائص الإيجاب الإلكتروني:

يخضع الإيجاب الإلكتروني لذات القواعد العامة التي تحكم الإيجاب التقليدي، إلا أنه

[1]أسامة عبد الحليم الشيخ، مجلس العقد وأثاره في عقود التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة في فقه الإسلامي والقانون الوضعي)، دار الجامعة للنشر، مصر، ص336.

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

يتميز ببعض الخصائص التي تتعلق بطبعته 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 خاصيته، لما كان الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد، فهو يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، التي تلزم المورد أو مقدم الخدمة بمجموعة من القيود والواجبات اتجاه المستهلك، والتي تتعلق بالسلعة محل العرض، كيفية تنفيذ العقد، ووسائل الدفع[1].

ب/ الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسيط إلكتروني:

من المميزات الأساسية في الإيجاب الإلكتروني أنه يتم عبر وسيط إلكتروني [2]وهو مقدم خدمة الأنترنت، وبدونه لا يمكن أن نعبر عن هذا الإيجاب، حيث نقوم بعرض الإيجاب من خلاله، و بالتالي الإيجاب لا يكون فعالا بمجرد صدوره من الموجب، وانما من الوقت الذي يتم إطلاق الإيجاب عبر الأنترنت وهي الفترة التي يتحقق فيها الوجود المادي للإيجاب الإلكتروني.

ج/ الإيجاب الإلكتروني في الغالب إيجاب دولي:

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

---

[1] خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص187.

[2] عرف قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لأمم المتحدة الوسيط الالكتروني في المادة 02.

3/صور الإيجاب الإلكتروني:

سنتأول 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 موجه إلى شخص محدد أو عدد 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 موجها إلى عدد غير محدد من الأشخاص وفي هذه الحالة يعتبر العرض مجرد دعوى للتعاقد والتفاوض وليس إيجابا، ويمكن البريد الإلكتروني من الاتصال الفوري المتزامن بين الأطراف المتعاقدة، وذلك عن طريق الكتابة مما 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 مستمرا وعلى مدار الأربع والعشرين ساعة ولكافة بقاع الأرض دون تحديد، فكل من يدخل الشبكة يكون الإيجاب موجها إليه ومن حقه إبرام التعاقد، ما لم يكن هناك مانع من التعاقد في الشخص أو تلك الفئة.

ج/ الإيجاب عبر المحادثة والمشاهدة:

في هذه الحالة تتحول شبكة الأنترنت إلى هاتف أو إلى تلفزيون مرئي، كما تكون أمام مجلس عقد إفتراضي يقترب جدا من مجلس العقد الحقيقي، خاصة بعد تزويد الكمبيوتر

بتجهيزات حديثة مثل الكاميرات وصولها يجعل من القواعد العامة للتعاقد بين الحاضرين تنطبق على هذا النوع من الإيجاب خاصة من الناحية الزمنية ويبقى الإختلاف حول المكان[1].

ثانيا: القبول الالكتروني

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

1/تعريف القبول الإلكتروني:

عرف الفقه الإلكتروني بأنه« **:كل إتصال عن بعد يتضمن توافق تاما مع كل العناصر المشترطة في الإيجاب والتي وضعها الموجب، بحيث ينعقد العقد بمجرد حصول هذا الإتصال عند القابل** [2]ويعرف أيضا أنه« **:كل تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد بواسطة شبكة دولية للاتصالات، على أن يتضمن هذا التعبير توافقا وتطابقا تما مع كل العناصر التي يتضمنها الإيجاب الصادر عبر الشبكة الدولية للاتصالات، حيث ينعقد العقد عند حصول هذا التطابق.**»

نستنتج أن القبول الإلكتروني لا يخرج عن التعريف التقليدي للقبول سوى أنه يتم بوسائل إلكترونية فخصوصية ترجع إلى طبيعته الإلكترونية [3]، كما أن شروط القبول الإلكتروني هي نفسها الشروط العامة المطلوبة في القبول التقليدي، فيجب أن يصدر القبول والإيجاب لا

[1]حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 181.

[2]بشار محمد الدودين، المرجع السابق، ص182 .

[3]لمى عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الدرسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين،، 2008ص 97.

زال قائما، وينبغي الإيجاب قائما في شبكة الأنترنت في عدة حالات منها إذا حدد موعد لقبول الإيجاب فيجب أن يرتبط القبول بالإيجاب في هذا الموعد، أيضا إذا ما عرض الموجب إيجابه عبر خدمات المحادثة والمشاهدة فإن القبول يجب أن يصدر أثناء المحادثة وقبل إتمامها فإذا ما إنتهت 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 اعتبر رفض يتضمن إيجابا جديدا وليس قبولا[1].

2/صور التعبير عن القبول الإلكتروني:

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

-أ التعبير عن القبول الإلكتروني عن 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، ثم تليها رسالة ثانية تتضمن القبول، وينتج عن تلاقي هاتين الرسالتين إنعقاد العقد[2].

ب- التعبير عن القبول الالكتروني عبر شبكة المواقع:

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

---

[1] محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في تكوين العقد الإلكتروني دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر، الأردن، 2009ص40

[2] بشار محمد الدودين، المرجع السابق، ص 138.

الرد بالقبول باستعمال رسالة إلكترونية:

نكون أمام هذه الصورة في حالة اشتراط الموجب أن يكون الرد 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 ايقونة القبول لمرة واحدة:

إن الرد بالقبول من طرف من وجه إليه الإيجاب بالضغط على أيقونة القبول لمرة واحدة كافي للتعبير عن الإرادة ولانعقاد العقد إلا أنه يثير إشكالا إذا ما تم هذا القبول عن طريق ما يسمى بأخطاء اليد أي أنه حدث سهوا [1]،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[2].

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 فإن القيمة القانونية لهذه الصورة تتحدد من خلال البرنامج المعلوماتي[3]، وتتمثل هذه القيمة في ثلاثة فرضيات هي:

-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.

---

[1] أسامة أبو حسن المجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، دار النهضة العربية، مصر،، 2003ص 83.

[2] محمد فواز محمد مطالقة، المرجع السابق، ص 69.

[3] بشار محمد الدودين، المرجع السابق، ص 140.

-إذا كان البرنامج المعلوماتي المستخدم في العملية التعاقدية يتضمن ضرورة التأكيد، ومع ذلك يمنع من انعقاد بدونه، وهنا الضغط على إيقونة القبول هي قرينة على الانعقاد ولكنها ليست قاطعة لأنها قابلة لإثبات العكس كأن يصدر الضغط سهوا.

3/الإشكالات القانونية التي يطرحها القبول الإلكتروني:

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

أ/ إمكانية عدول القابل عن قبوله:

إن لحظة انعقاد العقد أهمية خاصة لأن في هذه اللحظة تحدد الشروط الواجب توافرها في الإرادة ومن هذه اللحظة تتحدد القوة الإلزامية للعقد التي يترتب عنها القانون الواجب التطبيق ومجموعة من الآثار القانونية، وفقا للقواعد العامة وبموجب القوة الملزمة للعقد فإن أيا من طرفيه لا يستطيع أن يرجع عن القبول، فمتى ما تم اقتران الإيجاب بالقبول وتم العقد فإن تنفيذه يصبح ملزما ولا رجعة فيه، غير أنه في التعاقد الإلكتروني يجب أن يتمتع المستهلك بحق العدول ذلك لأن المستهلك في العقد الإلكتروني ليس لديه الإمكانية الفعلية لمعاينة السلعة والإلمام بجميع خصائص الخدمة قبل إبرام العقد.

ومن بين التشريعات التي أقرت هذا الحق التوجيه الأوروبي في المادة 6منها التي منحت المستهلك حق الرجوع أو العدول عن قبوله في مدة سبعة أيام تبدأ إما من تاريخ إبرام العقد مع عدم تسبب عدوله، أو من تاريخ كتابة المورد الإقرار الخطي بالنسبة للخدمات، أو من تاريخ تسليم المبيع في حالة السلعة والبضائع، على أن تمتد المدة إلى ثلاثة أشهر في حالة عدم تزويد واعلام المستهلك بالبيانات والمعلومات المطلوبة، وترتب على المستهلك تحمل

مصاريف العدول [1] وبدورة المشروع التونسي أقر حق العدول للمستهلك عن الشراء في أجل عشرة أيام عمل، وتختلف مدة سريانها بالاختلاف محل العقد، فإذا كانت بضاعة تبدأ من تاريخ تسلمها من المستهلك، وان كانت خدمة تبدأ من تاريخ إبرام، ويعلن العدول بجميع الوسائل المنصوص تحقق عليها بين المتعاقدين، وا ت 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[2].

ب/ السكوت كطريقة للتعبير عن القبول الإلكتروني:

تنص المادة 68من 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 تم، 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[3]**".

نستنتج من نص المادة أن السكوت إذا ما اقترن بالعرف أو بالتعامل سابق بين المتعاقدين أو إقترن مصلحة من وجه إليه يعتبر قبولا. إذا ما طبقنا هذه الحالات الاستثنائية التي تضمنتها هذه المادة على المعاملات الإلكترونية، فلا يمكن القول بأن العرف يلعب دورا

---

[1] محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر، الأردن،، 2005ص51.

[2] أقر المشرع التونسي على هذا الحق في الفصل 30وينص "مع مراعاة مقتضيات الفصل 25من 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 عن البائع إرجاع المبلغ المدفوع إلى المستهلك في أجل عشرة أيام عمل من تاريخ إرجاع البضاعة أو عن العدول عن الخدمة، ويتحمل المستهلك المصاريف الناجمة عن الإرجاع البضاعة."

[3] الأمر رقم 75-58مؤرخ في 09-1975يتضمن القانون المدني الجزائري جريدة رسمية عدد 78لسنة 1975المعدل والمتمم.

فعالا في التعاقد الإلكتروني حتى وقتنا هذا نظرا لحداثة هذا الشكل من أشكال التعاقد التي بدايتها، أما إذا صدر الإيجاب لمصلحة من وجه إليه فنكون في هذه الحالة أمام عمل من أعمال التبرع، وهو فرض غير مألوف في التعاقد عبر وسائل الإيصال الحديثة، أما عن حالة التعامل السابق بين المتعاقدين في حالة الأكثر شيوعا في العقود الإلكترونية، لأنه قد يعتاد العميل على شراء بعض السلع أو الحصول على خدمات من أحد المتاجر الإفتراضية سواء كان عبر البريد الإلكتروني أو عبر شبكة الموقع، إلا أنه لا يجب أن نستنتج القبول من التعامل السابق من مجرد السكوت بل يجب أن يكون هناك ظرف سابق يرجح أن السكوت قبولا كما لو كان هناك تعاقد أولي.

الفرع الثاني: زمان ومكان تطابق الإرادتين

أولا: زمان انعقاد العقد الإلكتروني

لتحديد زمان انعقاد العقد سنتناول موقف الفقه وتشريعات الخاصة وتكيفه بين الغائبين والحاضرين.

1/موقف الفقه من تحديد زمان إنعقاد العقد:

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

-**نظرية إعلان القبول** :حسب هذه النظرية ينعقد العقد بمجرد إعلان القابل لقبوله دون الحاجة إلى علم الموجب به ووقف لهذا الإتجاه فالخطة انعقاد العقد الإلكتروني هي اللحظة التي يحرر فيها القابل الرسالة الإلكترونية المتضمنة لقبوله دون تصديرها[1].

وقد انتقدت هذه النظرية عل أساس أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثاره القانونية إلا إذا علم

[1] خالد محمود إبراهيم، المرجع السابق، ص 295.

به من وجه إليه فإرادة الفردية لا تنتج أي أثر قانوني ما لم تقترن بإرادة أخرى مماثلة لها[1].

-**نظرية تصدير القبول** :هذه النظرية تؤخر وقت إنعقاد العقد غلى وقت الذي يقوم به الموجب بإرسال قبوله فإعلان القبول لا يكفي لإنعقاد العقد بل يجب تصديره فيترتب على هذه النظرية أن لحظة انعقاد العقد الإلكتروني هي لحظة خروج الرسالة الإلكترونية ودخولها الوسيط الإلكتروني ولا يشترط وصول الرسالة غلى صندوق البريد الإلكتروني الخاصة بالموجب[2].

-**نظرية استلام القبول** :اعتبر هذا الاتجاه أن العبرة في انعقاد العقد هي تسليم القبول إلى المرسل إليه سواء علم الموجب أو لم يعلم بالقبول لأن التسليم يعتبر قرينة على علم طبق لهذه النظرية لحظة انعقاد العقد الإلكتروني تحدد في الزمن الذي تتصل فيه الرسالة الإلكترونية إلى صندوق البريد الإلكتروني للموجب حتى وان لم يطلع الموجب على مضمونها.

يعاب على هذه النظرية أنه إذا كان إعلان القبول وتصديره لا يكفي لأن يحدث أثرا فإن مجرد التسليم أيضا لا يكفي لإحداث أي أثر قانوني ما دام القبول لم يصل إلى علم الموجب[3].

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

---

[1]محمد فواز محمد المطالقة، المرجع السابق، ص 297.

[2]خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 298.

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

وفقا لهذه النظرية فالعقد الإلكتروني ينعقد في الزمن والمكان الذي يقوم فيهما الموجب بفتح الصندوق خطبته الإلكترونية والإطلاع على الرسالة الإلكترونية التي تعبر عن القبول وهي النظرية التي إعتمدها المشرع الجزائري لتحديد لخطة إنعقاد العقد في مادة 67من قانون المدني الجزائري التي تنص على : « **يعتبر التعاقد بين غائبين قد تم في زمان ومكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بخلاف ذلك ويفترض أن موجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول** »لم تسلم هذه النظرية من النقد على أساس أن علم الموجب بالقبول ليس شرط انعقاد بل هو شرط لزوم ونفاذ أي بمجرد علم الموجب بالقبول وقع عليه التزام بتنفيذ العقد[1].

وبرغم من الانتقادات الموجه لهذه النظرية إلا أنها أكثر تؤيد من طرف الفقه والقضاء حيث أنها تعمل على إضفاء الثقة والطمأنينة على التعاقد الإلكتروني ما دام محمل شكوك وغموض لدى المستهلكين[2].

2/موقف التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية من زمان انعقاد العقد:

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

-أ موقف قانون الانسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لأمم المتحدة:

أخذ هذا القانون بنظرية إستلام القبول من حيث نص في المادة 15-1على " **ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك، يقع إرسال رسالة البيانات عندما تدخل الرسالة نظام المعلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو سيطرة الشخص الذي أرسل رسالة**

[1]شحات غريب محمد شلقامي، المرجع السابق، ص125.

[2]مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع مسؤولية مدنية، كلية حقوق وعلوم سياسية، جامعة ملود معمري، تيزي وزو، 2012/5/8ص 127.

البيانات نيابة على المنشئ ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك[1]" .

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

-أ إذا كان المرسل إليه قد عين نظام معلومات لغير استلام رسائل البيانات يقع الاستلام:

وقت دخول رسالة البيانات نظام معلومات المعين وقت استرجاع المرسل إليه أي لرسالة البيانات، إذا أرسلت رسالة البيانات إلى نظام المعلومات تابع للمرسل إليه ولكن ليس النظام الذي تم تعيينه.

ب- إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات، يقع الاستلام عندما تدخل رسالة البيانات نظام معلومات تابعا للمرسل إليه.

