الفصل الأول :ماهية العقد الإلكتروني

- **المبحث الأول:مفهوم العقد الالكتروني**

المطلب الأول:تعريف العقد الالكتروني

الفرع الأول: التعريف الوارد في المواثيق الدولية

أولا: التعريف الذي جاء به القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الالكترونية

ثانيا :التعريف الوارد في الوثائق الأوربية.

الفرع الثاني: التعريف الوارد في منظمة التجارة العالمية

الفرع الثالث: تعريف الأنظمة المقارنة للعقد الالكتروني

الفرع الرابع: التعريف الفقهي للعقد الالكتروني

المطلب الثاني:خصائص العقد الالكتروني.

الفرع الأول:العقد الالكتروني عقد يبرم عن بعد

الفرع الثاني:العقد الالكتروني عقد تجاري

الفرع الثالث:العقد الالكتروني عقد مبرم بوسيلة الكترونية.

الفرع الرابع:العقد الالكتروني عقد إذعان

الفرع الخامس:العقد الالكتروني عقد عابر للحدود

المطلب الثالث: نطاق العقد الالكتروني وتمييزه عن باقي العقود

الفرع الأول: نطاق العقد الالكتروني

الفرع الثاني: تمييز العقد الالكتروني عن باقي العقود

المبحث الثاني: انعقاد العقد الإلكتروني

المطلب الأول : التـراضي فـي عقـد التجـاري الإلكتـروني

المطلب الثاني: المحل و السبب في عقد التجاري الإلكتروني

المطلب الثالث: زمان و مكان إبرام عقد التجاري الإلكتروني

المطلب الأول :التـراضي فـي عقـد التجـاري الإلكتـروني

الفرع الأول:الإيجاب الالكتروني

الفرع الثاني:القبول الالكتروني

الفرع الثالث : صحة التراضي في عقود التجارة الإلكترونية

المطلب الثاني: المحل والسبب في العقد الالكتروني.

الفرع أول: ركن المحل في العقد الإلكتروني

الفرع ثاني: ركن السبب في العقد الإلكتروني

الفرع الثالث: ركن الشكلية في العقد الإلكتروني

المطلب الثالث : زمان و مكان انعقاد العقد الإلكتروني

الفرع الأول : زمان إنعقاد العقد الإلكتروني

الفرع الثاني:مكان انعقاد العقد الإلكتروني

الفصل الثاني: تنفيذ العقد الإلكتروني واثباته

المبحث الأول:تنفيذ العقد الإلكتروني

المطلب الأول: التزام المتعاقد بتسليم السلعة أو بأداء الخدمة

الفرع الأول:التزام المتعاقد بتسليم السلعة

الفرع الثاني: التزام المتعاقد بتقديم الخدمة

المطلب الثاني:الالتزام بالوفاء الكترونيا

الفرع الأول: خصائص الدفع الالكتروني

الفرع الثاني: أنواع الدفع الالكتروني

المبحث الثاني:إثبات في العقد الإلكتروني

المطلب الاول: الكتابة الالكترونية

المطلب الثاني :التوقيع الالكتروني

المطلب الثالث:السجل الإلكتروني

المبحث الثالث: المسؤولية الناتجة عن التعاقد الالكتروني

المطلب الأول: المسؤولية العقدية الناتجة عن التعاقد الالكتروني:

المطلب الثاني :المسؤولية التقصيرية الناتجة عن التعاقد الالكتروني

الـفـصـــل
الأول

الفصل الأول
ماهية العقد الإلكتروني

و يعتبر العقد الإلكتروني العصب الأساسي للتجارة الإلكترونية، لأنه يمثل ترجمة قانونية لتلاقي إرادتي البائع أو مقدم الخدمة ، من جهة، و المشتري أو المستهلك من جهة ثانية، وهو يستند على الثقة، و يتطلب وسطا قانونيا ملائما، يحيطه بسياج من الضمانات ضد المخاطر التي تتعرض لها المعاملات المبرمة عن بعد.

إن العقد الإلكتروني في الواقع لا يخرج في بنائه أو تركيبه و أنواعه ومضمونه عن هذا السياق، ومن ثم فهو يخضع في تنظيمه للأحكام الواردة في النظرية العامة للعقد، و ينبغي أن نشير أن البحث عن ماهية العقد الإلكتروني لن يكون من خلال التعرض للشروط العامة التي يتطلبها القانون في التعبير عن الإرادة العقدية و إنما من خلال التعرض لدي خصوصية ذلك الوليد الجديد في الأسرة العقدية و مدى تأثير الطابع الإلكتروني عليه.

و لتحديد ماهية العقد الإلكتروني، يعد أمرا مهما من الناحية القانونية، حيث يساعدنا في فهم الإشكالات القانونية التي يطرحها العقد الإلكتروني في أغلب مراحله سواء في الإبرام، التنفيذ، و الإثبات التي ستكون محل دراسة في الفصل الأول و الفصل الثاني ،حيث خصصنا في المبحث الأول حول مفهوم العقد التجاري الإلكتروني، و خصصنا المبحث الثاني حول الطبيعة القانونية للعقد التجاري الإلكتروني ،ثم نتطرق في المبحث الثالث إلى خصائص العقد الإلكتروني

المبحث الأول:مفهوم العقد الالكتروني

التطرق من خلال هذا المبحث إلى التعاريف المقترحة له من طرف المواثيق الدولية والقوانين المقارنة والفقه وخصائصه ونطاق تطبيقه.

المطلب الأول:تعريف العقد الالكتروني

- ليس للعقد الالكتروني تعريفا موحدا ، فهو يرتبط ارتباطا وثيقا بالتجارة الالكترونية، حيث لا يختلف عن العقد التقليدي من حيث ضرورة توافر أركانه وشروط صحته.

الفرع الأول:

التعريف الوارد في المواثيق الدولية:

أولا: التعريف الذي جاء به القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الالكترونية في المادة الثانية "بتبادل البيانات الالكترونية l'échange de données informatique"[1]

حيث نصت هذه المادة الثانية بأنه يراد بمصطلح تبادل البيانات الالكترونية نقل المعلومات من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات.

ورأت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بأن هذا التعريف ينصرف إلى كل استعلامات المعلومات الالكترونية ويشمل بذلك إبرام العقود والأعمال التجارية

1- صدر هذا القانون في 12 جوان 1996 عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وتم إقراره بناء على التوصية الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 51-162 في 16 ديسمبر 1996 ، يتكون هذا القانون من 17 مادة قابلة للزيادة في المستقبل، وهذه المواد مقسمة إلى بابين، الباب الأول يعالج موضوع التجارة الإلكترونية بصفة عامة في المواد من 1 إلى 10 ، أما الباب الثاني فمكون من فصل وحيد متعلق بعقود نقل البضائع والمستندات في المادتين 16 و 17 منه، ويلحق بهذا القنون ملحق داخلي يوجه خطابا للدول الأعضاء بكيفية إدماجه ضمن تشريعاتها الداخلية، راجعwww.uncitral.org.

المختلفة وعليه فإن العقد الالكتروني حسب هذا القانون هو العقد الذي يتم التعبير فيه عن الإرادة بين المتعاقدين باستخدام الوسائل المحددة في المادة الثانية وهي: نقل المعطيات من كمبيوتر إلى كمبيوتر آخر وفقا لنظام عرض موحد.

نقل الرسائل الالكترونية باستعمال قواعد عامة أو قواعد قياسية، النقل بالطريق الالكتروني للنصوص باستخدام الانترنيت، أو عن طريق استعمال تقنيات أخرى كالتلكس أو الفاكس.

ثانيا :التعريف الوارد في الوثائق الأوربية.

نصت المادة 2 من التوجيه رقم 97 –07الصادر في 20 ماي 1997 الصادر عن البرلمان الاوربي والمتعلق بالتعاقد عن بعد وحماية المستهلكين في هذا المجال[1]، بأنه يقصد بالتعاقد عن بعد " :كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات أبرم بين مورد ومستهلك في نطاق نظام بيع أو تقديم الخدمات عن بعد نظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد تقنية أو أكثر للإتصال عن بعد لإبرام العقد أو تنفيذه"، وعرفت تقنية الإتصال عن بعد في نفس النص بأنها" :كل وسيلة بدون وجود مادي ولحظي للمورد وللمستهلك يمكن أن تستخدم لإبرام العقد بين طرفيه"، فهذا التوجيه قد عرف العقود عن بعد التي تشمل في مفهومها العقود الإلكترونية.

الفرع الثاني:

التعريف الوارد في منظمة التجارة العالمية:

عرفت منظمة التجارة العالمية بأن التجارة الالكترونية "عبارة عن عملية إنتاج وترويج وبيع وتوزيع منتوجات من خلال شبكة اتصال ولم يقصرها على الانترنيت فقط"[2].

[1] -Directive n°97-07 CE du 20 Mai 1997, JO CE 04/06/1997 N°144,P19.

2 – منظمة التجارة العالمية هي إحدى المنظمات التي تهتم بالتجارة الالكترونية وتعمل على تحرير التجارة العالمية وتضم في عضويتها أكثر من 13 دولة حول العالم

ومن هذا التعريف يتضح أن التجارة الالكترونية تستعمل جميع الأنظمة الناشئة عن العلاقات ذات الطابع التجاري، سواءً كانت تعاقدية أم لم تكن. ومنها على سبيل المثال توريد أو تبادل أو بيع السلع، اتفاق التوزيع، الوكالة بالعمولة.

ولكن يعاب على هذا التعريف أنه قصر الأنشطة التجارية على المنتجات غير الخدمات، ومن ثمة لا يدخل في نطاق هذا التعريف الخدمات .

الفرع الثالث:

تعريف الأنظمة المقارنة للعقد الالكتروني

في غياب تعريف للعقد الالكتروني في القانون الجزائري ينبغي العودة إلى تلك التي جاءت بها القوانين المقارنة في هذا المجال.

- تعريف المشرع الأردني: بالرجوع إلى أحكام المادة الثانية من قانون المعاملات الالكترونية الأردني عرفه على أنه: "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائط الكترونية كليا أو جزئيا".[1]

ونصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أن العقد الالكتروني :" يعتبر أي تقنية لاستخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو أية وسائل مشابهة في تبادل المعلومات".

فيما عرفه المشرع التونسي في المادة الثانية[2] من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي: على أن "المبادلات الالكترونية هي المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الالكترونية، وعرفت التجارة الالكترونية بأنها : "العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الالكترونية"

1- أنظر قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2000 المؤرخ في 2001/12/11

2- انظر قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي الصادر في 2000/11808 وللإشارة فإن تونس تعتبر أول دولة عربية أصدرت قانونا يتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية.

ومن خلال هذين التعريفين يتضح أن المبادلات الالكترونية التي تعني مبادلة سلع بمال، أو خدمة بمال لابد أن تتم عن طريق وسيط إلكتروني أو وثيقة الكترونية وبالتالي يخرج من نطاقها الوثائق المكتوبة، كالعقود وإقرارات الاستلام والفواتير وغيرها، فكل هذه الأمور تتم بطريقة الكترونية، بحيث يتفاوض المتعاقدان ويصدر الإيجاب والقبول اللازمين لإبرام العقد ويتم الاتفاق على الشروط التفصيلية لتنفيذه وذلك بوسيلة الكترونية.

أما في فرنسا فقد شكلت لجنة خاصة برئاسة وزير الاقتصاد من أجل تنظيم المسألة، أين التجارة الالكترونية بأنها:" مجموعة المعاملات الرقمية المرتبطة بأنشطة تجارية بين المشروعات ببعضها البعض

وبين المشروعات والأفراد، وبين المشروعات والإدارة" فهذا التعريف يشمل العقود التي تبرم بين المشروعات فيما بينها، كعلاقة شركة بأخرى، وعلاقة المشروعات بالأفراد وكذا العقود التجارية التي تكون الإدارة طرفا فيها، موسعا من دائرة الوسيلة التي تبرم بها، وجعلها تشتمل على كل الوسائل الرقمية.

الفرع الرابع:

التعريف الفقهي للعقد الالكتروني

لقد أورد الفقه عدة تعريفات للعقد الالكتروني، فمنهم من عرفه بالاعتماد على إحدى وسائل إبرامه معتبرا أن "العقد الالكتروني هو العقد الذي يتم إبرامه عبر الانترنيت"[1]

والملاحظ على هذا التعريف أنه حصر وسيلة إبرام العقد الالكتروني في شبكة الانترنيت متجاهلا الوسائل الأخرى لإبرامه مثل التلكس والفاكس والمينيتيل في فرنسا.

1- عبد الفتاح بيومي الحجازي- **النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية**- الكتاب الأول- نظام التجارة الالكترونية وحمايتها مدنيا- دار الفكر الجامعي – 2002- ص47.

ومن هذه التعاريف أيضا القائل أن العقد الالكتروني:" هو كل اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، وذلك بفضل التفاعل بين الموجب والقابل[1]".

ويلاحظ أن هذا التعريف اشترط وسيلة مسموعة مرئية، لكي يعتبر العقد الكترونيا، غير أنه يمكن إبرام العقود الالكترونية بدون استعمال الوسائل المسموعة أو المرئية، مثل التعاقد عبر البريد الالكتروني الذي يكون فيه التعبير عن الإرادة بواسطة الكتابة، ومع ذلك يعتبر العقد الكترونياً.

ومن التعاريف ما يكتفي بأن يكون العقد مبرما ولو جزئيا بوسيلة الكترونية لاعتباره عقدا الكترونيا.

فمنه القائل:" أن العقد الالكتروني هو الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسيلة الكترونية كليا أو جزئيا، أصالة أو نيابة"[2]

ومن التعاريف ما شمل جميع الوسائل الالكترونية، لكنه اشترط لكي يعتبر العقد الكترونيا أن تكتمل كافة عناصره عبر الوسيلة الالكترونية، حتى إتمامه، معتبرا أنه:" كل عقد يتم عن بعد باستعمال وسيلة الكترونية، وذلك حتى إتمام العقد.

وهو نفس الاتجاه الذي سارت عليه اللجنة التي شكلت في مصر لتنظيم التجارة الالكترونية، إذ عرفت عقود التجارة الالكترونية بأنها تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية

---

[1] -Une convention par laquelle une offre et une acceptation se rencontrent sur un réseau de télécommunication international ouvert selon un mode audio-visuel, grâce à l'interactivité entre l'offrant et l'acceptant".
Beaure D'Agère (Guillaume), Breese (prière) et Thuiler (Stéphanie), paiement numérique sur Internet, Etat de l'art, aspect juridiques et impact sur les métiers,Thomson Publishing, 1997, P76.

2- أحمد خالد العجولي- **التعاقد عن طريق الانترنيت، دراسة مقارنة**- المكتبة الوطنية عمان- الأردن- طبعة 2002 ص123

في السلع والخدمات التي تتم بين مشروع تجاري آخر، أو بين مشروع ومستهلك، وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصال[1]

ولذا فإننا نؤيد الفقه القائل بأنه يجب التركيز في تعريف العقد الالكتروني على خصوصيته التي تتمثل بصفة أساسية في الطريقة التي ينعقد بها ومن دون إغفال صفة عامة فيه، باعتباره ينتمي إلى طائفة العقود التي تبرم عن بعد.

المطلب الثاني:

خصائص العقد الالكتروني.

يتميز العقد الالكتروني بخصائص تميزه عن غيره من العقود التي تبرم بين متعاقدين يجمعهما مجلس واحد[2].

لذا سنتطرق في هذا المطلب إلى أهم الخصائص التي يتميز بها العقد الالكتروني عن بقية العقود الأخرى.

1- عبد الفتاح بيومي الحجازي- المرجع السابق-ص46-49

2-في الحقيقة هناك خصائص أخرى للعقد الإلكتروني، ومنها أن نصوصه وبنوده تكون في الغالب محررة في وثيقة إلكترونية، كما يتم التوقيع عليه بطريق إلكترونية، ويكون الوفاء بالإلتزامات التي يرتبها إلكترونيا في الغالب أيضا.، وهي الخصائص التي سوف تتم دراستها بالتفصيل في الفصل الثاني من هذه المذكرة، المخصص لتنفيذ العقد الإلكتروني وإثباته.

الفرع الأول:

العقد الالكتروني عقد يبرم عن بعد

يبرم العقد الالكتروني عن بعد عبر تقنيات الاتصال المختلفة[1]

ونقصد بالعقود التي تبرم عن بعد تلك العقود التي تبرم بين طرفين يتواجدان في أماكن متباعدة، وهذا باستعمال وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد.

ويشهد قطاع الاتصالات عن بعد تطورا مستمراً ومتنوعاً، حيث يمكن إبرام العقد عن بعد بطرق مختلفة منها التلغراف والهاتف والفاكس والإذاعة والانترنيت.

وقد أدى انعقاد العقود الالكترونية عن بعد ومن دون حضور مادي للمتعاقدين إلى تحقيق مزايا متعددة.

1- م2 ف1 القانون الفرنسي الصادر سنة 1986م المتعلق بتنظيم حرية الاتصال، الاتصال عن بعد، 16 الجديدة من تقنين الإستهلاك الفرنسي التعاقد عن بعد بأنه: "...كل بيع لمال أو أداء لخدمة يبرم دون الحضور المادي المتعاصر للأطراف بين عرفت المادة 121- 25 مستهلك ومهني، واللذين يستخدمان لإبرام هذا العقد، على سبيل الحصر، وسيلة أو أكثر من وسائل الإتصال عن بعد".

L'article L. 121-16 du code de la consommation stipule que: "les disposition de la présente section s'appliquent à tout vente d'un bien ou toute fourniture d'une prestation de service conclue, sans la présence physique simultanée des parties, entre un consommateur et un professionnel qui, pour la conclusion de ce contrat, utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance."

Ordonnance n° 2001-741 du 23 Août 2001, portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation, JO.,25/08/2001. www.journal-officiel.gouv.fr

Directive n° 97-7 CE du 20mai 1997. P06 26

فبالنسبة للمشاريع التجارية أدى إلى تخفيض النفقات الداخلية، تقليل عدد العمال، إمكان الاتصال بالعملاء في منازلهم والرد على أسئلتهم وتلبية طلباتهم[1].

أما بالنسبة للعملات يوفر التعاقد عن بعد للعميل الوقت والجهد إذ يتمكن دون أن يتحرك من مكانه أن يقوم بالاطلاع على السلع وتوفر مشقة الانتظار والانتقال، وحمل البضائع.

كما يسهم التعاقد الالكتروني في خفض الأسعار بسبب عامل المنافسة الشريفة، وبما أن العقود الالكترونية من العقود المبرمة عن بعد فإنها تتمتع ببعض المسائل القانونية أهمها:

- استطاعة كل من الطرفين التحقق من أهلية الآخر في التعاقد.
- التحقق من تلاقي الإرادتين أذا تم ذلك بشكل متعاصر بحيث يتم الإيجاب من أحدهما فيتبعه القبول من الطرف الآخر.
- التحقق من تاريخ التصرفات والمستندات.
- الإعداد المسبق لأدلة الإثبات.
- التحقق من مكان إبرام العقد.
- اعتماد مجموع هذه العناصر وذلك بتوقيع المتعاقدين.2

أما تبادل التعبير عن الإرادة في العقود المبرمة عن بعد فإنه يثير الشك بالنسبة للعناصر السابقة.

