وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

Ministry of Higher Education and Scientific Research

جامعة محمد البشير الإبراهيمي – برج بوعريريج –

University of Mohamed el Bachir el lBrahimi – Bba

كلية الحقوق والعلوم السياسية

Faculty of Law and Political Science

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي في الحقوق

تخصص :قانون أعمال

الموسومة :

التعاقد الالكتروني في التشريع الجزائري

إعداد الطالب :

- وليد بن معمر **إشراف د/** : رضا بوعافية
- أحمد مهمل

(الدرجة العلمية للأستاذ)

لجنة المناقشة

الإسم واللقب	الرتبة	الصفة
رفاف لخضر		رئيسا.
بوعافية رضا		مشرف ومقرر .
عبد الجليل درارجة		عضو مناقش

2022-2021

إهـــــــداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى من أعطوني الحب والحنان ومن ضحيا وكافحا في سبيل تربيتي وتعليمي أبي وأمي الغاليين فشكرا على كل شيء وأطال الله في عمركما.

إلى أجمل هدايا أهدتني أمي إخوتي الذين كانوا سندا لي في جميع مجالات حياتي متمنية لهم التوفيق.

إلى أعز الأصدقاء.

شـــكـــــر وتـقـــديـــر

الحمد لله رب العالمين والصالة والسالم على أشرف المرسلين سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه أجمعين.

وال وقبل كل شيء نقدم شكرنا ونوجهه إلى موالنا عز وجل الذي وهبنا العلم وأنار به دربنا ووفقنا في مسيرتنا الدراسية، وأعاننا على أداء هذا الواجب وإتمامه.

نتقدم بجزيل الشكر والامتنان إلى الأستاذ الفاضلة .....الذي اشرف علينا وأفادنا بنصائحه وإرشاداته وتوجيهاته القيمة.

كما نتقدم بخالص الشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة لتكرمهم بقبول مناقشة المذكرة وتقييمها.

كما لا يفوتنا ان نشكر جميع أساتذة كلية الحقوق .

ولكل من ساهم من قريب او بعيد إلمام هذا العمل.

الفصل الأول: مفهوم العقد الإلكتروني

المبحث الأول: مفهوم العقد الإلكتروني

المطلب الأول: تعريف العقد الإلكتروني

الفرع الأول: التعريف التشريعي للعقد الإلكتروني

الفرع الثاني : تعريف العقد الإلكتروني في القوانين المقارنة

الفرع الثالث: التعريف الفقهي للعقد الالكتروني

المطلب الثاني: خصائص العقد الالكتروني و نطاق إبرامه

الفرع الأول: خصائص العقد الإلكتروني

الفرع الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن بعض العقود المشابهة له

المبحث الثاني: إنعقاد العقد الإلكتروني

المطلب الأول: التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني

الفرع الأول: صور التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني

الفرع الثاني: مشروعية الوسائل الإلكترونية الحديثة في التعبير عن الإرادة

المطلب الثاني: تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني

الفرع الأول: عناصر تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني

الفرع الثاني: مكان تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني

الفصل الثاني تنفيذ العقد الالكتروني و اثباته

المبحث الاول: تنفيذ العقد الالكتروني

المطلب الأول :التزام المتعاقد بتسليم السلعة أو أداء الخدمة

الفرع الأول : التزام المتعاقد بتسليم السلعة (الشيء)

الفرع الثاني : التزام المتعاقد بتقديم الخدمة

المطلب الثاني : الالتزام بالوفاء الكترونيا

الفرع الأول : خصائص الدفع الالكتروني

الفرع الثاني : أنواع الدفع الالكتروني

المبحث الثاني: إثبات العقد الإلكتروني

المطلب الأول: الكتابة في الشكل الإلكتروني وحجيتها في الإثبات

الفرع الأول: تحديد مفهوم الكتابة في الشكل الإلكتروني

الفرع الثاني: القوة الثبوتية للكتابة في الشكل الإلكتروني

المطلب الثاني: التوقيع الإلكتروني

الفرع الأول: تحديد مفهوم التوقيع الإلكتروني

خاتمة

فهرس المحتويات

قائمة المراجع

مقدمة

مقدمة:

إن التطور الكبير الذى تشهده أنظمة المعلومات والاتصالات وقد أدى دمج هذين النظامين إلى ظهور ما يسمى بشبكات الاتصالات أو المعلومات العالمية , وأبرزها شبكة الأنترنت , وأهم استخدام لهذه الوسائل الحديثة للاتصالات هو عملية نقل وتبادل المعلومات الكترونياً من دون اللجوء إلى العالم الحديثة الحقيقي, ويعتبر هذا النمط الجديد من أنماط التعاقد والتجارة هو الذى اصطلح على تسميته فيما بعد بالعقود الإلكترونية أو التجارة الإلكترونية.

حيث استطاع التقدم العلمي والثورة التكنولوجية أن يحققا للبشرية في هذا العصر الحديث تطورا مذهلا في كافة مجالات الحياة، وتسهيل حركة العلاقات بين الأفراد والدول، وهذا بفضل الاتصالات والفضائيات، واستخدام الحاسب الآلي والمعلوماتية عبر شبكة الانترنت.

والمعلوم أن العقد لا ينعقد إلا بتطابق الإيجاب والقبول من خلال مجلس العقد الحقيقي أو الحكمي الذى يعد بمثابة البوتقة التي تنحصر فيها إرادة طرفي العقد لكي يولد هذا الأخير , وعلي ذلك فإن مجلس العقد يمثل الإطار المكاني والزماني الالتقاء وتطابق الإرادتين , وذلك حال كون الإيجاب نافذاً لم يتم الرجوع عنه .

ومن هنا بدأ اهتمام الفقه والتشريع بالعقد الإلكتروني الذي صار مألوفاً في حياتنا اليومية بل والأكثر انتشاراً في المستقبل بالتوازي مع التطور في وسائل الاتصالات.

والعقد الإلكتروني هو نوعٌ من العقود التي تتطلبها التجارة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، حيث تتم من خلال التفاعل ما بين شخصين أو أكثر عبر الطرق الإلكترونية المختلفة مثل: البريد الإلكتروني التعامل مع عميلٍ إلكتروني كالبرامج المخصصة للقيام بأعمال معينة، التعامل ما بين عميلين إلكترونيين مبرمجين لفهم العقود الإلكترونية والتعرّف عليها... الخ.

ويلاحظ أن وسائل الاتصال الحديثة تعتبر أداة للتواصل وليست تعبيرا عن الإرادة وفرضت أنواعا كثيرة من التعاقد ذلك أنه بواسطة وسائل الاتصال الحديثة أصبحنا نعيش عصر المعرفة العابرة للقارات وأصبح بإمكان الإنسان مشاهدة الحركة بشكل يفوق مشاهدته للموضوعات الثابتة .

ومما سبق تظهر لنا أهمية فكرة مجلس العقد عموماً وفي إطار التعاقد الإلكتروني بصفة خاصة وذلك لوجود الطرفين في اماكن مختلفة لحظة إبرام العقد .

ويقتصر في موضوع هذه المذكرة على دراسة العقد الإلكتروني، الذي هو أهم وسيلة من وسائل التجارة الالكترونية اذ يتميز هذا العقد بخصائص لا تتوفر في العقود المبرمة بالوسائل التقليدية، كونه مبرم في بيئة افتراضية غير مادية وعبر شبكات الاتصالات العالمية التي لا تعترف بالحدود الجغرافية للدول، كما أنه غالبا ما يكون محررا على دعامات غير ورقية مخزنة داخل الأنظمة المعلوماتية. **لذا نطرح الإشكالية التالية : ماهو العقد الإلكتروني ؟**

ويندرج تحت هذه الإشكالية التساؤلات الفرعية التالية :

-ماهو العقد الإلكتروني ؟

-ماهي خصائص العقد الإلكتروني ؟

-كيفية تنفيذ العقد وطرق إثباته؟

أسباب إختيار الموضوع:

و لعل من بين الأسباب التي دفعتنا لدراسة هذا الموضوع كون مواضيع التعاقد الإلكتروني تعد من المواضيع الجديدة المطروحة للدراسة، وكذا انتشار هذا النوع من العقود مع التقدم التكنولوجي في مجال المعلومات و معرفة هذا الموضوع بطرقة معمقة.

و من الأسباب كذلك نشير إلى الأهمية البالغة كيفية التعاقد وطرقه وكيفية إثبات العقد الإلكتروني في ظل التطور التكنولوجي في مجال المعلومات .

أهمية الدراسة :

– معرفة العقد الإلكتروني والتعاقد ومدى مسايرة القوانين الجزائرية له.

–المناهج المتبعة في الدراسة:

أ/المنهج التحليلي : تحليل النصوص القانونية للعقد الإلكتروني والتعاقد

ب/المنهج المقارن : استدعت الدراسة المنهج المقارن وذلك لمقارنة التشريع الجزائري مع بعض التشريعات الأخرى

صعوبات البحث:

– صعوبة الحصول على معلومات تطبيقية من القطاعات المتخصصة بها .

–قلة المؤلفات المتخصصة في العقد والتعاقد الإلكتروني.

– قلة المصادر المتعلق بهذا الموضوع.

تقسيمات البحث :

و للإجابة عن الإشكالية المطروحة سابقا و كذا التساؤلات الفرعية، قمنا بتقسيم البحث إلى فصلين، تناولنا في الفصل الأول مفهوم العقد الإلكتروني وانعقاده ، تناولنا مفهوم العقد الإلكتروني و انعقاد العقد الإلكتروني وعالجنا في الفصل الثاني تنفيذ العقد الإلكتروني وإثباته و إثبات العقد الإلكتروني.

أخيرا ذيلنا هذا البحث بخاتمة لخصنا فيها أهم النتائج التي توصلنا إليها في هذه الدراسة.

الفصل الأول :

مفهوم العقد

الإلكتروني وانعقاده

المبحث الأول: مفهوم العقد الإلكتروني

إن خصوصية تعريف العقد الإلكتروني تكمن فّي الجانب الإلكتروني لهذا العقد، أي فّي الوسيلة التي ينعقد بواسطتها، وهّي وسيلة الاتصال المرئّي المسموع عبر شبكة دولية للاتصال عن بعد.

ولقد اختلفت تسميات هذا العقد من : العقد الإلكتروني إلى عقد التجارة الإلكتروني ، العقد المبرم عبر الإنترنت وكلها تسميات لمدلول واحد.

المطلب الأول: تعريف العقد الإلكتروني

ليس هناك تعريف موحد للعقد الإلكتروني رونّ، سيما لو أخذنا بعين الاعتبار تعدد الجهات والمحافل التّي أوردت هذه التعاريف من جهة، ونوع التقنية التّي تستعمل فّي إبرامه من جهة أخرى، وعليه سيتم عرض أهم التعاريف الواردة بشأنه فّي المواثيق الدولية، وتلك التّي جاءت بها القوانين المقارنة، و أيضا نشير إلى بعض التعاريف التّي جاء بها الفقه[1].

الفرع الأول: التعريف التشريعي للعقد الإلكتروني

اختلفت التعريفات التشريعية للعقد الإلكتروني من مشرع إلى آخر، ومن هيئة دولية إلى أخرى .

أولا : تعريف العقد الإلكتروني في القانون الجزائري :

يعتبر القانون رقم 18-05 المؤرخ فّي 10 ماي سنة 2018 ،والذي يتعلق بالتجارة الإلكترونية، أول قانون للتجارة الإلكترونية فّي الجزائر، حيث عرفت المادة 06 منه مجموعة من المصطلحات منها: العقد الإلكتروني .

[1] مناني فراح العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري دار الهدى عين مليلة الجزائر طبعة 2009 ص22

حيث عرفته: " العقد بمفهوم القانون رقم 04-02 المؤرخ في 05 جمادى الأولى عام 1425 الموافق ل 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ويتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه، باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني [1] . "

ثانيا: في تعريف العقد الإلكتروني في المواثيق الدولية

التعريف الوارد في القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية .:اكتفّ القانون النموذجّ للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية) UNCITRAL أو CNUDCI، فّي المادة 02 .

ب- بتعريف " تبادل البيانات الإلكترونية " "informatisées données de échange'L حيث نصت بأن:" يراد بمصطلح تبادل البيانات الإلكترونية نقل المعلومات من حاسوب إلى حاسوب آخر 2باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات"، ورأت اللجنة المعدة لهذا القانون، بأن هذا التعريف ينصرف إلى كل استعمالات المعلومات الإلكترونية، ويشمل بذلك إبرام العقود والأعمال التجارية المختلفة، وعليه فإن العقد الإلكتروني حسب هذا القانون هو: العقد الذي يتم التعبير عن الإرادة فيه بين المتعاقدين باستخدام الوسائل المحددة فّ المادة 02 وهي- :نقل المعطيات من كمبيوتر إلى كمبيوتر آخر وفقا لنظام عرض موحد.[2]

نقل الرسائل الإلكترونية باستعمال قواعد عامة أو قواعد قياسية، النقل بالطريق الإلكتروني للنصوص باستخدام الإنترنيت، أو عن طريق استعمال تقنيات أخرى كالتلكس والفاكس .

[1] القانون رقم 18-05 مؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق لـ 10 مايو 2018 يتعلق بالتجارة الإلكترونية الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 28.