ب- موقف التوجيه الأوروبي:

أما قانون التوجيه الأوروبي رقم 2000/31نص في المادة 5على أنه : " **يعد العقد قد أبرم في اللحظة التي يستلم فيها الموجب من مزود الخدمة إقرارا إلكترونيا مؤكدا من القابل قبوله** من خلال هذه المادة نستنتج أن هذه التوجيه اعتبر زمان إبرام العقد الذي يتم بوسيلة الكترونية هي لحظة استلام تأكيد القبول ممن وجه إليه العرض وذلك بعد تمكينه من مراجعة عرضه وتصحيح ما قد يشوبه من أخطاء محتملة لتحقيق الأمان القانوني عبر الوسائل الالكترونية، وعليه فإن هذا القانون التوجيه الأوروبي خرج من النظريات السالفة بإقراره نظرية مستقلة.

[1]إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص335.

-ج موقف التشريعات الداخلية:

أخذ المشرع التونسي بنظرية العلم بالقبول في الفصل 28[1]إلا أنه اشترط التوقيع على الرد الذي يؤكد على النية الجازمة على إبرام العقد، أما المشرع الأردني أخذ في المادة 17بما أخذ به القانون الاونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية 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 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[2]".

3/تكيف العقد الالكتروني بين الحاضرين والغائبين:

يجب الإشارة أولا أن هناك من الفقهاء من يعتد، بمعيار الزمن للتمييز بين التعاقد بين الحاضرين والمتعاقدين الغائبين، ففي الحالة الأولى تنتمي الفترة الزمنية بين صدور القبول والعلم به، فالموجب يعلم بالقبول في الوقت الذي يصدر فيه.

أما في التعاقد بين الغائبين فإن هناك فترة زمنية ملحوظة تفصل بين وقت صدور القبول وعلم الموجب به هناك من الفقهاء من يرى أن معيار الزمن ليس مانعا ولا جامعا، فالزمن

[1]ينص الفصل 28على "ينشئ العقد الالكتروني وبعنوان البائع وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة إلكترونية ممضاة موجهة للمستهلك ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك

[2]قانون معاملات إلكترونية الأردني، مرجع سابق

ليس هوا العنصر الوحيد الذي يميز التعاقد بين الغائبين عن التعاقد بين الحاضرين، بل أن هناك ثلاثة عناصر مجتمعة، وهي عنصر الزمن وعنصر المكان وعنصر الانشغال بشؤون العقد. واذا رجعنا إلى التعاقد الالكتروني فانه يجب التمييز بين الحالات التالية:

-أ التعاقد عبر البريد الالكترونيmail:

-حالة وجود فاصل زمني بين الإيجاب والقبول: في هذه الحالة لاشك أن التعاقد يكون بين غائبين، وهو الحكم الذي ينطبق كذلك على التعاقد عبر الفاكس.

-حالة ما إذا صدر الإيجاب والقبول في نفس الوقت، في هذه الحالة نقترب من التعاقد غير الهاتف، وذلك لأن الإيجاب والقبول يكونان في نفس الزمن، فلابد من تطبيق أحكام التعاقد بين الحاضرين زمانا، وهذا الحكم ينطبق أيضا عل التعاقد بواسطة التيلكس.

ب- التعاقد عبر شبكة المواقع WEB:

-إذا دخل الشخص إلى أحد المواقع على الشبكة وارسال إيجابه وانتظر فترة من الزمن لتلقي القبول، فتكون أمامه التعاقد بين غائبين.

-واذا تلقى هذا الشخص الإيجاب فورا فتكون في هذه الحالة أمام التعاقد بين حاضرين.

-ج التعاقد عبر المحادثة والمشاهدة المباشرة:

نكون أمام مجلس عقد لإمكانية تبادل الإيجاب والقبول عبر المحادثة والمشاهدة المباشرة وعليه يتم تطبيق أحكام التعاقد بين الحاضرين زمانا[1].

[1] أحمد خالد العجولي، مرجع السابق، ص 90.

ثانيا- مكان انعقاد العقد الالكتروني.

أ- قانون الآونستيرال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية للأمم المتحدة: نص هذا القانون في المادة 15 على تحديد مكان إبرام العقد حيث منع 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 و ان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر واحد فان مقر العمل هو المكان الذي واثق الصلة بالمعاملة المعينة، أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل هذه المعاملة أما إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل أعتبر محل الإقامة المعتادة هو مقر عمل كل منهما[1].

ب- التشريعات الداخلية:

أشار التشريع التونسي إلى عنوان البائع في الفصل الثامن والعشرون التي تنص : « ... ينشأ العقد الالكتروني بعنوان البائع »... فحسب هذا القانون فمكان الإنعقاد هو مكان عنوان البائع.

أما التشريع الأردني والبحريني حذا حذو القانون النموذجي للأمم المتحدة بشأن التجارة الالكترونية، فجاء قانون المعاملات الالكترونية الأردني في مادته 18والمشروع البحريني في المادة 15مطابقا تماما مع ما جاء به قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية، غير أن المشرع البحريني أضاف فقرة خاصة الشخص الاعتباري في المادة 15 التي تنص لأغراض الفقرة السابقة، يعتبر مقر إقامة الشخص الاعتباري هو المكان الذي أسست فيه.

[1] القرار رقم 51/162-المتضمن قانون الاونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية للأمم المتحدة، المرجع السابق.

خلاصة الفصل الأول:

إتضح لنا أنه يجوز التعبير عن الإرادة التعاقدية بإستخدام الوسائل الإلكترونية نظرا لما تحمله هذه الوسائل من كفاءة وقدرة على نقل الإرادة السليمة من منشئها إلى الإتجاه المنشود.

وبالنظر إلى وسيلة إبرام العقود الإلكترونية يمكن إضافة خاصية أخرى تميز العقد الإلكتروني عن العقود الأخرى، و المتمثلة في إعتبار العقد الإلكتروني عقد يتسم بالطابع الدولي، فيمكن أن ينعقد العقد بين طرفين لا يجتمعان في مكان واحد أي دون حضورهما المادي في مجلس واحد و بالرغم من إكتسابها للصفة الإلكترونية، إلا أن العقود الإلكترونية تبقى مثل العقود الأخرى من حيث الأطراف وكيفية إبرامها وتنفيذها، بحيث يشترط إنعقاد العقد الإلكتروني كغيره من العقود توافر التراضي بين الأطراف والمحل والسبب، فالتراضي يقوم على أساس واحد يتمثل في إلتقاء إرادة طرفي العقد وتطابقها من أجل إحداث أثر قانوني، إذ تعتمد في إبرامها على إيجاب يصدر من طرف ويقابله قبول من الطرف الأخر، وكما يعبر كل منهما عن إرادته عبر شبكة الإنترنت المتاحة للكل، ومن بعد ذلك يتم تحديد شروط وبنود العقد، ثم يتم التعبير عن الإرادة عن طريق الانترنت وبالصورة المتفق عليها سواء بالبريد الالكتروني أو شبكة المواقع أو عبر وسائل المحادثة والمشاهدة المباشرة، وبعد تطابق الإرادتين بإلتقاء الإيجاب والقبول ينعقد العقد الإلكتروني.

كما أنه في القواعد العامة لمختلف التشريعات لم تقيد حرية الأطراف في إختيار الطريقة التي يرونها مناسبة في التعبير عما يشاءون من العقود طبقا لمبدأ سلطان الإرادة وفي ذلك ترك المجال للدول في وضع قواعد وإنشاءات بما يخدم مصالحها ومصالح الأفراد بكل حرية.

الفصل الثاني :

آثــار العقد الإلكتروني

الفصل الثاني : آثـار العقد الإلكتروني

بعد إلتقاء الإيجاب والقبول وكذا تطابق إرادة الطرفين، لإنشاء أثر قانوني و إحداث هذا الأخير، تثار العديد من الإشكاليات في إبرام العقد الإلكتروني خصوصا في حالة ما إذا ثار نزاع أو في حالة إشكال حول تنفيذ العقد، وهدا راجع لطبيعة التطور التقني في وسائل الإتصال الحديثة لإبرام العقود عبر شبكة الإنترنت وكدا ظهور نوع جديد من الكتابة والتوقيع الذين يتميزان بالطابع الإلكتروني.

العقد الإلكتروني يعتبر كغيره من العقود الأخرى عند تنفيده، بحيث تنقسم أثاره إلى إلتزامات تقع على عاتق طرفي العقد على حد السواء فكل طرف يكون ملزما إتجاه الطرف الأخر بتنفيذ إلتزاماته، وتنقسم العقود الإلكترونية من حيث كيفية تنفيذها إلى نوعين، فمنها ما يبرم عبر الإنترنت ولكن تنفذ في العالم المادي كالسلع، أما النوع الأخر من هذه العقود فيبرم وينفذ عبر شبكات الإتصال ذاتها والمتمثلة في تقديم الخدمات.

وعليه، وبعد توفر كل شروط إنعقاده ننتقل الى دراسة تنفيذ العقد الإلكتروني والذي يعتبر الأثر الأساسي لإنعقاده (المبحث الأول) و سنتطرق في هذا الفصل إلى دراسة وسائل الإثبات في العقد الإلكتروني ومدى حجيتها عند تمسك أحد الأطراف في (المبحث الثاني) .

المبحث الأول: تنفيذ العقد الإلكتروني

مرحلة تنفيذ العقود الإلكترونية تعتبر من المراحل الأساسية و تنقسم من حيث كيفية تنفيذها إلىنوعين منها ما يبرم عبر الإنترنت وينفذ خارجها، حيث يشمل هذا النوع العقود التي يكون محلها الأشياء المادية التي يقتضي تسليمها في بيئة عادية، والنوع الأخر من هذه العقود ما يبرم وينفذ عبر شبكات الإتصال ذاتها، حيث يشمل العقود التي يكون محلها الأشياء غير المادية وتقديم الخدمات ومنها عقود الإشتراك في الإنترنت وعقود الإشتراك في بنوك المعلومات وعقود الإعلانات وغيرها وغالبا ما يتم الدفع مقابل السلعة أو الخدمة عبر هذه الشبكات أيضا، لذلك سوف نقتصر حديثنا على إلتزامات المتعاقد بتسليم السلعة أو بأداء الخدمة في (المطلب الأول) والتزامات المشتري أو المستهلك في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إلتزامات المتدخل

تترتب إلتزامات على عاتق المعلن على شبكة الإنترنت سواء كان البائع الذي يلتزم بتسليم السلعة وسنتعرض لها في(الفرع الأول) أو مورد خدمة الذي يلتزم بأداء الخدمة وسنتناوله في (الفرع الثاني)

الفرع الأول: إلتزام البائع بتسليم السلعة

يتفرع الإلتزام بالتسليم عن الإلتزام بنقل الحق العيني، لذا فهو مرتبط بكل العقود الناقلة لحق عيني كالبيع، المقايضة، الهيبة، الشركة...، بل ويترتب على العقود المنشئة لحق شخصي كالإيجار والمقاولة، لذلك فالإلتزام بالتسليم من مقتضيات كل عقد .

يعتبر إلتزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري من أهم الإلتزامات لأنه يعد محور عقد البيع الذي تدور حوله الإلتزامات، كما يلزم على البائع المحافظة على المبيع[1]، و هذا ما نصت عليه المادة 167 من ق م ج على أن " الإلتزامات بنقل حق عيني يتضمن

[1] عيساوي سوهيلة، تنفيذ عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، فرع قانون خاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2017، ص07.

الإلتزامات بتسلم الشيء و المحافظة عليه حتى التسليم[1] "و هذا ما نصت عليه أيضا المادة 911من التقنين المصري، ويصدق هذا النص على كل العقود الناقلة لحين عيني كعقد البيع مثلا، [2] إن الإلتزام بالتسليم هو إلتزام بتحقيق نتيجة و ليس فقط الإلتزام ببذل عناية، فإذ لم يتم التسليم فعلا لا يكون البائع قد نفذ إلتزامه .

•أولا / محل الإلتزام بالتسليم :

نصت المادة 364من ق م ج على : " يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت المبيع " حسب هذه المادة أن محل التسليم هو محل متفق على إعداده، وهو الواجب تسليمه، يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع، فموضوع تسليم الشيء المباع، قد يكون سلعة من السلع ذات الكيان المادي المحسوس كالأجهزة الكهربائية و قد يكون موضوع التسليم أشياء ذات كيانات معنوية و إعتبارية، أي ليس لها وجود مادي ملموس ومن ذلك برامج الكمبيوتر و قواعد البيانات والقطع الموسيقية و الأفلام السنيمائية و المعلومات و غير ذلك و دون اللجوء إلى الطرق التقليدية .

أما فيما يتعلق بمقدار المبيع، فقد عاج المشرع حالة نقص المبيع أو الزيادة فيه في المادة 365من ق م ج التي تنص على أنه : " إذا عين في عقد البيع مقدار المبيع كان البائع مسؤولا عما نقص منه بحسب ما يقضي به العرف غير أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في البيع

إلا إذا أثبت أن النقص يبلغ من الأهمية درجة لو كان يعلمها المشتري لما أتم البيع [3]".

أما في حالة تسليم سلعة غير مطابقة أو معيبة فالعبء يقع على عاتق المورد الإلكتروني و هذا ما نصت عليه المادة 23من القانون رقم 18 – 05 المتعلق بالتجارة

---

[1]أمر رقم، 75 – 58مؤرخ في 91سبتمبر، 0221مرجع سابق.

[2]الرومي محمد أمين، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص 61.

[3]كريم فتيحة، النظام القانوني في التكوين وتنفيذ العقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 68.

الإلكترونية على أنه " : يجب على المورد الإلكتروني إستعادة سلعته في حالة تسليم غرض غير مطابق للطلبية أو في حالة ما إذا كان المنتوج معيبا [1]" .

•ثانيا / كيفية التسليم:

التسليم وفقا لإتفاقية فيينا، قد يكون تسليما فعليا كما قد يكون تسليما حكميا، بينما نجد بعض القوانين الداخلية تضيف التسليم القانوني، مثلما هو عليه الشأن بالنسبة للمادة 131من التقنين المدني المصري التي جعلت من عملية التسليم تتم بتوافر عنصرين : الأول و هو وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والإنتفاع به دون عائق حتى و لو لم يتم التسليم المادي بالفعل، أي مجرد عرض حقيقي لذلك والثاني و هو إعلام البائع للمشتري بأي شكل بوضعه المبيع تحت تصرفه لتكون تبعة المالك منذ هذا التاريخ على عاتق المشتري لا البائع، و هو الإعلام الذي سهلته وسائل الإتصال الحديثة مما يجعل هذا العنصر في مجال عقد البيع الإلكتروني الدولي عبر الإنترنت[2].

كما هو الحال في التقنين المدني الجزائري حدد كيفية التسليم في مادته 367على أنه : " يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته و الإنتفاع به دون عائق و لو لم يتسلمه تسليما ماديا ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك و حوصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع"، كما نصت نفس المادة في الفقرة الثانية على "وقد يتم التسليم بمجرد تراضي الطرفين على البيع إذا كان المبيع موجودا تحت يد المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر لا علاقة له بالملكية .

و من هذا يتضح أن المشرع الجزائري أقر بعدة إلتزامات للبائع المتمثلة بتسليم المبيع للمشتري في إطار المتفق عليه و ذلك بغرض حماية حقوق المشتري[3] .

---

[1]قانون رقم، 11 – 05مؤرخ في 01مايو، 9105مرجع سابق، ص.