ويمكن القول هنا أن اعتبار العقد الالكتروني ضمن طائفة العقود المبرمة عن بعد، لا يعني أنه دائما تعاقد بين غائبين، كون أن التباعد المكاني لا ينفي إمكانية توفر مجلس العقد، الذي يكون افتراضيا في مثل هذه العقود كأن يكون العقد مبرم عبر الانترنيت باستعمال وسيلة المحادثة والمشاهدة المباشرة.

1-سمير خالد عبد العزيز الجمال، **التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة**، الطبعة الأولى، القاهرة، 2006، ص69-70

2- أسامة أبو الحسن مجاهد- المرجع السابق ص41-42

الفرع الثاني:

العقد الالكتروني عقد تجاري

يتسم العقد الالكتروني بالطابع التجاري ولذلك يطلق عليه عادة تسمية عقد التجارة الالكترونية[1] E-COMMERCE وهو ما يدور غالبا في عقود البيع أو تقديم الخدمات أو الإجارة أو الوساطة أو السمسرة أو الضمان أو القرض أو سواها من العقود.

ولكن يمكن التساؤل، وتطبيقا للقاعدة العامة في الصفة التجارية للعقد الالكتروني مما إذا كان هذا العقد تجاريا في جميع الأحوال أو بالنسبة للطرفين أو أن يكون مدنيا أو مختلطا.

بالنسبة لمقدم الخدمة يعتبر هذا العقد تجاري لان مقدم الخدمة ينبغي عليه تحقيق الأرباح عن طريق التوسط بين فئتين من البشر، وهذا هو المعيار الأساسي لوصف العمل بكونه تجاريا.

أما بالنسبة للعميل، فيختلف الأمر بين أن يكون تاجرا أو غير تاجرا، فإذا كان تاجرا، يكون العقد بالنسبة إليه تجاريا بالتبعية، أما إذا ما لم يكن تاجرا كما لو كان أستاذا أو باحثا أو محاميا مثلا فلا يكون هذا العقد تجاريا بل مدنيا، وبالتالي فإن عقد الدخول إلى الشبكة عقداً مختلفاً إذا تم التعاقد بين مقدم الخدمة التاجر والعميل الذي يقوم بعمل مدني [2].

1- تمثل التجارة الإلكترونية واحدة من موضوعي ما يعرف بالإقتصاد الرقمي القائم على حقيقتين، التجارة الإلكترونية وتقنية المعلومات، أ/يونس عرب، التجارة الإلكترونية E-COMMERCE ..www.arablaw.org

Rapport présenté par Mr Francis Lorentz au nom de la mission sur le commerce électronique définit le commerce électronique comme "l'ensemble des échanges électronique liés aux activités commerciales : flux d'information et transactions concernant des produits ou des services. Ainsi appréhendé, il s'étend au relations entre les entreprises, entre les entreprises et les administrations,
entres les entreprises et les particulier et prend appui sur toutes les formes de numérisation possibles; Internet,minitel, téléphone, télévision " www.finances.gouv.fr

2- إلياس ناصف- **العقود الدولية، العقد الالكتروني في القانون المقارن**، منشورات الحلب الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009، ص43

الفرع الثالث:

العقد الالكتروني عقد مبرم بوسيلة الكترونية.

ويعد ذلك من أهم مظاهر الخصوصية في العقد الالكتروني بل إنها أساس هذا العقد حيث يتم إبرامه عبر شبكة الاتصال الالكترونية، فالعقد الالكتروني لا يختلف من حيث الموضوع أو الأطراف عن سائر العقود التقليدية ولكنه يختلف فقط من حيث طريقة إبرامه وكونه يتم باستخدام وسائط الكترونية وتلك الوسائط هي التي دفعت إلى اختفاء الكتابة التقليدية على الدعائم الورقية لتحل محلها الكتابة الالكترونية التي تقوم على دعائم الكترونية.

وتجدر الإشارة إلى أن إصلاح شبكة الاتصالات الالكترونية يأخذ مفهوما واسعا في مجال التعاقد الالكتروني، فهو ينطبق على كل نوع من أنواع الاتصالات التي يتم التعبير فيها عن الإيجاب بطريق الصورة أو الصوت أو الإشارة الدالة على محتواها.

وينطبق ذلك على الاتصالات التي تجري بالوسائل السلكية كما يشمل أجهزة الاتصالات التي تعمل بالموجات المركزية، كما ينطبق كذلك على عروض الإيجاب التي تنقل عبر الأقمار الصناعية والملاحظ أنه لا يمكن حصر جميع هذه الوسائل في الوقت الحاضر نظرا لارتباطها مع التطور التكنولوجي غير أنه يمكن عرض أهمها فيما يلي:

أولا: التعاقد بوسائل الإتصال الحديثة:

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

المينيتل MINITEL : يعد جهاز المينيتل من وسائل إبرام العقود، وهو جهاز قريب الشبه بجهاز الكمبيوتر الشخصي لكنه صغير الحجم نسبيا، يتكون من شاشة صغيرة ولوحة مفاتيح

تشمل على حروف وأرقام قريبة الشبه بلوحة مفاتيح الكمبيوتر، وهو وسيلة اتصال مرئية ينقل الكتابة على الشاشة دون الصور،ويلزم لتشغيله أن يوصل بخط الهاتف[1].

التيلكس: هو جهاز لإرسال المعلومات عن طريق طباعتها وإرسالها مباشرة ولا يوجد فاصل زمني ملحوظ بين إرسال المعلومات واستقبالها، إلا إذا لم يكن هناك من يرد على المعلومات لحظة إرسالها[2].

الفاكس: هو عبارة عن جهاز استنساخ بالهاتف يمكن به نقل الرسائل والمستندات المخطوطة باليد والمطبوعة بكامل محتوياتها نقلا مطابقا لأصلها، فتظهر المستندات والرسائل على جهاز فاكس آخر لدى .. المستقبل، ويلاحظ أنه هناك فارق زمني للرد على المرسل.[3]

الهاتف المرئي: لقد تطور الهاتف العادي وأدخلت عليه تعديلات، فظهر ما يعرف بالهاتف المرئي، الذي يمكن صاحبه من الكلام مع شخص ومشاهدته في نفس الوقت، ويعد هذا الجهاز من أكثر وسائل الإتصال الفورية فاعلية وانتشارا في العالم المتطور.

وقد كان من المفروض أن يستخدم هذا الجهاز في شبكة الأنترنيت بالنظر لسهولة استخدامه ورخس ثمنه، وتعذر ذلك نظرا لظهور بعض المصاعب التقنية، إلا أن هناك جيل آخر لهذا الجهاز، يفترض أنه سوف يوفر هذه الإمكانية[4].

1- ظهر هذا الجهاز في فرنسا في منتصف الثمانينيات وكان ظهور خدماته نتيجة تعاون بين الهيئة العامة للإتصالات السلكية واللاسلكية التابعة لوزارة البرق والبريد ، والهاتف وبين متعهدي الخدمات.لمزيد من التفصيل راجع، أ/محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنيت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة 2004 .1 ، ص14

2-أحمد خالد العجولي، **التعاقد عن طريق الأنترنيت، دراسة مقارنة**، المكتبة القانونية، عمان، الأردن، طبعة 2002 ، ص 49 و 50

3- أحمد خالد العجولي، المرجع السابق، ص50

4- محمد امين الرومي، المرجع السابق، ص17

ثانيا: التعاقد عن طريق شبكة الأنترنيت.

تعرف الأنترنيت بأنها: "شبكة هائلة من أجهزة الكمبيوتر المتصلة فيما بينها بواسطة خطوط الإتصال . عبر العالم"[1].

وقد بدأ استخدام هذه شبكة الأنترنيت في المعاملات التجارية سنة 1992 عندما ظهرت أين كانت هذه المعاملات تجري في بدايتها عن طريق المراسلات عبر البريد ، (World Wide Web) الالكتروني، إلا أ ن الأمر تطور بعد ذلك فأصبح بالإمكان عرض السلع و الخدمات من خلال شبكة المواقع Web[2].

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه يجب التفرقة بين التعاقد عبر الأنترنيت والتعاقد عبر شبكة الانترانيت فشبكة الانترانيت هي "عبارة عن سلسلة من شبكات ،EXTRANET و الإكسترانيت INTRANET المعلومات يمتلكها مشروع مؤسسة واحدة، وهذه الشبكات قد تكون داخلية محدودة النطاق تتصل ببعضها البعض داخل نفس المكان، أو تكون شبكات

1- أسامة أبو الحسن مجاهد، **التعاقد عبر الأنترنيت**،دار الكتب القانونية، مصر، طبعة 2002 ، ص 5و6

2- ويرمز لها اختصارا WWW وهي أحد فروع شبكة الأنترنيت، لكنها اكتسبت جاذبية خاصة جعلتها تتفوق على شبكة الأنترنيت ذاتها في وقت قصير حتى أصبحت هي الجزء الرئيسي المكون لشبكة الأنترنيت وهذا راجع إلى مميزاتها التي تعتمد على أسلوب الوصف والصور الملونة، وعلى طرق البحث السهلة والسريعة التي تقوم على مجرد الإشارة إلى الموقع المراد الدخول إليه، ، وكانت شبكة الانترنيت قبل ذلك تفتقر للأدوار الترويجية والإعلامية وتسديد مقابل السلع و الخدمات محل العقد المعروضة عليها إلا أنه تم تطوير وسائل فعالة لتسديد قيمة السلع بالاتصال المباشر بالكمبيوتر عبر الشبكة ذاتها، وقد ظهرت أولى المواقع التجارية على شبكة الأنترنيت سنة 1993 ، الا أن تجارة التجزئة لم تبدأ فيها الا في سنة 1996.

واسعة النطاق تتصل ببعضها البعض بأماكن مختلفة، ويتم الربط بينها وبين شبكة الأنترنيت بواسطة جهاز كمبيوتر أو أكثر، يكون بمثابة المدخل الرئيسي لها على الأنترنيت".

أما شبكة الإكسترانيت وهي "جزء من شبكة الأنترانيت الداخلية الخاصة بالمنشأة أو المشروع ولكن تم إمداده وإتاحة استخدامه لأشخاص خارج المنشأة وفروعها".

ويتم استخدام عدة وسائل في التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنيت أهمها:

الكمبيوتر: هو أوسع الأجهزة انتشارا واستخداما في التعاقد عبر الأنترنيت، ويعرف بأنه: "جهاز إلكتروني يستطيع أن يقوم بأداء العمليات الحسابية والمنطقية طبقا للتعليمات المعطاة بسرعة ودقة كبيرتين، . وله القدرة على التعامل مع كم هائل من البيانات وكذلك تخزينها واسترجاعها عند الحاجة إليها".

لتجهيزات الذكية،: هي عبارة عن أجهزة تحتوي على رقائق تمكن من عملية الدخول على الأنترنيت وتبادل عمليات الإتصال وإرسال واستقبال الإشارات، وهي تنتشر بشكل واسع في الأجهزة المنزلية كالثلاجات الذكية، اذ تستطيع هذه الأخيرة أن تقوم بإصدار أمر شراء المستلزمات الغذائية إلكترونيا عندما ينقص عددها أو وزنها بداخلها، بإرسال أمر الشراء إلكترونيا إلى إحدى .المتاجر الإفتراضية المتواجدة عبر شبكة الانترنيت فتتم العملية دون تدخل بشري[1].

الهاتف المحمول :ظهرت منذ فترة قصيرة نسبيا أجهزة نقالة بإمكانها الدخول على شبكة الإنترنيت وقد أدى استخدام الهواتف النقالة في مجال إبرام العقود والتجارة الإلكترونية

1- ويطلق على هذه المعاملات إسم المعاملات الإلكترونية المؤتمتة ويقصد بها تلك المعاملات التي يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة وسائل أو سجلات إلكترونية، والتي لا تكون فيها هذه الأعمال أو السجلات خاضعة لأية متابعة أو مراجعة من قبل شخص طبيعي كما هو الحال بالنسبة لإنشاء وتنفيذ العقود العادية، بحيث تتم عن طريق برنامج آلي أو نظام الحساب الآلي يسمى بالوسيط الإلكتروني المؤتمت.

عبد الفتاح بيومي الحجازي، **مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية**، الكتاب الثاني، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الفكر .الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2003 ، ص 88 و89

، WAPوتعرف بخاصية بصفة عامة الى ظهور نمط جديد من التجارة عرفت بتجارة الهاتف المحمول او التجارة الخلوية، يرمز لها اختصارا بM-COMMERC[1] .

الفرع الرابع:

العقد الالكتروني عقد إذعان

إذا كان العقد الالكتروني لا يختلف في مضمونه أو تركيبه عن العقد التقليدي إلا أن الأمر يدق بشأن طبيعة هذا العقد

حيث يثار التساؤل بشأنه هل هو عقد مساومة يخض لمبدأ سلطان الإرادة والتراضي بين الأطراف المتعاقدة أم هو عقد إذعان لا يكون للمستهلك فيه حرية الإرادة والتراضي التي تمكنه من التفاوض حول شروط العقد ولا يكون له إلا الاستجابة للشروط الموضوعة من الطرف الأخر دون أن يملك مناقشتها أو التعديل فيها أو الاعتراض عليها.

ومن ثمة اختلف الفقه في مسألة العقد الالكتروني وتكييفه أو عدم تكييفه بعقد إذعان، وهناك ثلاث اتجاهات:

فهناك من يرى أن العقد الالكتروني عقد إذعان، وهناك من يرى أنه ليس من عقود الإذعان، فيما ذهب اتجاه ثالث إلى وجوب توفر شروط الإذعان.

---

1 عبد الفتاح بيومي الحجازي، **مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية**، الكتاب الثاني، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الفكر .الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2003 ، ص 88 و89

أ) **الاتجاه الأول: العقد الالكتروني عقد إذعان:**

يرى بعض الفقه الفرنسي أن العقود المبرمة عبر الانترنيت هي من قبيل عقود الإذعان، إذا كانت الشروط العامة للبيع مذكورة بموقع التاجر فلا يكون أمام العميل (المشتري المحتمل) إلا أن يتقبلها جميعا فينعقد العقد أو لا يقبلها فلا يتعاقد.

ويرى بعض الفقه المصري أن المستهلك لا يملك فرصة كافية لمعاينة المنتوج أو مواصفات الخدمة المطلوبة، وبالتالي لا يمكنه التفاوض مع البائع أو المفاوض بحرية لأنها تكون مكلفة بالنسبة إليه، كما قد تكون بعض الشركات المقدمة للخدمة محتكرة للسلعة فلا يكون أمام المستهلك المحتاج إليها سوى القبول.

ب) **الاتجاه الثاني: العقد الالكتروني ليس عقد إذعان**

يرى أنصار هذا الاتجاه أن العقد الالكتروني هو عقد مساومة، لأنه لا يتوافر على الخصائص التي تميز عقد الإذعان، فالموجب مثلا لا يتمتع بأي احتكار قانوني أو فعلي نظرا إلى عالمية الشبكة وطبيعتها والخدمات المعروضة بواسطتها.

كما أن عنصر المناقضة لا يزال يسود العقود الالكترونية على اختلاف أنواعها، فدور المتعاقد الموجب لا يقتصر على مجرد الموافقة على شروط العقد المعدة سلفاً، إذ له مطلق الحرية في التعاقد مع أي منتج أو مورد آخر إذا لم تعجبه الشروط المعروضة على شاشة الانترنيت، ويستطيع الانتقال من موقع إلى آخر واختيار ما يشاء وترك ما يشاء[1].

ج) **الاتجاه الثالث: وجوب توافر شروط عقد الإذعان:**

يذهب فريق ثالث إلى القول أن العقود الالكترونية يمكن أن تكون من عقود الإذعان إذا توافرت فيها جميع شروط عقود الإذعان، فلا يكفي أن تكون سلعة مهمة وضرورية ومحتكرة

1- رباحي أحمد، أستاذ محاضر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني، ص96

من جانب المنتج حتى نقول أنها من عقود الإذعان، فلابد من توفر شروط عقد الإذعان مجتمعة.[1]

لذلك لا يمكن أن تعد العقود الكترونية من عقود الإذعان بصفة مطلقة ونحن نؤيد هذا الرأي الذي يتلاءم مع القواعد العامة لأنه لكي يكون عقد إذعان لابد من اشتماله على شروط عقد الإذعان.

الفرع الخامس:

العقد الالكتروني عقد عابر للحدود

- ذلك لأن الطابع العالمي لشبكة الانترنيت وما يرتبه من جعل معظم دول العالم في حالة اتصال دائم يسهل العقد بين طرف في دولة وطرف آخر في دولة أخرى.

بل تتعداها لتشمل أنحاء العالم، فقد يكون البائع مثلا في فرنسا والمشتري في لبنان والمتوج في كندا.

ويكون العقد الالكتروني عقد دوليا وفقا لأحد المعايرين قانوني واقتصادي.

فبمقتضى المعيار القانون يكون للعقد طابع دولي إذا كان المتعاقدون ينتمون إلى دول مختلفة ويتواجدون في هذه الدول.

وبمقتضى المعيار الاقتصادي يكون للعقد طابع دولي إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية عن طريق استيراد السلع والمنتجات والخدمات عبر الحدود.[2]

1- إلياس ناصيف- مرجع سابق- ص46

2- خالد ممدوح- إبرام العقد الالكتروني- دار الفكر الجامعي- الطبعة الأولى-2005- ص44

المطلب الثالث:

نطاق العقد الالكتروني وتمييزه عن باقي العقود

الفرع الأول: نطاق العقد الالكتروني

رأينا من خلال تعريف العقد الالكتروني وبيان خصائصه بأن هذا النوع من التعاقد لم ينشئ عقود جديدة ولم تحدث نظرية جديدة، بل هو وسيلة تكنولوجية جديدة لإنشاء العقود وما دام الأمر كذلك فللمتعاقدين الحرية الكاملة في إبرام كافة العقود بالوسيلة الالكترونية أم أنهما مقيدان بإبرام أنواع محددة من العقود فقط؟

أولا: المبدأ في إبرام العقود الالكترونية

هو حرية الأطراف في التعاقد وفي اختيار شكل التعبير عن إرادتها وهو الأصل الذي جاءت به المادة 59 من القانون المدني الجزائري، فتكون من العقود المبرمة الكترونيا كغيرها من العقود التي تبرم بالطرق غير الالكترونية التي لا تخضع لأي قيود، إذ يخول لأطرافها إبرام مختلف العقود الرضائية المسماة منها وغير المسماة بالوسائل الالكترونية، طالما أنها ليست خارجة عن التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون.

ثانيا: الاستثناء في إبرام العقود

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

- **اشتراط قيام المتعاقد بفعل ما**: ومثالها العقود العينية التي يشترط لانعقادها زيادة على ركن التراضي والمحل والسبب تسليم الشيء المادي محل العقد، فلا يمكن إبرام هذه العقود بالوسائل الالكترونية، كون تسليم الشيء المادي عبر هذه الوسائل لا يمكن تصوره[1].

1- علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، مطبعة الكاهنة، 1997 ، ص56

مدى اشتراط القانون الكتابة لانعقاد العقد

فإذا كانت الكتابة متطلبة كركن في العقد سواء كانت عرفية أو رسمية، فإن التساؤل يثور في هذا الصدد حول ما إذا كان من الممكن استيفاء هذه الشكلية في العقود الالكترونية أي مكتوبة على دعامات الكترونية.

الواقع أنه بعد تعديل القانون المدني الجزائري ولا سيما المادة 323 منه المقابلة للمادة 1316 من القانون المدني الفرنسي[1]، أصبح تعريف الكتابة يتسع ليشمل بجانب الكتابة على الورق الكتابة في الشكل الالكتروني أي تلك المثبتة على دعامة الكترونية.