[2] عبد الفتاح بيومي حجازي النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية الكتاب الاول نظام التجارة الإلكترونية و حمايتها مدنيا دار الفكر الجامعي 2002 ص23.24.165

وواضح مما سبق أن الأنترنيت حسب هذا القانون، ليست الوسيلة الوحيدة لإتمام عملية التعاقد و التجارة الإلكترونية، بل تشاركها وسائل أخرى مثل جهازي التيلكس والفاكس.

ويرى أغلب الفقه أن القانون الموحد للتجارة الإلكترونية الصادر عن لجنة القانون التجاري الدولّ للأمم المتحدة، لم يعرف العقد الإلكتروني، لكنه عرف الوسائل المستخدمة فّي إبرامه، كما أن هذا القانون توسع فّي سرد وسائل إبرام هذه العقود، فبالإضافة على شبكة الإنترنيت هناك وسيلة الفاكس والتيلكس.

نصت المادة 02 من التوجيه رقم 97-07 الصادر فّي 20 ماي 1997 ،عن البرلمان الأوروبي والمتعلق بالتعاقد عن بعد وحماية المستهلتين فّي هذا المجال، بأنه يقصد بالتعاقد عن بعد:" كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات، أبرم بين مورد ومستهلك في نطاق نظام بيع، أو تقديم الخدمات عن بعد. نظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد تقنية أو أكثر للاتصال عن بعد إلبرام العقد أو تنفيذه"، وعرفت تقنية الاتصال عن بعد فّي نفس النص بأنها: "كل وسيلة بدون وجود مادي ولفظي للمورد وللمستهلك يمكن أن تستخدم إبرام العقد بين طرفيه"، فهذا التوجيه قد عرف العقود عن بعد والتّي تشمل فّي مفهومها العقود الإلكترونية.

الفرع الثاني : تعريف العقد الإلكتروني في القوانين المقارنة

اختلفت تعريفات القوانين المقارنة للعقد الإلكتروني وفيما يلّ نعرض بعضها :

1/في القانون الأردني :

إن المشرع الأردني على خلاف معظم التشريعات العربية عمل على تعريف صريح ومباشر فّي المادة 02 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردن والتّي تنص :"العقد الإلكتروني والاتفاق الذي يتم 1انعقاده بوسائل إلكترونية كليا أو جزئيا[1]"

فما نلاحظه أن المشرع الأردني عرف العقد الإلكتروني بالنظر لطريقة إبرامه الإلكترونية .

2/في القانون المصري :إن القانون المصري لم يصدر بعد قانونا للتجارة الإلكترونية ، فإنه لم يورد تعريفا للعقد الإلكتروني فّ قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني ، حيث اكتفى بتعريف المحرر الإلكتروني على أنه: " رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشئ أوتدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأي وسيلة أخرى مشابهة.

الفرع الثالث: التعريف الفقهي للعقد الالكتروني:

حسب IIGANU فإن العقد التجارة الالكترونية عبارة عن تقابل العرض مبيعات أو خدمات يعبر عن بعد و الذي يكون قابلا الأن يظهر باستعمال النشاط الحواري بين الانسان و المعلومة التي تقدمها الألة.[2]

و عرفه جانب من الفقه الامريكي على أنه ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل الرسائل بين البائع و المشتري و التي تكون قائمة على صيغة معدة سلفا و معالجة إلكترونيا و تنشأ التزامات تعاقدية.[3]

[1]قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم 85 سنة 2001

[2]خالد ممدوح ابراهيم ابرام العقد الالكتروني دراسة مقارنة دار الفكر الجامعي الاسكندرية 2006 ص136

[3]عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص47.

لقد أورد الفقه عدة تعريفات للعقد الإلكتروني، فمنهم من عرفه بالاعتماد على إحدى وسائل إبرامه معتبرا أن " العقد الإلكتروني هو العقد الذي يتم إبرامه عبر الأنترنيت" [1]، والملاحظ على هذا التعريف أنه حصر وسيلة إبرام العقد الإلكتروني في شبكة الأنترنيت متجاهلا الوسائل الأخرى لإبرامه مثل التيلكس والفاكس والمينيتل في فرنسا.[2]

و هناك من عرفه بأنه تفاوض الذي أنتهى بالاتفاق التام بين إرادتين صحيحتين باستخدام وسيلة اتصال حديثة.[3]

و يعرف الفقه اللاتيني الالكتروني بأنه "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للإتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، وذلك بفضل التفاعل بين الموجب والقابل" [4]

المطلب الثاني: خصائص العقد الالكتروني و نطاق إبرامه

الفرع الاول: خصائص العقد الإلكتروني

رغم أن العقد الإلكتروني قد يتفق مع غيره من العقود التي تنظم أحكامها النظرية العامة للعقد، سواء من حيث موضوعه أو أطرافه أو سببه، فإنه من خلال المحاولات الفقهية والتشريعية التي سعت إلى ضبط تعريف دقيق لهذا العقد، قد اتضحت معالم الخصوصية فيه

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية الكتاب الاول التجارة الالكترونية و حمايتها مدنيا دار الفكر الجامعي 2002 ص47

[2] مناني فراح مرجع سابق ص22

[3] اياد أحمد سعيد ساري النظام القانوني الإبرام العقد الالكتروني دراسة مقارنة في ظل القوانين العربية و الأجنبية منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 2001.

[4] محمد حسين منصور المسؤولية الالكترونية دار الجامعة الجديدة الاسكندرية 2003 ص18

وأن له خصائص تميزه عن غيره من العقود.

رأى الفقه أنه نظرا لعدم التواجد المادي لأطرافه، فإن العقد الإلكتروني هو عقد مبرم عن بعد باستعمال وسائل الاتصال الحديثة، وأنه عقد تجاري غالبا، ويتم بين مستهلك ومهني فهو لذلك عقد استهلاكي.

كما أن بعض الفقه قد وصفه بأنه عقد إذعان ورأى آخرون أنه عقد مساومة وفضل جانب آخر من الفقه النظر إليه أنه عقد دولي.

وبالنظر إلى أهمية كل خاصية من تلك الخصائص التي تميز العقد الإلكتروني سوف نتطرق فيما يلي إلى شرح كل خاصية بنوع من التفصيل.

أولا : العقد الإلكتروني عقد مبرم عن بعد بوسيلة إلكترونية.

يتم إبرام العقد الإلكتروني دون التواجد المادي الأطرافه، لذلك ينتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد وهي السمة البارزة فيه إذ يتم بين طرفين لا يجمعها مجلس عقد حقيقي.[1]

وقد مر معنا عند ذكر التعريف القانوني العقد الإلكتروني في التوجيه الأوروبي رقم 07/97الذي عرف العقد عن بعد في نص المادة الثانية منه التي جاء فيها: « التعاقد عن بعد هو كل عقد يتعلق بالبضائع والخدمات يبرم بين مورد ومستهلك في نطاق نظام بيع أو تقديم الخدمات عن بعد ينظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد تقنية أو أكثر للإتصال عن بعد لإبرام العقد [2].

ثانيا: العقد الإلكتروني هو عقد مبرم عن بعد

العقد الإلكتروني عقد ينتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد، والمقصود بذلك تلك العقود التي تبرم بين طرفين يتواجدان في أماكن متباعدة، وهذا باستعمال وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد فالسمة الأساسية لهذا النوع من العقود تتمثل في:

[1] محمد فيصل كمال عبد العزيز المرجع السابق ص177

[2] محمد حسن قاسم التعاقد عن بعد قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوربي دار الجامعة الجديدة مصر 2006 ص17.

–عدم الحضور المادي المعاصر لأطرافه في لحظة تبادل الرضا بينهم، فهو عقد مبرم بين طرفين لا يتواجدان وجها إلى وجه في لحظة النقاء إرادتيهما.

– أن إبرام العقد يتم عبر وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد، وجدير بالذكر أن التوجيه الأوروبي رقم 97–07 المتعلق بحماية المستهلك في مجال التعاقد عن بعد، قد أعطى أمثلة لهذه الوسائل في الملحق المرفق به.

وتذكر منها المطبوعات الصحفية مع طلب الشراء الراديو ، وسائل الاتصال المرئية، الهاتف مع تدخل بشري أو بدون تدخل بشري، التلفزيون مع إظهار الصورة، الإنترنت، الرسائل الإلكترونية والتلفزيون التفاعلي..[1]

ثالثا : العقد الإلكتروني يقلب عليه الطابع التجاري

لأن العقد الإلكتروني أهم وسيلة لممارسة التجارة الإلكترونية [2] يطلق عليه تسمية " عقد التجارة الإلكترونية وتعرف هذه المعاملة التجارية بأنها :" تنفيذ بعض أو كل 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 [3].

العقد الإلكتروني ليس دائما تجاريا بالنسبة لطرفيه، فبالنسبة إلى مقدم الخدمة يعتبر هذا العقد تجاري، لأن هدفه تحقيق الأرباح بالتوسط بين فئتين من البشر، أما بالنسبة إلى العميل، الأمر يختلف فيما إذا كان تاجرا أو غير تاجر.

[1] مناني فراح العقد الالكتروني وسيلة اثبات حديثة في القانون المدني الجزائري المرجع السابق ص39 ص 40.

[2] التجارة الإلكترونية ليست تلك التجارة بالأجهزة الالكترونية بل هي المعاملات و العلاقات التجارية التي تتم بين المتعاملين فيها من خلال استخدام أجهزة ووسائل الكترونية.

[3] بشار محمود دودين الاطار القانوني للعقد المبرم على شبكة الانترنت دار الثقافة للنشر و التوزيع الاردن 2006 ص75.

فإذا كان تاجرا يكون العقد بالنسبة إليه تجاريا بالتبعية، أما إذا لم يكن تاجرا فهذا العقد مدنيا بالنسبة إليه، كما يمكن لهذا العقد أن يكون مختلط بين التجاري والمدني وذلك في حالة إبرام عقد الدخول إلى الشبكة بين مقدم الخدمة أي التاجر والعميل الذي يقوم بعمل مدني.[1]

رابعا: العقد الإلكتروني يغلب عليه الطابع الدولي

يتسم العقد الإلكتروني بالطابع الدولي لأن الطابع العالمي لشبكة الإنترنت والانفتاحية التي تتميز بها جعل معظم دول العالم في حالة اتصال دائم على الخط، مما يسهل إبرام العقود بين مختلف الدول أو بين دولة واحدة أو أكثر، على الرغم من غياب الاتصال المادي بين أطراف التعاقد ومن التباعد المكاني بينهم، ولا شك أن انتشار ظاهرة الإنترنت في معظم دول العالم وفر للمتعاملين إمكانية إجراء معاملات الكترونية بين دول مختلفة، غير أن هذا لا يمنع أن تتم المعاملة داخل دولة واحدة بمفهوم وأحكام العقد الداخلي، وفي هذه الحالة لا يتسم العقد

الإلكتروني بالدولية.[2]

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 (الفرع الأول)، والعقد الإلكتروني ليس الوحيد

[1] ناصر إلياس المرجع السابق ص43

[2] مخلوفي عبد الوهاب التجارة الالكترونية عبر الانترنت أطروحة دكتوراه في العلوم تخصص قانون أعمال كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة الحاج لخضر باتنة 2011-2012 ص54.

إن العقد الإلكتروني ينعقد وينتج آثاره لذلك لابد من توافر الأركان الأساسية لإبرامه والسؤال الذي يطرح هنا : هل أن أركان العقد الإلكتروني هي ذاتها الأركان الواجب توافرها في العقد التقليدي؟ ، وما هو زمان ومكان إبرامه ؟

وهذا ما سيكون محل دراستي في هذا المبحث وعلى النحو الآتي:

أولا: أركان العقد الالكتروني

يجب أن تتوافر في العقد المبرم عن طريق إحدى وسائل الاتصال الإلكترونية الأركان العامة للعقد وهي الرضا والمحل والسبب وسأبحثها على النحو التالي:

الرضا في العقد الالكتروني

الرضا هو جوهر العقد وهو التعبير عن إرادة أطراف العقد للتعاقد بحسب ما تم الإتفاقه عليه، ويتم التعبير عن الرضا في العقد الإلكتروني عن طريق رسالة المعلومات الإلكترونية وهي وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبول قانونا لإبرام الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي.[1]

- 1الإيجاب الالكتروني:

تضمن البند 3/2 من مشروع العقد النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية والمعلق بالقانون النموذجي الصادر عن الأونيسترال ما يلي: " تمثل الرسالة إيجابا إذا تضمن إيجابا لإبرام عقد مرسل إلى شخص واحد او اشخاص محددين ماداموا معروفين عن نحو كاف وكانت تشير إلى نية مرسل الإنجاب أن يلتزم في حالة القبول.[2]

الإيجاب الإلكتروني قد يكون إيجابا خاصا موجها إلى اشخاص محدد وهو الذي يتم عادة بواسطة البريد الإلكتروني وقد يكون إجابا عاما موجها إلى جميع زائري الموقع الإلكتروني من خلال الموقع يختمن الإنجاب الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت بعدة خصائص أهمها: أنه يتم عن بعد ، و يتم عبر وسيط إلكتروني، وهو ايجاب دولي ، ولا يمنع أن يكون إقليميا أو محليا.