[2]حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني عبر الانترنت، مرجع سابق، ص 382

[3]أمر رقم 75–58،مؤرخ في 26ديسمبر 1975.

•ثالثا / زمان و مكان التسليم :

1 – زمان التسليم :تنص المادة 281من ق. م على: « يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الإلتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضي بغير ذلك غير أنه يجوز للقضاة النظر لمركز المدين، ومراعاة الحالة الاقتصادية أن يمنح أجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه الآجال مدة سنة و أن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها ».

لذلك إذا لم يكن هناك في العقد أي إتفاق بشأن التسليم فإنه يتم بمجرد الإنعقاد ما لم يتدخل العرف في تحديد هذا الزمن، كما أن للقاضي أن يؤخر التسليم إذا إستدعت حالة البضائع هذا التأخير، نتيجة لتدخل ظروف إستثنائية بشرط ألا يمنعه نص القانون، كما ألا يضر هذا التأخير بالمشتري (الدائن)، ويمكن أن يكون التأخير لأجل معين أو لآجال متتالية .

و بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني، فنجده قد ترك الحرية في تحديد زمان التسليم، حيث ذلك فور إبرام العقد أو بعد ابرامه في أجل معين، و ذلك إن لم يوجد في العقد أي إتفاق شأن التسليم، و يمكن أن يتأخر التسليم بعض الوقت بحسب ما يقضي به العرف أو طبيعة المبيع[1].

2مكان التسليم :

تكون عملية تسليم المحل في المكان الذي تم الإتفاق عليه والمحدد في العقد، وذلك إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة، وإذا خلا العقد من ذلك فيحدد مكانه حسب ما يقتضيه العرف وطبيعة الشيء، إلا أن القوانين الخاصة بالتجارة والمعاملات الإلكترونية لم تعاج هذا الموضوع إنما تم إسناده إلى التشريع المدني أي القواعد العامة لنظرية العقد، و الأمر مرده اتفاقات الطرفين.

[1]لعباني مختار سي هواري، آليات تنفيذ التزامات العقد الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، فرع القانون الاقتصادي، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة، ، 2018ص56.

وتنص المادة 282من ق. م على : « إذا كان محل الإلتزام شيئا معينا بالذات، وجب تسليمه في المكان الذي كان موجودا فيه وقت نشوء الإلتزام ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضي بغير ذلك، أما في الإلتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء في المكان الذييوجد فيه مركز مؤسسته إذا كان الإلتزام متعلقا بهذه المؤسسة.

ونصت المادة 368من ق م ج على أنه ": إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد إتفاق يخالف ذلك[1]"،فطبقا لهذا النص فإن التسليم يكون في موطن البائع، و يترتب على ذلك أن تبعة الهلاك أثناء الطريق تكون على البائع و ليس على المشتري لأن التسليم لم يتم بعد، كما يقر العقد النموذجي الفرنسي على أنه إذا أتفق على تحمل البائع مخاطر النقل فإنه يلتزم بتعويض المشتري، أما إذا أتفق على تحمل المشتري مخاطر النقل فعليه أن يرسل إعتراضا مسببا للناقل خلال ثلاث أيام محسوبة من وقت التسلم[2]، وقد نصت معظم التشريعات الوطنية على وجوب تصدير المبيع للمشتري، وأنه لا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه، وهذه القاعدة غير ملزمة إذا لم يكن الإتفاق على ما يخالفها.

رابعا / جزاء مخالفة إلتزامات البائع:

يجب على البائع تنفيذ كافة الإلتزامات بصورة كاملة و هي الإلتزام بتسليم المبيع و إلتزامه بالمطابقة وإلتزامه بتسليم المستندات، ويكون البائع مخلا بالإلتزام في حالة إمتناعه عن التسليم، و في حالة تأخره في التسليم عن الميعاد المتفق عليه، أو إذا سلم المبيع في غير الحالة التي كان عليها وقت إنعقاد العقد، في هذه الحالة يجوز للمشتري أن يطلب التنفيذ العيني، كما يجوز له طلب فسخ العقد لكن السلطة التقديرية للقاضي في تقديره .

وفي كلتا الحالتين له حق المطالبة بالتعويض إذا إقتضى الظرف ذلك وهذا ما نصت عليه المادة 23من قانون رقم 18-05المتعلق بالتجارة الإلكترونية على أنه:

---

[1]أمر رقم، 75 – 58 مؤرخ في 26ديسمبر 1975، مرجع سابق.

[2]الرومي محمد أمين، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص 60.

"يجب على المورد الإلكتروني إستعادة سلعته، في حالة ما إذا كان المنتوج معيبا[1] "

يجب على المستهلك الإلكتروني إعادة إرسال السلعة في غلافها الأصلي، خلال مدة أقصاها أربعة أيام عمل إبتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج، مع الإشارة إلى سبب الرفض، و تكون تكاليف إعادة الإرسال على عاتق المورد الإلكتروني، ويلزم المورد الإلكتروني بمايلي تسليم جديد موافق للطلبية و إصلاح المنتوج المعيب، أو استعمال المنتوج بآخر مماثل، أو إلغاء الطلبية و إرجاع المبالغ المدفوعة دون الاخلال بإمكانية مطالبة المستهلك الإلكتروني بالتعويض في حالة وقوع ضرر .

ويجب أن يتم إرجاع المبالغ المدفوعة خلال أجل 15يوما من تاريخ إستلامه المنتوج، ومن الحقوق التي يملكها المتعاقد عندما يتخلف المتعاقد الآخر عن تنفيذ إلتزامه هو فسخ العقد إذا كان التنفيذ العيني مستحيلا بفعل المدين (أي البائع) و الفسخ يمكن أن يكون بناء على حكم من القاضي أو بتراضي الطرفين أو بحكم القانون، و بذلك يكون الفسخ قضائيا أو إتفاقيا أو قانونيا[2]

نستخلص من نص المادة أنه في حالة إخلال أحد الأطراف المتعاقدة لإلتزاماته، يمكن أن يتم فسخ العقد بفعل أحد الطرفين أو بناء على فعل القاضي أو من خلال إتفاق الطرفين أو بحكم القانون.

الفرع الثاني: إلتزام المتعاقد بأداء الخدمة

إن شبكة الإنترنت مجال متنوع لتقديم الخدمات عن بعد في مختلف المجالات التجارية و الطبية، بالإضافة إلى الأبحاث العلمية والإستشارات القانونية، وسائر العلوم والمعارف، والالتزام بتقديم خدمة غالبا ما يكون مستمرا لفترة من الزمن أو متتابعا على فترات من الزمن، ولا يقتصر محل العقود الإلكترونية على السلع والبضائع فحسب وإنما يتعداه إلى الخدمات التي تعد أشياء غير مادية، وينبغي أن تكون الخدمة موضوع العقد محددة أو قابلة للتحديد،

[1] مناني فراح، أدلة الإثبات الحديثة في القانون، دار الهدى النشر و التوزيع، الجزائر، 2008ص 209.

[2] مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة، المرجع السابق، ص 209.

ويتم ذلك التحديد في العقد أو في وثيقة إضافية أو تكميلية أو في الوثائق المكملة، ويفهم نطاق ومضمون الخدمة من طبيعة العقد نفسه مثل عقود الاشتراك في بنوك المعلومات [1]و مثل عقد الإشتراك في الإنترنت الذي يتم تنفيذه على فترات من الزمن .

تتطلب عقود تقديم خدمات التعاون بين مقدم الخدمة و الزبون قصد الإستعلام لتلقي أحسن النصائح وأدق المعلومات التي تمكنه من الحصول على أفضل خدمة يحتاجها أو الحصول على مقاييس و مواصفات محل التعاقد، فيجب على مقدم خدمة أن يلتزم بتقديم معلومات صحيحة وشاملة مع الإحتفاظ بسرية مطالب الزبون.

و كقاعدة عامة فإن الإلتزام بأداء خدمة هو التزام بتحقيق نتيجة ما لم يتضح من نصوص العقد أن هدا الإلتزام يتعلق ببدل عناية لذا لا يستطيع المورد التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي المتمثل في القوة القاهرة أو خطأ الغير المضرور[2].

مما سبق يمكن القول أن تنفيذ العقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت ممكن كلما كانت طبيعة الخدمة أو السلعة تسمح بذلك، فقد حوصل تنفيذ، العقد بصورة كلية عبر الإنترنت كما هو الأمر في حالة اللجوء إلى أحد المبرمجين لتصميم موقع على شبكة الإنترنت، فيصمم هدا الموقع بإستعمال الحاسب الآلي، ثم يتم إرساله من خلال شبكة الإنترنت، كما قد يتم تنفيذه جزئيا عبر شبكة الإنترنت، مثلا في حالة الإستشارات الطبية أو الإقتصادية فالتنفيذ في هده الحالة يكون عبر شبكة الإنترنت، إلا أنه قد يتطلب في بعض الأحيان القيام بدراسة تطبيقية أو عملية، كما أن إجراء تصميم هندسي يتطلب الإنتقال إلى عين المكان لإجراء بعض المعاينات، كما يمكن تنفيذ العقد الإلكتروني كليا خارج شبكة الإنترنت في حالة ما إذا كان محل العقد شيء مادي[3].

---

[1]محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003ص 94.

[2]مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة، المرجع السابق، ص 209.

[3]إلياس ناصيف، العقود الدولية العقد الإلكتررروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ، 2008ص 156.

المطلب الثاني: إلتزامات المستهلك

يترتب على إلتزام البائع بتسليم السلعة أو تنفيذ الخدمة، إلتزام المستهلك أو الزبون بأداء ثمن مقابل السلعة أو مقابل الخدمة، وتكون وسائل الدفع التي يعتمد عليها هدا الأخير سائلة كالنقود الورقية أو المعدنية أو التي تحل محلها من وسائل أخرى كالشيكات، غير أن الطابع المادي لهده الوسائل لا يصلح لتسهيل التعامل الذي يتم في بيئة غير مادية كالعقود الإلكترونية، والتي تتم في شبكة الإنترنت أين تزول المعاملات الورقية، وفي حصيلة من الأبحاث و الدراسات العلمية والعملية في الوسائل التقليدية للدفع والقياس على أنظمة الدفع، تم التوصل إلى نظام دفع حديث ومتطور يسمى نظام الدفع الإلكتروني أو السداد الإلكتروني وهو ما سنتناوله في (الفرع الأول)، وبعد دفع الثمن يقابله إلتزام بتسلم المبيع وهو ما سنتطرق له في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إلتزام المستهلك بالدفع الإلكتروني

أهم إلتزام يترتب على المستهلك هو الإلتزام بدفع الثمن ويسمى الدفع الإلكتروني في البيئة الإلكترونية والهدف منه تغطية المنفعة الإقتصادية بالنسبة إلى المتعاملين في التجارة الإلكترونية عن طريق إتاحة تحويل ثمن الخدمة والسلعة المشترات إلى الطرف المستفيد من خـــلال تكنولوجيا الشبكات[1].

و يعني الدفع الإلكتروني تسوية المعاملات المالية إلكترونيا وتنفيذ عمليات الدفع عبر أجهزة وتقنيات الحاسوب أو بواسطة الناقل الإلكتروني وهي شبكة الإنترنت، أو الإتصالات الحديثة كوسائل جوهرية [2] و يختلف نظام الدفع الإلكتروني عن نظام الدفع التقليدي في أن الأول (الدفع الإلكتروني) يعتمد على إستخدام تقنيات الإتصالات الحديثة لتنفيذ عمليات الدفع، بينما الدفع التقليدي يرتكز على العنصر البشري في إتمام عمليات الدفع، كما يختلفان

[1] محمد البنان، العقود والاتفاقيات في التجارة (العقود الإلكترونية)، الإلكترونية المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، 2007ص6

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

في طبيعة وسائل الدفع، فتتصف وسائل الدفع التقليدي بمادية ملموسة مثل النقود والشيكات والتعامل فيها محسوس، في حين تتصف وسائل الدفع الإلكتروني باللامادية اللاملموسة، و التعامل بها فضاء رقمي إفتراضي.

من هده المميزات نتساءل ما هي الخصائص التي يتمتع بها الدفع الإلكتروني وفيما تتمثل وسائل الدفع الالكتروني؟ كما نتساءل عن زمان ومكان إلتزام المشتري بإلتزامه بالدفع الإلكتروني؟

•أولا / خصائص الدفع الإلكتروني :

ستتناول خصائص الدفع الإلكتروني من خلال الصفة الدولية، ومن حيث الجهة التي تقوم بالدفع، ومن حيث وسائل الأمان الفنية على التوالي :

1 –من حيث الصفة الدولية بتقنية الدفع الإلكتروني:

من خصوصيات العقد الإلكتروني أنه دولي وتبعيته لهذه الصفة فوسائل الدفع الإلكتروني تستجيب لهذه الصفة حيث تقوم على تسوية وتسديد قيمة المعاملات التي تتم عن بعد، فيتم الدفع من خلال إعطاء أمر بالدفع الذي يتم وفقا للمعطيات الإلكترونية التي تسمح بالإتصال المباشر بين أطراف العقد المتواجدين في أماكن مختلفة[1] .

2 –من حيث الجهة الي 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 و أكثر مرونة من خدمات البنوك العادية.

[1] واقد يوسف، التنظيم القانوني للدفع الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة في القانون، فرع التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ، ص 23.

3 –من حيث وسائل الأمان الفنية :

بما أن الدفع الإلكتروني في فضاء عالمي مفتوح يستقبل جميع الأشخاص من مختلف البلدان، فليس من المستبعد أن تكون أرقام البطاقات النقدية الإلكترونية محل سرقة و سطو، لذا وجب أن تتمتع وترتبط وسائل الدفع الإلكتروني بوسائل أمان فنية تستعمل لتحديد هوية كلا من المدين والدائن أتناء القيام بالدفع، وأن تتم بطريقة مشفرة وبرامج خاصة معدة لهذا الغرض كبرنامج عمل أرشيف للمبالغ التي يتم السحب عليها إذ بهذه الطريقة سيكون من السهل الرجوع إليه .

•ثانيا / وسائل الدفع الإلكتروني:

نص المشرع الجزائري في قانون النقد والقرض في المادة 74منه على مايلي : " تعتبر وسائل الدفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل "يمكن للمشتري من خلال شبكة الإنترنت أن يقوم بالوفاء بمقابل ما قد تلقاه من المورد مستخدما إما الطرق التقليدية للوفاء في العقود التي تتم بين غائبين، أو طرق الوفاء المباشرة وذلك من خلال شبكة الإتصال اللاسلكية عبر الكمبيوتر، وهذا ما يعرف بالدفع الإلكتروني، وعليه نميز بين نوعان :

وسائل الدفع المتطورة، و وسائل الدفع الحديثة والتي سنتناولها على التوالي:

1 –وسائل الدفع المتطورة :

هذه الوسائل يتم التعامل بها في ظل الدفع التقليدي، إلا أنه بظهور التطور التكنولوجي تغيرت طرق معالجتها وطرق تداولها وهي :

أ – التحويل الصرفي:

هذه الطريقة تتم بتحويل مبلغ معين من حسابات المدين إلى حساب الدائن دون اللجوء إلى إستعمال بطاقات الدفع، فالعملية تتم بطريقة مباشرة عبر الشبكة الإلكترونية، حيث أن أمر الدفع تملكه الجهة التي تقوم على إدارة عملية الدفع الالكتروني، ومن أمثلتها إستعمال الوسائط الإلكترونية المصرفية، التي تعتبر عملية لإنقضاء الإلتزام الناتج عن الدفع

الإلكتروني ما بين المشتري الذي فضل أن يستعمل وسيلة إلكترونية لإقتناء حاجاته من سلع وخدماته، 1وتأمين عملية التحويل من حساب المدين إلى حساب الدائن ليتم الوفاء، ودلك بإعطاء أمر مصرفي يتضمن تحويل مبلغ محدد من المال من حساب لآخر ويتم ذلك عبر الإنترنت أو من خلال جهاز الصراف الآلي التي تكون مرتبطة بشبكة البنوك وتسمح بالتحويل الداخلي أو من بنك لآخر.