وعليه فإذا كانت الكتابة المتطلبة لصحة التصرف تكون بالضرورة كتلك المتطلبة كأداة للإثبات، ويصح هذا المفهوم حتى في الحالة التي يشترط فيها القانون أن تكون هذه الكتابة موقعة، ففي هذه الحالة لا يوجد مانع يحول دون الكتابة في الشكل الالكتروني، وان يتخذ التوقيع كذلك الشكل الالكتروني كون المشرع الفرنسي أقر بالتوقيع الالكتروني وجعله مساويا في حجيته التوقيع الخطي، في المادة 1320 الفقرة الرابعة من القانون الفرنسي[2] المقابلة للمادة 327 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري.

أما بالنسبة للتعديلات التي طرأت على القانون المدني الجزائري بموجب القانون 05-10 في هذا المجال فلم يتطور بشأنها النقاش بعد نظرً لحداثتها، ونعتقد في هذا الشأن أنه لا يمكن القول بإمكانية إبرام العقود التي تطلب المشرع إخضاعها للكتابة الرسمية في ظل القانون المدني الجزائري الكترونيا، كون هذه الأخيرة تشترط أن يشهد إبرامها الضابط العمومي، وان يوقعها ويختمها بيده.

أما بالنسبة للعقود التي تتطلب الكتابة العرفية، فهي تكاد تنعدم في القانون الجزائري.

1-- Loi n° 2000-230, portent adaptation du droit de la preuve aux technologie de l'information et relative à la signature électronique, JO, 14/03/2000,P.2968 . www.journal-officiel.gouv.fr

2- محمد حسن قاسم- **التعاقد عن بعد- قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع الإشارة لقواعد القانون الأوروبي**- دار الجامعة الجديدة للنشر- الإسكندرية، مصر، 2005، ص103 وما يليها.

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أنه إذا اشترط القانون الكتابة الخطية كركن لانعقاد العقد أو تطلب أن تكون بعض البيانات إلزامية، يجب أن يتضمنها العقد مكتوبة بخط اليد، وان يكون التوقيع بخط اليد، فالكتابة في هذه الحالة لا يمكن أن تكون الكترونية، ولا يمكن بالتالي إبرام العقد بالوسيلة الالكترونية.[1]

الفرع الثاني:

تمييز العقد الالكتروني عن باقي العقود

إن الوسيلة أو الطريقة التي ينعقد بها العقد الالكتروني تمثل أهم وجهة لخصوصيته كما يتضح أنه ينتمي إلى طائفة العقود التي تبرم عن بعد مع العلم أنه لا يشكل نوعاً جديدا من العقود تضاف إلى العقود التقليدية المتداولة قانونا، كما لا يخرج بالكامل عن القواعد القانونية المنظمة لأحكام العقد عموما والواردة في القوانين المدنية، ومع ذلك فإن التعاقد الالكتروني يعد مميزا عن الصورة التقليدية للتعاقد وبالتالي يمكن إنجاز أهم الخصائص التي يتميز بها وذلك على النحو التالي:

أولا: تمييز العقد الالكتروني عن العقد التقليدي

إذا كان العقد الالكتروني يتفق مع العقد التقليدي في أنهما ينعقدان بتوافق إرادتي المتعاقدين أي تطابق الإيجاب والقبول، إلا أن الثاني يقوم بين شخصين حاضرين من حيث الزمان والمكان حيث يتم تبادل الإيجاب والقبول في مجلس العقد في المواجهة، وهو ما يقتضي التواجد المادي لكل من طرفي التعاقد في مكان واحد، ولا يتحقق ذلك في التعاقد الالكتروني، فمن المفترض أساسا وجود المتعاقدين في مكانين منفصلين، بل يفصل بينهما

1- محمد حسن قاسم – مرجع سابق – ص107

مئات أو آلاف الأميال ومن ثم فإن التعاقد التقليدي هو تعاقد بين حاضرين، بينما الانفصال المكاني في التعاقد الالكتروني يجعل من طبيعة خاصة.[1]

أما من حيث الوفاء حيث حلت وسائل الدفع الالكترونية، في التعاقد الالكتروني محل النقود العادية ذلك أنه مع تطور التكنولوجيا وازدياد التعامل بأسلوب التجارة الالكترونية ظهرت تلك الوسائل كأسلوب مبتكر لسداد المدفوعات في مثل هذه المعاملات.

وتتضمن وسائل الدفع الالكترونية المستخدمة في التجارة الالكترونية عدة وسائل منها البطاقات البنكية، والأوراق التجارية الالكترونية، والنقود الالكترونية، والتي تتمثل في نوعين هما النقود الرقمية، والمحفظة الالكترونية، بالإضافة إلى الوسائط الالكترونية الجديدة التي ظهرت حديثا مثل الذهب الالكتروني، والشيك الالكتروني، وتتم عملية تحويل الأموال الكترونيا بين أطراف العقد الالكتروني عبر شبكة الانترنيت بواسطة جمعية الاتصالات المالية العالمية بين البنوك أو عن طريق شبكة الاتصال بين البنوك والتي تسمى مشروع بوليرو Boléro Project.

ونتيجة ظهور طرق الدفع الالكترونية، ظهرت مجموعة من الخدمات البنكية الالكترونية مثل خدمات التوكيل الالكتروني، وخدمة الصراف الآلي، وخدمة نقاط البيع، وخدمة الحصول على الأعمال البنكية من المنزل أو المكتب. والتي يمكن الحصول عليها عن طريق الهاتف الذكي المزود بشاشة، وخدمات المقاصة الالكترونية.[2]

ثانيا: تمييز العقد الالكتروني عن العقود المبرمة عن بعد

01: التعاقد الالكتروني والتعاقد التقليدي:

إن التعبير عن الإرادة بواسطة الهاتف الاعتيادي يدخل ضمن التعبير عن الإرادة باللفظ حيث يعبر كل من الموجب والقابل عن إرادتهما بالكلام دون أن يكون بينهما وسيط

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، **إبرام العقد الالكتروني، دراسة مقارنة**- دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2006، ص67

[2]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص55-56

يبلغ الكلام للطرف الآخر، و إن التعاقد عن طريق الهاتف هو دائما تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان ما لم تفصل مدة من الزمن بين صدور القبول ولعم الموجب به، لأن كلا الطرفين المتعاقدين يسمع كلام الآخر في نفس اللحظة التي فيها الكلام أي يتحقق التزامن والتعاصر في تبادل التعابير الإرادية بين الأطراف المتعاقدة، ومن هذه الناحية يشبه التعاقد عن طريق الهاتف مع التعاقد عبر خدمات شبكة الانترنيت وخصوصا خدمة التخاطب في فضاء الانترنيت حيث يتم تبادل التعابير الإرادية في الزمن الحقيقي وهي خدمة يتحقق من خلالها التواصل والتزامن في تبادل التعابير الإرادية.

ويختلف الالكتروني عن التعاقد بواسطة الهاتف في كون شبكة الانترنيت لا تقتصر خدماتها على نقل الصوت فقط وإنما في نفس الوقت الصورة والحركة والكتابة أيضا بشكل آني وتفاعلي، بل يمكن من خلالها إرسال ملفات النصوص والصور، ومن ناحية أخرى الهاتف يعد وسيلة للاتصال والتفاهم بين الطرفين أو ثلاثة أطراف فقط في حين التعاقد الالكتروني قد يكون متاحا لعدد غير محدود ولا يشترط فيه التزامن في وجود الأشخاص على طرفي الاتصال.[1]

02: التعاقد الالكتروني والتعاقد عن طريق التلفاز.

إذا كان التعاقد الالكتروني والتعاقد عن طريق التلفزيون يتشابهان في أن الرسالة المنقولة هي نفسها بالنسبة لكافة العملاء إذ تتم بالصوت والصورة، إلا أن الإعلام في التعاقد عن طريق التلفزيون يكون عن طريق الإذاعة المرئية المسموعة، والجوهري في هذا الإعلام أنه وقتي يزول سريعا، للحصول على مزيد من التفاصيل يكون من خلال الاتصال مع الشركة عن طريق الهاتف أو المينيتيل أما الإعلام في التعاقد الالكتروني فيظل قائما خلال أربعة وعشرين ساعة ويكون الاستعلام عن التفاصيل من خلال تصفح صفحات الموقع على الانترنيت.

[1]– آمانج رحيم أحمد– التراضي في العقود الالكترونية عبر شبكة الانترنيت– دار وائل للنشر، طبعة 2006،ص76–77

كما أنه في التعاقد عن طريق التلفزيون يتم إبلاغ القبول عبر الاتصال بالتلفون أو المنيتيل، أما العقد الالكتروني فإن التعبير عن القبول يتم عبر التبادل الالكتروني للبيانات أو عن طريق البريد الالكتروني، أو بالضغط على عبارة الموافقة عن طريق لوحة مفاتيح الكمبيوتر الخاص بالعميل أو بأية وسيلة أخرى من وسائل التعبير الالكتروني عن القبول.

إلا أن الفارق الجوهري يكمن في أن البث ينتم من جانب واحد في حالة التعاقد عن طريق التلفزيون، فلا توجد إمكانية للتجاوب أو لأية مبادرة من جانب العميل وذلك على عكس العقد الالكتروني الذي يتصف بصفة التفاعلية من جانب العميل أي يكون هناك نوع من التبادل بين الطرفين، وصفة التفاعلية هذه تسمح بحضور افتراضي متعاصر بين أطراف التعاقد، كما تسمح بتسليم بعض الأشياء تسليما معنويا أو أداء بعض الخدمات فورا على الشبكة، وتسمح كذلك بالوفاء الالكتروني عبر الشبكة عن طريق وسائل الدفع الالكتروني.[1]

03: التعاقد عن طريق الفاكس والتلكس

أوضحت الفقرة 1 من المادة 2 من قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية أن الفاكس يعتبر أحد الوسائل التي يمكن استخدامها لإنشاء أو إرسال أو استلام أو تخزين رسالة بيانات.

ويعتبر الفاكس من الوسائل التي يمكن استخدامها في إبرام العقود عن بعد وهو جهاز نقل المستندات والصورة ويطلق عليه الاستنساخ عن بعد ويمكن أن ينعقد العقد عبره، فعلى المتعاقد أن يدون رغبته في التعاقد في رسالة مكتوبة ثم يرسلها بالفاكس فتصل الرسالة مستنسخة طبقا لأصلها.

[1]– خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص68–69

المبحث الثاني

انعقاد العقد الإلكتروني

بما أن العقود الالكترونية المبرمة عبر شبكة الانترنت لا تختلف في جوهرها عن العقود التقليدية، فإنها لا تخرج عن إطار القواعد العامة المنظمة لأحكام العقد عموما وإن كانت هذه العقود في بعض جوانبها تحتاج إلى قواعد قانونية خاصة لمعالجتها، فما ينبغي تناوله هو بعض أوجه الخصوصية التي يتعين على لأطراف أخذها بعين الاعتبار عند إبرام مثل هذه العقود، هذا ما نريد تبيانه في هذا المبحث بالتالي يكون تقسيمه كالتالي:

المطلب الأول : التراضي في عقد التجاري الإلكتروني

المطلب الثاني: المحل و السبب في عقد التجاري الإلكتروني

المطلب الثالث: زمان و مكان إبرام عقد التجاري الإلكتروني

المطلب الأول :

التراضي في عقد التجاري الإلكتروني

يشترط القانون لقيام العقد وجود التراضي وتوافق إرادتا المتعاقدين على إحداث الأثر القانوني المقصود من العقد، فالإرادة باعتبارها مكونة للرضا ليس لها أية قيمة قانونية إلا إذا تم التعبير عنها بفعل خارجي ظاهر.

فالعقد يتم بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد

الفرع الأول:

الإيجاب الالكتروني

الإيجاب بصورة عامة هو تعبير عن الإرادة الصادر، عن أحد المتعاقدين والموجه إلى الطرف الآخر، يقصد إحداث أثر قانوني.

وعرفت اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع للإيجاب بأنه أي عرض لإبرام عقد إذا كان موجبا إلى شخص أو عدة أشخاص معينين، وكان محددا بشكل كافي تبين منه اتجاه قصد الموجب الالتزام به في حالة القبول.[1]

وقد تطرقت بعض التشريعات العربية إلى مفهوم الإيجاب في العقود الالكترونية، حيث تنص المادة الأولى من القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000، المتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية على أنه:" يجري على العقود الالكترونية نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة ومفهومها القانوني، وصحتها وقابليتها للتنفيذ فيما لا يتعارض وأحكام هذا القانون"[2]

وانطلاقا من التعريفات السابقة يتبين أن الإيجاب في العقد الالكتروني هو التعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن البعد، حيث يتم من خلال شبكة دولية للاتصالات ويشترط في التعبير عن الإرادة عبر شبكة الانترنيت لكي يعتبر إيجابا الكترونيا ينعقد به العقد إذا اقترن به قبول مطابق توافر شروط وهي:

---

[1]– محمود عبد الرحيم الشريفات– **التراضي في تكوين العقد عبر الانترنيت، دراسة مقارنة**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009، ص129

[2]– إلياس ناصيف– مرجع سابق– ص79

أولا: أن يتضمن كل العناصر اللازمة لإبرام العقد حين يستطيع من يوجه له الإيجاب أن يقبل مباشرة التعاقد أي أن يكون الإيجاب كاملا ومحددا تحديدا كافيا.

ثانيا: أن يكون الإيجاب جازما وباتا وذلك بأن تتوفر في الموجب النية القاطعة لإحداث الأثر القانوني (إبرام العقد) وهذا ما يميز الإيجاب والمراحل التي تسبقه كالمفاوضات.

ثالثا: أما فيما يخص شكل الإيجاب فيستحسن أن يتم بشكل مكتوب يسمح بحفظ الشروط التعاقدية الواردة فيه واسترجاعها عند الضرورة، مع الإشارة إلى أن نظام المعلومات يعتمد اعتمادا على اللغة الانجليزية التي عادة ما توضع بها برامج المعلوماتية، ولكن هذا لا يمنع التعامل بأية لغة أخرى فيتم التوافق عليها.

رابعا: يجب أن يتضمن الإيجاب الالكتروني وصفا دقيقا واضحا للمنتج أو الخدمة، وذلك بتحديد الاسم والكمية والنوع، وان يكون مقرونا بصور.

وكذا يجب أن يتضمن الإيجاب الالكتروني بيان الثمن والعملة التي يدفع بها، وبيان إذا كان الثمن يشمل أو لا يشمل النفقات والرسوم الجمركية والضرائب وعنوان الإيفاء وغالبا ما يكون ثمن الإيفاء باستخدام وسائل الإيفاء الالكترونية، كبطاقة الاعتماد مثلا.

وللإيجاب الالكتروني قوة ملزمة بالنسبة للموجب الذي يلتزم أن يحدد في إيجابه مدة معينة يكون ملزما على الإبقاء على إيجابه، وإذا لم يحدد هذه المدة فيأخذ بالمدة المعقولة ليتمكن العميل من العلم بالإيجاب والإجابة عليه، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في أحكام المادة 60 من القانون المدني الجزائري على أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع مجالا لأي شك في دلالته على مقصود صاحبه.

الفرع الثاني:

القبول الالكتروني:

إن القبول هو الإرادة الثانية في العقد التي تظهر بصورة جازمة باتة معبرة عن موقف الطرف الآخر الذي وجه إليه الإيجاب، فالعقد لا يتم إلا باكتمال عقد الرضا، والرضا لا يتم إلا باتفاق إرادتين، فالقبول كالإيجاب يجب أن يكون مرتبطا بوجود الإرادة واتجاهها إلى إحداث أثر قانوني، ويكون القبول كالإيجاب صريحا أو ضمنيا.

وعرفت المادة 18 الفقرة الأولى من اتفاقية فيينا من سنة 1980 المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع المنقولة، القبول على الوجه الآتي: "يعتبر قبولا أي بيان أو أي تصرف آخر صادر عن المخاطب يفيد الموافقة على الإيجاب"[1]

يجب أن يكون القبول حرا، بمعنى أن يكون للموجه إليه الإيجاب أن يقبله أو أن يرفضه، بدون أن يلتزم بعرض سبب رفضه، وبالتالي فلا يجوز أن يكون الموجه إليه الإيجاب مكرهاً على القبول، ويشترط أن يكون القبول مطابقا للإيجاب في جميع المسائل التي تناولها، كما يشترط القبول بإيجاب قائم.

وفيما يتعلق بالقبول الالكتروني يتم التعبير عنه عن بعد عبر تقنيات الاتصال الحديثة وهو لا يختلف عن القبول التقليدي إلا في أنه يتم بهذه التقنيات وما تتميز به من قواعد.

فمن الناحية العملية يتم القبول في العقد الالكتروني بمجرد الضغط على الزر المبين على شاشة جهاز الكمبيوتر تحت بند "قبلت" ... ومع ذلك فقد يشترط الموجب في إيجابه وبغرض التأكد من صحة إجراء القبول أن يتم عن طريق النقر مرتين "double clic" على الأيقونة المخصصة للقبول، والموجودة على الشاشة.[2]

1- إلياس ناصيف- مرجع سابق- ص92

2- Pierre Bresse Guide Juridique De L'internet Et Du Commerce Electronique, Op, P189

وقد يتخذ الموجب بعض الإجراءات اللاحقة لصدور القبول كالإجابة على بعض الأسئلة التي توجه إلى القابل مثل تحديد محل إقامته الذي يتعين إرسال المنتج إليه، أو كتابة بعض البيانات التي تظهر على الشاشة كالرقم ونوع بطاقته الائتمانية وقد يكون ضمنيا كأن يقوم من وجه إليه الإيجاب بتنفيذ العقد الذي اقترح الموجب إبرامه كالدفع مثلا عن طريق بطاقة الائتمان أو إعطاء الموجب رقم البطاقة السري، دون أن يعلن صراحة قبوله فيتم العقد وفقا لهذا القبول الضمني.

أولا: السكوت كطريقة للتعبير عن القبول الالكتروني

ذا كان السكوت وفقا للقواعد العامة لا يصلح تعبيرا لقبول الإيجاب، فإنه على العكس قد يصلح أن يكون قبولا في عدة حالات.[1]

كما يعد السكوت قبولا إذا اتفق أطراف التعاقد أثناء المفاوضات صراحة على اعتبار سكوت الموجه إليه الإيجاب قبولا في ظروف معينة، مثال ذلك أن يتفق الأطراف على اعتبار السكوت قبولا إذا مضت مدة معينة دون رد، أو كانت التعاملات تقتضي ذلك أو العرف، أو كان الإيجاب لمنفعة الموجه إليه كما لو كان هناك تبرع، أو كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين وهذه الحالة تصادفنا كثيرا في التعاقد عبر الانترنيت ومثالها إعتياد الزبون شراء السلع من أحد المتاجر الافتراضية سواء عن طريق صفحات الـ WEB أو عبر البريد الالكتروني وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 68 من القانون المدني التي تنص على أنه "إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول ومع ذلك لم نجد في أي من التشريعات العربية أو الأجنبية المتعلقة بالمعاملات الالكترونية أي نص يشير إلى اعتبار السكوت وسيلة يعتد بها للتعبير عن القبول: واستخلاص القبول يعد مسألة موضوعية تدخل في نطاق السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ولا يخضع في ذلك لرقابة المحكمة.

1- عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في العقد- ص 280

ثانيا: العدول عن القبول الالكتروني

بموجب القوة الملزمة للعقد فإن أي كان من طرفيه لا يستطيع أن يرجع عنه ،فمن ثم إلتقاء الإيجاب بالقبول و قام العقد فإن تنفيذه يصبح ملزما و لا رجعة فيه[1].

و لكن نظرا لأن المستهلك في العقد الإلكتروني ليس لديه الإمكانية الفعلية لمعاينة السلعة و الإلمام بخصائص الخدمة قبل إبرام العقد ، فإنه يتمتع بحق العدول و هو ما يعد مخالفا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون و لذلك فإن هذا الحكم المخالف لتلك القاعدة يجب النص عليه صراحة إما في اتفاق الطرفين أو في القانون[2].

1- ابراهيم دسوقي أبو الليل- العقد غير اللازم- ص138

2- القانون المدني الجزائري المادة 68 منه التي تنص على أنه "إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحا بالقبول" قضية رقم 154760 بين (ب.م) و (ق.م زوجة ق.ع)، قرار مؤرخ في 1996/04/17، عدد 1، ص90، 100، 101-102.

قرار المحكمة العليا: إذا كان القانون يخول للقاضي سلطة إصدار حكم قضائي يقوم مقام العقد في حالة ما إذا كان الطرف الأخر عن تنفيذ الوعد، فإنه اشترط توافر الشروط الشكلية في الوعد بالبيع، ومتى ثبت في قضية الحال انعدام وجود عقد رسمي لبيع الفيلا، ورفض البائع التوجه أمام الموثق لتوثيق البيع العرفي، فليس أمام المطعون ضدها إلا المطالبة بالتعويض كأثر قانوني لعدم تنفيذ التزام قانوني لا تتوافر فيه الشكلية القانونية، وان استجابة القضاة لمطلبها واصدار حكم يقوم مقام العقد العرفي، يكونوا قد أساؤوا تطبيق القانون وهي اجتهادات المحكمة العليا

فيما ذهبت إليه العديد من التشريعات كالقانون الفرنسية و الأمريكي و الإنجليزي بأحقية المستهلك في العدول بشأن العقود الإلكترونية خلال فترة السماح و تختلف هذه المدة من قانون إلى آخر.

فالقانون الفرنسي أعطى الحق للمشتري في إعادة المنتج خلال مدة 07 أيام كاملة تبدأ من تاريخ تسلمه سواء لاستبداله أو لاسترداد ثمنه.

كما نص القانون الأمريكي فقد حدد مدة 30 يوما لإتمام العقد أو إرجاع البضاعة.

أما القانون التونسي نص على إمكانية المستهلك العدول عن الشراء خلال مدة 8 أيام.[1]

الفرع الثالث

صحة التراضي في عقود التجارة الإلكترونية

لا يكفي أن يكون التراضي موجودا بل يجب أن يكون صحيحا و هو كذلك طالما كان صادرا من ذي أهلية و لم تكن إرادة أحد المتعاقدين معيبة كأن يشوبها غلط أو تدليس وهي المؤكد من حدوثها في العقد التجاري الإلكتروني.

أولا- الأهليـة: يقصد بالأهلية صلاحية الشخص لكسب الحقوق ، و تحمل الالتزامات، ومباشرة التصرفات القانونية.و قد نظم المشرع الجزائري أحكام الأهلية من القانون المدني.

باعتبار العقد الإلكتروني يتم عن بعد دون حضور مادي للأطراف المتعاقدة، و بالتالي يصعب على كل من المتعاقدين ، التأكد من شخصية المتعاقد الآخر و خصوصا أهليته ، كما أن عددا كبيرا من مستخدمي الانترنت هم المراهقين و صغار السن، فقد يستخدم الشخص ناقص الأهلية البطاقة المصرفية لأحد والديه في التعاقد مع متجر إلكتروني ،

1-خالد ممدوح- مرجع سابق- ص272 -275.

فهنا تثور مشكلة حول إبرام هذا العقد ،فبعض التشريعات والفقه تطرق إلى حل هذه المسألة .

اعتمد المشرع الأمريكي على جهة التصديق الإلكتروني التي تعتبر طرف ثالثا محايد في العملية التعاقدية، حيث يسند إليها مهمة ضمان صحة التعاقد عن طريق تحديد هوية الأطراف المسجلة لديه، وتوثيق أهليتهما القانونية من خلال إصدار شهادة موثقة. ونفس النهج الذي اعتمد عليه المشرع الجزائري ، من خلال إصدار جملة من المراسيم التنفيذية التي تنظم جهة التصديق و التوقيع الإلكتروني، وهذا ما سوف نتطرق إليه لاحقا في الفصل الثاني.و لحل مشكلة أهلية المتعاقدين يمكن اللجوء إلى ما يسمى بسلطات الإشهار ، وهي عبارة عن طرف ثالث محايد تنظم العلاقة بين الأطراف على الخط ، فتقوم بتحديد هوية الطرفين و أهليتهما القانونية عن طريق إصدار شهادات تثبت حقائق معينة متعلقة بالتعاقد الذي يجري عبر الانترنت .[1]

يرى جانب من الفقه الفرنسي أنه يجب التوسع في الأخذ بنظرية الظاهر، بحيث إذا استخدم القاصر البطاقة الائتمانية لأحد والديه و استخدمها في إبرام عقد مع تاجر ، فيجوز للتاجر متى كان حسن النية أن يتمسك بأن هذا القاصر باستخدامهم هذه البطاقة قد ظهر بمظهر صاحبها ، و بالتالي فإنه من مصلحة الآباء الحفاظ على بطاقاتهم المصرفية و مراقبة أبنائهم القصر.

ثانيا: عيوب الإرادة في العقد التجاري الإلكتروني :

و تتمثل عيوب الإرادة التي حصرتها التشريعات المدنية في أربعة عيوب كالإكراه و الغلط و الاستغلال و التدليس .

وفي هذا الشأن يرى البعض أن عيوب الإرادة في عقد التجارة الإلكترونية لا تخرج من كونها أمثلة تقليدية تستوعبها القواعد العامة:

[1]: بلقاسم حامدي، **إبرم العقد الإلكتروني**، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، 2015/2014 ، ص 55

1-**الغلط :**

يعرف الغلط بأنه وهم يقوم في ذهن الشخص يجعله يتصور الواقع في خلاف حقيقة. وهو يؤدي إلى بطلان العقد إذا انصب على ماهيته، أو على شرط من شروط الانعقاد أو على محل العقد.

و يشترط في الغلط الذي يصيب الرضا أن يبلغ الحد الذي يصير معه هو الدافع إلى التعاقد، و يكون الغلط جوهريا إذا كان في صفة جوهرية في الشيء، أو في شخص المتعاقد، كما يشترط اتصال المتعاقد الآخر بالغلط.[1]

و الغلط الذي نقصده في التعاقد الإلكتروني هو الغلط الذي لا يؤثر في وجود الإرادة و إنما يعيبها فقط ، و يخرج عن نطاق الغلط الذي يعيب الإرادة كالغلط المانع و الغلط المادي ، وقد يثور التساؤل بشأن الغلط في إبلاغ الرسالة إلكترونية أو في الإعلان عبر شبكة الانترنت – كأن يعرض التاجر في إعلانه أنه يبيع سيارات من نوع معين بمبلغ 1000000 دج للسيارة الواحدة و لكن يقع تحريف في الرسالة الإلكترونية فيظهر الإعلان على موقع الانترنت مبلغ 100000دج ،وإن كان يبدو هذا الغلط ماديا و بالتالي لا يكون له أي دور في تكوين الإرادة إذ طرأ بعد تكوينها و إنما يلزم تصحيحه، ولكن في حقيقة الأمر أن هذا الغلط المادي رتب غلطا آخر طرأ بعد تكوين الإرادة و هو وجود تحريف في نقل الإرادة و في هذه الحالة لا ينعقد العقد لعدم تطابق الإرادتين، إلا أن ذلك لا يمنع الموجب من الرجوع على مقدم الخدمة الانترنت بالتعويض لأن الغلط أو التحريف في نقل الإرادة راجع إلى خطأ منه أو لعيب في أجهزة الربط التي يستخدمها.2

---

[1]– لزهر بن السعيد ،**النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية**،دار هومة ،الطبعة الأولى 2012، الجزائر ، ص ص 99

[2]– الزهرة صولي ،**النظام القانوني للعقد الإلكتروني** ، مذكرة الماجيستير، جامعة محمد خيضر بسكرة ،كلية الحقوق و العلوم السياسية،قسم الحقوق ،2007 – 2008 ، ص 62

1-التدليس:

هو استعمال طرق احتيالية بقصد إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد، و طرق التدليس و الغش في العقود الإلكترونية كثيرة و متنوعة و ذلك بسبب أن المستهلك لا يمكنه معاينة الشيء المبيع كما ليس له خيار الرؤية أيضا، ومن أهم أشكال التدليس استعمال العلامات التجارية لشخص آخر،بحيث يعتمد على نشر المعلومات و البيانات الغير الصحيحة على الموقع وعن السلع والخدمات بقصد الترويج عنها، بالإضافة إلى إنشاء مواقع وهمية (1)، و يمكن الحد من ظاهرة الغش و التدليس عن طريق تنشيط دور الجهات التي تتعقب المواقع التجارية عبر الانترنت للتحري عن جديتها و مصداقيتها في التعامل، حيث ترسل رسائل تحذيرية للمتعاملين عبر الشبكة إذا تبين لها عدم مصداقية الموقع أو أنه وهمي أو غير مسجل لدى المنظمة العالمية للملكية الفكرية،أو غير مقيد لدى إحدى الشركات المكلفة بالتسجيل.(2)

2- <u>الاستغلال :</u>

أساسه أن نفسية المتعاقد قد شابها عيب أدى إلى إخلال الفادح بين ما أعطى وما تلقى ، والعيب النفسي قد يكون لقلة الخبرة ، أو الطيش البين ،أو الولع الشديد بالشيء، أو الحاجة الماسة إليه ، وينتهز الطرف الآخر حالة الضعف التي انتابت المتعاقد الآخر فيحصل منه على أداء مبالغ فيه.

و في مجال التعاملات الإلكترونية فإن أصحاب الخبرة يستغلون الأشخاص العاديين ، وهذا ما جعل مختلف التشريعات العالمية المنظمة للتجارة الإلكترونية تهتم بشكل كبير بحماية المستهلك وهو الطرف الضعيف في العلاقة. [1]

3-<u>الإكراه:</u>

يعرف الإكراه بأنه إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملا دون رضاه، و يكون ماديا أو معنويا، أو هو التعاقد تحت سلطان رهبة تولدت نتيجة تهديد بخطر ، و يشترط في الإكراه الاعتبار عيب يشوب الرضا أن يتم تحت سلطان بعثت في

1- محمود عبد الرحيم الشريفات، **<u>التراضي في تكوين العقد عبر الأنترنت</u>**، دار الثقافة للنشر و التوزيع،الطبعة الثانية 2011، الأردن، ص 213

نفس المتعاقد الآخر دون وجه حق، و أن تكون هذه الرهبة قد بعثت في نفس المتعاقد الآخر، أو على الأقل يكون المتعاقد الآخر عالما بها كما يشترط أن نكون هذه الرهبة هي الدافعة إلى التعاقد.

و الإكراه بهذا المفهوم يصعب تصوره في مجال عقود التجارة الإلكترونية لأنه غالبا ما يتم عرض المنتجات على الانترنت، كما أن العقد يتم بين طرفين في مكانيين متباعدين، و مجلس العقد الذي يجمعهما هو مجلس حكمي و ليس حقيقي.[1]

المطلب الثاني:

المحل والسبب في العقد الالكتروني.

إضافة إلى ركن التراضي، يستلزم انعقاد العقد الالكتروني توافر ركني المحل والسبب، وسنحاول من خلال هذه الركن، تسليط الضوء على هذين الركنين، بتقسيمه عنوانين اثنين، نخصص الأول لركن المحل، ونتناول ركن السبب في المقام الثاني.

الفرع أول: ركن المحل في العقد الإلكتروني :

محل الالتزام هو الشيء الذي يلتزم به المدين القيام به، ويشترط في محل العقد بصفة عامة، انو يكون موجودا أو ممكن الوجود، معينا أو قابلا للتعيين، وان يكون مشروعا، ويخضع المحل في العقود الالكترونية لنفس هذه الشروط.[2]

وقد نظم المشرع الجزائري ركن المحل في المواد من 92 إلى 95 من القانون المدني، حيث أجاز التعامل في الأشياء المستقبلية، بشرط أن تكون محققة الوجود، وليست من قبيل التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة، واشترط أن يكون المحل موجودا أو قبلا للوجود، وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، ولكي يكون محل العقد الالكتروني معينا أو قابلا للتعيين، يجب أن يتم وصف المنتج أو الخدمة عبر تقنيات الاتصال الحديثة بصورة دقيقة

[1] –الزهرة صولى، المرجع السابق، ص 61

2– عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص408

وشاملة، مع تجنب الإعلانات الخادعة أو المضللة[1].أما عن مشروعية محل العقد الالكتروني فكثيراً ما تستغل وسائل الاتصال الالكترونية، وخاصة الانترنيت في ممارسة التجارة غير المشروعة كالمخدرات ونشر الصور الإباحية، وارتكاب الجرائم المالية، وهذه التصرفات وغيرها تكون باطلة بقوة القانون، لكونها مخالفة للنظام العام والآداب العامة، وعليه لابد أن يكون محل العقد الالكتروني متفقا مع القوانين القائمة، والنظام والآداب العامة السائدة في الدولة، غير أن الطابع الدولي الغالب على العقود الالكترونية يجعل تحقيق ذلك صعبا، لذلك ألقي على عاتق المتعاقدين الالتزام المشترك بالحفاظ على ضوابط معينة، بحيث تبدو هذه العقود جميعها مشتركة في وظيفة واحدة، وهي الحفاظ على المشروعية، وحماية المعلومات الشخصية، واحترام القوانين، وكذا الالتزام بآداب السلوك، إلا أنه توجد قوانين في بعض الدول تحظر ممارسة بعض التصرفات، بنما تبيحها دول أخرى، وفي هذه الحالة يقوم الأفراد بالتوجه إلى مقدمي الخدمات المحظورة في الدول الأخرى التي تسمح قوانينها بممارستها، كما أن مقدم الخدمة الذي يرى أن قوانين دولته تحظر مباشرته لنوع معين من النشاط، لن يكون أمامه سوى تقديم هذه الخدمة أو المنتج من خلال دولة أخرى تسمح قوانينها بذلك، وليس هذا إلا تحايلا على القوانين الوطنية[2].

وقد تصدى المشرع الجزائري لهذه الحالة، في نص المادة 24 من القانون المدني، التي قضت بما يلي:" لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون ...".

1- سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص176

2- سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص178

الفرع ثاني:

ركن السبب في العقد الإلكتروني

السبب هو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه[1]، ويشترط أن يكون السبب كركن من الأركان المكون للعقد بصفة عامة – والعقد الالكتروني بصفة خاصة–، مشروعا وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وهو ما قضت به المادة 97 من القانون المدني الجزائري، حيث نصت على:" إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع، أو لسبب مخالف للنظام العام والآداب كان العقد باطلاً"، غير أن المشعر الجزائري لم يشترط أن يكون السبب مذكورا في العقد، وقد تم تفصيل ذلك في نص المادة 98، التي قضت بما يلي:" كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه"

أما العقود المبرمة عبر تقنيات الاتصال الحديثة، والتي قد تتضمن مثلا، أفعالا خادشة للحياء، فإنها تكون باطلة لكون السبب غير مشروع، غير أن مفهوم الآداب العامة يتطور من زمن لآخر، ويختلف من دولة لأخرى، وعليه فإن ما يعتبر مناقضا للآداب العامة في دولة، قد لا يكون كذلك في دولة أخرى، وبالتالي فإن السبب كركن من أركان العقد، لا يثير أي إشكال في العقود المبرمة عبر وسائل الاتصال الحديثة، وتبقى النظرية العامة كافية لتنظيمه في إطار التعاقد الالكتروني[2].

1– عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص451

2– سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص184

الفرع الثالث:

ركن الشكلية في العقد الإلكتروني

الأصل في العقود هي الرضائية، أي كفاية مجرد الرضا لقيام العقد وفي ذلك تنص المادة 59 من القانون المدني الجزائري (يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية).

العقد الشكلي هو ذلك العقد الذي لا يتم بمجرد تراضي المتعاقدين، بل يجب لإتمامه زيادة على ذلك، إتباع شكل خاص يعينه القانون، وأكثر ما يكون هذا الشكل ورقة رسمية يدون فيها العقد[1]، والأصل العام أن العقود تكون رضائية، لان الأطراف لهم الحرية في اختيار شكل معين لإبرام العقد، أي يكفي تطابق الإيجاب مع القبول لانعقاد العقود بصفة عامة، وهو ما ينطبق على العقد الالكتروني، غير أن القانون قد يتطلب شكل محدد، كأن يشترط أن يكون العقد مكتوبا، وتكون الكتابة في هذه الحالة، ليست لإثبات العقد وإنما لانعقاده.

وفي إطار التعاقد الالكتروني، يثور التساؤل حول إمكانية استيفاء الشكلية بنفس الطريقة التي تتم بها في العقد التقليدي، وهل يمكن استيفاؤها بدعائم ومحررات الكترونية؟.

لقد انقسمت التشريعات الدولية حول إمكانية إبرام العقود التي تتطلب الشكلية بطريقة الكترونية، حيث يذهب الاتجاه الأول للقول بأن الشكلية في إبرام العقود، لا يمكن أن تستبدل بالكتابة الالكترونية أو التوقيع

الالكتروني وهو ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في القانون رقم 2000-230، وذهب اتجاه ثاني، إلى أن الكتابة في صورتها الحديثة، أي الكتابة الالكترونية لم تعد مقتصرة على الكتابة كركن في التصرف أو شرط لصحته، وهو مأخذ به المشرع المصري في نص المادة 15 م قانون التوقيع الالكتروني رقم 15 لسنة 2004، التي قضت بما يلي:" للكتابة الالكترونية والمحررات الالكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات

1- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص163

الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في القانون ..."

طبقا لهذا النص، نرى أن المشرع المصري فرض مبدأ عام في الشكلية الالكترونية، وهو إمكانية استيفاء الشكلية التي يقررها القانون لإبرام العقد أو لترتيب آثاره، عن طريق المحررات والمستندات الالكترونية، وهو ما أخذت به تشريعات أخرى، غير أن البعض من هذه التشريعات، استبعدت بعض التصرفات التي لا يمكن أن تكون في شكل عقود الكترونية، وهذا نظرا لأهميتها، وتتمحور أهم هذه التصرفات المستثناة من مبدأ إمكانية إبرام التصرفات عبر الوسائل الالكترونية للاتصال، تلك التصرفات الخاصة بالأحوال الشخصية كالزواج والهبة والوصية والتصرفات الواردة على العقار أو الحقوق العينية العقارية.[1]

أما المشرع الجزائري فلا يزال بعيدا كل البعد عن المتغيرات الحديثة وما تزال القوانين على حالها خاصة التعديل الأخير للقانون المدني القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 حيث تطرق عرضيا لمسألة الإثبات بالكتابة في المادة 323 مكرر 1 وبالتالي نستنتج أن المشرع الجزائري أبقى على القواعد الخاصة المتعلقة بالشكلية بالطرق التقليدية وبالتالي استبعاد الشكلية التي تقوم على الوسائل الالكترونية الحديثة.