[1] محمد ذعار العتيبي النظام القانوني للعقد الالكتروني دراسة مقارنة بين النشر يععين الكوينيو الاردني رسالة ماجيستر جامعة الشرق الاوسط عمان 2012-2013 ص52

[2] مخلوفي عبد الوهاب التجارة الالكترونية عبر الانترنت مرجع سابق ص88-93

- 2القبول الالكتروني:

القبول الإلكتروني يتم التعبير عله من خلال وسيلة إلكترونية، ويتطلب لإنعقاد العقد أن يتلاقى الإيجاب بقبول بطابقه، وقد عرفته اتفاقية فينا 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع حيث تنص المادة 18/1 يعتبر قبولا أي بيان أو أي تصرف آخر صادر من المخاطب يفيد الموافقة على الإيجاب" [1]

ولكي ينتج القبول أثره لابد أن يتطابق تماما مع الإيجاب فإذا ما اختلف بشيء من الإنجاب عند إيجابا جديدا يحتاج إلى قبول كي ينعقد العقد، ولابد أن يكون القبول صريحا، وقد يتم هذا القبول إما من طريق البريد الإلكتروني يتم بقيام المرسل إليه (القابل) الذي وجه إلى بريدة إلكتروني إيجابا من قبل المنشئ ارسال قبوله على شكل رسالة إلكترونية متضملة كافة العناصر اللازمة لإتمام التعاقد، أما القبول من طريق المواقع الإلكترونية فيتم عن طريق الضغط أو بلمس الأيقونة المخصصة لإعلان القبول .[2]

وبما أن المستهلك في العقود الإلكترونية لا يكون بوسعه الحكم الدقيق على المنتج فهو يتمتع بحق العدول ومن ثم تعليق إتمام العقد ، ولقد أقرت العديد من التشريعات كالقانون الفرنسي والتوجيه الأوروبي والأمريكي والإنجليزي أحقية المستهلك في العدول بشأن العقود الإلكترونية خلال فترة السماح وتختلف هذه المدة من قانون إلى آخر.[3]

الفرع الثالث: زمان ومكان إبرام العقد الالكتروني

ينعقد العقد عندما ينعقد الإيجاب بالقبول ويتم هذا التصرف في المكان والزمان الذي يتم الاتفاق عليه بين طرفي العقد.

[1] مجد المرسى زهرة الحماية المدنية للتجارة الالكترونية العقد الالكتروني – الاثبات الالكتروني – المستهلك الالكتروني دار النهضة العربية مصر 2008 ص43

[2] كاظم كريم على – العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 140

[3] خالد ممدوح إبراهيم – إبرام الك الالكتروني دراسة مقارنة، دار العام الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص347 – 151

أولا: زمان انعقاد العقد

1- زمان القبول الالكتروني في حالة افتراض أن التعاقد الالكتروني يقع بين غائبين:

فتكون هناك فترة زمنية تفصل بين الإيجاب والقبول وهذا يثير إشكالية تحديد زمان إنعقاد هذا العقد . – نظرية إعلان القبول: ينعقد العقد في الزمان والمكان الذين يعان فيهما القابل قبوله للإيجاب .

نظرية إرسال القبول: ينعقد العقد عند إرسال القابل قبوله، ولا يكفي لإنعقاد العقد أن يعلن القابل قبوله، وإنما يجب أن يرسل هذا القبول إلى الموجب.

نظرية تسلم القبول: أن القبول قد تم في حالة تسلمه الموجب، وأن العقد يتعقد سواء من خلال تسلم رسالة البيانات أو النقر على المكان المخصص لذلك وقد أخذ قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية عام 1996 في المادة 15 بهذا القول

نظرية العلم بالقبول: ينعقد العقد على علم الموجب بالقبول، فلا يكفي إرسال رسالة وإنما على الموجب فتحها وقراءتها ومعرفة مطابقتها للإيجاب.

2 – زمان القبول الإلكتروني في حالة افتراض أن التعاقد الالكتروني يقع بين حاضرين

– لحظة إنعقاد العقد عبر الويب الموجود على الشبكة تكون بمجرد الموافقة على العقد النموذجي وطباعة كلمة موافق.

–لحظة إنعقاد العقد عبر البريد الإلكتروني فيختلف زمان إبرامة.

موفقا لنظرية إرسال القبول: العقد ينعقد بقيام القابل بإرسال الرسالة الإلكترونية المتضمنة قبوله، ويعد ميرما في اللحظة التي ينقر فيها على مفتاح الإرسال

و وفقا لنظرية إستلام القبول: العقد ينعقد عن طريق البريد الإلكتروني منذ لحظة وصول الرسالة التي تتضمن القبول إلى بريد الموجب وهذا أخذ به قانون الأونسترال النموذجي في المادة 15 .[1]

ثانيا: مكان ابرام العقد الالكتروني

اشار قانون الأوتسترال النموذجي إلى أنه إذا لم يتفق أطراف العقد على مكان إبرام العقد فإن العقد يكون قد إنعقد في المكان الذي يقع فيه عمل المرسل إليه رسالة القبول.

[1] يحي سوف فلاح من التنظيم القانوني للعقود الالكترونية، مرجع سابق، من 58 64.

أما إذا تعددت هذه المواقع فإنه يتعقد في موقع العمل الأكثر صلة بموضوع العقد أو مقر العمل الرئيسي، أما إذا انعدم مقر العمل فإنه يتم اللجوء إلى محل الإقامة المعتاد بديلا عن مقر العمل.

المبحث الثاني: إنعقاد العقد الإلكتروني

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

ويتوقف وجود التراضي على تلاقي التعبير عن إرادتين متطابقتين لإبرام العقد، وهو يتوقف بدوره على صدور الإيجاب بالتعاقد من قبل الموجب الذي يقابله القبول من قبل من وجه إليه الإيجاب ، ومن ناحية أخرى على تلاقي هذا القبول بالإيجاب، فإن لم يتلاق التعبير عن الإرادة الذي تتوفر فيه مقومات الإيجاب بالتعبير عن الإرادة الذي تتوفر فيه مقومات القبول، فلن يتحقق التراضي ولن ينعقد العقد، وسوف ينصب تركيزنا في هذا الموضوع على الجوانب الهامة التي يتميز فيها العقد الإلكتروني عن غيره من العقود المبرمة بالطرق التقليدية، بداية بدراسة صور التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني وما يثيره من جدال حول قبول الوسائل الإلكترونية كأداة قانونية تسمح بالتعبير عن الإرادة وموقف القانون المدني من ذلك، ثم نتطرق إلى تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني.[1]

المطلب الأول: التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني.

الأصل الذي جاءت به المادة 60 من القانون المدني فيما يخص كيفية تعبير المتعاقدين عن إرادتيهما أن يتم باللفظ أو الكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا أو باتخاذ موقف لا يدع أي شك

[1] نوزت جمع و حسن التعاقد بواسطة الشبكة الإلكترو نية الأنترنت وحماية المستهلك سنة 1731ه 0217م ص 109.

في دلالته على مقصود صاحبه، فحسب هذا النص يصح أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا، كما يمكن أن يكون ضمنيا، سواء كان ذلك إيجابا من أحد المتعاقدين أو قبولا من المتعاقد الآخر .

ووضعت المادة 68 فقرة 2 منه، استثناء على هذه القاعدة بنصها على إمكانية أن يكون السكوت الملابس وسيلة للتعبير عن القبول .

إلا أن ظهور الوسائل الجديدة للتعبير عن الإرادة جعلت التساؤلات تطرح في الآونة الأخيرة حول مشروعيتها في إبرام العقود، وهذا ما يلزم التطرق أولا إلى الصور الجديدة للتعبير عن الإرادة، ثم دراسة مدى مشروعية هذه الوسائل في إبرام العقود ثانيا.

الفرع الأول: صور التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني.

سيتم التطرق في هذا الفرع إلى صور الإرادة في العقود التي تبرم عن طريق الأنترنيت بالنظر لأهميتها وانتشارها الكبير أولا، ثم بعد ذلك إلى تبيان صور التعبير عن الإرادة بالوسائل الأخرى (التيلكس والفاكس).

فقرة أولى: صور التعبير عن الإرادة في العقود المبرمة عن طريق الأنترنيت.

تنقسم هذه الصور إلى ثلاث فئات، هي التعبير عن الإرادة بواسطة البريد الإلكتروني، وعبر شبكة المواقع وأخيرا عبر المحادثة والمشاهدة.[1]

أولا: التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني E-mail.

لقد أصبح بالامكان استخدام تقنية البريد الإلكتروني من التعبير عن الإرادة، وتعرف خدمة البريد الإلكتروني بأنها استخدام شبكة الأنترنيت كمكتب للبريد، بحيث يستطيع مستخدم

[1] بييميل فوزيو النظام القانوني لمجلس العقد الإلكتروني _ دراسة مقارنة _ مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون الاقتصادي ص 252.

الأنترنيت بواسطتها إرسال الرسائل المعبرة عن إرادته في إبرام العقد إلى أي شخص له بريد إلكتروني، كما يمكن أيضا تلقي الرسائل المعبرة عن إرادة من أي مستخدم آخر للأنترنيت، ولا يستغرق إرسال الرسالة واستقبالها سوى بضعة ثواني، وتتم هذه الخدمة مجانا، و يشترط في الشخص الذي يريد التعاقد بهذه الوسيلة أن يكون لديه برنامج للبريد الإلكتروني يدرج ضمن البرامج التي يحتويها جهاز الكمبيوتر الخاص به، وأن يتبع بعض الخطوات اللازمة لكي يصبح متمتعا بهذه الخدمة، وتتم هذه العملية بكتابة عنوان المرسل إليه في الخانة المخصصة لذلك ثم كتابة موضوع الرسالة ثم الضغط على أمر الإرسال، وبذلك تكون الرسالة قد أدرجت تحت عنوان المرسل إليه على الشبكة، ولكي يتمكن هذا الأخير من مطالعتها فما عليه سوى استعمال برنامج بريده الإلكتروني، ويصدر أمرا بتحميل الرسالة على صندوق بريده الإلكتروني الوارد، وهنا سوف يجد جميع الرسائل التي وردت إليه في هذا الصندوق، ويسمح البرنامج المستخدم عادة بإيجاد قائمة بالرسائل تتضمن بيانا بالمرسلين مع التمييز بين الرسائل التي سبق مطالعتها وتلك التي لم يطلع عليها المرسل إليه بعد، ولقراءة أية رسالة ينبغي الضغط على موضوعها في القائمة المذكورة لتظهر للمرسل إليه على شاشة جهاز حاسوبه .

وبذلك يستطيع نظام البريد الإلكتروني التواصل بين شخصين تفصل بينهما آلاف الكيلومترات دون أن يلتقيا فعليا وشخصيا، كما يستطيع المرسل، إرسال تعبيره عن الإرادة في آن واحد إلى عشرات الأشخاص في دول مختلفة، وذلك باستخدام برنامج معين، وبهذه الصفات يكون البريد الإلكتروني، سوى اقتراب كبير من جهاز التيلكس، الذي يكون الإتصال فيه والردبواسطة الكتابة و في وقت متقارب جدا .[1]

[1] عنادل عبد الحميد المطر,المرجع السابق، ص.217.

ثانيا: التعبير عن الإرادة عبر شبكة المواقع Web.

تعتبر خدمة الويب، أو ما يعرف بشبكة المعلومات العالمية هي الخدمة التي يمكن من خلالها زيارة مختلف المواقع على شبكة الأنترنيت، وتصفح ما فيها من صفحات من أجل الوصول إلى معلومات معينة ومن أجل إبرام عقد مع أحد التجار الذي يعرض منتوجاته عليها.

إن أهم المصطلحات التي تقابلنا هو web site ويقصد به كل مكان يمكن زيارته على شبكة المعلومات العالمية، التي تحتوي الملايين منها، لكل من هذه المواقع عنوان خاص يشار إليه بأحرف الإختصار الذي يقوم مقام العنوان العادي أو رقم الهاتف، وتتميز هذه العناوين بالثبات والإستمرارية على مدار الساعة، ولكي نتمكن من زيارة أحد هذه المواقع فما يكون علينا سوى تحرير هذا العنوان، للدخول على هذا الموقع، وبعد ذلك تظهر الصفحة الرئيسية للموقع، التي يمكن من خلالها الوصول إلى الصفحات الأخرى التي يتضمنها الموقع والتي يرغب الزائر في الحصول على معلومات منها أو التعاقد حول مختلف السلع والخدمات المعروضة عليها .[1]

ويتم التعبير عن الإيجاب أو القبول في الموقع بالكتابة، وببعض الإشارات والرموز التي أصبحت متعارفا عليها عن طريق هذه الشبكة، فهناك إشارات تدل على الرضا (وجه مبتسم) وهناك إشارات تدل على الرفض (وجه غاضب) وهذه الإشارات لا تخرج عن معناها التقليدي سوى أنها إشارات صادرة عن جهاز كمبيوتر ولكنها تعبر عن إرادة الموجب له وليس عن إرادة الكمبيوتر لأنه أداة صماء، كما أن التعبير عن الإرادة عبر شبكة المواقع يمكن أن يمتد ليشمل المبادلة الفعلية الدالة على التراضي وذلك بأن يعرض الموجب له تقديم استشارة قانونية مثلا، فيقوم الموجب له بإعطاء رقم بطاقة الإئتمان العائدة له فيتم خصم قيمة الخدمة

[1] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص. 83.

من رصيده فورا، فيتم نقل الأموال إلكترونيا بين المصارف بشرط وجود بطاقة للزبون ورقمه السري .

ثالثا: التعبير عن الإرادة عبر وسائل المحادثة والمشاهدة المباشرة.