ب – بطاقة الائتمان:

هي التي تصدرها المصارف في حدود مبالغ معينة، ويتم إستخدامها كأداة ضمان، وتتميز بأنها توفر كلا من الوقت والجهد لحاملها، وما حوصل عليه البنك من رسوم مقابل الخدمات أو الفوائد عن التأخر في السداد من أمثلة هدا النوع بطاقة الفيزا، الماستركارد، إمريكان اكسبرس و بايسيرا وتتميز هده البطاقات بعدة خصائص من بينها توفير إمكانية الشراء الفوري والدفع الآجل، تحمل صورة العميل درءا للتزوير أو السرقة وأخيرا إمكانية قيام حاملها بسداد المبالغ من هذه البطاقات بالعملة المحلية لبلاده، سواء أكان المبلغ المصروف محليا أو خارج الدولة .

كما أن ظهور بطاقات الإئتمان أدى لتجاوز سلبيات الشيك وهي عادة ما تستعمل لسحب المال من البنك إلى حد أن البعض تحدث عن " شركة بدون مال ولقد تضاعف عدد مستعملي بطاقات الإئتمان التي تعد الطريقة الفضلى لتحقيق سرعة إستلام الأموال وسريتها[1].

أولا تمنح المصارف أو البنوك هذه البطاقات إلى عملائها إلا بعد التأكد من ملائمتهم كأن يكون للعميل ودائع تضمن المبلغ الذي سحبه، أي بمعنى الحصول منه على ضمانات عينية أو شخصية كافية.

[1] مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة، المرجع السابق، ص 213.

2وسائل الدفع الحديثة :

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

:أ – النقود الإلكترونية

يصطلح على تسميتها أيضا النقود الرقمية أو الرمزية أو النقود القيمية وتعرف النقود الإلكترونية بأنها نوع جديد من العملة، كما إختلف الفقه في تعريفهم للنقود الإلكترونية حيث عرفها أنها :" تلك النقود التي يتم تداولها عبر الوسائل الإلكترونية " وجانب أخر من الفقه عرف النقود الإلكترونية بأنها قيمة نقدية مخزنة على وسيلة إلكترونية مدفوعة مقدما وغير مرتبطة بحساب بنكي، وتحظى بقبول واسع من غير من قام بإصدارها، وتستعمل كأداة للدفع لتحقيق أغراض مختلفة.

فهي بديل إلكتروني للنقود قابل للتخزين والتداول مع عدم قابلية تزييفه، فالنقود الإلكترونية ليست نقودا ذات طبيعة مادية كالدولار واليورو، و الدينار، وسواها من أنواع العملات الورقية أو المعدنية، وإنما عبارة عن أرقام يتم نقلها من الكمبيوتر الخاص بالمصرف إلى الكمبيوتر الخاص بالمشتري، ومنه إلى الكومبيوتر الخاص بالبائع أو المورد عن طريق القرص الصلب المثبت على جهاز الكمبيوتر[1]، ويستطيع بعد ذلك المورد أن حول النقود الإلكترونية التي أضيفت إلى حسابه إلى نقود حقيقية عن طريق المصرف .

هذه التقنية لا تخلوا من المخاطر، فمن ناحية فإن حائز هذه النقود الإلكترونية ليس في مأمن من حادث فني يترتب عليه مسح ذاكرة جهازه، وهنا سوف يفقد كل نقوده التي بحافظة النقود الإلكترونية، دون رجعة، ومن ناحية أخرى فإنه في حالة إفلاس من أصدر هذه النقود، فإن العميل يتعرض لخطر عدم إسترداد قيمة الوحدات التي لم يستعملها بعد، كما يتعرض

[1]نسرين عبد الحميد نبيه، الجانب الإلكتروني للقانون التجاري، منشأ المعارف، مصر،، 2008ص 12.

المورد لخطر عدم إستيفاء الوحدات التي حولها له العميل بالنسبة للجزائر : نجد أن الجزائر ما زالت بعيدة نوعا ما مقارنة بجيرانها مثل تونس في مجال التفاوض المصرفي الإلكتروني رغم اهتمام الحكومة الجزائرية بقطاع البريد وتكنولوجيا الإعلام والإتصال، بحيث ظهرت في أواخر التسعينات شركةStim وهي شركة ذات أسهم تابعة للبنوك الجزائرية والتي ساهمت في وضع حلول في مجال التحويلات الإلكترونية ما بين البنوك الذي دخل حيز التنفيذ منذ1997م أين عملت الجزائر على وضع قناة وطنية للموزعين الأوتوماتكيين للأوراق المالية التي تنخرط فيها البنوك للإستفادة من هاته الخدمات.

كما ينص قانون القرض والصرف رقم في مادته 12منه على الإعتراف بإستعمال كافة وسائل الدفع التي تسمح للأشخاص تحويل الأموال مهما كانت الدعامة أو الطريقة المستعملة وبالرجوع إلى ذهنية المشرع الجزائري، نجده دائما يستعمل عبارات عامة غير دقيقة فهو لم يشر إلى النوعية نم الطريقة المستعملة في حد ذاتها وإنما أشار بطريقة ضمنية لوسيلة الدفع مهما كان نوعها تقليدية أو إلكترونية وهنا نجد أن بنك Badrو CPAقد وفرا خدمة الدفع بالبطاقات البنكية وهي متاحة للإستعمال خاصة في المساحات المفتوحة بالنسبة لعملية الدفع الإلكتروني، و الدفع الإلكتروني يقتضي وجود بيانات وهذه الأخيرة تسمى بالبيانات الإلكترونية حيث أن العلاقة الثلاثية التي تنشأ عن الدفع الإلكتروني تتم بإرسال بيانات سواء تعلق الأمر بمعلومات خاصة بالمشتري [1]، عن طريق إرسال شيك إلكتروني، وعن طريق رقم بطاقة الدفع أو بالتحويل المالي، ما بين البنوك وقد كتب الفقيه الفرنسي Mironسنة 1962أن للكمبيوتر شراهة لجميع المعلومات على نحو لا يمكن وضع حد لها وما يتصف به من خفة ومن عدم نسيان وحوز فيها الأفراد لنظام رقابة صارمة.

[1]صبحي محمد الأمين، العقد الالكتروني بين التنفيذ والإثبات، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016ص 55.

ب – محفظة النقود الإلكترونية :

محفظة النقود الالكترونية هي عبارة عن محفظة نقود مجازية يمثلها المشتري لدى مؤسسة مالية متخصصة، يتم تمويلها بإيداع رصيد مالي بإستخدام بطاقة إعتماد مصرفية، ويجرى العمل بها بخصم الثمن من محفظة النقود الخاصة بالمشتري لتضاف إلى محفظة النقود الخاصة بالبائع في المؤسسة المالية نفسها، و تمتاز هذه الوسيلة بأنها تحقق أمن تبادل النقد عبر شبكة الإنترنت لأنها تعتمد على عملية حسابية دقيقة كما تساهم في الوقت ذاته بتحديد شخصية أطراف التعامل كما تمتاز بقلة تكلفتها مقارنة مع بطاقات الإئتمان، إلا أنه بالرغم من هذه المزايا فمحفظة النقود الإلكترونية تواجهها بعض الصعاب من الناحية الفنية إذ يتعين أن يكون كلا طرفي التعامل مالكا لمحفظة النقود الإلكترونية لدى نفس المؤسسة المالية، ومن الناحية القانونية، بالرغم من أنها نقود مجازية إلا أنها مبرئة للذمة، ولذلك إعتبر بعض الشراح الفرنسيين أن النقود الإلكترونية تعتبر تعديا على سلطة الدولة في إحتكار عمليات صك النقود[1] .

•ثالثا / زمان ومكان تنفيذ الإلتزام بالدفع الإلكتروني:

متى إستحق دفع الثمن فهو واجب الوفاء في زمان ومكان خاص وهو الذي سنبينه على التالي :

1 –زمان تنفيذ الالتزام بالدفع الثمن : تنص المادة 388من القانون المدني الجزائري على: يكون ثمن المبيع مستحقا في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع ما لم يوجد إتفاق، وعرف يقضي بخلاف ذلك .

نستنتج من خلال هذا النص أن زمان دفع الثمن مرتبط بزمان بتسليم المبيع للمشتري وفي حالة عدم تحديد وقت تسلم المبيع فإن الثمن يستحق وقت إبرام العقد، إلا أنه يجوز الإتفاق على مخالفة هذه الأحكام بالإتفاق بين الأطراف، بالنسبة لزمان الوفاء بالثمن في

[1] إلياس ناصيف، العقود الدولية العقد الإلكتروني في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 160.

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

2 –مكان تنفيذ الإلتزام بالدفع الإلكتروني:

تنص المادة 387ق. م.ج على أنه : " يدفع ثمن المبيع من مكان تسليم المبيع ما لم يوجد إتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك، فإذا لم يكن ثمن المبيع مستحقا في وقت تسلم المبيع وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت إستحقاقه الثمن.

إن مكان الدفع الإلكتروني هو المكان الذي يوجد فيه المشتري وقت إستحقاق الثمن[1]، ويرى البعض أن مكان تنفيذ الدفع الإلكتروني يجب تركه لحرية الأطراف، وفي حالة غياب الإتفاق بين الأطراف نطبق القاعدة العامة المطبقة على العقد، إلا أن الممارسات التطبيقية تحدد مكان تنفيذ الإلتزام بالوفاء في العقد الإلكتروني بالمكان الذي يتواجد به موزع الإنترنت الخاص بالموجب لما يكون العقد قد أبرم على موقع من مواقع الإنترنت، والشيء نفسه إذا كان العقد مبرم عبر البريد الإلكتروني فهو المكان الذي تتواجد فيها معظم النشاطات التجارية للتاجر .

[1] خليل احمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الرابع (عقد البيع)، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000ص 189.

الفرع الثاني: إلتزام المستهلك بتسلم المبيع

يعتبر إلتزام المستهلك بتسليم المبيع إلتزاما هاما وأساسيا، لأن به يتحقق الإستيلاء الفعلي للستهلك على المبيع، وهو المقابل لإلتزام المتدخل بالتسليم، فلا أثر قانوني لهذا الإلتزام ما لم يتم إستلامه و إدخاله في حيازة المستهلك، و يتفق هذا الإلتزام مع إلتزام المتدخل في إرتباطه بزمان ومكان، والنفقات الواجبة الدفع.

- **أولا / زمان ومكان تسليم المبيع:**

تنص المادة 394ق م ج على أنه: " إذا لم يعين الإتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسلم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن يتسلمه دون تأخير، بإستثناء الوقت الذي تتطلبه عملية التسلم."

الظاهر على واقعة تسلم السلعة أو الخدمة المتعاقد عليها أنها تخضع لإتفاق الطرفين أولا ثم لأحكام التعامل ثانيا، وذلك إستنادا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، إذ أصبح من المتعارف عليه اليوم بأن يكون التسليم بمكان المشتري لاسيما في حالات التعاقد عن بعد، و التي منها مثلا الشراء عبر الإنترنت، إذ لا يعقل أن يشتري شخص ما إحدى السلع المعلن عنها عبر شبكة الإنترنت، ويذهب بعد ذلك بنفسه لتسلمها من مكان تواجدها، وإن كان ممكنا فهو ليس بالغالب الأعم[1].

ومنه فالإلتزام بالتسلم يعتبر كما سبق القول أنه إلتزام مقابل الإلتزام بالتسليم الذي يمكن العميل من الإستيلاء على محل العقد، وعليه يتم تسليم المحل في نفس المكان و الزمان الذي يتوجب إتمام عملية التسلم فيهما، لكون هذا الإلتزام مساو من حيث كيفية التسليم والتسلم ومكانه وزمانه، وهو ما يجعل هذا الإلتزام واحد، مما يوجب على الملتزم بعد الإنتهاء من الإعداد الوفاء به ليتمكن الطرفان من إبراء ذمتهما تجاه الآخر.

[1] عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية، عقد البيع المبرم عبر الانترنت، دراسة تحليلية، ط، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2007، ص 319 ، 318 .

وكما تم الإشارة إليه أن زمان ومكان التسليم يخضع لإرادة الطرفين، فإن تحديدها لا يثير إشكالا، إلا أنه قد حودث ألا يتم تحديد وقت التسليم في العقد، والتوصل من خلالها إلى تحديد الوقت المناسب، أو العمل بما أقره العرف في القيام بمثل هذا التصرف، وإعتباره موعد التسليم وذلك من خلال تحديد المدة التي إستقر عليها العرف .

•ثانيا / إلتزام المستهلك بنفقات تسلم المبيع:

تنص المادة 395ق . م. ج. على: " إن نفقات تسلم المبيع تكون على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك » نستنتج من نص المادة أن إتفاق 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 و أن تنفيذ هذا الإلتزام في البيئة الإلكترونية وأمام ما إبتكره التطور التكنولوجي من تقنيات دفع إلكتروني أصبح يتلائم مع البيئة الإلكترونية.[1]

[1]محمد حسن قاسم، عقد البيع، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1999ص 393.

المبحث الثاني: إثبات العقد الالكتروني

الإثبات له أهمية قصوى في كافة الأنظمة القانونية بإعتباره أولى الخطوات لحماية الحق، خاصة أن الإثبات الخطي الذي يرتكز على كتابة موضوعة على دعامة مادية تتمثل في ورقة مختومة بتوقيع صاحبه، وهدا في العقد التقليدي أي أنه يعتمد على الكتابة و التوقيع كأساس للإثبات، أما في العقود الحديثة التي تبرم عن طريق الشبكة المعلوماتية، بقيت كل من الكتابة والتوقيع كأساس للإثبات ولكن أضيف عليها الصفة الإلكترونية.

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 مكتوبا وأن يكون موقعا، وعليه حتى يمكن إثبات المعاملات الإلكترونية المحررة على وثيقة إلكترونية والتي تسمى « المحرر الإلكتروني »، وذلك للأهمية القصوى للإثبات في كافة الأنظمة القانونية .

تعود أهمية إبرام العقود بالوسائل الإلكترونية، تبعا لما توفره من السرعة والسهولة في الإبرام مما أدى إلى الإستغناء عن الوسائل التقليدية والأخذ بالوسائل الحديثة، ومن أهم هذه الدعامات التي تفرض الإثبات في المعاملات الإلكترونية لدينا الكتابة الإلكترونية وسنتطرق لها في (المطلب الأول)، كما لدينا أيضا طريقة أخرى متمثلة في التوقيع الإلكتروني وهدا ما سنتطرق له في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الكتابة الإلكترونية

نتطرق في هذا المبحث إلى تحديد مفهوم الكتابة في العقد الإلكتروني ثم دراسة القوة الثبوتية لهذه الأخيرة من خلال الفرعين متتاليين.