1– جبار جميلة، **الصعوبات القانونية التي يثيرها العقد الالكتروني**، مطبوعة الملتقى الوطني الأول للقانون وقضاء الساعة، المرجع السابق، ص53

المطلب الثالث

زمان و مكان انعقاد العقد الإلكتروني

يترتب على تحديد المكان تحديد القانون واجب التطبيق و المحكمة المختصة لنظر في النزاع، أما بالنسبة لتحديد زمان التعاقد، حيث تنتقل الملكية و المخاطر التي تتعرض لها البضاعة محل العقد إلى المشتري، كما يبدأ العقد بترتيب آثار من لحظة انعقاده، بحيث لا يعود بوسع الموجب أن يتراجع عن العرض بعد قبوله، و يبدأ ويبدأ من هذه اللحظة حساب مدة التقادم.

لا تثور مشكلة في تحديد زمان و مكان انعقاد العقد عندما يكون المتعاقدان حاضرين، حيث لا يوجد فاصل زمني بين قبول القابل و صدور القبول، فالقابل يصدر القبول فورا و ينعقد العقد من هذه اللحظة. ولكن عند الحديث عن العقود الإلكترونية و عدم وجود حضور مادي بين أطراف العقد يثور تساؤل عن زمان و مكان انعقاد العقد.

الفرع الأول

زمان إنعقاد العقد الإلكتروني

المقصود بزمان العقد هو فترة أو مدة الانشغال بالتعاقد، لوجود فاصل زمني بين التقاء الإيجاب والقبول، لاعتبار التعاقد يتم بين غائبين، ومن المعروف أن العقد ينعقد في اللحظة التي يقترن فيها، قبول أحد الطرفين بالإيجاب المعروض عليه من الطرف الأخر وهذه القاعدة تسري بالنسبة لجميع صور التعاقد، سواء كان ذلك بين حاضرين أم بين غائبين، غير أنه في العقود بين حاضرين اللذين يجمعهما مجلس واحد، لا يثير إشكالات كون أن لحظة تعبير القابل عن إ ا ردته بالقبول، هي ذاتها لحظة تلقها من الموجب وينعقد بعد ذلك العقد، فالصعوبة كيف ما كانت تظهر في التعاقد بين غائبين أين لا يجمعهما مجلس عقد

واحد تفترق بذلك لحظة التعبير عن الإ رادة عن لحظة تلقيها .ولما كانت عقود التجارة الإلكترونية، تنتمي إلى طائفة العقود التي تتم عن بعد –التعاقد بين غائبين.

فقد أعاد من جديد لهذه المسألة أهميتها في نظرية العقد، خصوصا أن هذه العقود تعتمد على وسائل الاتصال الحديثة لإبرام العقود، وبالتالي يكون هناك فاصل زمني في تعبير طرفي العقد، عن إرادتيهما مما ينتج عنه صعوبة تحديد زمان وصول الإيجاب والقبول.

تكمن صعوبة تحديد زمان إبرام عق ود التجارة الإلكترونية في نتيجة صعوبة تحديد وقت تطابق الإيجاب بالقبول، الذي يمكن أن يكون عند دخول الرسالة الإلكترونية المتضمنة القبول، نظام الحاسوب الخاص بالمرسل للإيجاب، كما يمكن أن يكون عندما يصل القبول نظام الحاسوب الخاص بالموجب وسجلها الحاسوب، وفي الأخير قد يكون عندما يصل القبول، لنظام المعلومات الخاص بالموجب ويقوم بالإطلاع عليها ومعالجتها وتفسيرها.

من هنا تثور أهمية تحديد زمان انعقاد عق ود التجارة الإلكترونية على ضوء النظريات التي قيلت بهذا الشأن، وكذا موقف التشريعات التي نظمت التجارة الإلكترونية من هذه النظريات.

أ- نظرية إعلان القبول:

وفقا لأصحاب هذه النظرية تنعقد عقود التجارة الإلكترونية، في اللحظة التي يعلن فيها الموجه إليه الإيجاب عن قبوله، حيث تتوافق الإرادتان و به يتحقق وجود العقد وبغض النظر عن علم الموجب بالقبول، أو عدم علمه ويمتنع على الموجب من وقت إعلان القبول أن يعدل عن إيجابه .

يميز بعض الفقه، بين ما إذا كان إعلان القبول الإلكتروني من خلال البريد الإلكتروني، حيث ينعقد العقد بمجرد تحرير القابل للرسالة الإلكترونية المتضمنة للقبول دون قيامه، بالضغط على زر الإرسال أو في الوقت الذي يعلن فيه القبول على شاشة حاسوبه،

سواء بكتابة عبارة معينة تدل على القبول، أو بالنقر على الإيقونة المخصصة للقبول على هذه الشاشة. [1]

ويحتفظ بها في جهاز الحاسوب الخاص به دون تصديرها، وذلك بالنقر على زر التوقف الموجود أعلى صفحة البريد الإلكتروني وعلى رغم ما تحضى به هذه النظرية من محاسن في مجال إبرام العقود التي تتم بصفة سريعة، وهو ما يتفق مع عقود التجارة الإلكترونية التي تقوم على السرعة، في المعاملات تلبية لمتطلبات الحياة التجارية، يعاتب عليها في أنها تتناقض ومنطق التوافق بين الإرادتين الذي هو قوام العقد، فالتعبير عن الإ رادة لا ينتج أثره إلا إذا علم به من وجه إليه، وبالتالي لا يكون للقبول أثر قانوني إلا من لحظة اتصاله بعلم الموجب، ويضاف إلى ذلك صعوبة إثبات صدور القبول من القابل ، إذا ما قام بإنكاره دون أن يتمكن الموجب من الحصول على دليل لإثبات ذلك القبول الموجود بين يدي القابل.

ب- <u>نظرية تصدير القبول:</u>

لا تكتفي هذه النظرية بإعلان القبول، بل تشترط أن يكون القبول نهائيا لا رجوع فيه بخروجه فعلا، من حوزة القابل الذي يتعذر عليه استرداده، وهي اللحظة التي يرسل فيها القابل قبوله سواء عن طريق إرسال رسالته الإلكترونية المتضمنة قبوله، عن طريق البريد الإلكتروني أو عن طريق إرسال موافقته، سواء بكتابة عبارة القبول أو بالضغط على إيقونة القبول، وبعد ذلك لا يستطيع القابل استرجاعها ودخولها في سيطرة الوسيط الإلكتروني لمقدم خدمة الإنترنت، ولا يشترط وصول الرسالة إلى صندوق البريد الإلكتروني الموجود في موقع . الموجب على شبكة الإنترنت لا تختلف هذه النظرية عن سابقتها – إعلان القبول – سوى أنها تضيف واقعة مادية وهي واقعة تصدير القبول، الذي يمكن اعتباره دليلا على أن القبول قد صار نهائيا لا رجعة فيه، لكن القول بذلك يجب عدم أخذه على إطلاقه، لأن هذه النظرية

[1] خالد ممدوح أبراهيم، المرجع السابق ، ص 362

لا تزيد أي مفعول قانوني جديد للقبول، في عقد التجارة الإلكترونية طالما أن للقابل إمكانية استرداد رسالته التي تتضمن قبوله قبل أن تصل إلى الموجب.[1]

ج : نظرية وصول القبول :

يذهب أنصار هذه النظرية إلى أن وقت انعقاد العقد هو وقت وصول الرسالة المتضمنة القبول إلى الموجب ، و المقصود بالوصول هنا السيطرة الفعلية للموجب على الرسالة المتضمنة للقبول بحيث تكون تحت تصرفه ، فالقبول هنا السيطرة الفعلية للموجب على الرسالة المتضمنة للقبول بحيث تكون تصرفه ، فالقبول بوصوله إلى مكان الموجب يصبح نهائيا لا يستطيع القابل استرداده، ومن ثم يعتبر العقد قد انعقد وذلك سواء أكان الموجب قد يعلم فعلا بالقبول أم لم يعلم به .

د –نظرية العلم بالقبول

يرى أصحاب هذه النظرية أن العقد ينعقد في اللحظة التي يعلم فيها الموجب بالقبول فعلا، ويتحقق ذلك في عقود التجارة الإلكترونية، باسترجاع الموجب للمعلومات الموجودة في رسالة البيانات، التي أرسلها القابل إليه، حيث يقوم بفتح بريده الإلكتروني والإطلاع على رسالة القابل، كون أن الأمر يتعلق بالتعبير عن الإرادة التي لا ينتج أثرها إلا إذا اتصل القبول بعلم من وجه إليه .ولما كان العلم الفعلي بالقبول من جانب الموجب، واقعة مادية محضة يصعب معها في الغالب إثباتها، وبالتالي يعتبر وصول رسالة القبول إلى البريد الإلكتروني الخاص بالموجب قرينة على علمه بالقبول، ولكنها قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس بكافة طرق الإثبات المتاحة في القانون.

هـ –نظرية تأكيد وصول القبول:

بالإضافة إلى النظريات الأربعة سابق ذكرها، فإن هناك نظرية خامسة ظهرت مع ظهور نظام التعاقد الإلكتروني، وهي نظرية تأكيد وصول القبول، فبموجب هذه النظرية فإن لحظة انعقاد العقد الإلكتروني هي لحظة تأكيد القبول، من قبل من وجه إليه الإيجاب بعد تمكينه من مراجعة قبوله، وعرض الموجب وتصحيح الأخطاء المحتملة، وإذا كان القبول

[1] خالد ممدوح ابراهيم ، المرجع نفسه ، ص 363

مجردا من تأكيد الواجب تصديره لصاحب العرض، فإنه لا يترتب عليه أثر بشأن انعقاد العقد.[1]

الفرع الثاني:

مكان انعقاد العقد الإلكتروني

إن لموضع تحديد مكان انعقاد العقد في البيئة الإلكترونية أهمية خاصة نظرا لتعلق المسألة بطبيعة الوسط الإلكتروني من جهة وبالصفة الدولية الغالبة على التعاملات التجارية الإلكترونية من جهة أخرى، مما يترتب على ذلك من آثار قانونية بالغة الأهمية كمعرفة المحكمة المختصة مكانيا في حالة وجود أي نزاع عن العقد والقانون الواجب التطبيق في حالة التنازع الدولي بين القوانين ويثير تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني صعوبة خاصة نتيجة صعوبة تحديد مكان إرسال واستقبال الرسالة لأنها تتم عبر فضاء الكتروني بالتالي يثور التساؤل حول مكان انعقاد العقد هل هو مكان إقامة المستهلك، أم المكان الذي استلم فيه الموجب القبول أو مكان نظام معالجة المعلومات؟

ومن أجل احتواء هذه الصعوبات ظهرت نظريتان في تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني نتعرض إليهما فيما يلي:

1/ نظرية محل إقامة الموجب

تقوم هذه النظرية على أن مكان انعقاد العقد الإلكتروني هو مكان علم الموجب بالقبول، لأنه هو المكان الذي ينعقد فيه العقد، حيث تربط هذه النظرية بين زمان انعقاد العقد ومكانه، ونظرا لكون مجلس العقد الإلكتروني هو مجلس افتراضي، فقد واجه أصحاب هذه النظرية

1 فاتح بهلولي، **النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في ظل التشريع الجزائري**، أطروحة دكتورة، جامعة مولود معمري– تيزوزو ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق، الجزائر 2017 ص 187

عقبة في تحديد المكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول، هل هو مكان تسجيل موقع الواب؟ أو مكان تواجد مقدم خدمة الإنترنت؟ أو مكان إقامة الموجب؟.[1]

يعاب على هذه النظرية، لأنها تؤدي إلى حرمان المستهلك – وهو الطرف الضعيف في العقود الاستهلاكية الإلكترونية – من الحصول على حقوقه، لأنه إن أ راد رفع دعوى فإن عليه أن يرفعها في محل إقامة المهني، وبالتالي لا يتمتع بالحماية القانونية التي يوفرها له قانونه الوطني الخاص بحماية المستهلكين

2-نظرية محل إقامة القابل

تقوم هذه النظرية على أن مكان إبرام العقد الإلكتروني، هو مكان إقامة القابل بغض النظر عن مكان الموجب، وهذه النظرية ذات أهمية في التطبيق لما توفره من حماية للمستهلك، باعتباره طرفا ضعيفا في العلاقة العقدية، وقد سيطرت هذه النظرية على العديد من القوانين المدنية التي أخذت بها كقانون الالتزامات الكندي والسويسري والإنجليزي وكذا القانون المدني السوري والمغربي والتونسي.

تعرضت هذه النظرية للنقد على أساس أنها تخل بمبدأ المساواة بين طرفي العقد بمحاباة المستهلك على حساب المورد، وما من شأنه تعرضه لمخاطر خضوعه لقانون غير قانون دولته، وملاحقته كمستهلك في دولة ومحكمة غير دولته ومحكمته الطبيعية.

رغم هذا الانتقاد، نرى من جانبنا أن هذه النظرية تتفق مع متطلبات التجارة الإلكترونية إذ أن أغلب العقود، التي تبرم عن طريق الإنترنت تتم بين طرفين أحدهما مورد، يتخذ في الغالب صورة شركات تجارية ضخمة، والثاني مستهلك – الطرف الضعيف – الذي يحتاج إلى حماية، فميزة هذه النظرية أنها تسمح للمستهلك أن يرفع الدعوى أمام محاكم الدولة التي يقيم فيها، كما أنها لا تحرم المستهلك من الحماية الاستثنائية التي توفرها له قوانين الدولة التي يقيم فيها، باعتبارها القوانين الواجبة التطبيق على العقد الإلكتروني، الذي يعتبر مكان إبرامه مكان إقامة القابل الذي يخضع لهذه القوانين من الناحية الإقليمية. [2]

---

[1] – فاتح بهلولي، المرجع السابق ، ص 97

[2] خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق ، ص 374

خلص أصحاب هذه النظرية إلى أن مكان إبرام العقد الإلكتروني، هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه –الموجب، وفي حالة وجود أكثر من مقر عمل للموجب، فالعبرة إما بالمركز الرئيسي للموجب أو بمقر العمل الأكثر اتصالا بمحل العقد وموضوعه، وفي حالة عدم وجود مقر عمل أصلا للموجب، فالعبرة بمحل إقامته العادي أو المعتاد، هذا ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، حيث يجوز تحديد مكان آخر بالاتفاق بينهما على أنه مكان ابرام العقد الإلكتروني الذي ينعقد بينهما.

الـفـصـــل
الـثـا نـــي

الفصل الثاني:

تنفيذ العقد الإلكتروني واثباته

ويترتب على تنفيذ عقد الإلكتروني نفس آثار عقد التقليدي وهي عدة التزامات تقع على عاتق كل من البائع) التاجر (كالتزامه بنقل الملكية، وتسليم المبيع، وضمان عدم التعرض والاستحقاق، وضمان العيوب الخفية، وأخرى تقع على عاتق المشتري) المستهلك كالتزامه بدفع الثمن والنفقات وتسلم المبيع .

سنتناول في هذا الفصل مبحثين نقتصر فيهما على أهم أوجه الخصوصية التي يثيرها التعاقد عبر الإنترنت في مرحلة التنفيذ الذي أصبح يتم بطريقة إلكترونية لا مادية مثلت وجها جديدا من أوجه الجدة والحداثة التي أوجدا التجارة الإلكترونية وعقودها .ويكون التقسيم كما يلي:

المبحث الأول :تنفيذ العقد الالكتروني

المبحث الثاني :إثبات العقد الالكتروني

المبحث الثالث: المسؤولية الناتجة عن التعاقد الالكتروني

المبحث الأول

تنفيذ العقد الإلكتروني

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

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

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

المطلب الأول:

التزام المتعاقد بتسليم السلعة أو بأداء الخدمة

قد يكون محل التزام المتعاقد على شبكة الانترنيت تسليم سلعة ما، وقد يلتزم بأداء الخدمة.

الفرع الأول:

التزام المتعاقد بتسليم السلعة

تقتضي القواعد العامة بأن تسليم المبيع هو أن يضع البائع أو من يمثله الشيء المبيع تحت تصرف المشتري، بحيث يستطيع أن يضع يده عليه، وان ينتفع منه بدون مانع.

أما في التعاقد الالكتروني فإن التزام المتعاقد بتسليم السلعة يأخذ إحدى الصورتين:

إما أن يحص التنفيذ بصورة كلية عبر شبكة الانترنيت وإما أن يتم تنفيذ العقد في بعض جوانبه خارج الشبكة.

وكذلك هذا الأمر بشأن السلع التي تسمح طبيعتها بأن تنقل بكلتا الطريقتين المادي والالكتروني، ولكن طرفي العقد اختارا التسليم المادي.

وعليه تعود عملية تسليم السلعة حسب طبيعتها، فقد تكون السلعة ذات كيان مادي ملموس كالمعدات والأجهزة الالكترونية وقد تكون أشياء ذات كيان معنوي أو اعتبار ليس لها

وجود مادي ملموس، مثل برامج الكمبيوتر، وقواعد البيانات أو القطع الموسيقية وغيرها، فيمكن في هذه الحالة أن يكون التسليم بالوسائل الالكترونية، بحيث يمكن نقل هذه البيانات أو المعلومات الكترونيا إلى المتعاقد بدون اللجوء إلى لطرق التقليدية في التسليم[1]

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 167 من القانون المدني على أن:" الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم" وينطبق هذا النص على كل

العقود الناقلة لحق عيني، كحق البيع مثلاً[2]، ونظرا لأن الالتزام بالتسليم يتفرع عن الالتزام بنقل الملكية فإن تبعة هلاك مرتبطة بالتسليم، وليس بانتقال الملكية، فالبائع في عقد البيع

[1]– تكون معظم هذه الأشياء خاضعة لحماية خاصة في القوانين المتعلقة بالملكية الفكرية والصناعية والأدبية، وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن مسألة الملكية الفكرية هي واحدة من تحديات التجارة الالكترونية، وتظهر هذه المشاكل خاصة في العقود الالكترونية الخاصة برخص المنتجات المباعة والمخزنة داخل النظم التقنية، كجزء من المبيع، وتثور أيضا مشكلة رخص الملكية الفكرية المعلقة مع المبيع وكذلك حقوق الملكية الفكرية في ميدان النشر الالكتروني، خاصة مع تزايد الاستيلاء على التصاميم التي يستخدمها موقع ما، وحقوق الملكية الفكرية على أسماء المواقع. وعلى ملكية المواقع نفسها معلى حقوق الملكية الفكرية بالنسبة للعلامات التجارية للسلع والأسماء التجارية وكذلك حقوق المؤلف على محتوى البرمجيات التقنية التي تنزل على الخط أو تسوق عبر مواقع التجارة الالكترونية، أن كل هذه المسائل استلزمت مراجعة شاملة للقواعد القانونية الخاصة بالملكية الفكرية وربطها بالأنظمة التجارية الدولية في ميدان البضائع والخدمات، لمزيد من التفصيل انظر المحامي يونس عرب التجارة الالكترونية www.arablaw.org

[2]– ولا ينطبق هذا الحكم على نقل الحقوق العينية العقارية التي يشترط القانون فيها الشكل الرسمي لانعقاد العقد، وهذا م لا يمكن تحقيقه في العقود المبرمة بالوسائل الالكترونية.

هو الذي يتحمل تبعة الهلاك الذي قد يحدث قبل التسليم ولو كانت الملكية قد انتقلت فعلا إلى المشتري، والمشتري هو الذي يتحمل تبعة الهلاك الذي قد يحدث بعد التسليم ولم لم تكن الملكية قد انتقلت إليه فعلا من البائع، ومرد ذلك هو أن الالتزام بالتسليم هو الالتزام بتحقيق نتيجة، وليس فقط الالتزام ببذل عناية، فإذا لم يتم التسليم فعلا لا يكون البائع قد نفذ التزامه[1].