الحديث عبر شبكة الأنترنيت يمكن أن يكون عبارة عن تبادل رسائل مقسمة على الشاشة حسب عدد الأشخاص، كما قد يتضمن تبادلا مباشرا للكلام، وقد يتطور حسب برنامج ووجود كاميرات فيديو، فيصبح حديثا بالمشاهدة الكاملة.

ونلاحظ هنا أن التعبير يمكن أن يكون بالكتابة أو الكلام المباشر أو بالإشارة أو بالمبادلة عن طريق بطاقات الإئتمان، وكما يكون تعبيرا صريحا أو يمكن أن يكون ضمنيا، ونلاحظ أنه يمكن أن نكون أمام مجلس عقد إفتراضي على أساس أن المتعاقدين يشاهدون ويسمعون بعضهم البعض مباشرة إلا إذا كان السكوت على الشاشة لفائدة من وجه إليه الإيجاب أو كان هناك تعامل سابق بين الطرفين إتصل الإيجاب بهذا التعامل، ويظهر ذلك خاصة في العلاقة التي تجمع البنوك مع زبائنها عبر شبكة الأنترنيت .[1]

أولا: التعبير عن الإرادة بواسطة التيلكس.

يعتبر التيلكس جهازا لإرسال المعلومات بطريقة طباعتها وإرسالها 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 الأنترنيت في أنه يمكن أن يكون فوريا دون حاجة لمرور فاصل زمني بين الإيجاب والقبول، ويكون التعبير عن الإرادة عبر التيلكس بالكتابة، دون غيرها من وسائل الإتصال الفوري.

ثانيا: التعبير عن الإرادة بواسطة الفاكس.

[1] محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008 ،ص.63

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 الإستعمال.[1]

ويمكن أن يكون التعاقد عبر الأنترنيت مطابقا للتعاقد عبر الفاكس إذا كان إرسال المستندات عن طريق جهاز الكمبيوتر، و يكمن الفرق بين الأنترنيت عن الفاكس في أن التعبير عن الإرادة يكون في الأول فوريا ومباشرا دون الحاجة إلى فاصل زمني بين الإيجاب والقبول، إضافة إلى أن التعبير عنها يكون بكل الوسائل الصريحة والضمنية، أما في الفاكس فلا يكون إلا بالكتابة ماعدا حـالات وصل جهـاز الهاتف مع الفاكس بجهاز واحد، حيث يمكن التعبير في هذه الحالة الأخيرة بالكلام أو بالكتابة .

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

إن استغلال وسائل تقنية المعلومات المذكورة للتعبير عن الإرادة في إبرام العقود و مختلف التصرفات القانونية بين شخصين غائبين مكانا، تثير العديد من التساؤلات حول مدى اعتراف القانون المدني بهذه الوسائل الجديدة للتعبير عن الإيجاب والقبول وبناء عناصر التعاقد ، الشيء الذي جعل الفقه ينقسم في الدول التي مازالت تعتمد نفس النظم التقليدية في التعبير عن الإرادة إلى رأيين أولهما يقر بمشروعية هذه الوسائل في التعبير عن الإرادة والثاني يرفض ذلك، وسيتم التعرض إلى هذين الرأيين فيما يلي :

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

[1] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص. 63 -64.

1- الأصل في التعاقد حرية التراضي وفقا لما يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة الذي كرسته المادة 60 من القانون المدني التي تعطي المتعاقدين الحرية الكاملة في اختيار الكيفية التي يعبران بها عن إرادتهما، ولا مانع من امتداد هذه الحرية للتعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية.

2- بما انه أصبح للكتابة في الشكل الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني مكانا ضمن قواعد الإثبات في القانون المدني، من خلال نصي المادتين 323 مكرر 1 و327 فقرة 2، فالأولى أن تجد لها موقعا في انعقاد العقد.[1]

3- نص المادة 64 من القانون المدني التي تقضي بأنه: " إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر الإيجاب فورا، وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل"، فاستنادا إلى هذه المادة فعبارة "بأي طريق مماثل" تشير إلى أية وسيلة تقترب فنيا من الهاتف، ولذا فإن النص يمتد ليشمل التعاقد بالوسائل الإلكترونية خاصة منها الأنترنيت كون الإتصال على هذه الشبكة يمكن أن يتحول إلى هاتف عادي عبر المحادثة الشفهية، وإن الطرق الإلكترونية الأخرى للتعبير عن الإرادة كالبريد الإلكتروني أو الفاكس تشبه أيضا الطرق التقليدية للتعاقد مثل المراسلة.

4- إضافة إلى ما سبق ، فإن الفقرة الأخيرة من المادة 60 التي تنص بأنه يجوز : "أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا ."

تفتح هذه الفقرة المجال لأساليب التعاقد الإلكتروني، حيث أن قيام أي فرد بعرض موقع دائم وثابت له على شبكة الأنترنيت يعني أن يقصد اتخاذ مسلك وطريق يشير ويعلن فيه إلى

[1] شحاتة غريب شلقامي، المرجع السابق، ص.87.

الناس عن نية التعاقد عن طريق موقعه، وشبكة الأنترنيت تعرض على مدار الساعة عن الإعلانات ووسائل البيع والشراء والتقديم للوظائف والخدمات، وذلك إشارة صريحة باتخاذ مسلك مباشر لا لبس فيه على التعاقد .[1]

خلافا للرأي السابق المؤيد لمشروعية الوسائل الإلكترونية الحديثة للتعبير عن الإرادة، فإن هذا الإتجاه يرفض الإعتراف بمشروعية هذه الوسائل للتعبير عن الإرادة وتبريرا لموفقه يقدم الحجج التالية:

1- إن القانون المدني بأحكامه الحالية لا ينص صراحة على استعمال الوسائل الإلكترونية كأدوات للتعبير عن الإرادة ولا يجب تفسير نصوصه، خاصة منها المادة 64 فقرة 2 المتعلقة بالتعاقد عبر الهاتف أو أية وسيلة متشابهة تفسيرا واسعا يشمل الصور الإلكترونية الحديثة للتعبير عن الإرادة، فلو أراد المشرع اعتمادها لنص عليها صراحة كما فعلت التشريعات المقارنة.[2]

2- إن استعمال الوسائل الإلكترونية للتعبير عن الإرادة لا يخلو من المخاطر، كون هذه الوسائل لا تسمح من توثق كل طرف من أطراف العلاقة العقدية من وجود وصفة الطرف الآخر بمعنى عدم توثق كل طرف من أن يخاطبه الشخص الذي رضا التعاقد معه فعلا، وهذا ناجم عن طبيعة هذه الوسائل التي يتميز التعاقد من خلالها بالإفتراضية واللامادية virtuel et dématérialisé ، فلا أحد يضمن لمستخدم شبكة الانترنيت بأن ما وصله من معلومات إنما جاءت من هذا الموقع، ولا أحد يضمن له أيضا حقيقة الموقع ووجوده على الشبكة، خاصة إذا أخذنا بعين الاعتبار تنامي عمليات اختراق المواقع وإساءة استعمال أسماء الغير في الأنشطة الجرمية .

[1] محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص . 93.
[2] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص66

3- إعتداد القانون المدني في مادته 323 مكرر 1 بالكتابة في الشكل الإلكتروني في الإثبات لا يعني أنه يقر بها كوسيلة للتعبير عن إرادة المتعاقدين، فهي خاصة فقط بالإثبات لا غير، فكتابة بنود عقد على دعامة إلكترونية وحفظ نسخة منه لا يعني بالضرورة أن المشرع قد أعطي الشرعية لهذه الوسائل للتعبير عن الإرادة.

رغم قوة حجج الرأي الأول الذي يؤيد قبول القانون المدني بصيغته الحالية للوسائل الإلكترونية كأدوات للتعبير عن الإرادة إستنادا للقواعد العامة لإبرام العقود خاصة منها مبدأ الرضائية، إلا أنه يبقى عدم الإعتراف الصريح لهذا القانون لشرعية هذا النمط للتعبير عن الإرادة من ناحية، وعدم تنظيمه بالشكل الكافي من ناحية أخرى، يتسبب في عدم حماية المتعاقدين حماية كافية من مخاطر التعاقد بهذه الوسائل، إضافة إلى إعاقة التجارة الإلكترونية في بلادنا.

ولتفادي ذلك حث القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية "CNUDCI " الدول الأعضاء للاعتراف الصريح في قوانينها على قبول الوسائل الإلكترونية (رسائل البيانات) في التعبير عن الإرادة وتنظيمها، إذ نصت المادة 11 منه على أنه: " في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات عن العرض وقبول العرض.

وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين عقد، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض".

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

وتطبيقا لذلك فقد اعترفت التشريعات المتطورة صراحة بقبول رسالة البيانات للتعبير عن الإرادة ونظمتها لتضاف للصور التقليدية المعروفة.

المطلب الثاني: تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني.

الفرع الأول: عناصر تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني.

أولا : الإيجاب[1]

الإيجاب عرض بات يتقدم به شخص معين إلى آخر، أو آخرين بقصد إبرام العقد بينهما ، وهو تعبير نهائي عن الإرادة له خصائص معينة و قيمة قانونية ، و يكون التعبير عن الإرادة إيجابا متى توفرت شروطه.

ثانيا : شروط الإيجاب

الإيجاب و كأصل عام هو الإرادة الأولى التي تظهر في العقد و لذا يجب توفر فيه شرطان:

1- الإيجاب عرض محدد و دقيق :

يجب أن يكون الإيجاب كاملا أي مشتملا على كافة شروط العقد المراد إبرامه ، بحيث يتسنى للموجب له أن يطلع بدقة على مضمون العقد المعروض عليه ، و ينعقد العقد بمجرد صدور القبول دون إضافة أي شيء آخر . مما يستلزم استيفاء الإيجاب للعناصر أساسية العقد المراد إبرامه ، و هذه العناصر تختلف من عقد إلى آخر فمثال في عقد البيع هي المبيع و الثمن ، و في الإيجار هي العين المؤجرة و الأجرة و المدة.

2 الإيجاب عرض بات :

الإيجاب هو عرض جازم يعبر عن إرادة قطعية ال رجعة فيها للموجب في إبرا م العقد ، ومن ثم فيجب أن يكون الإيجاب مصحوب بتحفظ ، غير أن هذا إيجاب تشوبه تحفظات تكون إما ضمنية أو صريحة بقرار إبرام العقد فيمكن اعتبارها مجرد دعوة للتعاقد.

[1] سمير عبد السميع االودن، العقد الإلكتروني، منشاة المعارف، مصر، 2005 ،ص. 36-37.

ثالثا : القيمة القانونية للإيجاب

المقصود بالقيمة القانونية لإيجاب ، قوته الإلزامية ، بمعنى هل أن الموجب ملزم بالبقاء على إيجابه مدة من الزمن ليتمكن الموجب له من القبول أم لا ؟

فقد عالج المشرع الجزائري هذه الإشكالية في المادة 63 ق . م , – فقرة 1 – إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل .– فقرة 2 – و قد يستخلص الأجل من ظروف الحال ، أو من طبيعة المعاملة.

(و في المادة 64 ق . م) – فقرة 1 – إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فورا و كذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل.

غير أن العقد يتم ، و لو لم يصدر القبول فورا ، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب و القبول ، و كان القبول صدر قبل أن ينفض مجلس العقد.

1-إلزامية الإيجاب

-**إيجاب مقترن بأجل** : قرر المشرع في المادة 63 ق . م ، أن الإيجاب الذي يتضمن آجال يكون ملزما و ال يمكن للموجب أن يعدل عن إيجابه خلال تلك الفترة ، وإذا صدر قبول في الموعد المحدد

أنعقد العقد ، و قد يكون آجل القبول ضمنيا أ و صريحا فيستخلص من ظروف الحال كأن يصدر إيجاب في قسنطينة و الموجب له في وهران فمثل هذا الإيجاب يقتضي حتما بقاء الموجب على إيجابه إلى حين وصول الإيجاب إلى الموجب له ، أو من طبيعة المعاملة

التي تتطلب أجال ، كأن يعرض شخص عقارا للبيع فهذا يتطلب حتما أجل الاطلاع وزيارة العقار المعروض للبيع.

-الإيجاب الصادر في مجلس العقد : يكون الإيجاب هنا غير مقترن بأجل فهو غير ملزما فيستطيع الموجب أن يعدل عنه بشرط أن يصل العدول إلى علم من وجه إليه قبل أن يصدر قبول من هذا[1]

الأخير و هذا ما جاءت به المادة 64 ق . م ، و هذا ما يسمى بالتعاقد بين الحاضرين.

2-مذهب المشرع الجزائري

لقد أخذ المشرع الجزائري بنظرية مجلس العقد و ذلك لتحقيق غرضين:

-أن يكون الإيجاب و القبول في مجلس واحد حتى ينعقد عقد.

-تحديد المدة التي يجب أن تفصل بين الإيجاب و القبول و هذه النظرية بوجه عام تهدف إلى إيجاد الحل الوسط يوفق بين مصلحة الموجب الذي ال يمكن أن يبقى على إيجابه مدة طويلة ، و مصلحة الموجب له الذي يحتاج إلى مهلة للتفكير قبل الإقدام على القبول أو رفض الإيجاب.[2]

الفرع الثاني: مكان تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني.