الفرع الأول: تحديد مفهوم الكتابة في الشكل الإلكتروني

نتعرض أولا إلى التعريف الجديد للكتابة الذي جاء به القانون المدني ثم نتطرق ثانيا إلى خصائص هذا التعريف.

1/ تعريف الكتابة

لقد أورد المشرع في المادة 323 مكرر من القانون المدني تعريفا للكتابة بالنص على أنها: " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف وأوصاف وأرقام وأية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها" [1] فالمقصود بالكتابة في العقد الإلكتروني حسب هذا النص[2]، ذلك التسلسل في الحروف أو الأوصاف أو الأرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، المكتوبة على دعامة إلكترونية ومهما كانت طرق إرسالها، ومثال ذلك تلك المعلومات والبيانات التي تحتويها الأقراص الصلبة أو المرنة، أو تلك التي يتم كتابتها بواسطة الكمبيوتر وإرسالها أو نشرها على شبكة الانترنيت.

---

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

[2] استعمل المشرع أيضا مصطلح الكتابة في العقد الالكتروني وليس الكتابة الالكترونية، كون شكل الكتابة هو الذي تغير وليس طبيعتها. في هذا الشأن يقول الأستاذ Eric Caprioli :

" Nous préférons également l'expression écrit sous forme électronique à celle d'écrit électronique car ce ne sont que les formes de l'écrit qui changent et non sa nature, s'il peut exister plusieurs formes de preuve littérale, les écrits, à condition qu'ils remplissent les exigences fixées par le législateur sont de même nature et d'une force probante équivalente".Voir Eric Caprioli, le juge et la preuve électronique, réflexion sur le projet de loi portant adaptation de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique, www.caprioli-avocats.com, 2024/05/28, 15 : 35.

الملاحظ أن نص المادة 323 مكرر من القانون المدني، يعتبر أول نص عرف من خلاله المشرع الكتابة التي يمكن استعمالها كوسيلة إثبات للتصرفات القانونية بصفة عامة، والتصرفات الإلكترونية بصفة خاصة، وذلك لتفادي الجدل الذي قد يثور حول الاعتراف بالكتابة الإلكترونية كدليل إثبات، كون الكتابة بمفهومها " التقليدي " كان مرتبطا بشكل وثيق بالدعامة المادية أو الورقة، إلى درجة عدم إمكانية الفصل بينهما، وبالتالي لم يكن القانون يعترف بالكتابة المدونة على دعامة إلكترونية افتراضية، والتي لا تترك أثرا ماديا مدونا له نفس الأثر المكتوب على الورق في الإثبات.

2/ خصائص التعريف الجديد للكتابة.

إن مفهوم الكتابة الذي جاءت به المادة 323 مكرر قابل للتوسع، ذلك أن صياغتها بالنص على أنه " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها" يفهم منه أن المشرع يعتد لإثبات التصرفات القانونية بأية دعامة كانت عليها الكتابة سواء كانت على الورق أو على القرص المضغوط أو على القرص المرن.

ويتسع المفهوم إلى كل الدعائم التي يمكن أن تفرز عنها التطورات التكنولوجية في المستقبل، وهذا المبدأ الذي أخذ به المشرع الجزائري في عدم التفرقة بين الدعامات الالكترونية سماه الفقيه Caprioli بـ: « Principe de neutralité technique et de non discrimination à l'encontre d'un support ou d'un média »[1].

ويعتد المشرع أيضا في مفهوم الكتابة بأية وسيلة من وسائل نقلها، فيشمل بذلك تعريف الكتابة في الشكل الإلكتروني التي تكون منقولة عن طريق اليد، والتي تكون منقولة على شبكات الاتصال المختلفة.

[1] وهو نفس المبدأ الذي كرسه قانون الأمم المتحدة للتجارة الالكترونية CNUCDCI في مادته 09، والقانون المدني الفرنسي في مادته 1316. أنظر: Eric Caprioli, op.cit. .

اشترط المشرع أن تكون هذه الكتابة مفهومة signification intelligible وبالتالي يجب أن تكون هذه الأحرف أو الأشكال أو الإشارات أو الرموز أو الأرقام لها دلالة قابلة للإدراك وللقراءة، والمقصود بذلك أنه لو كان هذا التتابع للعلامات أو الرموز، وبمعنى آخر هذا المحتوى المعلوماتي للكتابة المعبر عنها في الشكل الإلكتروني مشفرا بحيث لا يمكن إدراك معاينته من قبل الإنسان بل من قبل الحاسوب فقط فإن هذه الكتابة لا تصح لتكون دليل إثبات، لأنه لا يمكن للقاضي إدراك محتواها في حالة النزاع.

من خلال هذه الخصائص يتضح أن هذا المفهوم الجديد للكتابة كما يقول الأستاذ كمال العياري " أدخلت مسحة من التطور على مفهوم الكتابة مما آل إلى التخلي عن التعريف التقليدي المرتكز على المفهوم الورقي والمادي، فالاعتراف بالكتابة في العقد الالكتروني قد أدى في الحقيقة إلى تقويض ثنائية المحتوى والوعاء (contenu support)، التي كانت تشكل إحدى أهم خصائص الكتابة التقليدية، ولكن الفصل بين مضمون الكتابة والشكل الذي ترد فيه يثير مسألة الثقة في هذا النوع من الكتابة، ويصيب قيمتها القانونية بالنقصان".[1]

فالكتابة في العقد الإلكتروني على خلاف الكتابة التقليدية معرضة للتبديل وللتحوير اللاحق مما يمس قوتها الثبوتية، الشيء الذي جعل المشرع يحيطها بعدة ضمانات نتطرق إليها ضمن الفرع الثاني المخصص للقوة الثبوتية للكتابة في الشكل الالكتروني.

الفرع الثاني: القوة الثبوتية للكتابة في العقد الإلكتروني

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

[1] كمال العياري، التطور العلمي وقانون الإثبات، ورقة عمل مقدمة في الندوة العالمية حول الإثبات باستعمال وسائل المعلوماتية والتكنولوجية الحديثة، بالمركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، 6-8 يناير 2003، بيروت، لبنان، ص.28.

أسس، من خلال هذا النص مبدأ التعادل الوظيفي L'équivalent fonctionnel،[1] بين الكتابة في العقد الإلكتروني والكتابة على الدعامة الورقية غير أنه لم يأخذ به على إطلاقه بل قيده بشرطين هما:

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

2- أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها.

وفي هذا الفرع سنتناول بالدراسة المبدأ الذي جاء به المشرع الجزائري ضمن نقطة أولى، والشروط المقيدة له في نقطة ثانية.

1/ مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة في العقد الإلكتروني والكتابة على الورق.

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

إن موقع المادة 323 مكرر من القانون المدني المقابلة لنص المادة 1316-1 من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بتعريف الكتابة الواردة ضمن الباب المخصص بإثبات الالتزام وتحديدا في الفصل الأول الخاص بالإثبات بالكتابة قد أثار جدلا فقهيا، خاصة في فرنسا عما إذا كانت الكتابة في صورتها الحديثة في الشكل الإلكتروني، تعادل في حجيتها

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

حجية الكتابة الرسمية، وبالتالي يمكن من خلالها إثبات عكس التصرفات والعقود المثبتة بكتابة رسمية.

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

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

وإننا نميل إلى الرأي الثاني في عدم قابلية إثبات التصرفات والعقود التي يشترط فيها المشرع لإثباتها الكتابة الرسمية، كون المادة 324 من القانون المدني تشترط حضور الضابط العمومي والحضور المادي لأطراف العقد أمامه لصحته[3]، ويقول في هذا الشأن الأستاذ العياري " في الحقيقة يعود هذا الاحتراز إلى أن المشرع مازال محتفظا ببعض

---

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

[2] Eric Caprioli, Op.cit.

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

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

الخشية إزاء هذه المعاملات ولا يروم ضمن منظومة لم تستكمل بعد فترة التجربة" [1]، وتطبيقا لذلك فإن الأحكام المتعلقة بالكتابة العرفية هي التي تطبق على الكتابة التي تكون في الشكل الإلكتروني، لذا يمكن إثبات العقود والتصرفات القانونية التي تفوق قيمتها مائة ألف دينار بالكتابة المبرمة في الشكل الإلكتروني، تطبيقا لنص المادة 333 من القانون المدني من جهة، ولا يمكن معارضة الكتابة في الشكل الإلكتروني بشهادة الشهود تطبيقا من جهة أخرى، غير أن اليمين الحاسمة قد تقوض الدليل الثابت بالكتابة في الشكل العرفي.

2/ شروط قبول الكتابة في العقد الإلكتروني كدليل إثبات.

وضع المشرع شرطين لقبول الكتابة في الشكل الالكتروني للإثبات، وهما، إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها، وسبب وضع المشرع لهذين الشرطين[2]، يرجع إلى طبيعة المحيط الذي تتم فيه المعاملات الإلكترونية كونه محيط افتراضي وليس محسوس virtuel et dématérialisé، مما يفرض عوائق ناتجة عن طبيعة المحيط نفسه وهي:

– صعوبة التعرف على هوية الطرف الآخر في العلاقات العقدية.

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

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

وسنتطرق للشرطين المذكورين أعلاه فيما يلي:

أولا: إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها.

إن التعاقد الإلكتروني، لاسيما الذي يتم عن طريق الانترنيت يثير مسألة هامة تتعلق بإمكانية تأكد المتعاقد من هوية المتعاقد معه، أي توثقه من أن الشخص الذي يخاطبه هو فعلا ذلك الذي قدم له اسمه وعنوان بريده الإلكتروني، وغير ذلك من المعلومات، وقد يمتد

[1] كمال العياري،المرجع السابق.

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

هذا الإشكال في حالة المنازعة حول حجية هذا العقد، فما الذي يضمن للقاضي أن الوثيقة الإلكترونية المقدمة له كدليل إثبات صادرة أو متعلقة بذلك الشخص أو ذاك، وتعد هذه الإشكاليات من بين أهم الإشكاليات التي تواجه العقود الالكترونية.

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

وهي وسائل أُريدَ منها ضمان تأكيد الاتصال من جهة وإثبات هوية الشخص الذي أصدر الوثيقة الإلكترونية من جهة أخرى، لكن تأكد بعد تجربتها أن لكل منها ثغرات أمنية ولذلك تعد غير كافية، وهذا ما استدعى اللجوء إلى فكرة الشخص الوسيط بالعلاقة العقدية أو ما يسمى سلطات الموثوقية Autorités de certification أو Prestataire de service de certification électronique وهي عبارة عن شركات ناشطة في ميدان خدمات التقنية تقدم شهادات تتضمن تأكيدا بأن الطلب أو الجواب قد صدر من الموقع المعني وتحدد تاريخ صدور الطلب أو الجواب، وحتى تضمن هذه الجهات تأكيد شخصية المخاطب، تستعمل تقنيات التعرف على الشخص بدءا بكلمة السر وانتهاء بتقنيات التشفير[1].

[1] يونس عرب، حجية الإثبات بالمستخرجات الالكترونية، مقال منقول عن موقع: www.arablaw.org

وقد أخذت معظم التشريعات التي اعترفت بحجية الكتابة في الشكل الإلكتروني في الإثبات بهذه الوسيلة للتأكد من هوية الشخص الذي صدر منه الإيجاب أو القبول، ومنها القانون الفرنسي الذي أنشأ ما يسمى بهيئة خدمات التصديق prestataire de service de certification، وكذلك القانون التونسي الذي أنشأ ما يسمى بجهات المصادقة وسماها الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية [1].

وبالرجوع إلى القانون الجزائري، نجده لم يحدد إلى يومنا هذا كيفيات تطبيق هذا الشرط المقرر بالمادة 323 مكرر من القانون المدني المتعلق بكيفيات التأكد من هوية الشخص الذي صدرت منه الكتابة في الشكل الإلكتروني أو الوثيقة الإلكترونية، وفي انتظار صدور المرسوم التنفيذي الذي يحدد كيفيات تطبيق هذه المادة، فإن تطبيقها يبقى معلقا، كونه يصعب على القاضي التثبت من هوية من صدرت عنه الكتابة، لذا يبقى إنشاء مثل هذه الهيئات أفضل حل لهذا المشكل في الوقت الحاضر [2].

ثانيا: أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها.

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

---

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

أنظر كذلك نص المادة 08 وما بعدها من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي.

[2] رغم ما يمكن أن يعتري ذلك من نقائص، فإذا تمكن الشخص من سرقة المفتاح السري الخاص بشخص آخر فإنه يستطيع سرقة هويته فينتحل شخصيته في إبرام العقود، فتكون الكتابة أو الوثيقة الإلكترونية المحتج بها أمام القضاء صادرة باسم صاحب المفتاح، ولذلك يرى الأستاذ Caprioli، بأن مصطلح identification de la personne dont l'écrit émane الوارد في المادة 1316-2 من القانون المدني الفرنسي المقابلة للمادة 323 مكرر 1 من القانون المدني يقصد بها في الحقيقة l'imputabilité à l'auteur.

إنشاؤه من الأصل عند تغيب الورقة، بينما التغيب يمحي السند الإلكتروني كليا، فمشكلة الحفظ تساوى فيها السند الإلكتروني والسند الرسمي، ولذلك أوجب المشرع ضرورة حفظ الوثيقة الإلكترونية من أجل الحفاظ على حقوق الأفراد الذين يتعاملون بها أو من كان لهم حقوق ثابتة بها.

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

وفي كل الأحوال يجب أن يكون الحامل الإلكتروني من الوسائط المتاحة حاليا أو التي يكشف عنها العلم مستقبلا، فنص المادة 323 مكرر يحتمل توسيع مجال الدعائم الإلكترونية ووسائط جديدة تعد بمثابة الحامل الإلكتروني، كما سبقت الإشارة إلى ذلك عند تعريف الكتابة في الشكل الإلكتروني. ويتعين حسب الفقه أن يتوافر في الحامل الإلكتروني الذي تحفظ عليه الوثيقة الإلكترونية خصائص معينة تتعلق بهذه الرسالة أو الوثيقة وهي:

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

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

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

– يتعين كذلك حفظ المعلومات المتعلقة بالجهة التي صدرت عنها الوثيقة الإلكترونية سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا، وكذلك الجهة المرسلة إليها.

– حفظ المعلومات المتعلقة بتاريخ ومكان إرسال الوثيقة واستقبالها، وذلك لأن هذه المعلومات ترتب آثارا قانونية في حق طرفي الرسالة أو الوثيقة متى تعلقت بعقد من العقود الإلكترونية، إذ يمكن عن طريق هذه البيانات تحديد مكان وزمان انعقاد العقد، وما إذا كان طرفا العقد قد جمعهما مجلس عقد واحد أم لا، والتوصل إلى معلومات تتعلق بسداد الثمن أو الأجرة وكيفية ذلك ومكانه، ولاشك أن كل هذه الأمور من العناصر الجوهرية في التعاقد بالطريق الإلكتروني، لأن الهدف النهائي هو الحفاظ على حقوق الأطراف وحقوق كل من له علاقة بهذه الوثيقة.

وفي القانون المقارن نلاحظ أن المشرع التونسي قد فرض التزامات إضافية تتعلق بحفظ الوثيقة الإلكترونية، بحيث يلتزم المرسل بحفظ الوثيقة الإلكترونية في ذات الشكل الذي أرسلها به، حتى تكون حجة عليه متى تعلق حق للغير بهذه الوثيقة، فإذا ادعى خلاف ذلك، كانت الصورة المسلمة إليه، حجة عليه وحجة للطرف الآخر الذي يتمسك ضده بهذه الوثيقة الإلكترونية[1].