فيما يتعلق بحالة المبيع ينبغي أن يتم تسليم المبيع على الحالة التي كان عليها وقت البيع، كما تنص على ذلك المادة 364 من القانون المدني الجزائري فإذا كانت سلعة ذات كيان مادي وكان المبيع شيئا معينا بالذات ينبغي أن يتم تسليمه بذاته.

أما إذا كان المبيع معينا بذاته فيرجع إلى اتفاق المتعاقدين جودة الشيء، فإن لم يتفقا، ولم يكن من الممكن استخلاص ذلك من العرف أو من طرف آخر، التزام البائع بتسليم صنف متوسط الجودة.

أما فيما يتعلق بمقدار المبيع، فقد عالج المشرع حالة نقص المبيع أو الزيادة فيه، في المادة 365 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه:" إذا عين في عقد البيع مقدار المبيع كان البائع مسؤولا عما نقص منه بحسب ما يقضي به العرف، غير أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع إلا إذا أثبت أن النقص يبلغ من الأهمية درجة لو كان يعلمها المشتري لما أتم البيع" وبالعكس إذا تبين أن قدر الشيء المبيع يزيد

1- محمد أمين الرومي ، المرجع السابق، ص118

عما ذكر بالعقد وكان الثمن مقدرا بحسب الوحدة، وجب على المشتري إذا كان المبيع غير قابل للتقسيم أن يدفع ثمنا زائداً إلا إذا كانت الزيادة فاحشة، وفي هذه الحالة يجوز له أن يطلب فسخ العقد، كل هذا ما لم يوجد اتفاق مخالف.

أما عن كيفية التسليم في العقود الالكترونية، فيتم بوضع المبيع تحت تصرف المتعاقد، بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، ولو لم يتسلمه تسليما ماديا، مادام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه، وغالبا ما يتم ذلك عبر البريد الالكتروني ومن التصور هنا أن تحدث بعض الصعوبات التي تتسبب في تأخر التسليم.

الملاحظ أنه بالنسبة للعقود المبرمة عبر الانترنيت أن تسليم الأشياء ذات الطابع المعنوي يتم بقيام البائع بتمكين المشتري من تحميل برامج الكمبيوتر محل العقد على القرص الصلب الخاص به أو قيامه بعرض الفيلم الذي يريد المتعاقد مشاهدته على شبكة الانترنيت، بحيث يتمكن هذا الأخير من مشاهدته[1]، أما زمان التسليم فقد ترك القانون الحرية للمتعاقدين في تحديد زمان التسليم، فقد يكون ذلك فور إبرام العقد أو بعد إبرامه في أجل معين أو في آجال متتالية، فإذا لم يوجد اتفاق على زمان التسليم، فيجب أن يتم التسليم فور الانتهاء من إبرام العقد، ويمكن أن يتأخر التسليم بعض الوقت حسب ما يقتضيه العرف وطبيعة المبيع[2]

1- أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق، ص103

2- تكون معظم هذه الأشياء خاضعة لحماية خاصة في القوانين المتعلقة بالملكية الفكرية والصناعية والأدبية، وتجدر الاشارة في هذا الصددالى أن مسألة الملكية الفكرية هي واحدة من تحديات التجارة

وبخصوص مكان التسليم فقد نصت المادة 368 من القانون المدني الجزائري على أنه:" إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك"، فطبقا لهذا النص فإن التسليم يتم حيث يوجد موطن المشتري طبقا للقواعد العامة، ويترتب على ذلك أن تبعة الهلاك أثناء الطريق تكون على البائع وليس على المشتري لأن التسليم لم يتم بعد[1].

ويمكن أن يتم التسليم بالنسبة للعقود التي يكون محلها شيئا معنويا في صندوق البريد الالكتروني، كمن يشتري كتابا أو مقالا أو قطعة موسيقية ويتم الاتفاق على أن يكون عن طريق تحميلها أو إرسالها في شكل إلكتروني وتكون نفقة تسليم المبيع على البائع في الأصل إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك.

الالكترونية وتظهر هذه المشاكل خاصة في العقود الالكترونية الخاصة برخص المنتجات المباعة و المخزنة داخل النظم التقنية ، كجزء
من المبيع، وتثور ايضا مشكلة رخص الملكية الفكرية المغلفة مع المبيع، وكذلك حقوق الملكية الفكرية في ميدان النشر الالكتروني خاصة مع تزايد الاستلاء على التصاميم التي يستخدمها موقع ما، وحقوق الملكية الفكرية على أسماء المواقع، وعلى ملكية المواقع نفسها، وحقوق الملكية الفكرية بالنسبة للعلامات التجارية للسلع والأسماء التجارية، وكذلك حقوق االمؤلفين على محتوى البرمجيات التقنية التي تنزل على الخط أو تسوق عبر مواقع التجارة الالكترونية، ان كل هذه المشاكل استلزمت مراجعة شاملة للقواعد القانونية الخاصة بالملكية الفكرية وربطها بالأنشطة التجارية الدولية في ميدان البضائع والخدمات.
لمزيد من التفصيل، أنظر، المحامي يونس عرب، التجارة الالكترونية،www.arablaw.org

1- أسامة أبو الحسن المجاهد، مرجع سابق، ص101-102

فإذا أخل البائع بالتزاماته بتسليم المبيع وفقا لما اتفق عليه، فيجوز للمشتري أن يطلب فسخ البيع مع التعويض عن الضرر الذي لحقه جراء ذلك، كما يستطيع أن يطالب البائع بالتنفيذ العيني[1] والذي يثير بدوره صعوبات كبيرة كون المتعاقدين عادة ما تفصل بينهما مسافات بعيدة[2].

الفرع الثاني:

التزام المتعاقد بتقديم الخدمة

هناك العديد من الخدمات التي تقدم على شبكة الانترنيت، ومن ذلك على سبيل المثال كما هو الأمر في حالة اللجوء إلى أحد الفنانين لتصميم موقع "SITE" على شبكة الانترنيت، إذ يتم إعداد تصميم هذا الموقع على جهاز الكتروني- كمبيوتر- وترسل الخدمة بالطريق الالكتروني أي عبر شبكة الانترنيت إلى جهاز المشتري.

1- أسامة أبو الحسن المجاهد، المرجع السابق، ص107-108

2- نص العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية في الفقرة 8 من البند 4 منه على ضرورة تحديد ضمانات وخدمات ما بعد البيع كما كرر ذلك في البند 12 بعنوان الضمانات وخدمة ما بعد البيع، وذلك بالنص على ضرورة تحديد كيفية تقديم خدمة ما بعد البيع، وذكر الضمانات التجارية والقانونية والإتفاقية تحديدا.

Garanties et services après-vente: -modalités de services après-vente et mention précise des garanties commerciales légales et contractuelles."
Voir Michel Vivant, Op.cit, annexe 1 contrat type de commerce électronique commerçant-consommateur (chambre de commerce et d'industrie de Paris)

بالإضافة إلى بعض الخدمات المتمثلة في الاستشارات بمختلف أنواعها القانونية منها والاقتصادية والطبية وسواها أو الاشتراك في بنوك المعلومات، فالتنفيذ في هذا الشأن يتم عبر شبكة الانترنيت[1].

ويلاحظ أن هذا الالتزام غالبا ما يكون مستمرا لفترة من الزمن، فعقد الاشتراك مثلا في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنيت لا يمكن تنفيذه في لحظة واحدة، بل يكون تنفيذه متتابع فترات زمنية مستمرة[2].

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

---

[1]– د/ خالد محمود، مرجع سابق، ص157

2– د/ فاروق محمد أحمد الأباصري،**عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنيت دراسة تطبيقية لعقود التجارة الالكترونية الدولية**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة 2002، ص87 وما يليها

وكقاعدة عامة، فإن التزام المورد بأداء خدمة هو التزام بتحقيق نتيجة ما لم يتضح من نصوص العقد وطبيعة الالتزام أن الأمر يتعلق ببذل عناية، لذلك لا يستطيع المورد التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي المتمثل في القوة القاهرة أو خطأ المضرور.

المطلب الثاني:

الالتزام بالوفاء الكترونيا

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

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

ويشترط في الثمن أن يكون مبلغا من النقد أو يكون معينا أو قابلا للتعيين وان يكون حقيقيا وليس صوريا ولا تافها.

ويتم دفع الثمن إما نقدا أو بموجب شيك أو تحويل مصرفي، ويمكن أن يتم دفع الثمن مرة واحدة، أو بطريقة مقسطة، وقد يكون دفع الثمن مؤجلا إلى وقت متفق عليه بين المتعاقدين[1].

غير أن الطابع المادي لهذه الوسائل لا يصلح لتسهيل التعامل الذي يتم في بيئة غير مادية كالعقود الالكترونية التي تتم في شبكة الانترنيت أي تزول المعاملات الورقية، ومن هنا كان لابد من البحث عن وسيلة سواء تتفق مع طبيعة التجارة الالكترونية والتي تتم عبر الانترنيت، ومن هنا ظهر ما يسمى بأنظمة الدفع والسداد الالكتروني[2].

وسوف ندرس فيما يلي هذا النوع الجديد من الوفاء من خلال فرعين نخصص الأول لدراسة خصائص الدفع الالكتروني، أما الثاني فيخصص لدراسة خصائص الدفع الالكتروني

الفرع الأول:

خصائص الدفع الالكتروني

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

1- خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص158

2-فاروق محمد أحمد الأباصري، مرجع سابق، ص97-98

الفقرة الأولى: من حيث طبيعته

يتميز الدفع الالكتروني بأنه من بين وسائل الوفاء التي تتم عن بعد، ويكون ذلك بإعطاء أمر الدفع عبر شبكة الانترنيت 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].

الفقرة الثانية: من حيث الجهة التي تقوم على خدمة الدفع الالكتروني

إن وجود نظام دفع الالكتروني لتسوية المعاملات التي تتم عبر شبكة الانترنيت يستلزم توافر شروط قانونية وفنية تتمثل فيما يلي:

- توفير بيئة تشريعية ملائمة تقر وتنظم أحكام الدفع الالكتروني (في القانون التجاري والمصرفي).
- توفير نظام مصرفي لإتمام عمليات الدفع وتسهليها، ويتوقف ذلك على توفير الأجهزة التي تقوم بإدارة مثل هذه العمليات.

1- فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص100

- توفير الإمكانيات الفنية والتقنية لتسهيل هذه العمليات[1].

وبتوافر هذه الشروط يصبح بإمكان المتعاقد أن يوفي بالتزاماته عن بعد من دون اللجوء إلى الوسائل المادية، وقد كانت أنظمة الدفع الالكتروني في بدايتها تعتمد على اتصال المتعاقد بحسابه لدى البنك، عن طريق موقعه على شبكة الانترنيت إذ يمكنه الدخول إليه وإجراء ما تتيحه له الخدمة، إلا أن هذا النمط تطور مع شيوع الانترنيت إذ أمكن الدخول من خلال الاشتراك العام عبر الانترنيت، عن طريق فكرة الخدمة المالية عن بعد أو ما يسمى بالبنوك الالكترونية[2]التي تعرف بأنها "تلك الأنظمة التي تتيح للزبون الوصول إلى حسابه وأية معلومات يريدها، والحصول على مختلف الخدمات والمنتجات المصرفية من خلال شبكة

1- تشير الإحصائيات في الجزائر أن 80% من التعاملات التجارية تتم نقدا وهذا راجع على تخوف البنوك من نظام الدفع الالكتروني، إذ أن أقل من 250 ألف شخص من بين 10 ملايين مالك لحساب يملك بطاقة للدفع فقط، وهو عدد قليل بالمقارنة مع الدول المجاورة، في حين وصلت فيه الدول المتقدمة إلى تخفيض نسبة استعمال النقد إلى 20 بالمائة وهي نسبة في انخفاض مستمر.

راجع 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، ص6

2- استخدم تعبير البنوك الالكترونية (Electronique Banque) أو بنوك الانترنيت كتعبير متطور وشامل للمفاهيم التي ظهرت مع مطلع التسعينات كمفهوم الخدمات المالية عن بعد أو البنوك الالكترونية عن بعد أو البنوك المنزلية أو البنوك على الخط.

المعلومات تربط بها جهات الحاسوب الخاص به أو أية وسيلة أخرى "فالبنوك الالكترونية بمعناها الحديث ليست مجرد فرع لبنك قائم يقدم خدمات مالية وحسب، بل هي مواقع مالية تجارية شاملة لها وجود على الخط والشبكة، ويلاحظ أن الشبكة التي تتم من خلالها الدفع الالكتروني يمكن أن يكون الاتصال بها مقتصرا على أطراف العقد Mono-fournisseur وهنا يفترض تواجد معاملات وعلاقات تجارية ومالية سلفا بين الأطراف، غير أن هذه الطريقة تستلزم عدم قصر إدارة الدفع الالكتروني عن طريق البنوك، بل كذلك عن طريق المؤسسات الخاصة الأخرى التي يتم إنشائها لهذا الغرض أو من خلال شبكة عامة حيث يتم التعامل بين أشخاص لا تربطهم رابطة من قبل Multi-fournisseur وتتم هذه الشبكة سواء كانت الجهة التي تقوم بإدارة الدفع الالكتروني خاصة أو عامة[1].

الفقرة الثالثة: من حيث وسائل الأمان الفنية

بما أن الدفع يتم من خلال فضاء معلوماتي مفتوح، فإن فرصة السطو على رقم البطاقة أثناء الدفع الالكتروني تكون قائمة، وهذا الخطر متواجد عن 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، فإن الدفع الالكتروني يكون مصحوبا بوسائل أمان فنية من شأنها أن تحدد المدين الذي يقوم بالدفع والدائن الذي يستفيد منه، فيتم بطريقة مشفرة باستعمال

1- فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص101

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 تدوال البيانات على الشبكة تم ابتكار نظام للوفاء يقوم على فكرة الأجهزة الوسيطة بإدارة عمليات الدفع لحساب المتعاقدين، وذلك بتسوية الديون والحقوق الناشئة عن التصرفات المختلفة الي تبرم بينهما.

وهذا من شأنه توفير الثقة بين أطراف التعامل ويضمن فعاليتها الأكيدة كوسيلة من وسائل الدفع التي تيسر التجارة الالكترونية[1].

الفرع الثاني: أنواع الدفع الالكتروني

يمكن للمتعاقد من خلال شبكة الانترنيت أن يقوم بالوفاء بمقابل ما قد تلقاه من المورد مستخدما إما الطرق التقليدية للوفاء في العقود التي تتم بين غائبين، أو طرق الوفاء المباشرة وذلك من خلال شبكة اتصال لاسلكية عبر الكمبيوتر[2] Télématique، وهذا ما يعرف بالدفع الالكتروني، ولهذا الأخير عدة طرق أهمها:

<u>أولا: الدفع عن طريق التحويل الالكتروني</u>

هذه الطريقة تتم بتحويل مبلغ معين من حساب المدين إلى حساب الدائن Télé–virement، دون اللجوء إلى استعمال بطاقات الدفع، فالعملية تتم بطريقة مباشرة عبر

1– فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص102

2– وهناك خدمة ظهرت حديثا وهي شراء السلع والخدمات وإضافة ثمنها على فاتورة الهاتف النقال.

الشبكة الالكترونية، حيث أن أمر الدفع تملكه الجهة التي تقوم على إدارة عملية الدفع الالكتروني، ومن أمثلتها استعمال الوسائط الالكترونية المصرفية، التي يستطيع بموجبها الزبون أن يطلب من البنك تحويل مبلغ من المال إلى رصيد البائع مقابل الخدمة أو السلعة التي اشتراها عبر الانترنيت، حيث يتم الاتصال بالبنك بواسطة الهاتف المصرفي[1].

ثانيا: الدفع بالبطاقات المصرفية Télépaiement par carte:

وهي عبارة عن بطاقات بلاستيكية ومغناطيسية يصدرها المصرف لصالح عملائه بدلا من حمل النقود، وهي مستطيلة الشكل تحمل إسم المؤسسة المصدرة لها وشعارها، كما تحمل توقيع حاملها بشكل بارز، وتحمل بصورة خاصة: رقمها وإسم حاملها، ورقم حسابه وتاريخ انتهاء صلاحيتها.

وبفضل هذه البطاقة يستطيع حاملها أن يحصل على ما يحتاجه من سلع وخدمات، ومن دون أن يضطر إلى وفاء الثمن فورا، سواء نقدا أو بالشيك[2]، انما يكتفي بتقديم بطاقته إلى المورد الذي يدون بياناتها عادة باستخدام آلة طابعة الكترونية أو يدوية وإرسالها بياناتها المتعلقة بحسابه المصرفي مما يمكن للمورد من اقتطاع الثمن من حساب العميل.

وأهم هذه البطاقات ما يلي:

1- محمد أمين الرومي،المرجع السابق، ص142

2- محمد أمين الرومي،المرجع السابق، ص130

أ- بطاقات الوفاء Carte De Paiement:

تخول لحاملها تسديد مقابل مشترياته من سلع أو خدمات، حيث يتم تحويل ذلك المقابل من حساب العميل إلى حساب المورد.

فهذه البطاقة تعتمد على وجود أرصدة فعلية للعميل إلى حساب المورد.

وهذه البطاقة تعتمد على وجود أرصدة فعلية للعميل لدى المصرف، ولذلك فهذا النوع من البطاقات لا يتضمن أي نوع من أنواع الائتمان، وإنما تحمل تعهدا من المصرف مصدر البطاقة بتسوية الدين بين حامل البطاقة والمورد وإن كان هناك رصيد لحامل البطاقة[1].

ب- بطاقة الائتمان Carte de Crédit:

وتخول هذه البطاقة لحمالها إمكانية الحصول على السلع والخدمات عن طريق استخدامها، بحيث يحصل المورد على الثمن من المصرف الذي يتولى تسديد قيمة السلعة أو الخدمة، يقوم بعد ذلك بمطالبة العميل بالتسديد خلال الأجل المتفق عليه.

والجهات المصدرة لهذه البطاقة تحصل على فوائد مقابل توفير اعتماد لحاملها ولذلك هذه البطاقات هي أداة ائتمان حقيقية، فضلا عن كونها أداة للوفاء.

ولا تمنح المصارف أو البنوك هذه البطاقات إلى عملائها إلا بعد التأكد من ملائمتهم، كأن يكون للعميل ودائع تضمن المبلغ الذي سحبه، أي بمعنى الحصول منه على ضمانات عينية أو شخصية كافية[1].

1- عبد الفتاح بيومي الحجازي، المرجع السابق، ص113-114

ج- بطاقات الشيكات Chèque Garante card:

تصدرها المصارف والبنوك لمصلحة عملائها من حاملي الشيكات، ويضمن البنك بمقتضاها الوفاء في حدود معينة بقيمة الشيك الذي يصدره حاملها، ولذلك يتعين على حامل البطاقة، عند سحب الشيك لأحد الموردين، إبرازها وتدوين رقمها على ظهر الشيك، وعلى المورد أن يتحقق بطبيعة المال من مطابقة البيانات المدونة على البطاقة مع البيانات المدونة على الشيك.

ثالثا: الدفع بالنقود الالكترونية Monnaie électronique:

يصطلح على تسميتها أيضا بالنقود الرقمية أو الرمزية أو النقود القيمية.