إذا كان التعاقد بالوسائل الإلكترونية يميزه بصفة أساسية التباعد المكاني بين طرفيه، فإن التساؤل عن اللحظة التي يبرم فيها ومكان انعقاده يبدو سؤالا مشروعا، وبصفة خاصة لما للإجابة عليه من نتائج عملية هامة.

[1] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص.176.
[2] ممدوح محمد الجنبيهي، منبير محمد الجنبيهي، المرجع السابق، ص. 183.

الفقرة الأولى: زمان انعقاد العقد الإلكتروني.

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

أولا: أهمية تحديد زمان انعقاد العقد[1]

تبدو أهمية تحديد زمان انعقاد العقد في ما يلي:

-إن القول بانعقاده في لحظة معينة يمنع على أي من طرفيه نقضه أو التحلل منه.

-حق الموجب في العدول عن إيجابه بعد انقضاء الأجل المحدد للقبول.

-سريان المواعيد من وقت تمام العقد، حسب ما تقضي به المادة 90 فقرة 2 من القانون المدني

التي تقضي بأنه: " يجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد و إلا كانت غير مقبولة."

-سقوط الإيجاب في بعض الحالات بالوفاة أو فقدان الأهلية، فإذا توفي الموجب أو فقد أهليته قبل انعقاد العقد يسقط الإيجاب، أما إذا تم العقد قبل ذلك يكون صحيحا.

-إستحقاق المشتري الإنتفاع بالشيء وإيراده وكذلك تحمل تكاليفه من يوم تطابق الإرادتين أي انعقاد العقد طبقا للمادة 383 من القانون المدني.

[1] محمد أمين الرومي, المرجع السابق, ص. 97.

-وتظهر أهميته أيضا بالنظر إلى ما يشترط في ممارسة بعض الدعاوى كالدعوي البوليصية، التي يشترط فيها أن يكون تاريخ العقد الذي يطعن فيه الدائن قد صدر من مدينه لاحقا على الحق الثابت له في ذمة المدين[1].

ثانيا: تكييف العقد الالكتروني فيما إذا كان تعاقد بين حاضرين أم غائبين.

يجب الإشارة أولا إلى أن هناك من الفقهاء من يعتد بمعيار الزمن للتمييز بين التعاقد بين الحاضرين والتعاقد بين الغائبين، ففي الحالة الأولى تنمحي 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

وهناك من الفقهاء من يرى أن معيار الزمن ليس مانعا ولا جامعا، فالزمن ليس هو العنصر الوحيد الذي يميز التعاقد بين الغائبين عن التعاقد بين الحاضرين، بل أن هناك ثلاثة عناصر مجتمعة، وهي عنصر الزمن وعنصر المكان وعنصر الإنشغال بشؤون العقد.

وإذا رجعنا إلى التعاقد الإلكتروني فإنه يجب التمييز بين الحالات التالية:

-1التعاقد عبر البريد الإلكتروني : E-mail

-حالة وجود فاصل زمني بين الإيجاب والقبول: في هذه الحالة لا شك 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 عبر الهاتف، وذلك لأن الإيجاب والقبول يكونان في نفس الزمن، فلابد من تطبيق أحكام التعاقد بين الحاضرين زمانا، وهذا الحكم ينطبق أيضا على التعاقد بواسطة التيلكس.

[1] محمد فواز المطالقة , المرجع السابق , ص . 60.

-2التعاقد عبر شبكة المواقع : Web

-إذا دخل الشخص إلى أحد المواقع على الشبكة وأرسل إيجابه وانتظر فترة من الزمن لتلقي القبول، فنكون أمام التعاقد بين غائبين.

-وإذا تلقى هذا الشخص الإيجاب فورا فنكون في هذه الحالة أمام التعاقد بين حاضرين.

-3التعاقد عبر المحادثة والمشاهدة المباشرة:

نكون أما مجلس عقد لإمكانية تبادل الإيجاب والقبول عبر المحادثة والمشاهدة المباشرة، وعليه يتم تطبيق أحكام التعاقد بين الحاضرين زمانا .

ثالثا: تحديد زمان إنعقاد العقد الإلكتروني[1].

أخذ المشرع الجزائري بنظرية العلم بالقبول في تحديد لحظة انعقاد العقد في المادة 67 من القانون المدني التي تنص على أنه: "يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك، ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان، وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول

وهذا يقتضي أن يطلع الموجب على الرسالة المتضمنة للقبول، ويعتمد أصحاب هذه النظرية على تطابق أو توافق الإرادتين الذي يقتضي حتما أن يكون كل متعاقد على علم بإرادة المتعاقد الآخر، فالأخذ بهذه النظرية يؤجل الآثار المترتبة على القبول مما يوفر فرصا إضافية للموجب له للتراجع عن قبوله، ويعاب على هذه النظرية صعوبة إثبات العلم بالقبول، خاصة بالنسبة للتعاقدات التي تتم بالوسائل الإلكترونية.

وتطبيقا لهذه النظرية بشأن العقود المبرمة بالبريد الإلكتروني أو الفاكس، يمكن القول بأن العقد ينعقد في هذه الحالة في اللحظة التي يعلم فيها الموجب بالقبول أي بقيامه بفتح

[1] لزهر بن سعيد , المرجع السابق , ص80

صندوق بريده الإلكتروني، والإطلاع على رسالة القابل، أي تحققه من قبول الأخير بالإيجاب المعروض عليه، أو في حالة وصول الرسالة إلى جهاز الفاكس المرسل إليه والإطلاع عليها من قبل الموجب في حالة التعاقد عبر الفاكس.

إن تكريس نظرية العلم بالقبول من طرف المشرع جعل البعض من الفقه يعتقد أن اعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين حكما أو بين غائبين ليس له أي تأثير من الناحية العملية على مكان وزمان انعقاد العقد، طالما ان المشرع اعتمد مذهب العلم بالقبول.

لكننا نخالف هذا الرأي كون القاعدة التي جاءت بها المادة 67 من القانون المدني قرينة بسيطة يمكن للموجب أن يثبت أنه لم يعلم بالقبول إلا في وقت لاحق، كما أن لهذه القاعدة صبغة تكميلية، الأمر الذي يسمح للمتعاقدين أن يتفقا على مخالفتها، كأن يتفقا على أن يتم العقد وقت صدور القبول مثلا .

الفقرة الثانية: مكان انعقاد العقد الإلكتروني.

إن تحديد مكان انعقاد العقد له أهمية خاصة، من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق بشأنه والقضاء المختص بنظر منازعاته، وتزداد هذه الأهمية خاصة إذا تعلق الأمر بالعقود الإلكترونية التي تبرم عبر شبكات الإتصال ومنها الأنترنيت، نظرا للطابع غير المادي والعالمي الذي تتميز بها هذه الوسائل في التعاقد، مما يجعل القواعد التي تحكم هذه المسألة في القانون المدني محل تساؤل عند الكثير من الفقهاء حول إمكانية تطبيقها على هذه العقود، لذا ستتم دراسة مكان انعقاد العقد الإلكتروني في النقطتين التاليتين[1]:

[1] مصطفى أحمد إبراهيم نصر، المرجع السابق، ص. 156.

أولا: تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني.

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

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

إن هذا النص وضع قاعدة عامة تفيد بأن مكان إبرام العقد الذي يبرم بين غائبين هو المكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول، إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك أو نص القانون على غير ذلك[1].

إن تطبيق هذه النظرية بالنسبة للعقود التقليدية التي تتم بين غائبين بواسطة تبادل الوثائق والخطابات المكتوبة يبدو سهلا نظرا للطبيعة المادية لوسيلة تبادل التراضي بين المتعاقدين، في حين أن تطبيقها على العقود الإلكترونية يثير الكثير من التساؤلات، كون محاولة تركيز هذا العقد في دولة معينة أمرا صعب التحقيق، نظرا للطبيعة الدولية لشبكة الأنترنيت بوصفها متصلة بجميع الدول في آن واحد، من جهة، وعن الطبيعة غير المادية لهذه الوسيلة في التعاقد، لاحتوائها على عدد هائل من المواقع الإفتراضية من جهة أخرى .

بالإضافة إلى عدم اتفاق هذه النظرية مع جميع صور القبول، فقد رأينا أن القبول قد لا يتم صراحة وإنما يستنتج من سلوكيات الموجه إليه الإيجاب، وذلك في حالة السكوت الملابس الذي يمكن أن يعتبر قبولا في العقود الإلكترونية، كما لو قام الموجه إليه الإيجاب بالأعمال التي تنفذ العقد مباشرة دون إعلان لإرادته في هذا الشأن، ومن هنا لا يتحقق اتصال القبول بإرادة الموجب.

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص.244 -245.

فقد يصدر الايجاب من محل إقامة الموجب أو من حيث توجد مشروعاته التي بها نظامه المعلوماتي الذي من خلاله يقيم اتصالاته وتعاقداته، كما يمكن أن تصدر من أي مكان توجد به وسيلة الإتصال[1] .

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية.

نصت المادة 18 المعدلة من القانون المدني على أنه: "يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد.

غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه ."

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

واشترط في قانون الإرادة أن تكون له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، فلم يترك بالتالي لطرفي العقد الحرية الكاملة لاختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما، والسبب في هذا التقدير القانوني هو ضرورة إقامة توازن بين إطلاق حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد من ناحية، وضرورة خضوع هذه الرابطة العقدية للأحكام الآمرة للدولة القريبة للعقد واختصاص قضائها الوطني، منعا للغش وحماية للطرف الضعيف في العقد، الذي

[1] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص . 91 -92.

يكون عادة المستهلك، وبذلك تتفق آراء الفقهاء مع رغبة المشرع في حمايته، خاصة في العقود التي تبرم بالطرق الإلكترونية[1].

ويرى جانب من الفقه عكس ذلك إذ يعتقد أن شبكة الأنترنيت منطقة خاضعة لعدد هائل من القوانين ومن الأنظمة القضائية، وذلك لتعذر خضوعها لقانون واحد، ذلك أن القانون لم يكن غائبا أبدا عن الشبكات ولا يمكن أن يغيب عنها، ووجود القانون الذي ينظم الأنترنيت هو أمر بديهي، وذلك طالما أنه يوجد أفراد خلف الأدوات يجب أن يتفق سلوكهم عبر الشبكة مع القانون[2].

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

[1] مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الأنترنيت، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2002 ،ص. 286.
[2] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص. 245.

الفصل الثاني:

تنفيذ العقد

الإلكتروني وإثباته

المبحث الأول: تنفيذ العقد الالكتروني

يمكن أن يتم تنفيذ عقود التجارة الإلكترونية كلية عبر شبكة الأنترنت طالما كانت طبيعة الخدمة أو السلعة محل التعاقد تسمح بذلك مثل شراء برامج الحاسوب أو مصنفات موسيقية.

المطلب الأول :التزام المتعاقد بتسليم السلعة أو أداء الخدمة .

يلتزم الموجب أو المعلن بتنفيذ التزامه بتسليم محل العقد بناء على ما تم الاتفاق عليه بين طرفي العقد، كي يوفي الطرف الآخر بإلتزامه المقابل وهو تسلم محل العقد وقبوله سواء كان صريحا أو ضمنيا من خلال استعماله أو التصرف فيه في الحدود التي تم الاتفاق عليها ودون أن يحول شيء لإتمام الالتزامات وتسليم محل العقد، لأن محل العقد في غالب الأحيان يكون بعيدا عن الطرف الخر وهذا ما يؤدي إلى عدم إمكانية معاينة المحل واستخدامه إلا بعد استلامه، ولأن التصرفات التي سبقت في الأغلب نظرية وليست استعمالا بشكل مباشر ما يترتب عليه عدم معرفة المستخدم للمحل.[1]

وتتجلى الخصوصية ف العقد الإلكتروني بوصفه غالبا بأنه عقد غير ملموس، مما يجعل من واقعة التسليم (كواقعة مادية) ذات أهمية نظرا لأنها تترجم إظهار العقد وإخراجه إلى حيز الوجود المادي والملموس، ومما يجعل الالتزام بالتسليم ذا أهمية في تنفيذ العقود المبرمة عن طريق الأنترنت، لاسيما إذا ما أخذنا بالاعتبار عدم الحضور المادي لطرفي

[1] كما ورد في البند 11 من العقد النموذجي ضرورة تحديد تاريخ التسليم ويقترح أن يتم مثلا خلال 30 يوما، وإلا جاز إنهاء العقد ورد المبالغ المدفوعة.

العقد في مكان واحد، حيث يفصل بينهما الدود الدولية، والإجراءات الجمركية ما يترتب عنه عدم قيام عنصر المناولة اليدوية [1].

ويعرف الالتزام بالتسليم بأنه عبارة عن وضع الشيء المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يمكنه من وضع يده عليه والانتفاع به دون عائق أو مانع ويكون التسليم في كل شيء حسب طبيعته ، بما يعني في ذلك تخلي البائع عن حيازة المبيع لصالح المشتري بحيث يمكن هذا الأخير من حيازته والانتفاع به الانتفاع القصود دون عائق ولا يستلزم ف ذلك انتقال الحيازة المادية فعلا إليه وإنما يكفي أنه يمكن الحصول عليها .