ونشير في الأخير إلى أن تخزين أدلة الإثبات في الآلات و عبر المواقع المؤقتة التي يمكن أن لا تتمتع بصفة الدوام والاستقرار جعل الفقيه Caprioli يقترح إنشاء جهات ثالثة تضمن سلامة الوثائق الالكترونية من التبديد والتحريف أو يسمى " Tiers Archiver أو Service d'archivage "، فتخزين المعلومات في الكومبيوتر الخاص بأحد المتعاقدين

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

يمكن أن يعرضها للتبديل أو التحريف كون هذا الجهاز يخضع لإرادة و إشراف وتوجيهات مستعمليه.

وإذا كان هذا الكمبيوتر يؤدي مهمته تنفيذا للتعليمات ولإيعاز الشخص الذي يخزنها فإنه يقال بأن هذه المعلومات التي سوف تقدم كدليل إثبات يمكن أن تكون من صنع هذا المستعمل، فهي إذن صادرة عنه وبالتالي لا يجوز له أن يحتج بها كدليل إثبات، تطبيقا لمبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه، ومن هنا تظهر القيمة القانونية لوجود الوسيط لحفظ هذه الوثائق[1].

3/ التنازع بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الورق في الإثبات.

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

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

– تيسر الاطلاع على المعلومات الواردة فيها على نحو يتيح الجوع إليها لاحقا.

– الاحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشأت أو أرسلت أو استلمت به أو بشكل يمكن إثبات أنه يمثل بدقة المعلومات التي أنشأت أو أرسلت أو استلمت.

– الاحتفاظ بالمعلومات، إن وجدت، التي تمكن من استبانه رسالة البيانات وجهة وصولها وتاريخ ووقت استلامها ووصولها. أنظر:

Eric Caprioli, Op.cit.

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

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

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

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

– أعطى للقاضي سلطتين، الأولى صلاحية البت بالنزاعات القائمة حول وسائل الإثبات وتحديد السند الأكثر مصداقية، والثانية هي سلطة تقديرية واسعة في عملية التحديد، فهو

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

الذي يرجح واسطة إثبات دون أخرى، بمعزل عن الدعامة ورقية كانت أو إلكترونية، وذلك باستخدام الطرق المتوفرة لديه[1].

– إمكانية وضع اتفاقات بين المتعاقدين تخالف قواعد الإثبات الموجهة للقاضي، وبالتالي الاعتراف بأن هذه القواعد يمكن الاتفاق على خلافها.[2]

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

وفي واقع الأمر فإنه يصعب على القاضي ترجيح الوثيقة الإلكترونية على الوثيقة الورقية لسببين: أولهما نفسي، فالقاضي الذي تعود على الوسائل الورقية والتوقيع باليد في إثبات

---

[1] Eric Caprioli, Op cit.

[2] سامي بديع منصور، مرجع سابق، ص 360 وما بعدها.

[3] يوجد في الحقيقة اتجاهان، يرى أحدهما أن قواعد الإثبات الموضوعية من النظام العام، وبالتالي يمنع كل اتفاق يحصل بين المتخاصمين حولها، كونها مرتبطة بوظيفة الدولة وإقامة العدالة،في حين يفرق الاتجاه الثاني، بين قواعد الإثبات الموضوعية وبين الإجراءات الخاصة بالإثبات، فيجيزون اتفاقات حول الأولى، باعتبارها حقوق ترجع إلى الخصوم، وأن من حقهم التنازل عنها، ومن جهة أخرى يمنعون الاتفاق حول الثانية ويصنفونها ضمن قواعد النظام العام ولذلك يمنعون الاتفاق على إجراءات الإثبات وغلى شروط قبول قواعد الإثبات، والشكليات المقررة في ذلك، وقيمة تلك القواعد والحجج التي ينبغي أن تعطى لها .

أنظر: يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الطبعة الثانية، المؤسسة الوطنية للكتاب، ص52 وما يليها.

العقود والتصرفات، سيكون منحازا عفويا إلى الوسيلة التي تعودها، فيكون في الأمر قرينة هي ترجيح المستند الورقي حتى إثبات العكس، وقد يصعب أخذ القاضي به للسبب نفسه.

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

المطلب الثاني: التوقيع الالكتروني

يشكل التوقيع الالكتروني العنصر الثاني من عناصر الدليل الكتابي الذي يتطلب لصحة الارقة العرفية، وكذلك بالنسبة للورقة الرسمية[1]، ولقد ظهر التوقيع الالكتروني بظهور التجارة الالكترونية وذلك بالحاجة إلى وجود توقيع يتوافق مع طبيعتها، والتوقيع الالكتروني يختلف عن مفهوم التوقيع التقليدي، وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى مفهوم التوقيع الالكتروني من خلال تعريفه ومعرفة أهم الخصائص والمميزات التي يتميز بها هذا التوقيع في المطلب الأول، ثم نتعرف على أنواع التوقيع من خلال المطلب الثاني.

الفرع الأول: مفهوم التوقيع الالكتروني.

وسنتطرق إلى هذا المطلب من خلال فرعين مواليين.

أولا: تعريف التوقيع الالكتروني.

تعددت التعاريف التي أعطيت للتوقيع الإلكتروني بحسب النظم القانونية السائدة في العالم:

*عرفت منظمة الاتحاد الأوربي التوقيع الالكتروني من خلال نوعين من التوقيع:

01- التوقيع الالكتروني: "معلومات على شكل الكتروني متعلقة بمعلومات الكترونية أخرى ومرتبطة بها ارتباطا وثيقا ويستخدم أداة للتوثيق"

[1] مناني فراخ: العقد الالكتروني، وسيلة اثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، د ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2009، ص 187.

02- التوقيع الالكتروني المعزز: هو " عبارة عن توقيع الكتروني ويشترط فيه أن يكون: مرتبط ارتباطا فريدا مع صاحب التوقيع، قادر على تحديد صاحب التوقيع والتعرف عليه باستخدامه، تم ايجاده باستخدام وسائل يضمن فيها صاحبه السرية التامة، وكذلك مرتبط مع المعلومات المضمنة في الرسالة حيث أنه يكشف اي تغيير في المعلومات"[1].

والتوقيع الالكتروني هو إجراء معين يقوم به الشخص المراد توقيعه على المحرر سواء في الأمر بأن يحتفظ بالرقم أو الشفرة بشكل آمن ويسري بمنع استعماله من قبل الغير، ويعطي الثقة في أن صدوره يفيد أنه بالفعل صدر من صاحبه[2].

أما المشرع الفرنسي فقد عرف التوقيع الالكتروني في المادة 4/1316 من القانون المدني بأنه: وسيلة آمنه لكشف هوية الشخص تضمن ارتباطه بالعقد المتصل به التوقيع[3]، والملاحظ على هذه المادة أن المشرع قد عرف التوقيع الالكتروني بشكل عام ولم يفرق بينه وبين التوقيع التقليدي كما أنه لم يحدد شكل معين لأداء التوقيع لكنه ركز على وظائفه[4].

في بادئ الأمر المشرع الجزائري لم يعرف التوقيع الإلكتروني وإنما نص عليه بشروط معينة في القانون المدني الجزائري رقم 05-10 في مادته 327 الفقرة 02 على أنه: " يعتد بالتوقيع الالكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه ".

---

[1] علاء محمد نصيرات: حجية التوقيع الالكتروني – دراسة مقارنة –، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005م، ص24.

[2] مناني فراخ: مرجع سابق، ص 188.

[3] ART.1316- 4.C. CIVIL.

[4] مسعودي يوسف، أرجيلوس رحاب: مدى حجية التوقيع الالكتروني في الاثبات في التشريع الجزائري (دراسة على ضوء أحكام القانون 15-04)، مقال منشور، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، سداسية محكمة، العدد 11، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، جانفي 2017، ص83.

أما بالرجوع إلى القانون 15-04[1]، نلاحظ أنه قام بتعريف التوقيع الالكتروني في مادته الثانية الفقرة الأولى بأنه: " بيانات في شكل الكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات الكترونية أخرى، تستعمل كعملية توثيق.

ونلاحظ من خلال تعريف المشرع الجزائري للتوقيع الالكتروني أنه تبنى نفس تعريف منظمة الاتحاد الأوربي من نوعها الأول في تعريفها للتوقيع الالكتروني.

ثانيا: خصائص ومميزات التوقيع الالكتروني.

أولا: خصائص التوقيع الالكتروني.

– يتكون التوقيع الالكتروني من عناصر متفردة وسمات خاصة بالموقع تتخذ شكل أرقام أو حروف أو إشارات أو غيرها.

– أنه يحدد شخصية الموقع ويميزه ويعبر عن رضاه بمضمون المحرر.

ال– التوقيع الالكتروني يتصل برسالة الكترونية وهي عبارة عن معلومات يتم إنشاؤها او إرسالها أو تسليمها أو تخزينها بوسيلة الكترونية[2].

– أن التوقيع العادي عبارة عن رسم يقوم به الشخص بمعنى أنه فن وليس علم ومن هنا يمكن تزويره، أما التوقيع الالكتروني فهو علم وليس فن ويصعب تزويره، بحيث يتم التوقيع الالكتروني بواسطة برنامج كمبيوتر خاص لهذه الغاية[3].

[1] قانون رقم 15-04 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموفق أول فبراير سنة 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين.

[2] أسامة بن غانم العبيدي: حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات مقال منشور، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، العدد 56، المجلد 28، ص147-148.

[3] مسعودي يوسف، أرجيلوس رحاب: مقال سابق، ص 84.

ثانيا: مميزات التوقيع الالكتروني.

– **يوفر الخصوصية:** فهو يحدد صلاحيات الوصول للبيانات وتحديد مسؤولية كل من مستخدمي هذه البيانات وعدم السماح لأشخاص بتنفيذ إجراء معين على البيانات لا يمتلكون الصلاحيات الكافية لتنفيذه.

– **يوفر التعرف على المستخدم:** وهو عملية التحقق من هوية الاشخاص أو التعرف على مصادر البيانات، وتتم عن طريق كلمات السر والبطاقات الذكية.

– **يوفر وحدة البيانات:** وهي عملية حماية البيانات ضد التغيير أو التعويض عنها ببيانات أخرى، وتقوم باستخدام تقنية تشفير البيانات ومقارنة بصمة الرسالة المرسلة ببصمة الرسالة المستقبلة.

– **يوفر عدم القدرة على الإنكار:** عدم قدرة الشخص الموقع الكترونيا على انكار قيامه بهذا الفعل[1].

*** أنواع التوقيع الالكتروني.**

إن الحديث عن التوقيع الإلكتروني يستدعي الحديث عن أنواعه:

أولا: التوقيع البيومتري.

ويعتمد هذا النوع على استخدام الصفات والمميزات الجسمانية والفيزيائية التي تميزه عن غيره من الافراد وهذه الخصائص الذاتية للشخص متعددة منها : بصمات الاصابع والاوردة الدموية وشبكة العين والصوت وحركة اليد عند وضع التوقيع.

وتتم هذه الطريقة بتخزين بصمة الشخص داخل دائرة الكترونية للجهاز التي يتم التعامل معه، بحيث لا يتم الدخول إلا عند وضع بصمة الاصبع المتفق عليها أو بصمة الشفاه أو بنطق كلمات معينة، ولا يتم التعامل بها إلا عندما يتأكد الجهاز عن عملية المطابقة التامة[2].

[1] مناني فراح: مرجع سابق، ص 196–197.

[2] سعيد السيد قنديل: التوقيع الالكتروني، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004، ص70.

ثانيا: التوقيع الرقمي.

من الصور الاخرى للتوقيع الالكتروني التي تستخدم في ابرام التصرفات القانونية باستخدام الوسائط الالكترونية وخاصة تلك التعاملات التي تبر عبر شبكة الانترنيت هو التوقيع الرقمي .

ويقصد بالتوقيع الرقمي ((بيانات او معلومات متصلة بمنظومة بيانات اخرى او صياغة منظومه في صوره مشفره والذي يسمح للمرسل اليه اثبات مصدرها والتأكد من سلامته مضمونها وتأمينها ضد أي تحريف او تعديل)) ويتم ذلك باستخدام مفاتيح سريه وطرق حسابيه معقده ومعادلات رياضيه (لوغارتيمات)وتتحول بواسطتها المعاملة من رساله ذات كتابه عاديه مقروءة ومفهومه الى معادله رياضيه او رساله رقميه غير مقروءة وغير مفهوم مالم يتم فك تشفيرها ممن يملك مفتاح فك الشفرات والمعادلات الخاصة بذلك .

وينشأ التوقيع الرقمي ويتحقق من صحتهُ باستخدام التشفير وبناءً على ذلك فاذا رغب الموقع بإرسال رسالة بيانات عبر البريد الالكتروني (E-mail) مثلاً فانه يقوم بإعداد ملخص الرسالة باستخدام برنامج تشفير وباستخدام المفاتح الخاص وارسالها للشخص المتلقي الذي يستخدم المفتاح العام للتحقق من صحة التوقيع الرقمي ,ثم ينشى المرسل اليه ملخص الرسالة باستخدام ذات برنامج التشفير ويقارن بين ملخص الرسالتين فاذا كانتا متطابقتين فهذا يدل على ان الرسالة وصلت بشكل سلم دون ان يحصل لها تعديل او تحريف اما اذا حصل التعديل او التصرف في الرسالة فسيكون ملخص الرسالة التي افشاها المستلم مختلف عن ملخص الرسالة التي انشاها الموقع[1].

ثالثا: التوقيع الالكتروني بواسطة الرمز السري.

يتم هذا التوقيع عبر إدخال بطاقة ممغنطة في آلة مناسبة ثم إدخال الرقم السري والضغط على زر الموافقة لإتمام العملية المطلوبة، وهذا النوع من التواقيع الالكترونية هو

[1] بشار محمود دودين: الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، رسالة ماجستير، ص 144.

الشائع في أجهزة الصرف الآلي ATM لدى المصارف للحصول على كشف حساب أو سحب مبالغ نقدية أو تحويلات مالية إلى حساب آخر، ومن أجل تخطي إشكالية القوة الثبوتية لهذه الوسيلة، عمدت المصارف إلى إبرام اتفاق خاص مع العميل للاعتراف بحجيتها الكاملة[1].

رابعا: التوقيع اليدوي.

إن إعمال هذه الصورة –التوقيع اليدوي المرقم– من صور التوقيع الإلكتروني، يتمثل في أخذ نسخة من التوقيع المحرر بخط اليد عن طريق التصوير بالماسح الضوئي (Scanner)، ثم نقل هذه الصورة إلى الملف الذي يراد إضافة التوقيع إليه، وهكذا يمكن نقل ذلك التوقيع وطبعه على أي وثيقة كلما دعت الحاجة إلى ذلك، وإن كانت الطابعة ونوع الورق من الصنف الجيد، فإن النتيجة هي أن التوقيع المحصل عليه، يطابق تماما التوقيع الأصلي المحفوظ في الذاكرة[2].

إلا أن استعمال هذه الصورة تحيطه عدة مشاكل، حيث يمكن الحصول على نفس التوقيع بكل سهولة، إذ يكفي التوفر على نموذج ورقي من ذلك التوقيع وإعادة إنتاج نفس التوقيع، كذلك يثار مشكل إثبات الصلة بين التوقيع ورسالة البيانات أو المحرر، فليست هناك تقنية تتيح الاستيثاق من قيام هذه الرابطة، إذ بإمكان المرسل إليه الاحتفاظ بنسخة من صورة التوقيع، التي وصلته على أحد المحررات، ثم يعيد وضعها على أي وثيقة محررة عبر وسيط إلكتروني، ويدعي أن واضعها هو صاحب التوقيع الفعلي، وهو ما يخل بشروط الاعتراف بالحجية للتوقيع في الشكل الإلكتروني[3].