وتعرف النقود الالكترونية بأنها نوع جديد من العملة، فهي بديل الكتروني للنقود، قابل للتخزين والتداول مع عدم قابلية تزييفه، فالنقود الالكترونية ليست نقوداً ذات طبيعة مادية كالدولار واليورو، والجنيه والليرة والدينار، وسواها من أنواع العملات الورقية أو المعدنية، وإنما هي عبارة عن أرقام يتم نقلها من الكمبيوتر الخاص بالمصرف إلى الكمبيوتر الخاص بالمشتري، ومنه إلى الكمبيوتر الخاص بالبائع أو المورد عن طريق القرص الصلب المثبت

1- ذهب جانب من فقهاء القانون المدني إلى أن هذه البطاقة تشبه ذات النظم القانونية التي تحكم حوالة الدين أو الحق، أو تلك التي تحكم الاشتراط لمصلحة الغير.

على جهاز الكمبيوتر، ويستطيع بعد ذلك المورد أن يحول النقود الالكترونية التي أضيفت إلى حسابه إلى نقود حقيقية عن طريق المصرف.

ولكن بالرغم ما تقدمه فكرة النقود الالكترونية أو الافتراضية[1] من تسيير للتجارة عبر الانترنيت، فإن هذه التقنية لا تخلو من المخاطر، فمن ناحية فإن حائز هذه النقود الالكترونية ليس في مأمن من حادث فني يترتب عليه مسح ذاكرة جهازه، وهنا سوف يفقد كل نقوده التي بحافظة النقود الالكترونية دون رجعة، ومن ناحية أخرى فإنه في حالة إفلاس من أصدر هذه النقود، فإن العميل يتعرض لخطر عدم استرداد قيمة الوحدات التي لم يستعملها بعد، كما يتعرض المورد لخطر عدم استيفاء الوحدات التي حولها له العميل.

بالنسبة للجزائر

نجد أن الجزائر مازالت بعيدة نوعا ما مقارنة مثلا بجيرانها تونس في مجال التفاوض المصرفي الالكتروني رغم اهتمام الحكومة الجزائرية بقطاع البريد وتكنولوجيا الإعلام والاتصال، بحيث ظهرت في أواخر التسعينات شركة "ستيم Stim" وهي شركة ذات أسهم تابعة للبنوك الجزائرية والتي ساهمت في وضع حلول في مجال التحويلات الالكترونية ما بين البنوك الذي دخل حيز التنفيذ منذ 1997م، أين عملت الجزائر مع وضع قناة وطنية للموزعين الأوتوماتيكيين للأوراق المالية التي تنخرط فيها البنوك للاستفادة من هاته الخدمات.

1- فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص105

كما ينص قانون القرض والصرف رقم 2003/11 في مادته 69 منه على اعتراف باستعمال كافة وسائل الدفع التي تسمح للأشخاص تحويل الأموال مهما كانت الدعامة أو الطريقة المستعملة وبالرجوع إلى ذهنية المشرع الجزائري نجده دائما يستعمل عبارات عامة لا دقيقة فهو لم يشر إلى نوعية الطريقة المستعملة في حد ذاتها وإنما أثار بطريقة ضمنية وسيلة الدفع مهما كان نوعها تقليدية أو الكترونية.

وهنا نجد أن بنك BADR و CPA قد وفرا خدمة الدفع بالبطاقات البنكية وهي متاحة للاستعمال خاصة في المساحات المفتوحة بالنسبة لعملية الدفع الالكتروني تقتضي وجدود بيانات هذه الأخيرة تسمى بالبيانات الالكترونية حيث أن العلاقة الثلاثية التي تنشأ عن الدفع الالكتروني تتم بإرسال بيانات سواء تعلق الأمر بمعلومات خاصة بالمشتري عن طريق إرسال شيك الكتروني أو عن طريق رقم بطاقة الدفع أو بالتحويل المالي، ما بين البنوك وقد كتب الفقيه الفرنسي « MILOR » سنة 1962م، أن للكمبيوتر شراهة لجمع المعلومات على نحو لا يمكن وضع حد لها وما يتصف به من خفة ومن عدم نسيان ما يخزن فيها الأفراد لنظام رقابة صارم ويتحول المجتمع بذلك إلى عالم شفاف تصبح فيه بيوتنا ومعاملاتنا المالية وحياتنا عقلية وجسمانية عارية.

المبحث الثاني

إثبات في العقد الإلكتروني

أتاح التطور التقني في وسائل الاتصال الحديثة إبرام العقود عبر شبكة الانترنت مما أدى الى ظهور نوع جديد من الكتابة والتوقيع اللذين يتميزان بالطابع الإلكتروني، حيث يتم تبادل رسائل البيانات عبر شبكة الانترنت وتحميلها على دعامات الكترونية فإن الواقع العملي فرض ضرورة إعادة النظر في المبادئ التقليدية للإثبات، خاصة ما يتعلق منها بالتوقيع في الشكل التقليدي، حيث أن عملية التحول من الدعامة المادية إلى لدعامة الالكترونية، يثير التساؤل حول التحديات التي تواجه اثبات العقود الالكترونية؟ وكيف يتم اثبات التصرفات القانونية عند نشوب نزاع بشأ؟ وما مدى اعتبار ما يتم تدوينه على الوسائط الالكترونية من قبيل الكتابة المعتدا في الإثبات ومدى حجيتها عند تمسك أحد الأطراف او ماهي طرق الطعن في صحة المحررات الالكترونية .ماهي وما مدى امكان النظام القانوني للإثبات ان يستوعب هذه الانماط المستجدة من وسائل اثبات التعاقد؟ وسنجيب على هذه الاسئلة من خلال تقسيم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب كما يلي:

المطلب الأول :الكتابة الالكترونية

المطلب الثاني :التوقيع الالكتروني

المطلب الأول:

مفهوم الكتابة الإلكترونية

نعني بالمفهوم التقليدي للكتابة ذلك المفهوم الذي يحصر الكتابة في طابع مادي بحت سواء من حيث الدعامة التي تدونها على الورق أو من حيث الأداة التي تكتب بها، وهو مفهوم بلا شك يتعارض مع استخدام التقنيات الحديثة التي تتسم بطابع غير مادي، إلا إذا تم ترويضه وحصره في أضيق نطاق ممكن وإضفاء بعض المرونة عليه بشكل يجعله يستوعب هذه التقنيات الجديدة،

الفرع الاول: تعريف الكتابة الإلكترونية

أورد القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية المقصود بمفهوم الكتابة، حيث أشار إلى أنه يشمل رسالة البيانات، إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا(1)، وهذا يعني أن أي وثيقة ينطبق عليها هذا المفهوم، تعد وثيقة كتابية.

حيث نصت المادة الخامسة منه على أنه لا تفقد المعلومات مفعولها القانوني أو صحتها لمجرد أنها في رسالة بيانات، كما نصت المواد (8،7،6) منه على تحديد المعيار الأساسي الذي يجب توفره في رسالة البيانات حتى تستوفي الوظائف التي تقوم بها الكتابة التقليدية

من حيث قبول أطرافها بالإلتزام الوارد بها، و ضمان سلامة المعلومات من التعديل و التحريف.

ويشهد الفقهاء للمشرع الفرنسي بأنه كان لسباق في وضع مقاربة واقعية، وشاملة لحل مشكلة الإثبات إلكترونيا، فقد نصت المادة 1316 من التقنين المدني الفرنسي على أن الاثبات الخطي، أو الإثبات بالكتابة ينتج عن تتابع للحروف، للخصائص، للأرقام و لكل رمز أو إشارة مخصصة لعلامة مفهومة واضحة، أيا ما كانت دعامتها و شكل إرسالها. [2]

---

[1] المادة 1/10/أ من قانون اليونيسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، لسنة 1996

[2] لزهر بن السعيد، المرجع السابق ، ص 142

ويتضح لنا من هذا النص أن المشرع الفرنسي قد تبنى تعريفا موسعا للإثبات عن طريق الكتابة ليشمل كل أنواع الكتابة، وهي نوعان، الكتابة على الدعامة الورقية و الكتابة على الدعامة الإلكترونية.

أم المشرع الجزائري فلم يعرف الكتابة، رغم أنه أقر الإثبات بها، كما أنه لم يعطي أي إهتمام بتحديد دعامة الكتابة، حيث نص القانون المدني رقم 05-10، المعدل و المتمم للقانون المدني في المادة 323 مكرر، على مايلي : " يتنج الإثبات بالكتابة من تسلل حروف، أو أوصاف ، أو أرقام، أو أية علامات، أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها ، و كذا طرق إرسالها ".

كما ساوى المشرع الجزائري في نص المادة 323 مكرر [1] بين الإثبات بالكتابة على دعامة ورقية، و الكتابة على الدعامة إلكترونية بشروط، عند قوله: " يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني، كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، و أن تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها ".

وعليه فإن الكتابة الإلكترونية مقبولة في الإثبات بنفس الحجية المعطاة للكتابة على الدعامة الورقية بشرط إمكانية تحديد الشخص الذي أصدرها، و أن تكون قد تم في ظروف تضمن سلامتها من أي تغيير أو تعديل أو تزوير.

وجاء قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم : 15 لسنة 2004، بتعريف الكتابة الإلكترونية بالقول أنها:" كل حروف، أو أرقام، أو رموز، أو أية علامات أخرى تثبت على الدعامات إلكترونية، أو الرقمية، أو صوتية، أو أية وسائل أخرى مشابهة و تعطي دلالة قابلة للإدراك".

[1] المادة 323 مكرر و 323 مكرر 1 من القانون المدني المعدل و المتمم رقم 05-10

الفرع الثاني : الشروط المطلوب توافرها في الكتابة الإلكترونية

أجمع الفقه على جملة من الشروط التي يجب أن تتوافر في الكتابة حتى يمكن الإعتداد بها قانونا في الإثبات، نذكرها فيمايلي:

اولا :أن تكون الكتابة مقروءة:

يقصد بهذا الشرط أن يكون المستند المتضمن الكتابة المراد جعلها دليلا ناطقا بما فيه ليتسنى فهمه و استيعابه و إدراك محتواه، وكذا أن يمكن انسابه إلى صاحبه.

يرى جانب من الفقه أن شرط إمكانية قراءة و فهم المحرر، ينطبق على المحررات الإلكترونية التي يتم تدوينها عبر الوسائط الإلكترونية بلغة الآلة التي لا يمكن أن يقرأها الإنسان بشكل مباشر، بل لابد من إيصال المعلومات إلى الحاسب الآلي الذي يتم تغذيته ببرامج لها القدرة الكافية على ترجمة لغة الآلة إلى اللغة المقروءة للإنسان.[1]

ثانيا: إستمرارية الكتابة و دوامها

استمرارية الكتابة تعني أن يتم التدوين على وسيط له القدرة على تثبيت الكتابة عليه و الحفاظ عليهما كما هي، واستمرارها إلى حين يمكن الرجوع إليها وقت الحاجة، و هو ما يتحقق على الدعامة الإلكترونية بواسطة عدة طرق متطورة باستمرار، مثل حفظها بالبريد الإلكتروني، أو على ذاكرة الحاسوب، أو الأقراص الممغنطة.

[1] المادة 1/10/أ من قانون اليونيسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، لسنة 1996.

و تناول قانون اليونيسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية هذه الشروط الواجب توافرها في المستند الإلكتروني بنصه على مايلي: " الإطلاع على المعلومات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقا"[1].

ثالثا :عدم قابلية الكتابة للتعديل

يقصد به حفظ المستند الكتابي دون أي تعديل أو تغيير من حذف، أو محو، أو حشو، حتى يمكن الاعتداد بالمحرر الكتابي ، فقيمة المحرر في الإثبات تقرر بمدى سلامته من عيب يصيب شكله الخارجي، وهذا ما قضت به المادة 1/40/ب من قانون اليونسيترال النموذجي بنصها على أن " الاحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشئت،أو أرسلت،أو استلمت به ، أو بشكل يمكن إثبات أنه يمثل بدقة المعلومات التي أنشئت، أو أرسلت، أو استلمت."

من خلال تعداد الشروط المذكورة أعلاه لم يبقى أدنى شك في اعتبار المحررات الإلكترونية من الأدلة الكتابية للإثبات، و لا تختلف عن الكتابة التقليدية في القوة الثبوتية ، بحيث تتوفر على إمكانية القراءة و الاستمرارية و الثبات، و إمكانية الرجوع إليها عند الاقتضاء، وعدم قابليتها للتعديل، إلا بترك أثر واضح يدل على ذلك. وعليه فإن اختلاف الأداة المستخدمة و الوسيط المستعمل لا يؤثر على قيمة الوثيقة الإلكترونية في الإثبات.

[1] المادة 1/10/ب من قانون اليونيسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، لسنة 1996.

المطلب الثاني

التوقيع الإلكتروني

اولا. تعريف التوقيع الإلكتروني

نشأ مصطلح التوقيع الإلكتروني نتيجة ازدهار التجارة الإلكترونية، والحاجة إلى تحديد هوية كل طرف من أطراف العقد المبرم عبر وسائل الاتصال، ومعرفة ما إذا كان قد انصرفت ارادة كل طرف إلى الموافقة على مضمون المحرر الذي أفرغ فيه ذلك العقد.

قامت بعض المنظمات الدولية والإقليمية بوضع نصوص قانونية نموذجية، تهدي بها الدول الأعضاء فيها في وضع تشريعاتها الوطنية، وقدمت في ظلها مجموعة من التعريفات للتوقيع الإلكتروني، فنجد مثل قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام 2001، قد عرف في مادته الثانية الفقرة (أ) التوقيع الإلكتروني على أنه" بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات.

عرفه التوجيه الأو ر وبي رقم93

بأنه" توقيع إلكتروني يعني بيانات في شكل ([1]بالتوقيع الإلكتروني في المادة2 إلكتروني متصلة أو مرتبطة منطقيا مع بيانات إلكترونية أخرى، والتي تعمل كطريقة للتصديق".

لم تخرج عن هذه التعريفات التشريعات الوطنية للدول التي أصدرت حتى الآن أو في طريقها لإصدار، القوانين المتعلقة بالمسائل التي تدخل ضمن مفهوم التجارة الإلكترونية

من القانون المدني الفرنسي، المعدلة والمضافة بقانون / وعليه فقد ع رفت المادة1316 ، 2000)الصادر في 13 مارس 2000 التوقيع الإلكتروني الفرنسي رقم230

بصفة عامة بأنه" التوقيع الضروري لإتمام التصرف القانوني الذي يميز هوية من وقعه، ويعبر عن رضائه بالالتزامات التي تنشأ عن التصرف، عندما يكون إلكترونيا، فيجب أن يتم)باستخدام وسيلة آمنة لتحديد هوية الموقع وضمان صلته بالتصرف الذي وقع عليه"

كما عرفته المادة/1 ج من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة2004

الصادر في 22 أبريل 2004 ، بأنه" ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشا رات أو غيرها، ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع.

[1] مخلوفي عبد الوهاب، **التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت**، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوره في الحقوق، تخصص (قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة،. 2012 ص19

كما جاء في القانون المستحدث للتجارة الإلكترونية انه لا يمكن للمستهلك الإلكتروني أن يرفض توقيع وصل الإستلام .[1]

ثانيا: صور التوقيع الإلكتروني

ان إختلاف التقنيات المستخدمة في تشغيل منظومة التوقيع الإلكتروني أدت إلى ظهور أشكال مختلفة له، فكل تقنية تستخدم في أحداث أو إنشاء توقيع إلكتروني يكون لها بالطبيعة منظومة تشغيل تختلف عن الأخرى.

فهناك تقنية قد تعتمد على منظومة رقمية أو منظومة إشارات أو حروف، ومنها ما يعتمد فيها على الخواص الفيزيائية والطبيعة و السلوكية للأشخاص.

ومما لاشك فيه أن لكل تقنية يتم اعتمادها في تشغيل منظومة إشارات أو حروف، ومنها ما يعتمد فيها على الخواص أن لكل تقنية يتم اعتمادها ففي تشغيل منظومة التوقيع درجة ثقة و أمان قانونيتين مساوية للتوقيع التقليدي أو حجية تفوق هذل الأخير.

وقياس مستوى الأثر القانوني الذي يتركه التوقيع الإلكترونية يرتكز أساسا على قدرة منظومة التوقيع الإلكتروني على تحقيق وظيفتي التوقيع وهما هوية الشخص الموقع و مدى التعبير عن إرادته في الإلتزام بمضمون المسند الإلكتروني.

1 قانون رقم 18-05 مؤرخ في 10 ماي 2018 يتعلق التجارة الإلكترونية الصادر في الجريدة الرسمية رقم 28 المؤرخة في 16 ماي 2018.

ولتقدير مستويات الأثر القانوني للتوقيع الإلكتروني، فإن ذلك يوجب عاينا التطرق لكل تقنية على حدى من خلال أشكال التوقيع الإلكتروني، والتي نتعرض لها من خلال الأشكال أو الصور المتعامل بها في منظمة التوقيع الإلكتروني .

1/- التوقيع بالرقم السري (البطاقة الممغنطة):

وتعرف أيضا بالتوقيع باستخدام السحب الآلي.

يعتبر التوقيع باستخدام الرقم السري أول شكل أظهرته التقنيات التكنولوجية الحديثة للتوقيع الإلكتروني الأكثر شيوعا. وهذا الشكل من التوقيعات الإلكترونية ابتكرته التقنيات الحديثة المستخدمة من أجل الإسراع في ترتيب الأثر القانوني ، و تحقيق غاية الأطراف المتعاقدة في المعاملات البنكية.[1]

ولكي يتم تشغيل منظومة التوقيع الإلكتروني بواسطة الرقم السري و البطاقة الممغنطة لإتمام العملية، تتطلب التقني الخاصة بعملية التشغيل من العميل إتباع الإجراءات التالية:

الأول: إدخال البطاقة الخاصة بالعميل: و تحتوي البطاقة على البيانات الخاصة به بالجهاز.

الثاني: إدخال الرقم السري (الذي يعد بمثابة التوقيع)وذلك بكاتبة بواسطة لوحة المفاتيح الموجودة على الجهازالآلي.

1 إلياس نصيف، المرجع السابق، ص 245

الثالث: إعطاء الأمر للجهاز الآلي: وذلك من أجل سحب النقود أو إيداعها أو لتسديد ثمن السلعة أو الخدمة.

أ/- التوقيع بالقلم الإلكتروني

يستخدم في هذه الصورة قلم يمكنه الكتابة على شاة الحاسوب، عن طريق برنامج معلوماتي يتيح التقاط التوقيع و التحقق من صحته. وعندما يقوم المستخدم بتحريك القلم على الشاشة و كتابة توقيعه، يلتقط البرنامج حركة اليد، و يظهر التوقيع على الشاشة بسماته الخاصة، التي تميز صفات الموقع، كما هو الأمر في الكتابة العادية.

وتوفر هذه الصورة من صور التوقيع الإلكتروني، مزايا مهمة نظرا لسهولة استعمالها . إلا أن استعمال هذه الطريقة محفوف بالعديد من المشكلات، ومن أهمها : مشكلة إثبات العلاقة بين التوقيع و المحرر،حيث لا توجد طريقة تمكن من إثبات هذه الرابطة،إذ بامكان المرسل إليه الاحتفاظ بنسخة من التوقيع الذي وصله على أحد

المحررات الإلكترونية، ومن ثم يعيد وضعه على أي محرر آخر ما قد ينشأ عنه انعدام الثقة و الأمان في هذه الصورة من التوقيع الإلكتروني.[1]

يرى بعض الفقه أن التوقيع بالقلم الإلكتروني تور مزايا لا يمكن إنكارها، بسبب أنها عملية سهلت الاستعمال، بحيث يتم تحول التوقيع التقليدي إلى شكل إلكتروني . غير أنه ما يعاب

[1] فاتح بهلولي ، المرجع السابق ، ص 339

على ها النوع من التوقيع أنه يحتاج إلى جهاز كمبيوتر له مواصفات خاصة، كما يحتاج إلى جهة توثيق إضافية لإتمام عملية التوقيع بشكل صحيح.