مما يلاحظ على العقود الإلكترونية نجد أنها تنقسم إلى قسمين من حيث كيفية تنفيذها، منها ما يبرم عبر الأنترنت وينفذ خارجها، حيث يشمل هذا النوع العقود التي يكون ملحها أشياء مادية تقتضي تسليمها في بيئة مادية، وهو يشبه ف ذلك عقد البيع التقليدي، والنوع الأخر يتعلق بالأشياء غير المادية أي تقديم الخدمات كبرامج الحاسوب، اللعب الإلكترونية، قواعد البيانات، موسيقى... فهذا النوع يبرم وينفذ عبر شبكة الأنترنت ذاتها وتتسم بميزة أساسية وهي السرعة في التنفيذ .[1]

الفرع الأول : إلتزام المتعاقد بتسليم السلعة (الشيئ) :

يتفرع الالتزام بالتسليم عن الالتزام بنقل الحق العين، لذا فهو مرتبط بكل العقود الناقلة لحق عين كالبيع، المقايضة، الهيبة، الشركة...، بل ويترتب على العقود المنشئة لحق

[1] يونس عرب، البنوك الخلوية، التجارة الخلوية، المعطيات الخلوية، ثورة جديدة تنبئ بانطلاق عصر ما بعد المعلومات.www.arablaw.org

شخصي كالإيجار والمقاولة، لذلك فالتزام بالتسليم من مقتضيات كل عقد .فيوجد هذا الالتزام في العقود الإلكترونية التي يكون محلها منتج أو سلعة مثل البيع أو الايجار الإلكتروني أو إنجاز مشروع معي مثل تصميم أو إقامة برامج ومنشآت معلومات [1]، هذا ويعد الالتزام بالتسليم التزاما بتحقيق نتيجة خاصة بالنسبة للمشتري إذ بتنفيذ هذا الالتزام يتمكن من الانتفاع بالبيع، على أن تسليم البيع يتكون من عنصرين[2] :

أولا: وضع البيع (السلعة) تحت تصرف المشتري بحيث يستطيع حيازته والانتقاع به دون عائق، ولا يستلزم ذلك أن ننتقل الحيازة المادية فعل للمشتري، وإنا يكفي أن يوضع البيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته ماديا وينتفع به دون عائق، فإذا وجد عائق بي المشتري وبي انتفاعه بالبيع فل يتوافر هذا العنصر من العناصر المكونة للتسليم .

ثانيا: أن يعلم البائع المشتري بأنه قد وضع البيع تحت تصرفه، ولا يكفي مرد العلم بذلك وإنا يحب على البائع أن يعلمه منعا لكل لبس حول حقيقة علم المشتري بوضع البيع تحت تصرفه، ويمكن أن يتم العلم في صورة إنذار رسمي أو خطاب أو أن يتم مشافهة .[1]

الفرع الثاني : التزام المتعاقد بتقديم الخدمة .

لا يقتصر محل العقود الإلكترونية على السلع والبضائع فحسب وإنما يتعداه إلى الخدمات التي تعد أشياء غير مادية، وينبغي أن تكون الخدمة موضوع العقد مددة أو قابلة

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

[2] أحمد خالد العجولي، التعاقد عن طريق الأنترنيت، دراسة مقارنة ، المكتبة القانونية، عمان ، الأردن، طبعة 2002، ص 123

للتحديد، ويتم ذلك التحديد في العقد أو في وثيقة إضافية أو تكميلية أو الوثائق الكملة، ويفهم نطاق ومضمون الخدمة من طبيعة العقد نفسه مثل عقود الاشتراك في بنوك المعلومات [1]

ويلاحظ أن هذا الالتزام غالبا ما يكون مستمرا لفترة من الزمن نظرا لكون العقد ليس فوريا في[2] تنفيذه ولكنه متتابع في التنفيذ على فترات زمنية مستمرة ، ويتم التسليم بهذه الأحوال من خلال تنزيل أو تحميل البرامج (laod down) أو النسخ(copy) من الوقع المتاح إلى موقع الصلب من جهاز العميل مثل، أو بأي شكل تقن آخر يتيح للمشتري الانتفاع به، كمنحه الصلاحية للدخول إلى موقع معي وإستعراض الادة المحملة أو الخزنة محل التعاقد، غير أنه يجب الأخذ بعين الإعتبار أن ذلك لم يعني أن كل الأموال غير المادية يتم تسليمها بذه الطريقة (عب الشبكة)، فيمكن أن تمل على أسطوانات أو دعامات مادية مثل (CD)وهنا يتم التسليم فيها ماديا وخارج الشبكة ، وتتطلب مثل هذه الطريقة تعاون الزبون والمورد، إذ يظل للالتزام بالتعاون أهميته لحسن تنفيذ العقد والوصول إلى الغرض المنشود ، وينبغي كذلك تحذير العميل من كل ما من شأنه الأضرار بصاله الادية والدبية، كلفت انتباهه إل عدم الدخول على مواقع معينة وخط استخدام البرامج المعلوماتية إلى بأسلوب محدد، وعدم إساءة استخدام المعلومات .

[1] محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوربي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، طبعة 2005، ص18 وما بعدها.

[2] أحمد خالد العجولي، التعاقد عن طريق الأنترنيت، دراسة مقارنة، المكتبة القانونية، عمان، الأردن، طبعة 2002، ص 49 و50

المطلب الثاني : الالتزام بالوفاء الكترونيا .

الفرع الأول : خصائص الدفع الالكتروني .

يتميز الدفع الالكتروني بعدة خصائص من حيث طبيعتة، ومن حيث الجهة التي تقوم على خدمة الدفع الالكتروني، ومن حيث وسائل الأمان الفنية، وسيتم التطرق إلى هذه الخصائص عبر الفقرات التالية:

– **من حيث طبيعته** : يتميز الدفع الالكتروني بأنه من بين وسائل الوفاء التي تتم عن بعد،ويكون ذلك بإعطاء أمر الدفع عبر شبكة الأنترنيت وفقا لمعطيات الكترونية تسمح بالاتصال المباشر بين طرفي العقد، وبهذه الصفة يعتبر الدفع الالكتروني وسيلة فعالة لتنفيذ الالتزام بالوفاء في العقود الالكترونية التي تقتضي تباعد أطراف العقد، أين يغيب التقائهم المادي على مائدة مفاوضات واحدة. [1]

– **من حيث الجهة التي تقوم على خدمة الدفع الالكتروني :**

إن وجود نظام دفع الالكتروني لتسوية المعاملات التي تتم عبر شبكة الأنترنيت يستلزم توافر شروط قانونية و فنية تتمثل فيما يلي:

– توفير بيئة تشريعية ملائمة تقر وتنظم أحكام الدفع الالكتروني(في القانون التجاري و المصرفي)

– توفير نظام مصرفي لإتمام عمليات الدفع وتسهيلها، ويتوقف ذلك على توفير الأجهزة التي تقوم بإدارة مثل هذه العمليات.

[1] علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، مطبعة الكاهنة، 1997، ص 56.

- من حيث وسائل الأمان الفنية :

بما أن الدفع الالكتروني يتم من خلال فضاء معلوماتي مفتوح، فان فرصة السطو على رقم البطاقة أثناء الدفع الالكتروني تكون قائمة ، وهذا الخطر متواجد عند الدفع الالكتروني بغير الانترنيت وأكثر حدوثا على شبكة الانترنيت باعتبارها فضاء مفتوح لكل الأشخاص من كل البلدان، ويكون ذلك باختراق البيانات المتواجدة في الشبكة واستخدامها إضرارا بصاحب البطاقة، ومن أجل تفادي هذا الخطر، فان الدفع الالكتروني يكون مصحوبا بوسائل أمان فنية من شأنها أن تحدد المدين الذي يقوم بالدفع والدائن الذي يستفيد منه، فيتم بطريقة مشفرة باستعمال برنامج معد لهذا الغرض بحيث لا يظهر الرقم البنكي على شبكة الويب Web ، كما يتم عمل أرشيف للمبالغ التي يتم السحب عليها، مما يسهل الرجوع إليه، ولتفادي تداول البيانات على الشبكة تم ابتكار نظام للوفاء يقوم على فكرة الأجهزة الوسيطة بإدارة عمليات الدفع لحساب المتعاقدين، وذلك بتسوية الديون و الحقوق الناشئة عن التصرفات المختلفة التي تبرم بينهما.[1]

وهذا من شأنه توفير الثقة بين أطراف التعامل ويضمن فعاليتها الأكيدة كوسيلة من وسائل الدفع التي تيسر التجارة الالكترونية.

[1] لحلو غنيمة، محاضرات في القانون المدني، ألقيت على طلبة الدفعة الرابعة عشر بالمعهد الوطني للقضاء، السنة الأولى، السنة الأكاديمية 2003-2004.

الفرع الثاني : أنواع الدفع الالكتروني :

اتساع نطاق التجارة الإلكترونية أدى إلى تطور النقود، وظهرت بشكل جديد يتناسب مع معاملات التجارة الإلكترونية، وعليه سنتناول البطاقات الإلكترونية ، والبطاقة الذكية ، في حين نتطرق إلى الشيكات والتحويلات الإلكترونية ،والنقود الالكترونية .[1]

1- بطاقات الإلكترونية : وتشمل كل من بطاقة الدفع التي من خلالها يتم تحويل مبلغ من حساب المشتري صاحب البطاقة إلى حساب البائع خلاله يوم أو يومين، كما تستخدم في سحب النقود من الحساب .

وكذا بطاقة الضرف التي تقضي بتسديد قيمة المشتريات بمجرد ارسال الفاتورة، أما عن بطاقة الائتمان فهي التي تسمح لحاملها بالحصول على قرض ، هي مصنوعة من مادة يصعب العبث بها، حيث من خلالها تقدم تلك البطاقة للتاجر لتسديد ثمن مشترياته، حيث يقوم التاجر بتحصيل تلك القيمة من الجهة المصدرة التي تقوم بدورها باستيفاء تلك المبالغ من الحامل.[2]

2- البطاقة الذكية : هي بطاقة تحوي معالج دقيق يسمح بتخزين الأموال من خلال البرمجة الأمنية، والتأكد من سالمة كل معاملة من الخداع، وهذه البطاقة تستطيع التعامل مع

---

[1] تنص المادة 63 من القانون المدني على أنه: "إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجلّ .

وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة.

[2] لوصيف عمار، استراتيجيات نظام المدفوعات للقرن الحادي والعشرين، مع الإشارة إلى التجربة الجزائرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، جامعة قسنطينة، الجزائر، 2007-2008 ،ص 30-32.

بقية الحواسيب، وال تتطلب تفويض أو تأكيد لصالحية البطاقة من أجل نقل الأموال من المشتري إلى البائع .

3- الشيكات والتحويلات الإلكترونية : يعرف الشيك على انه محور ثالثي الأطراف معالج الكترونيا بشكل كلي أو جزئي، يتضمن امرا من شخص يسمى الساحب إلى البنك المسحوب عليه بأن يدفع مبلغا من النقود إذن شخص ثالث يسمى المستفيد ولعل الشيك الإلكتروني هو أكثر الأوراق التجارية التي يمكن الاستفادة منها في مجال التقنيات الإلكترونية .[1]

4- **النقود الإلكترونية** :وهي وسيلة جديدة ظهرت إلى جانب بطاقة الائتمان، وتعني أن المستهلك أو العميل لدى البنك يكون لديه حسابان أحدهما بالعملة الحقيقية والآخر بالعملة الإلكترونية، إذ يبق له أن يحول أية قيمة من حسابه بالنقود العادية إلى حسابه بالنقود الإلكترونية، فإذا أراد الوفاء بمقابل سلعة أو خدمة جاز له ذلك [1] عن طريق تحويل هذه القيمة من حساب التاجر البائع ، ليقوم هذا الأخير بمراجعة البنك المصدر للتأكد[2] من صالحية النقود المستخدمة في الدفع وبعدها يودع قيمتها في مصرفه

المبحث الثاني: إثبات العقد الإلكتروني.

إن التطور التقني لوسائل الإتصال الحديثة وتقنيات المعلومات أتاح التعامل بنوع جديد من الدعامات، وخلق نوعا جديدا من الكتابة والتوقيع اللذين أصبحا يتمان إلكترونيا، حيث يتم تبادل رسائل البيانات وإبرام العقود عبر شبكات اتصالات، وتحميلها على دعامات غير

[1] أخذ المشرع بنظرية الوحدة « Théorie Moniste » أو التلازم بين مكان انعقاد العقد وزمان هذا الانعقاد في المادة 67 منه.

[2] أحمد سفر، أنظمة الدفع الإلكترونية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008 ،ص20.

ورقية داخل أجهزة الكمبيوتر وخارجها مصحوبة بتوقيع إلكتروني لصاحب الرسالة عن طريق التشفير، مما جعل الكتابة الخطية بصورتها التقليدية ليست هي[1] الوسيلة الوحيد في الإثبات بل أصبح يعتد أيضا بالكتابات التي تكون على دعامات غير ورقية مادامت هذه التقنيات تسمح بحفظ الكتابة وقراءتها، وهذا ما كرسه المشرع الجزائري من خلال تعديل قواعد الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني، من خلال القانون رقم 05-10.

المطلب الأول: الكتابة في الشكل الإلكتروني وحجيتها في الإثبات.

نتطرق في هذا المطلب إلى تحديد مفهوم الكتبة في الشكل الإلكتروني ثم دراسة القوة الثبوتية لهذه الكتابة.

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.

الفقرة الأولى: 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" [2].

فالمقصود بالكتابة في الشكل الإلكتروني حسب هذا النص[3]، 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

---

[1] نفس المرجع السابق ص 30

[2] 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 ،

[3] واستعمل المشرع أيضا مصطلح الكتابة في الشكل الالكتروني وليس الكتابة الالكترونية، كون شكل الكتابة هو الذي تغير وليس طبيعتها.