[1] مناني فراح: مرجع سابق، ص 191.

[2] العربي جنان: التبادل الالكتروني للمعطيات الالكترونية، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص 37.

[3] محمد محروك: خصوصيات التوقيع الالكتروني وحجيته في الإثبات، بحث، جامعة القاضي عياض، مراكش، ص10.

الفرع الثاني: شروط التوقيع الالكتروني وحجيته في الاثبات

اعتبرت معظم التشريعات الدليل الكتابي أهم أدلة الإثبات، لما يوفره من ضمانات للأطراف، وحتى يحظى هذا الدليل بهذه القيمة بين مختلف وسائل الإثبات، لا بد وأن تتوفر فيه عدة شروط حتى يستمد قوته القانونية.

ولعل أهم شروط الدليل الكتابي حتى يتم قبوله في الإثبات، يتمثل في أن يكون السند مكتوبا، وأن يكون موقعا، مع العلم أنه سواء كان الإثبات بالكتابة التقليدية أو الإلكترونية، فلا تعد دليلا كاملا إلا إذا كانت موقعة بل إن التوقيع هو الشرط الأساسي والجوهري لصحة الورقة العادية وحتى الوثيقة الإلكترونية[1].

وبالتالي سوم يتم دراسة هذا المبحث من خلال مطلبين مستقلين، يتضمن المطلب الأول، شروط التوقيع الالكتروني وتحقيقه لوظائفه، ثم تطرقنا إلى المطلب الثاني من خلال معرفة مدى حجية التوقيع الالكتروني في الاثبات في التشريع الجزائري.

أولا: شروط التوقيع الالكتروني وتحقيقه لوظائفه

بالرجوع إلى نص المادة 06 من القانون 15-04 المذكور أعلاه، فإن التوقيع الالكتروني يستعمل لتوثيق هوية الموقع وإثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الالكتروني، ويجب أن تتوفر شروط ومتطلبات في التوقيع الالكتروني وهي:

01- أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني[2] موصوفة.

02- أن يرتبط بالموقع دون سواه: وهو الشخص الطبيعي الذي يعمل لحسابه الخاص أو لحساب الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمثله والذي يستخدم آلية إنشاء التوقيع الإلكتروني.

---

[1] الوزاني عبد الغفور: "التجارة الإلكترونية والتحديات القانونية"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2006/2005، ص14.

[2] شهادة التصديق الالكتروني: هي وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الالكتروني والموقع. – المادة 02 الفقرة 07 من القانون 15-04.

03- أن يمكن من تحديد هوية الموقع: التوقيع علامه شخصيه تكشف عن هوية صاحبه وذلك بان يدل على للتوقيع الموجود على المحرر انه ينسب لشخص معين بذاته فتصبح الورقة الموقعة منسوبه اليه، أما بالنسبة للتوقيع الالكتروني فانه لا يختلف كثيراً عن التوقيع التقليدي فهوم يقوم بذات الوظيفة من خلال استخدام وسائل واجراءات موثق بها.

04- أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الالكتروني: تكون صلاحيتها مثبتة بشهادة المطابقة: لقد تحدث المشرع عن آلية إنشاء التوقيع الإلكتروني[1]، ويجب أن تتوفر فيها المتطلبات الآتية:

أ- يجب أن تضمن بواسطة الوسائل التقنية والاجراءات المناسبة، على الأقل، ما يأتي:

- ألا يمكن عمليا مصادفة البيانات المستخدمة لإنشاء التوقيع الإلكتروني إلا مرة واحدة، وأن يتم ضمان سريتها بكل الوسائل التقنية المتوفرة وقت الاعتماد.

- ألا يمكن إيجاد البيانات المستعملة لإنشاء التوقيع الإلكتروني عن طريق الاستنتاج وأن يكون هذا التوقيع محميا من أي تزوير عن طريق الوسائل التقنية المتوفرة وقت الاعتماد.

- أن تكون البيانات المستعملة لإنشاء التوقيع الإلكتروني محمية بصفة موثوقة من طرف الموقع الشرعي من اي استعمال من قبل الآخرين.

ب- يجب أن لا تعدل البيانات محل التوقيع وأن لا تمنع أن تعرض هذه البيانات على الموقع قبل عملية التوقيع[2].

05- أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع.

06- أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به، بحيث يمكن الكشف عن التغيرات اللاحقة بهذه البيانات[3].

---

[1] المادة 10 من نفس القانون.

[2] المادة 11 من القانون 15-04، مرجع سابق.

[3] المادة 07 من القانون 15-04 المتضمن القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، مرجع سابق.

ويعتبر التوقيع الالكتروني الموصوف وحده مماثلا للتوقيع المكتوب، سواء كان لشخص طبيعي أو معنوي، والسؤال الذي يثار في هذه الناحية[1]، هل يحقق التوقيع الرقمي نفس الوظيفة التي يحققها التوقيع العادي؟

ويرجع هذا التساؤل إلى الخصائص المادية الفريدة التي يتميز بها التوقيع الالكتروني بالمقارنة بالتوقيع التقليدي الذي يضعه الشخص بخط يده على المحرر الكتابي الذي يتم تهيئته ليكون دليلا في الإثبات[2].

وبعد طرح المادة 08 من القانون 15-04، بأن التوقيع الالكتروني مماثلا للتوقيع المكتوب سواء من الشخص الطبيعي أو المعنوي، فلا يمكن تجريد التوقيع الالكتروني من فعاليته القانونية أو رفضه كدليل أمام القضاء بسبب:

01- شكله الإلكتروني.

02- أنه لا يعتمد على شهادة تصديق إلكتروني موصوفة.

03- أنه لم يتم إنشاؤه بواسطة آلية مؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني[3].

ثانيا: حجية التوقيع الالكتروني في الاثبات

حتى يمكن القول بأنه يمكن أن يكون التوقيع الالكتروني ذا حجية يمكن إثباته فلا بد أن يكون هذا التوقيع موثق، وأن يتم التأكد من صحته بأن يكون صادرا من جهات توثيق معتمدة.

01: القوة الثبوتية للتوقيع الإلكتروني.

كما أسلفنا الذكر فالمشرع الجزائري أوجد نوعين من التوقيع الالكتروني مثل نظيره الفرنسي فنص في القانون المتعلق بالقواعد العامة للتوقيع و التصديق الالكترونيين على توقيع إلكتروني موصوف في المادة 5 منه ثم أردف مبدأ في المادة 9 بأنه لا يستبعد التوقيع

[1] ينظر المادة 08 من القانون 15-04، نفس المرجع.

[2] مناني فراح: مرجع سابق، ص 193.

[3] ينظر المادة: 09 من القانون 15-04، مرجع سابق.

على أساس أنه غير موصوف الذي اصطلحنا عليه كما فعل الفقه الفرنسي بالتوقيع الالكتروني البسيط، و عليه نوضح في هذا المطلب إلى تبيان حجية كال النوعين مع التطرق إلى حالة التعارض بين المحرر الموقع إلكترونيا و المحرر التقليدي و أثر ذلك في الاثبات، مع الأخذ بعين الاعتبار أن المحررات الالكترونية تعد عرفية كون المحررات الرسمية عرفتها المواد 324 و ما يليها، و ما يليها من القانون المدني، واشترطت أن يحررها ضابط عمومي، و بالرجوع لقانون التوثيق.

فالضابط العمومي المقصود في المعاملات الخاصة هو الموثق، و لما كان يقتضي على الموثق معاينة الوقائع التي تحدث أمامه من حضور طرفي العقد و كذا الشروط المتعلقة بالأهلية، و كذا ما اتفقا عليه بالتصريح أمامه، فإنه و في ظل التشريع الحالي تغيب هذه المكنة مما يستوجب معه اعتبار المحررات الالكترونية العرفية[1].

ثانيا: بعض تطبيقات التوقيع الالكتروني.

كثير من المعاملات التي تتم عبر شبكة الانترنت لا تتم إلا بالاعتماد على التوقيع الالكتروني لإثبات صحتها، ومن أبرز تطبيقات التوقيع الالكتروني ما يلي:

01- بطاقة الائتمان: هي بطاقة مصنوعة من مادة بلاستيكية تحتوي على شريط ممغنط يتضمن بيانات عن حساب العميل لدى البنك، كما يتضمن شريطاً لاصقاً مدوناً عليه توقيع صاحب الحساب بالإضافة إلى صورة شخصية للعميل، تستخدم هذه البطاقة في سحب المبالغ النقدية وفي دفع ثمن المشتريات[2].

02- بطاقة الصراف الآلي: تتم عملية السحب أليا من خلال جهاز الصرف دون أدنى تدخل من جانب البنك، ودون توقيع العميل توقيعا مكتوبا على الشريط الورقي الصادر نتيجة

---

[1] منصور عزدين، حجية التوقيع الالكتروني في الاثبات، مكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص قانون الأعمال، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015-2016م، ص57-58

[2] غنام محمد غنام، الحماية الجنائية لبطاقات الائتمان الممغنطة، والمنشور على شبكة الانترنت، موقع الدليل الإلكتروني للقانون العربي والمتاح على الرابط الإلكتروني www.arablawinfo.com

لعملية السحب. هـ كذا تتم عملية السحب، أو التحويل من حساب لأخر أو الاستفسار عن رصيد أو طلب كشف حساب عن طريق إتباع إجراءات معينة متفق عليها مقدما بين حامل البطاقة والجهة المصدرة للبطاقة، تبدأ هذه الإجراءات بوضع البطاقة التي يحصل عليها العميل داخل جهاز الصراف الآلي ثم، إدخال الرقم السري الخاص و به، الذي لا يعلم به سواه ويلتزم بالاحتفاظ به سرا، وأخيرا تحديد المبلغ المراد سحبه أو العملية المطلوبة، فإذا تمت هذه الإجراءات بطريقة صحيحة كما هو متفق عليه، تمت عملية السحب وحصل العميل على المبلغ الذي حدده، مع شريط ورقي يثبت عملية السحب، محددا التاريخ والساعة والمبلغ المسحوب والمبلغ المتبقي[1].

04- البطاقة الذكية: عبارة عن بطاقة بلاستيكية ذات مقاييس ومواصفات معينة ومحددة من قبل منطقة (ISO) وتحتوي هذه البطاقة على رقائق إلكترونية (CHIPS)قادرة على تخزين جميع البيانات الخاصة بحاملها مثل الاسم والعنوان والمصرف المصدر له ا وأسلوب الصرف والمبلغ المنصرف وتاريخه وتاريخ حياة العميل المصرفية[2].

ثالثا: حجية التوقيع.

تأتي حجية التوقيع الالكتروني من خلال استيفائه للشروط اللازمة للاعتداء به كتوقيع كامل وذلك من خلال تحقيقه لدوره ووظيفته، فللتوقيع الالكتروني أهمية بالغة إذ أنه الفيصل الوحيد في اعتبار المحررات الالكترونية دليلا معدا للإثبات، وهو الضمانة الوحيدة على اعتبار المحرر الالكتروني محررا عرفيا يمكن الاعتداد به في حالة التنازع، وكنتيجة لذلك

[1] عزولة طيموش، علاوات فريدة: التوقيع الالكتروني في ظل القانون رقم 15-04، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015-2016م، ص 28-29

[2] محمد أمين الرومي: النظام القانوني للتوقيع الالكتروني، ط1، دار الفكر الجامعي، الاردن، 2006، ص31.

فإذا ما خلا المحرر الالكتروني من التوقيع الالكتروني فإنه لا يعتد به ولا يصلح عندئذ كمستند يمكن الاحتجاج به[1].

ولقد اعترفت معظم التشريعات الحديثة بوجود التوقيع الالكتروني ومنحته الحجية القانونية في الاثبات، فلم يعد أمام القضاء سوى سلطة تقدير مدى توافر درجات الأمن والموثوقية للنظام المعلوماتي في انشاء عقد الكتروني.

[1] عمر خالد زريقات: عقد البيع عبر الانترنت –دراسة تحليلية –، ط1، دار الراية للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، 2007م، ص 262.

خلاصة الفصل الثاني

مما سبق دراسته في الفصل الثاني أن الهدف الرئيسي منه هو كشف النقاب عن وسائل لإثبات التعاقد الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت و تنضوي تحت لوائها كافة الأشكال الحديثة للكتابة و التوقيع والمحررات .

و نظرا لأن مسألة إثبات التعاقد المبرم عبر الإنترنت لا تتضح إلا من خلال معرفة وسائلها و المتمثلة في المحرر الإلكتروني و التوقيع الإلكتروني .

وفي هذا المجال بينا أن ثمة إختلاف واضح بين العقود المبرمة علي الإنترنت وتلك التي تبرم في بيئة إلكترونية أو تبرم عن طريق غيرها من وسائل الإتصال الحديثة، فالطابع المفتوح للشبكة، و تميزها بخاصية التفاعليه التي تلقي بظلالها علي إستخداماتها التعاقدية وما يرتبط بها من صعوبات خاصة بالاثبات، ذلك أن العقود المبرمة من خلالها تبرم عن بعد وقد تتجاوز حدود الدول.

وقد أظهرنا أنه ينبغي في حجية المحررات الإلكترونية توافر الأليات اللازمة لتحديد هوية صاحبها بدقه و ضمان موافقته على مضون الإلتزامات الواردة وسلامة المحرر إلكتروني من مخاطر التعديل و التحريف أو التدمير .

وعرضنا أيضا مفهوم التوقيع الإلكتروني وماهيته و أنه ليس هناك ما حوول من أن يقوم التوقيع الإلكتروني بذات المفهوم و الوظيفة من حيث دلالته على الشخص الموقع و إظهار إلتزامه لما وقع عليه ثم إستعرضنا صور التوقيع الإلكتروني بإستعمال القلم الإلكتروني و البطاقات الممغنطة المقترنه بالرقم السري و أيضا التوقيع بالخواص الذاتيه " البيومتري " كبصمة العين و الشفاه أو اليد ... الخ وكذلك التوقيع الرقمي، ثم بينا أن جراء تنفيذ العقد تترتب عليه إلتزامات على للطرفين، البائع و المستهلك لابد عليهما الوفاء بها : البائع " تسليم الخدمة " و المشتري " تقديم الثمن.

الخاتمة

الخاتمة:

من خلال تعرضنا لمفهوم العقد الإلكتروني تبين لنا أن العقود الإلكترونية تعتبر كغيرها من العقود التقليدية على أن وجه الخصوصية فيها يكمن في كونها تتم عن بعد، وذلك بإستخدام وسيط إلكتروني يتمثل في شبكة الإنترنت إذ يتم التعبير عن الإيجاب والقبول عبره وذلك عن طريق البريد الإلكتروني أو المحادثة التي تتم بين طرفي العقد، على أن الغالب في العقد الإلكتروني هو إبرامه دون حضور طرفي العقد في مجلس واحد كما هو معروف في العقود العادية، بمعنى أن التعاقد الإلكتروني يكون بين حاضرين زمانا وغائبين مكانا، كما يمكن أن يكون بين غائبين زمانا ومكانا.