الأقراص الصلبة أو المرنة، أو تلك التي يتم كتابتها بواسطة الكمبيوتر وإرسالها أو نشرها على شبكة الأنترنيت.

- 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 الإعتراف 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 إفتراضية، والتي لا تترك أثرا ماديا مدونا له نفس الأثر المكتوب على الورق في الإثبات.

الفقرة الثانية: خصائص التعريف الجديد للكتابة.

- إن مفهوم الكتابة الذي جاءت به المادة 323 مكرر قابل للتوسع، ذلك أن صياغتها بالنص على أنه " يتنتج الاثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أرقام أوأية 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 الإتصال المختلفة.

[1] وهو نفس المبدأ الذي كرسه قانون الأمم المتحدة للتجارة الالكترونية CNUCDCI في مادته 09 ، والقانون المدني الفرنسي في مادته 1316.

- إشتراط 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، فالإعتراف بالكتابة في الشكل الالكتروني قد أدى في الحقيقة إلى تقويض ثنائية المحتوى والوعـــاء (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 الشكل الإلكتروني على خلاف الكتابة التقليدية معرضة للتبديل وللتحوير اللاحق مما يمس قوتها الثبوتية، الشيء الذي جعل المشرع يحيطها بعدة ضمانات نتطرق اليها ضمن الفرع الثاني المخصص للقوة الثبوتية للكتابة في الشكل الالكتروني.

الفرع الثاني: القوة الثبوتية للكتابة في الشكل 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".

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

لقد أسس المشرع من خلال هذا النص مبدأ التعادل الوظيفي L'équivalent fonctionnel [1] بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الدعامة الورقية.

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

- إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي صدرت عنه هذه الكتابة.
- أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها.

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

الفقرة الأولى: مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الورق.

لقد اعترفت المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني بالكتابة الإلكترونية في إثبات التصرفات والعقود من جهة، وجعلتها معادلة في حجيتها للوثيقة المخطوطة على دعامة ورقية، أي لهما نفس الأثر والفعالية من حيث حجية وصحة الإثبات، لكن السؤال الذي يطرح في هذا الصدد حول نوع الكتابة التي يمكن أن تعادل في حجيتها الكتابة في الشكل الإلكتروني؟، وبعنى آخر هل يمكن إثبات التصرفات والعقود التي يتطلب القانون في إثباتها الكتابة الرسمية بالكتابة في الشكل 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 الإلتزام وتحديدا في الفصل الأول الخاص بالإثبات بالكتابة قد أثار جدلا فقهيا، خاصة في فرنسا عما إذا كانت الكتابة في صورتها الحديثة في الشكل الإلكتروني، تعادل في حجيتها حجية الكتابة الرسمية، وبالتالي يمكن من خلالها إثبات عكس التصرفات والعقود المثبتة بكتابة رسمية.

---

[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.

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 الشكل الإلكتروني لا يمكن لها أن تكون إلا عرفية، كون المشرع أراد حماية رضا المتعاقدين لما اشترط إثبات بعض العقود بالكتابة الرسمية التي يشترط لصحتها حضور الضابط العمومي وتوقيعها، وهذا الأخير هو الذي يمنحها رسميتها، والذي لا يمكن حضوره إذا ما تعلق الأمر بالكتابة في الشكل الإلكتروني.

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[2]، ويقول في هذا الشأن الأستاذ العياري " في الحقيقة يعود هذا الإحتراز إلى أن المشرع مازال محتفظا ببعض الخشية إزاء هذه المعاملات ولا يروم ضمن منظومة لم تستكمل بعد فترة التجربة" [3]، 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.

<u>الفقرة الثانية:</u> شروط قبول الكتابة في الشكل الإلكتروني كدليل إثبات.

---

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

[2] وقد حسم الأمر في فرنسا في ما يخص هذه الاشكالية بصدور المرسومين الذين يسمحان بابرام العقود التي تتطلب الكتابة الرسمية في الشكل الالكتروني

[3] القاضي، كمال العياري،المرجع السابق.

وضع المشرع شرطين لقبول الكتابة في الشكل الالكتروني للإثبات، وهما، امكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها، وسبب وضع المشرع لهذين الشرطين [1] يرجع الى طبيعة المحيط الذي تتم فيه المعاملات الإلكترونية كونه محيط إفتراضي 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.
- امكانية 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 الأنترنيت يثير مسألة هامة تتعلق بإمكانية تأكد المتعاقد من هوية المتعاقد معه، أي توثقه من أن الشخص الذي يخاطبه هو فعلا ذلك الذي قدم له إسمه وعنوان بريده الإلكتروني، وغير ذلك من المعلومات، وقد يمتد هذا الإشكال في حالة المنازعة حول حجية هذا العقد، فما الذي يضمن للقاضي أن الوثيقة الإلكترونية المقدمة له كدليل إثبات صادرة أو متعلقة بذلك الشخص أو ذاك، وتعد هذه الإشكاليات من بين أهم الإشكاليات التي تواجه العقود الالكترونية.

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

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

وهي وسائل أريد منها ضمان تأكيد الإتصال 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].

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

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

---

[1] يونس عرب ، حجية الإثبات بالمستخرجات الالكترونية www.arablaw.org

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

المادة 08 وما بعدها من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي

لمزيد من التفصيل راجع: Eric Caprioli, Op cit

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 الإختلاف بين السند المادى والسند الإلكتروني، فالأول يمكن إعادة 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 الأنترنيت 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 والإستفادة منها، وهذا ما يقتضي أن يكون للحامل صفة القابلية للاستمرار support durable [1].

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

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

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

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

- التزام المرسل بحفظ الوثيقة الإلكترونية في ذات الشكل الذي أرسلها به، حتى تكون حجة عليه متى تعلق حق للغير بهذه الوثيقة، فإذا ادعى خلاف ذلك، كانت الصورة المسلمة إليه، حجة عليه وحجة للطرف الآخر الذي يتمسك ضده بهذه الوثيقة الإلكترونية[2].

---

[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.

[2] عبد الفتاح بيومي حجازي ، مرجع السابق ص 149.

ونشير في الأخير إلى أن تخزين أدلة الإثبات في الآلات و عبر المواقع المؤقتة التي يمكن أن لا تتمتع بصفة الدوام والاستقرار جعل الفقيه Caprioli يقترح إنشاء جهات ثالثة تضمن سلامة الوثائق الالكترونية من التبديد والتحريف أو يسمى بـ" Tiers Archiveur أو Service d'archivage " ، فتخزين المعلومات في الكومبيوتر الخاص بأحد المتعاقدين يمكن أن يعرضها للتبديل أو التحريف كون هذا الجهاز يخضع لإرادة و إشراف وتوجيهات مستعمليه ، وإذا كان هذا الكمبيوتر يؤدي مهمته تنفيذا للتعليمات ولإيعاز الشخص الذي يخزنها فإنه يقال بأن هذه المعلومات التي سوف تقدم كدليل إثبات يمكن أن تكون من صنع هذا المستعمل، فهي إذن صادرة عنه وبالتالي لا يجوز له أن يحتج بها كدليل إثبات، تطبيقا لمبدأ عدم جواز إصطناع الشخص دليلا لنفسه، ومن هنا تظهر القيمة القانونية لوجود الوسيط لحفظ هذه الوثائق[1].

الفقرة الثالثة: 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.[2]

---

[1] وأكد القانون النموذجي للتجارة الالكترونيةCNUDCI في مادته 03 امكانية اللجوء الى شخص ثالث كوسيلة لاضفاء الجدية على الوثيقة الالكترونية، الا أنه أشار الى بعض الشروط التي يجب توافرها عند حفظ الوثيقة الالكترونيةوهي:

– تيسر الاطلاع على المعلومات الواردة فيها على نحو يتيح الجوع اليها لاحقا

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

– الاحتفاظ بالمعلومات ، ان وجدت، التي تمكن من استبانة رسالة البيانات وجهة وصولها وتاريخ ووقت استلامها ووصولها

2 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 الإلتزامات 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".

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

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

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

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

وهذه القواعد التي جاء بها القانون الفرنسي يمكن الإستعانة 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 الإتفاق جائز لأن قواعد الإثبات الموضوعية ليست من النظام العام [1]، وفي هذا يقول الأستاذ يحي بكوش: " تبقى القواعد الموضوعية الخاصة بالإثبات التي تمس بالحقوق الخاصة خاضعة لإرادة الخصوم يتصرفون فيها طبقا لرغباتهم" [2].

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

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

ثانيهما واقعي، هو أن معرفة القاضي متصلة بالقانون وليس بالآلة أو بالتقنية، وهي متميزة وفي غاية الدقة في هذا المجال المتطور، مما سيلغي واقع التوازن الوظيفي بين الوسائل الإلكترونية والتقليدية في الإثبات، التي أقرها المشرع في المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني [3].

---

[1] يوجد في الحقيقة إتجاهان، 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 الإتجاه الثاني، بين قواعد الإثبات الموضوعية وبين الإجراءات الخاصة بالإثبات، فيجيزون ٱتفاقات حول الأولى، باعتبارها حقوق ترجع إلى الخصوم، وأن من حقهم التنازل عنها، ومن جهة أخرى يمنعون الإتفاق حول الثانية ويصنفونها ضمن قواعد النظام العام ولذلك يمنعون الإتفاق على إجراءات الإثبات وغلى شروط قبول قواعد الإثبات، والشكليات المقررة في ذلك، وقيمة تلك القواعد والحجج التي ينبغي أن تعطى لها

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

[2] يحي بكوش، المرجع السابق، ص 53.

[3] سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 367.

المطلب الثاني: التوقيع الإلكتروني.

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

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

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

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

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

الفرع الأول: تحديد مفهوم التوقيع الإلكتروني.

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

الفقرة الأولى: تعريف التوقيع الإلكتروني.

لم يعرف المشرع التوقيع الإلكتروني، غير أنه بالرجوع إلى التعريفات التي تم اعتمادها من قبل القوانين المقارنة والفقه ، والتي نجدها اهتمت إما بالوسائل التي يتم بها التوقيع وإما بالوظائف والأدوار التي

يضطلع بها التوقيع، ومنها من يجمع بين الوظائف والأدوار في نفس الوقت.

فلجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة عرفته بأنه " مجموعة أرقام تمثل توقيعا على رسالة معينة "، يتحقق هذا التوقيع من خلال اتباع بعض الإجراءات الحسابية المرتبطة بمفتاح رقمي خاص بالشخص المرسل، ومن ثمة فإنه بالضغط على هذه الأرقام

الخاصة بمستخدم الأنترنيت، يتكون التوقيع الإلكتروني، ويمكن أن يتم تحديد هذه الأرقام الخاصة من خلال اتفاقيات جماعية لمستخدمي الأنترنيت في المعاملات التجارية أو من خلال عقد مبرم بين الطرفين يحدد الرقم السري الخاص بكليهما، بحيث أن اقتران الرسالة المرسلة بهذه الأرقام، يستطيع الشخص أن يحدد شخصية المتعاقد الذي أرسل الرسالة، وهذا يعني إمكانية تعدد التوقيع الإلكتروني، بتعدد المعاملات التي يقوم بها الشخص [1].

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

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

ومن التعاريف التي اقترحها الفقهاء التعريف القائل بأن التوقيع الإلكتروني هو: "اتباع مجموعة من الإجراءات أو الوسائل التقنية التي يتاح استخدامها عن طريق الرمز أو الأرقام أو الشفرات ، بقصد إخراج علامة مميزة لصاحب الرسالة التي نقلت إلكترونيا" [2].

الفقرة الثانية: خصائص التوقيع الإلكتروني.

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

- إن التوقيع الإلكتروني، وعلى العكس من التوقيع الكتابي لا يقتصر على الإمضاء أو بصمة الأصابع بل يشمل صورا لا يمكن حصرها منها الحروف والأرقام والصور والرموز والإشارات وحتى الأصوات، كل ذلك بشرط أن يكون لها طابع فردي، يسمح بتمييز الشخص صاحب التوقيع وتحديد هويته، وإظهار رغبته في إقرار العمل القانوني والرضا بمضمونه، فالتوقيع الإلكتروني على رسالة ما أو وثيقة

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

[2] عبد الفتح بيومي الحجازي، المرجع السابق، ص 72.

هو عبارة عن بيانات متجزئة من الرسالة ذاتها (جزء صغير من البيانات) يجرى تشفيره[1] وإرساله مع الرسالة، بحيث يتم التوثق من صحة صدور الرسالة من الشخص عند فك التشفير، وانطباق محتوى التوقيع على الرسالة[2].

- إن التوقيع الإلكتروني يتميز بأنه لا يتم عبر وسيط مادي، أي دعامة ورقية، بحيث تذيل به الكتابة، كما هو الحال بالنسبة للتوقيع الكتابي، وإنما يتم كليا أو جزئيا عبر وسيط إلكتروني من خلال أجهزة الكمبيوتر، أو عبر الأنترنيت، بحيث يكون بإمكان أطراف العقد الإتصال ببعضهم البعض والإطلاع على وثائق العقد، والتفاوض بشأن شروطه وإفراغ هذا العقد في محررات إلكترونية، وأخيرا التوقيع عليها إلكترونيا[3].

- لزوم تدخل طرف ثالث Tiers de confiance الذي يقوم بدور الوسيط بين أطراف العقد، حيث استلزمت ضرورة الأمن القانوني وجوب استخدام تقنية آمنة في التوقيع الإلكتروني تسمح بالتعرف على شخصية الموقع [4]، وسوف يتم تفصيل هذه الخاصية عند معالجة حجية التوقيع الإلكتروني.

الفقرة الثالثة: أنواع التواقيع الإلكترونية.

للتوقيع الإلكتروني صورتان شائعتان إحداهما التوقيع الرقمي وآخر بيومتري.

أولا: التوقيع الرقمي La signature numérique.

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

---

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

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

[2] يونس عرب، المرجع السابق.

[3] محمد بودالي، المرجع السابق، ص 57.

[4] محمد بودالي، المرجع السابق، ص 57.

ثم يسجل التوقيع الرقمي بشكل رسمي عند جهات تعرف بسلطات التوثيق Autorités de certification [1]،ويتم هذا التوقيع بوجود مفتاحان، مفتاح العام وهو معروف للكافة،ومفتاح خاص يتوفر فقط لدى الشخص الذي أنشاه ويمكن بهذه الطريقة لأي شخص يملك المفتاح العام أن يرسل الرسائل المشفرة، ولكن لا يستطيع أن يفك شفرة الرسالة الا الشخص الذي لديه المفتاح الخاص، ويستخدم هذا النظام خاصة في التعاملات البنكية وأوضح مثال على ذلك بطاقة الائتمان التي تتضمن رقما سريا لا يعرفه إلا الزبون، الذي يدخل بطاقته في آلة السحب، عندما يطلب الاستعلام عن حسابه أو يبدي رغبته في صرف جزء من رصيده.

ويمكن تلخيص مزايا هذا التوقيع في الآتي:

- أنه يؤدي إلى إقرار المعلومات التي يتضمنها السند أو التي يهدف إليها صاحب التوقيع.
- يسمح بإبرام العقود عن بعد، وذلك دون حضور المتعاقدين جسديا في ذات المكان، الأمر الذي يساعد في ضمان وتنمية التجارة الإلكترونية.
- هو وسيلة مأمونة لتحديد هوية الشخص الذي قام بالتوقيع.

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

ثانيا: التوقيع البيومتري Signature biométriques.

يعتمد التوقيع البيومتري على تحديد نمط خاص تتحرك به يد الشخص الموقع أثناء التوقيع، إذ يتم توصيل قلم إلكتروني بجهاز كمبيوتر، ويقوم الشخص بالتوقيع باستخدام هذا

[1] يونس عرب، المرجع السابق.

القلم الذي يسجل حركات يد الشخص أثناء التوقيع كسمة مميزة له اخذا في الاعتبار بأن لكل شخص سلوك معين أثناء التوقيع [1].

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

الفرع الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات.

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

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

- إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدره.
- أن يكون معدا ومحفوظا في ظروف تضمن سلامته.

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

وفي غياب نص تنظيمي للمسألة، تظل مشكلة تحديد الشخص الذي يصدر عنه هذا التوقيع قائمة في كيفية تعيين المتعاقد حتى مع وجود التوقيع الإلكتروني، وفي هذا الصدد تظهر أهمية تحديد هذا التوقيع من خلال شخص آخر يسمى بهيئة الإقرار Autorité

[1] يونس عرب، المرجع السابق.

[2] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 99.

[3] سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 365.

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

هذا وقد أبدت أغلب التشريعات التي اعترفت بالتوقيع الإلكتروني في إثبات التصرفات القانونية مجموعة من الضوابط الصارمة، وتدخلت الدولة في هذا الخصوص بإنشاء هيئة عامة يناط بها مهمة التوثيق بما يؤدي إلى نوع من التنظيم الرسمي لاستخدام الأنترنيت في المعاملات التجارية وإبرام العقود بصفة عامة، وبالتالي إضفاء نوع من الثقة على التعامل الذي يتم عبر شبكة الأنترنيت [2].

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

---

[1] فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص 83 وما يليها.

[2] وفي هذا الإطار أصدر المشرع الفرنسي مرسوما تنظيميا يحدد كيفيا تطبيق المادة 1316-4 من القانون المدني الذي أنشأ هيئة التوثيق، ونظم هذه المهنة بشكل دقيق، وأحاط بالجوانب التقنية للتوقيع الإلكتروني.

خاتمة

خاتمة

وفي الأخير تناولنا من خلال هذه النظرة للعقود الإلكترونية في البداية تحديد مفهوم هذا العقد بتعريفه أولا، استنادا لما جاء في النصوص القانونية الدولية والوطنية المقارنة والفقه، مع تحديد الخصوصية فيه، وتبيان نطاق ابرامه ثم دراسة كيفية انعقاده وتنفيذه واثباته، وتوصلنا الى مايلي:

فيما يخص الإنعقاد، فرغم غياب نصوص صريحة ضمن قواعد القانون المدني تتعلق بمدى مشروعية التعاقد بالوسائل الإلكترونية، غير أن مبدأ الرضائية في التعاقد، يعطى للطرفين الحرية الكاملة لاختيار الطريقة التي يعبران فيها عن إرادتيهما، وبالتالي لا يوجد ما يحول دون إمكانية استعمال الوسائل المقررة في النظرية العامة للعقد من أجل التعاقد إلكترونيا، إلا أن عدم تنظيم المشرع للوسائل الإلكترونية في التعبير عن الإرادة يثير الكثير من الصعاب، بالنظر إلى المخاطر المتعلقة بالثقة التي توفر للمتعاقدين خاصة تلك التي قد يتعرض اليها المستهلك الذي أولاه المشرع بحماية خاصة، لذلك نقترح النص صراحة في القانون المدني على الاعتراف الصريح برسالة البيانات في التعبير عن الارادة وتنظيمها كما فعلت ذلك التشريعات المقارنة ووضع قواعد صريحة من شانها توفير حماية خاصة للمستهلك في العقود الالكترونية التي يبرمها.

وتوصلنا إلى بعض النتائج:

- مجلس العقد هو " الإطار الزماني والمكاني الذي يجمع المتعاقدين حقيقة أو حكماً والذي ينشغلان خلاله بإبرام العقد بالوسائل التقليدية أو الإلكترونية" .

- وجود فكرة مجلس العقد تحقق مصلحة الطرفين والغير.

- الإيجاب هو تعبير نهائي جازم , قاطع الدلالة علمي اتجاه إرادة من صدر منوه إلي قبول التعاقد وفقاً لشروط معينة.

خاتمة

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

قائمة مصادر

و مراجع

قائمة مصادر و مراجع:

الكتب :

– مناني فراح العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري دار الهدى عين مليلة الجزائر طبعة 2009 .

– عبد الفتاح بيومي حجازي النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية الكتاب الاول نظام التجارة الإلكترونية و حمايتها مدنيا دار الفكر الجامعي 2002.

– عبد الفتاح بيومي حجازي النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية الكتاب الاول التجارة الالكترونية و حمايتها مدنيا دار الفكر الجامعي 2002 .

– اياد أحمد سعيد ساري النظام القانوني الإبرام العقد الالكتروني دراسة مقارنة في ظل القوانين العربية و الأجنبية منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 2001.

– محمد حسين منصور المسؤولية الالكترونية دار الجامعة الجديدة الاسكندرية 2003 .

– محمد حسن قاسم التعاقد عن بعد قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوربي دار الجامعة الجديدة مصر 2006.

– بشار محمود دودين الاطار القانوني للعقد المبرم على شبكة الانترنت دار الثقافة للنشر و التوزيع الاردن 2006.

– مجد المرسى زهرة الحماية المدنية للتجارة الالكترونية العقد الالكتروني الاثبات الالكتروني المستهلك الالكتروني دار النهضة العربية مصر 2008.

– خالد ممدوح إبراهيم إبرام الك الالكتروني دراسة مقارنة، دار العام الجامعي، الإسكندرية، 2006 .

- نوزت جمع و حسن التعاقد بواسطة الشبكة الإلكترونية الأنترنت وحماية المستهلك.

- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة) دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.

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

- أحمد خالد العجولي، التعاقد عن طريق الأنترنيت، دراسة مقارنة ، المكتبة القانونية، عمان ، الأردن، طبعة 2002 .

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

- أحمد سفر، أنظمة الدفع الإلكترونية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008 .

- يونس عرب، البنوك الخلوية، التجارة الخلوية، المعطيات الخلوية، ثورة جديدة تتبئ بانطلاق عصر ما بعد المعلومات.www.arablaw.org.

النصوص القانونية :

- القانون رقم 18-05 مؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق لـ 10 مايو 2018 يتعلق بالتجارة الإلكترونية الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 28.

- المادة الثانية من قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم 85 سنة 2001.

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

– تنص المادة 63 من القانون المدني على أنه: "إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجلّ وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة.

– 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.

القوانين:

– القانون المدني الجزائري.

– القانون التجاري الجزائري.

– القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الالكترونية المؤرخ في 1996/12/16.

– قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، الصادر في 11 أوت 2000.

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

رسائل الماستر والماجيستر :

– لوصيف عمار، استراتيجيات نظام المدفوعات للقرن الحادي والعشرين، مع الإشارة إلى التجربة الجزائرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، جامعة قسنطينة، الجزائر، 2007–2008.

– بييميل فوزيو النظام القانوني لمجلس العقد الإلكتروني دراسة مقارنة مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون الاقتصادي .

– مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الأنترنيت، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، أطروحة لنيل شهادة الماجيستر 2012.

<u>مقالات صحفية:</u>

– تعليق على مداخلة الدكتور يايسي فريد، في الملتقى المنظم بمركز تطوير التكنولوجيات الحديثة بالتعاون مع الشركة الكندية لمحطات الدفع الالكتروني المباشر– الجزائر في 2005/12/14 ، جريدة الخبر الصادرة يوم 15 ديسمبر 2005، ص 6.

فهرس المحتويات

مقدمة: .....

الفصل الأول: مفهوم العقد الإلكتروني.....11

المبحث الأول: مفهوم العقد الإلكتروني..... 12

المطلب الأول: تعريف العقد الإلكتروني..... 12

الفرع الأول: التعريف التشريعي للعقد الإلكتروني..... 12

الفرع الثاني : تعريف العقد الإلكتروني في القوانين المقارنة..... 14

الفرع الثالث: التعريف الفقهي للعقد الالكتروني..... 15

المطلب الثاني: خصائص العقد الالكتروني و نطاق إبرامه..... 16

الفرع الأول: خصائص العقد الإلكتروني..... 16

الفرع الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن بعض العقود المشابهة له..... 19

الفرع الثالث : زمان ومكان إبرام العقد الالكتروني 21

المبحث الثاني: إنعقاد العقد الإلكتروني..... 23

المطلب الأول: التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني.....23

الفرع الأول: صور التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني.....24

الفرع الثاني: مشروعية الوسائل الإلكترونية الحديثة في التعبير عن الإرادة..... 28

المطلب الثاني: تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني..... 32

الفرع الأول: عناصر تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني.....32

الفرع الثاني: مكان تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني.....34-41

الفصل الثاني تنفيذ العقد الالكتروني و اثباته 42

المبحث الاول: تنفيذ العقد الالكتروني..... 43

المطلب الأول :التزام المتعاقد بتسليم السلعة أو أداء الخدمة..... 43

الفرع الأول : التزام المتعاقد بتسليم السلعة (الشيء) 44

الفرع الثاني : التزام المتعاقد بتقديم الخدمة.....45

المطلب الثاني : الالتزام بالوفاء الكترونيا..... 47

الفرع الأول : خصائص الدفع الالكتروني..... 47

الفرع الثاني : أنواع الدفع الالكتروني.....49

المبحث الثاني: إثبات العقد الإلكتروني..... 50

المطلب الأول: الكتابة في الشكل الإلكتروني وحجيتها في الإثبات.....51

الفرع الأول: تحديد مفهوم الكتابة في الشكل الإلكتروني..... 52-53

الفرع الثاني: القوة الثبوتية للكتابة في الشكل الإلكتروني..... 53

المطلب الثاني: التوقيع الإلكتروني..... 63

الفرع الأول: تحديد مفهوم التوقيع الإلكتروني..... 63-68

خاتمة..... 70-72

فهرس المحتويات

قائمة المراجع

ملخص:

العقد الإلكتروني من بين صور التعاقد الحديثة، ونظرا لطبيعته الخاصة من جهة وحداثته من جهة أخرى، فإن مجمل النصوص التي جاء بها المشرع الجزائري، لم تغط بعد جوانبه المتشعبة، يعتبر التراضي ركناً أساسياً في العقود الإلكترونية كونها تتميز بالطابع الدولي، وتبرم في بيئة افتراضية، بفضل التفاعل بين الموجب والقابل. لذلك يشترط أنْ يكون الإيجاب واضحاً مبيناً فيه كافة عناصر العرض الأساسية، وإلاَّ كان مجرد دعوة للتعاقد، وفي المقابل يجب أنْ يكون القبول باتاً وصريحاً، وبالتالي لا يعتد بالسكوت في العقود الإلكترونية. ويجوز العدول في الإيجاب، كما يجوز العدول في القبول كذلك والعقد الإلكتروني هو نوعٌ من العقود التي تتطلبها التجارة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، حيث تتم من خلال التفاعل ما بين شخصين أو أكثر عبر الطرق الإلكترونية مما يثير إشكاليات علمية تستوجب البحث عن حلول لسد الثغرات التي قد تستغل من قبل المخالفين.