و إستدعى بحثنا التطرق للمرحلة التعاقدية للعقد الإلكتروني والتي وقفت على أن العقد الإلكتروني عقد يتم بتبادل الطرفين المتعاقدين التعبير عن الإرادة وتبين لنا خصوصية الإيجاب والقبول الإلكترونيين وكيفية تلاقي الإرادتين فيهما ومدى صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني.

أما فيما يتعلق بتنفيذ العقد والتي تعد مرحلة هامة في العقد إذ تمثل المبتغى الذي يسعى المتعاقدان للوصول إليه، وبإعتبار العقد الإلكتروني ملزم للجانبين فإنه كغيره من العقود يرتب إلتزامات متقابلة في ذمة طرفيه، يجب على كل منهما تنفيذ عيني ما إلتزم به، وفي ذلك يلتزم البائع بإلتزامين أساسيين تتمثل في التسليم وتقديم خدمة .

أما الطرف الثاني في العقد الإلكتروني هو الآخر ملزم بدفع ثمن مقتنياته من السلع والخدمات، وحلت الوسائل التقليدية في الوفاء بهذا الإلتزام نظرا لما لها من مزايا، ما يجعل المتعاقد بصددها ملزم بإختيار الوسيلة التي يريد دفع الثمن من خلالها، أما في ما يتعلق بإلتزامه بالتسلم فيجب عليه تسلم محل العقد و إلا أصبح مقصرا في ذلك مما يثير مسؤولية عن عدم تنفيذ إلتزامه.

و على ضوء ما تقدم تم التوصل إلى النتائج التالية:

-تحديد الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، تحديدا واضحا لا يدع أي غموض أو نقص بإعتبار العقد الإلكتروني عقد يتم عن بعد، وهو يغلب عليه الطابع الإستهلاكي والتجاري، وتحديدا الحالات التي يكون فيها العقد الإلكتروني عقد إذعان أو مساومة.

- ركزنا على الإلتزامات المتأثرة بالبيئة الإلكترونية التي يبرم من خلالها العقد، فمن ناحية تنفيذ إلتزامات المتدخل لم تتأثر كثيرا بالبيئة الإلكترونية، وأما تنفيذ إلتزامات المستهلك فوجه الخصوصية فيما هو طريقة دفع الثمن، إذا اتسمت الطرق التقليدية بعنصر الجدية بما يتماشى مع البيئة الإلكترونية والمعاملات الإلكترونية.

- إن الهدف الأساسي من إبرام العقد الإلكتروني عن طريق شبكة الإنترنت هو تحقيق مبادئ العلانية وشفافية الإجراءات وحرية الدخول في المنافسة من جهة، وتحقيق تطوير مبدأ السرية من جهة أخرى.

-تعتبر المحررات الإلكترونية أهم وسائل إثبات العقد الإلكتروني، وذل ك لإثبات روابطها التعاقدية بالكتابة، وهذا مع الأخذ بعين الاعتبار الوسائل الأخرى للإثبات.

*** التوصيات:**

01- إعادة النظر في تحديد مفهوم الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكترونية وتحديد الشروط اللازمة لكل منها بشكل واضح وخاص، ومنح الكتابة والمحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني وعموما المحررات حجية في الإثبات أمام القضاء بمختلف أنواعها.

02- إعادة النظر في القانون 18-05المتعلق بالتجارة الإلكترونية على أنه جاء بأحكام غير كافية لتنظيم العقد الإلكتروني من حيث الإنعقاد والإثبات.

03- ضرورة صياغة قانون جزائري يسمح بتنظيم محررات رسمية على وسائط الكترونية مع معالجة الأوضاع القانونية التي يجب على الموظف العمومي المختص مراعاتها عند تحريره مثل :حضور الأطراف أمام الموظف العمومي المختص أو توقيع الشهود على هذا المحرر الرسمي الالكتروني

04- وامكانيــة الحضــور الافتراضــي للمتعاقــدين و الشــهود او الاســتعانة بــالموظف العمومي، المختص بمكان تواجد أحد المتعاقدين او الشهود.

05-حث دول المغرب العربية على الاقتداء بالاتحاد الأوروبي ودول الخليج سنة2017 من أجل إنشاء هيئة مغاربية تتألف من خبراء ومختصين، يتولون إصدار التوجهات المغاربية بشأن المعاملات التجارية الالكترونية، مع اعتماد نظام التحكيم في فض المنازعات المتعلقة بالتصرفات والعقود التجارية الالكترونية على المستوى المغاربي.

قائمة المصادر والمراجع

أولا : باللغة العربيــة

I. قائمة المصادر

القوانين :

1. القــانون المــدني الجزائــري الصــادر بموجــب الأمــر رقــم 75-58المــؤرخ فــي، 1975/09/26المتضـــمن القـــانون المـــدني، ج ر عـــدد، 78الصـــادرة فـــي، 1975/09/30معــدل ومــتمم بموجــب القــانون رقــم، 05-10المــؤرخ فــي 20يونيــو، 2005يعــدل و يــتمم الأمــر، 75-58المــؤرخ فــي، 1975/09/26المتضــمن القــانون المدني، ج ر عدد، 44الصادر في2005/06/26.
2. قانون المعاملات الإلكتروني الأردني رقم 85لسنة، 2000مؤرخ في 11ديسمبر 20.
3. قــانون رقــم، 83مــؤرخ فــي 09-08-2000يتعلــق بالمبــادلات التجــارة الإلكترونــي التونسي، الصادر بتاريخ 2000.
4. قانون التجارة الإلكترونية البحريني، الصادر بتاريخ 2002.
5. قانون رقم 15-04 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموفق أول فبراير سنة 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين.

المراجع :

أ- الكتب باللغة العربية

1. منـاني فراح، العقد الإلكترونـي وسيلة إثبـات حديثـة فـي القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر،2009.
2. بن ساسـي الياس، "التعاقد الإلكترونـي و المسائل المتعلقة بـه"، مجلـة الباحث، عدد، 02لسنة، 2003.
3. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، دار أحياء التراث، بيروت، لبنان،، 1993.

4. سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت، دار الكتب القانونية،، دار شتات للنشر، مصر،، 2008.

5. محمد حسام محمود لطفي، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود برامها، دار النهضة العربية، مصر، 1993.

6. سمير برهان، العقود والإنفاقات في التجارة الإلكترونية (إبرام العقد في التجارة الإلكترونية)، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية.

7. محمد أمين الرومي، التعاقد الالكتروني عبر الانترنت، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004

8. بشار محمود الدودين، الاطار القانون للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت دار الثقافة للنشر، الأردن، 2006.

9. نبيل ابراهيم السعد وهمام محمد، المبادئ الأساسية في القانون:"نظرية القانون، نظرية الحق، نظرية الالتزام"، منشئة المعارف، مصر،، 2001..

10. حمودي محمد ناصر، عقد البيع الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت، دار الثقافة للنشر، الجزائر، 2012.

11. بشار محمد دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الأنترنت، الطبعة الأولى، دار ثقافة لنشر، عمان، 2006.

12. شحاتة غريب محمد شلقامي، التعاقد الالكتروني دراسة مقارنة، دار الجامعية الجديدة،2008، ص86.

13. أسامة عبد الحليم الشيخ، مجلس العقد وأثاره في عقود التجارة الالكترونية)دراسة مقارنة في فقه الإسلامي والقانون الوضعي)، دار الجامعة للنشر، مصر.

14. محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في تكوين العقد الإلكتروني دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر، الأردن،، 2009

15. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر، الأردن،، 2005.

16. أسامة أبو حسن المجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، دار النهضة العربية، مصر،، 2003.

17. زياد خليف شداخ العنزي، المشكلات القانونية لعقود التجارة الإلكترونية من حيث الإثبات وتحديد الزمان والمكان العقد، دار وائل للنشر، الأردن،، 2001 .

18. إلياس ناصيف، العقود الدولية العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ، 2008..

19. محمد البنان، العقود والاتفاقيات في التجارة الإلكترونية (العقود الإلكترونية)، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية،، 2007.

20. نسرين عبد الحميد نبيه، الجانب الإلكتروني للقانون التجاري، منشأ المعارف، مصر،، 2008.

21. خليل احمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الرابع (عقد البيع)، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.

22. عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية، عقد البيع المبرم عبر الانترنت، دراسة تحليلية، ط، 0دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2007

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

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

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

26. مسعودي يوسف، أرجيلوس رحاب: مدى حجية التوقيع الالكتروني في الاثبات في التشريع الجزائري (دراسة على ضوء أحكام القانون 15-04)، مقال منشور، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، سداسية محكمة، العدد 11، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، جانفي 2017،.

27. علاء محمد نصيرات: حجية التوقيع الالكتروني – دراسة مقارنة –، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005م.

28. أسامة بن غانم العبيدي: حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات مقال منشور، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، العدد 56، المجلد 28.

29. محمد محروك: خصوصيات التوقيع الالكتروني وحجيته في الإثبات، بحث، جامعة القاضي عياض، مراكش.

30. العربي جنان: التبادل الالكتروني للمعطيات الالكترونية، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 2008.

31. محمد أمين الرومي: النظام القانوني للتوقيع الالكتروني، ط1، دار الفكر الجامعي، الاردن، 2006.

32. عمر خالد زريقات: عقد البيع عبر الانترنت –دراسة تحليلية –، ط1، دار الراية للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، 2007م.

- المذكرات و الرسائل:

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. ما عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،، 2011.

3. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني سنة 2006، **د/**عبد الفتاح علي يونس، جوانب قانونية للتعاقد الإلكتروني في إطار القانون المدني، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 2008..

4. لمى عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الدرسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين،، 2008.

5. مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع مسؤولية مدنية، كلية حقوق وعلوم سياسية، جامعة ملود معمري، تيزي وزو، 2012/5/8.

6. عيساوي سوهيلة، تنفيذ عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، فرع قانون خاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2017.

7. لعباني مختار سي هواري، آليات تنفيذ التزامات العقد الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، فرع القانون الاقتصادي، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة، ، 2018.

8. واقد يوسف، التنظيم القانوني للدفع الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة في القانون، فرع التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011 .

9. صبحي محمد الأمين، العقد الالكتروني بين التنفيذ والإثبات، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016.

10. الوزاني عبد الغفور: "التجارة الإلكترونية والتحديات القانونية"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2006/2005.

11. منصور عزدين، حجية التوقيع الالكتروني في الاثبات، مكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص قانون الأعمال، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015-2016م.

12. عزولة طيموش، علاوات فريدة: التوقيع الالكتروني في ظل القانون رقم 15-04، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015-2016م.

ثانيا : المراجع باللغة الفرنسية

1. Michal S .Baim et Henry perrit, electronic contrqting, publishingand EDI lqz ,Wiley law puck Bilocation fan wiley .sans 1991.
2. Olive Tenu ; internet et le durit, aspect juridiques du commerce électronique, édition eyalets,1996.
3. Décret n° 2005-972 modifiant le décret n° 56-222 relatif au statut des huissiers de justice.
4. Décret n° 2005-973 modifiant le décret n° 71-941 relatif aux actes établis par les notaires.
5. Décret n° 2001-272 du 30 Mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique, JO n° 77 du 31 Mars 2001 page 2070. www.journal-officiel.gouv.fr.
6. L'article 1316-2 stipule que."Lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérales en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable quel qu'en soit le support".

الفهرس

مقدمة	**1**
الفصل الأول: ماهية العقد الإلكتروني	**4**
المبحث الاول: مفهوم العقد الالكتروني	**5**
المطلب الاول: التعريف بالعقد الإلكتروني	**5**
المطلب الثاني: خصائص العقد الالكتروني	**16**
المبحث الثاني: انعقاد العقد الالكتروني	**21**
المطلب الاول: التعبير عن الإرادة في العقد الالكتروني	**21**
المطلب الثاني: تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني	**38**
الفصل الثاني: آثار العقد الإلكتروني	**55**
المبحث الاول: تنفيذ العقد الإلكتروني	**56**
المطلب الاول: إلتزامات المتدخل	**57**
المطلب الثاني: إلتزامات المستهلك	**63**
المبحث الثاني: إثبات العقد الالكتروني	**73**
المطلب الاول: الكتابة الإلكترونية	**74**
المطلب الثاني: التوقيع الالكتروني	**86**
خاتمة	**99**
المصادر و المراجع	**102**
الفهرس	**109**

الملخص:

إن ظهور العقود الإلكترونية لم يكن وليد الصدفة بل ظهر نتيجة التحولات الكبرى الحاصلة في مجال تكنولوجيا الإتصالات و المعلومات، و العقود الإلكترونية تعتبر كغيرها من العقود على أن وجه الخصوصية فيها يكمن في كونها تتم عن بعد، و دلك باستخدام وسيط إلكتروني يتمثل في شبكة الإنترنت، إد يتم التعبير عن الإيجاب و القبول عبرها و دلك عن طريق البريد الإلكتروني أو المحادثة التي تتم بين طرفي العقد في مجلس واحد كما هو معروف في العقود العادية، بمعنى أن التعاقد الإلكتروني يكون بين حاضرين زمانا و غائبين مكانا، كما يمكن أن يكون بين غائبين زمانا و مكانا أما بالنسبة لتحديد زمان و مكان إبرام العقد الإلكتروني فتعدان مسألتان هامتان إد بتحديد زمان العقد تتحدد مسائل هامة نصت عليها القواعد العامة للعقد، فيكون زمان إنعقاد العقد الإلكتروني باللحظة التي يصل فيها القبول للموجب على أنه الغالب، أما بالنسبة لمكانه فبتحديده يمكن معرفة القانون الواجب التطبيق و المحكمة المختصة للنظر في النزاعات التي تثور بين طرفي العقد الإلكتروني، و في هدا يحدد القانون الدي يطبق على العقد الإلكتروني بالقانون الذي يختاره الطرفين في خضوعهما له، أما المحكمة المختصة فتحدد بمقر إقامة المدعي أو محل إقامة المدعى عليه. و فيما يتعلق بطبيعة هذه العقود فالرأي الغالب يقر بكونها عقود إدعان يقوم فيها الطرف القوي بوضع شروط العقد دون أن يكون له حق مناقشة بنود العقد.

الكلمات المفتاحية : العقد الالكتروني، التشريع الجزائري

Study summary

The emergence of electronic contracts was not a coincidence, but appeared as a result of the major transformations taking place in the field The field of communications and information technology, and electronic contracts are considered as other contracts in that respect Its privacy lies in the fact that it is done remotely, using an electronic medium represented by the Internet. Ed is expressed offer and acceptance through and knead through e-mail or conversation that takes place between The two parties to the contract are in one council, as is known in regular contracts, meaning that electronic contracting is between Present in time and absent in place, just as it can be between absentees in time and place As for determining the time and place of concluding the electronic contract, they are considered two important issues, ed determining the time The contract determines important issues stipulated in the general rules For the contract, the time of concluding the electronic contract is in the moment In which acceptance reaches the obligator as the predominant, and as for its place, by defining it, the obligatory law can be known The application and the competent court to consider disputes that arise between the parties to the electronic contract, and in this matter is determined The law that applies to the electronic contract is the law chosen by the two parties in their submission to it, as for the court The competent authority shall be determined by the residence of the

plaintiff or the residence of the defendant With regard to the nature of these contracts, the majority opinion recognizes that they are contracts of supplication in which the strong party performs setting the terms of the contract without having the right to discuss the terms of the contract.

Keywords: electronic contract, Algerian legislation