2/- التوقيع البيومتري:

يتم هذا التوقيع عن طريق استخدام الخواص الذايتة للشخص، مثل بصمة العين، بصمة الصوت، أ, بصمة الأصبع، و يتم تخزين هذه البصمات بصورة رقمية مضغوطة، بحيث يكون العمل بها من خلال إدخال العميل للمعلومات للحاسب أو الوسائل الحديثة، مثل التقاط صورة دقيقة لعين المستخدم، أو صوته،أو يده، و يتم تخزينها بطيقة مشفرة في ذاكرة جهاز الكومبيوتر ليقوم بعد ذلك بالمقارنة بين الصفة الذاتية للشخص مع تلك المخزنة به.بحيث لا يتن اصدار أمر بفتح القفل المغلق، إلا بعد أن تتطابق هذه البصمة على البصمة المخزنة و المبرمجة في ذاكرة الكومبيوتر.

إرتباط هذه الخواص بالإنسان تسمح بتمييزه عن غيره بشكل موثوق به إلى أقصى حد، ما سهل من استخدامها في التوقيع على العقود الإلكترونية المختلفة، وهذا النوع من التوقيع مثل باقي الأنواع يزداد الوثوق به بحسب درجة التطور التكنولوجي الذي يؤمن انتقاله دون تعرضه لأي تلاعب يمس بمحتواه.[1]

[1] فاتح بهلولي ، المرجع السابق ، ص 339

ثالثا :شروط حجية التوقيع الإلكتروني

تتطلب النصوص القانونية التي تنظم عملية التوقيع الإلكتروني مجموعة من الشروط يمكن إضفاء الحجية على ذلك التوقيع، وتتمثل هذه الشروط أساسا في كون التوقيع حتى مقصورا على صاحبه، وخاضعا لسيطرته المطلقة، وقابليته للتحقق من صحته، وفي الأخير يجب أن يكون التوقيع الإلكتروني مرتبطا بالبيانات التي يثبتها.

يحدد القواعد العامة – ورد ذكر هذه الشروط في المادة 7 من قانون رقم15 /04 المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين الجزائري، التي تنص على أن" التوقيع الإلكتروني الموصوف هو التوقيع الإلكتروني الذي تتوفر فيه المتطلبات الآتية:

أن تكون بيانات إنشاء التوقيع الالكتروني مرتبطة بالشخص الموقع.

*أن تكون بيانات إنشاء التوقيع الالكتروني خاضعة لسيطرة الشخص الموقع.

*إمكان اكتشاف أي تغيير في التوقيع الالكتروني.

*أن يكون الغرض من التوقيع تأكيد سلامة المعلومات التي يتعلق بها وإمكان اكتشاف أي تغيير يجري بتلك

المعلومات بعد التوقيع عليها[1].

[1] المادة 7 من القانون رقم : 15-04 ، **يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين**

المطلب الثالث

السجل الإلكتروني

يعد السجل الإلكتروني من الأمور الهامة التي يتعين مراعاتها في مجال التبادل الإلكتروني للبيانات، حتى إذا ثار نزاع بين أطراف التعامل أمكن حينئذ إقامة دعوى لإثبات الحق بناء على ما سجل من بيانات متبادلة داخل الكمبيوتر، ويمكن تثبيت سجل العمليات الإلكترونية بالدفاتر التجارية التي يلزم المشرع التجار بإمساكها، و إثبات معاملاتهم التجارية فيها.

ونظرا لأهمية السجل الالكتروني في توثيق المعاملات الإلكترونية، فإن اتفاقيات الدولية و التشريعات الوطنية الخاصة بالتجارة الإلكترونية تشترط وجود سجل إلكتروني ، فقد نص التوجيه الأوربي في المادة (1/10) على أن الشخص الذي يعرض منتجات أو خدمات من خلال نظم معلومات يمكن للجمهور الوصول إليها يلزم بأن يوفر وسائل لتخزين، أو طباعة العقد.

و السجل الإلكتروني للمعاملات التجارية باعتبارها وسيلة لحفظ المعلومات المتبادلة بين أطراف التعامل، و توثيق المدونة فيه، يعتبر جزءا أساسيا من نظام التبادل الإلكتروني للبيانات.

و سوف نتناول في هذا الفرع تعريف السجل الإلكتروني، و نبين مزاياه ثم بعد ذلك نتعرض لحجيته في إثبات عقود التجارة الإلكترونية.

الفرع الأول: تعريف السجل الإلكتروني

عرف القانون الأردني للمعاملات الإلكترونية السجل الإلكتروني في المادة 2 منه بأنه " القيد أو العقد أو رسالة المعلومات التي يتم إنشاؤها و إرسالها أو تسليمها أو تخزينها بوسائل إلكترونية .

وقد عرف قانون المعاملات الإلكترونية لإمارة دبي، السجل الإلكتروني في المادة (2) بأنه" سجل أو مستند إلكتروني يتم إنشاؤه أو تخزينه أو استخراجه أو نسخه أو إرساله أو إبلاغه أو استلامه بوسيلة إلكترونية على وسيط ملموس، أو على وسيط إلكتروني آخر .ويكون قابلا للاسترجاع بشكل يمكن فهمه.

أما قانون البحريني الخاص بالمعاملات الإلكترونية لسنة 2002 فقد عرف السجل الإلكتروني بأنه " السجل الذي يتم إنشاؤه أو إرساله أو تسليمه أو حفظه بوسيلة إلكترونية.

ويتضح من هذه التعريفات أن السجل الإلكتروني يشمل أي حامل أو وسيط أو دعامة معدة لإنشاء البيانات، و المعلومات أو حفظها أو إرسالها أو استلامها إلكترونيا، و يتمثل الهدف من استخدام السجل الإلكتروني في توثيق المعلومات بطريقة تضمن سلامتها واسترجاعها كاملة عند اللزوم.[1]

الفرع الثاني: مزايا السجل الإلكتروني

للسجل الإلكتروني مجموعة من الإيجابيات التي نذكر أهمها:

[1] مخلوفي عبد الوهاب ، المرجع السابق، 225

1-السجلات الإلكترونية أنها تحتاج إلى حيز مكاني أقل حجم المكان اللازم لهذه السجلات، و نظرا لأن تبادل البيانات يتم بنظام إلكتروني فإنه يتم تجميع كميات ضخمة من المعلومات في قرص أو أسطوانة مضغوطة لا تشتغل أي حيز يذكر.

2-إن سجلات الكمبيوتر يصعب تغيرها أو تحريفها أو تزويرها مقارنة بالسجلات الورقية، إذ أنه باستخدام التشفير المناسب للبيانات يصعب على أي شخص غير مرخص له أن يصل أو يغير أو يزور مستندات محفوظة إلكترونيا.

3-إن السجل الإلكتروني يمكن اعتباره كدليل في الإثبات يقدم إلى المحاكم وذلك في حالة وجود شك أو خلاف بين الأطراف المتعاقدة، مع الكفالة حق القاضي في تقدير و تقييم حجية تلك السجلات الإلكترونية في الإثبات، كما يمكن للمحكمة الاستعانة بأهل الخبرة لاستجلاء الأمر.

4-كما أنه باستخدام السجلات الإلكترونية يمكن التخلص من مشاكل وسائل الحفظ التقليدية. [1]

الفرع الثالث: حجية السجل الإلكتروني في الإثبات

اعترفت تشريعات التجارة الإلكترونية الحديثة للسجلات الإلكترونية بإمكانية أداء نفس وظائف الدفاتر التجارية الورقية، حيث تكون مقروءة للجميع، و يمكن الحصول على عدة نسخ منها ،بيد كل طرف نسخة، مع إمكانية الاحتفاظ بها فترة من الزمن دون تلف، و توفر الأمان و من أهم التشريعات:

[1] مخلوفي عبد الوهاب ، المرجع السابق، 225

1-قانون إمارة دبي للمعاملات و التجارة الإلكترونية:

اشترط قانون إمارة دبي للمعاملات و التجارة الإلكترونية لكي يكون للسجل الإلكتروني لرسائل البيانات، و المعلومات المتبادلة إلكترونيا حجية ، أن يتم حفظ السجل بطريقة إلكترونية و غير تقليدية ، و مؤدى ذلك أن السجل الإلكتروني يحوز الحجية القانونية إذا توافرت في عملية الحفظ الشروط الآتية:

- أن يتم حفظ البيانات حسب الأصل الذي أنشئت أو أرسلت أو استقبلت به ، أو بأي شكل آخر يثبت أن السجل الإلكتروني يحتوي على نفس المعلومات الأصلية عند إرسالها ، أو استلامها، وذلك دون أي تعديل أو تغيير أو تحريف.
- أن يتم حفظ السجل في شكل يمكن للأشخاص المخول لهم من الرجوع بسهولة إلى البيانات و المعلومات المحفوظة به.

و يمكن اعتبار البيانات و المعلومات المدونة في السجل الإلكتروني لها الحجية القانونية إذا لم يتغير السجل منذ إنشائه، وتم توثيقه بطريقة منصوص عليها في القانون، أو معقولة تجاريا و متفق عليها بين الطرفين.[1]

[1] مخلوفي عبد الوهاب ، المرجع السابق، 225

المبحث الثالث: المسؤولية الناتجة عن التعاقد الالكتروني

تقتضي القواعد العامة المتعلقة بالمسؤولية المدنية بأن كل عمل من أحد الناس ينجم عنه ضرر غير مشروع لمصلحة الغير يجبر فاعله إذا كان مميزا على التعويض .

و يسأل المرء عن الضرر الناجم عن إهماله و عدم تبصره، كما يسأل عن الضرر عن فعل يرتكبه.

و يلزم أيضا بالتعويض من يضر الغير بتجاوزه في أثناء استعمال حقه حدوث حسن النية أو الغرض الذي من أجله منح هذا الحق .[1]

وتقسم المسؤولية المدنية إلى نوعين :

مسؤولية تعاقدية ، و مسؤولية تقصيرية . فالمسؤولية التعاقدية تنشأ عن الإخلال بالإلتزام التعاقدي ، والمسؤولية التقصيرية تترتب عن الإخلال بواجب قانوني يلزم الأشخاص بعدم الإضرار بالغير.

و تقوم المسؤولية المدنية ، سواء كانت تعاقدية أم تقصيرية على ثلاثة أركان ، هي الخطأ و الضرر و العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر.

[1] [1] مخلوفي عبد الوهاب ، المرجع السابق، 225

لن نتوسع في شرح أحكام المسؤولية المدنية طالما أنها قاعدة عامة أشبعت درسا و شرحا و تحليلا منذ القدم ، بل نكتفي بالإشارة إلى أن قواعد هذه المسؤولية تطبق على التعاقد غبر الإنترنت كما تطبق على أي مشروع من شأنه أن يلحق ضرر بالغير.

إلى أن اندلعت الحربان العالميتان الأولى والثانية، وتطورت وسائل الاتصال وبدأ البث الإذاعي والتلفزيوني.

أما الآن ونحن في مطلع القرن الحادي والعشرين فقد بزغت ثورة ثالثة وهي ثورة المعلوماتية، والتي واكبها تطور هائل في مجالات تقنيات الاتصال، وقد نجم عن الاندماج بين التطور في مجال المعلوماتية والتطور في مجال الاتصال، ظهور شبكة المعلومات الدولية، والتي شهدت تقدما تقنيا يفوق الخيال، الأمر الذي ساعد على ازدهار التجارة الالكترونية واستخدام تقنيات الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها بل وتنفيذها في بعض الحالات من دون اللجوء إلى العالم الحقيقي أو المادي.[1]

وقد تم استغلال ذلك كأداة للتعبير عن الإرادة، وإبرام العقود وإجراء مختلف المعاملات التجارية بين أشخاص متواجدين في أماكن متباعدة، بل ووصلت شبكة الانترنيت إلى منزل أو متجر حتى أصبحت العمود الفقري للدول المتقدمة في المعاملات الاقتصادية والعلاقات المالية وعقد الصفقات وإبرام العقود الالكترونية.

[1] [1] مخلوفي عبد الوهاب ، المرجع السابق، 226

ولم تقتصر التجارة الالكترونية على مجرد عملية بيع وشراء المنتجات والخدمات والمعلومات عبر الانترنيت، بل تعدتها إلى تحويل الأموال الكترونيا.

وقد غدت المعاملات التجارية على الرغم من ضخامتها في علم اليوم في دقائق معدودات عبر بوابة التجارة الالكترونية في عصر المعلوماتية ولا يتطلب ذلك سوى مجرد الضغط على أيقونة الحاسوب لإبرامها، فأصبح البشر اليوم يجوبون دون أن يبرحوا أماكنهم المراكز التجارية، ويشترون ما يرغبون من سلع وخدمات بنقود الكترونية، ويديرون أعمالهم في شتى أنحاء المعمورة من خلال شركات وهيئات لا تتطلب منهم الانتقال إليها، ويلاحظ أنه إذا كانت ثقافة أجدادنا وآبائنا ثقافة موجودات، فإن ثقافة أبائنا ستكون ثقافة افتراضات.

كما أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى معالجة موضوع المسؤولية العقدية في العقد الالكتروني، مما يضطرنا بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني، ولا سيما نص المادة 119 منه والتي على تنص على أنه:" إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزاماته جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين".

وكذا نص المادة 122 من نفس القانون تنص على أنه:" إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض".

يتيح التعاقد الالكتروني لأطرافه تحقيق الأهداف والاستخدامات المشروعة وغير المشروعة، وقد يرتكب أطراف العقد بعض الأخطاء قد تلحق ضررا بأحدهما أو للغير.

يمكن قيام المسؤولية العقدية لمستخدم الانترنيت في الحالات الخاصة، التي يفرض فيها المنتج أو مورد المعلومة أو صاحب الموقع على كل من يتلقى معلومات هذا الموقع شروطا يتعين عليه احترامها، سواء تعلقت هذه الشروط بكيفية استخدام المعلومة أو بمن يسمح له الاطلاع عليها، وهذه الشروط عامة يخضع لها كل مستخدم يمكن له الدخول إلى الموقع، والذي غالبا ما يتضمن معلومات مهمة، وفي مثل هذه الحالات تنشأ علاقة عقدية بين المسؤول عن الموقع وبين كل مستخدم يتصل بهذا الموقع، ومن شأنها أن تفرض التزامات على عاتق أطرافها، وفي حالة مخالفة احد هذه الالتزامات تقوم المسؤولية العقدية متى توافرت شروطها[1].

كما أن المتعاقد الإلكتروني يكون مسؤولا عن الأضرار الناجمة عن اختياره لمعلومات غير مشروعة إذا كان شخصا عاديا، وليس معنويا، فإنه وفقا لأحكام المسؤولية العقدية، لا يكون مسؤولا إلا عن الأضرار التي كان يمكن توقعها عادة وقت إبرام العقد، ما لم يكن قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما.

[1] -piere Breese, Gautier Kaufman : Guide Juridique de l'internet et du commerce électronique, unibert, paris, 2000 P339.

حيث ينبغي على مستخدم الانترنيت إذا كان متلقيا المعلومات أن يستفيد من العمل الذهني المعروض على الشبكة في نطاق الاستعمال الشخصي البحت، وبالتالي يكون مسؤولا في حالة استغلال هذا العمل تجاريا أو استعماله بصورة جماعية، أو بأية صورة تمثل تعديا على حق في الاتصال بالمعلوماتية، وان يستعمل المعلومات التي حصل عليها استعمالا مشروعا وأن يحترم حقوق الآخرين، ولا سيما حقوق الملكية الفكرية والحقوق اللصيقة بالشخصية وكذا القواعد الخاصة بحماية المستهلك[1].

وللإشارة ملاحظ أن مستخدم الانترنيت لا ينحصر دوره في مجرد تلقي المعلومة فقط، واعتباره مستهلكا معلوماتيا، بل قد يكون منتجا أو مرسلا لها[2]،بل أنه يعتبر منتجا للمعلومة حتى ولو اقتصر دوره على مجرد معالجة المعلومات التي يتلقاها على الانترنيت وإعادة بثها مرة أخرى، وهو بهذا الدور يسأل عن المعلومات التي يبثها على الشبكة، والتي تلحق ضررا بالغير، وهذا ما يعرف بالمسؤولية التقصيرية وقد عالجها المشرع الجزائري ضمن القواعد العامة في القانون المدني في المادة 124 منه والتي تنص على أنه:" كل فعل أياً كان يرتكبه الشخص بخطأه ويسبب ضرراً للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

1- سمير حامد عبد العزيز الجمال – المرجع السابق- ص367

2 - Alex Turk : La confiance dans l'économie numérique, Bienvenue au sénat, 2002-2003, P12, sur le site : http://www.Senat.fr/a02-351/a02-351-mono.html

والمادة 124 مكرر والتي تنص:" يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

نظرا لأن استخدام تقنيات الاتصال الحديثة يقتضي تضافر جهود العديد من الأشخاص، وتنوع أدوارهم بدءاً من مستخدم الانترنيت، وانتهاءً بالوسطاء المتدخلين في خدمات الانترنيت، مما أنشأ روابط متنوعة بين هؤلاء المتدخلين في خدمات الانترنيت، وهو ما يفرض العديد من القواعد القانونية المختلفة بأن مسؤوليتهم،

المطلب الأول: المسؤولية العقدية الناتجة عن التعاقد الالكتروني:

تكون المسؤولية العقدية الناتجة عن التعاقد الالكتروني بالنسبة لمستخدم الانترنيت « l'inter cite » ويقصد به كل شخص يتصل بموقع من مواقع الانترنيت بهدف الحصول على المعلومات، أو إرسالها أو تبادلها عبر شبكة الانترنيت[1].

1- جميل عبد الباقي الصغير- أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، أجهزة الردار – الحاسبات الآلية- البصمة الوراثية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2001، ص165

ويتعدد المستخدمون للانترنيت بحيث يصل عددهم إلى الملايين في كافة أنحاء المعمورة.

بالرغم من اختلاف أماكن تواجد مستخدمي الانترنيت، فإنهم يشتركون في شيء واحد، ويهدف إلى الحصول على المعلومة ذاتها أو إرسالها[1]، وبالتالي فإن مستخدم الانترنيت قد يكون مستهلكا للمعلومة إذا كان متلقيا لها، وقد يكون منتجا إذا كان مرسلاً لها.

وتبرز أهمية المسؤولية العقدية لمستخدم الانترنيت في مجال النشر الالكتروني، حيث انتشر استخدام في نشر المعلومات على شبكة المعلومات الدولية، وقد يتمثل ذلك في نشر المؤلفات والمجلات والصحف بموضوعاتها المختلفة والحصول عليها مجانا أو مقابل اشتراك مالي[2].

بيد أن المشكلة الأساسية في نشر المعلومات على شبكة المعلومات الدولية تتمثل في كيفية التعرف على تأثير هذه المعلومات، لأن هذه الشبكة العالمية تعطيه مجالاً واسعا وسهلا للتخفي تحت غطاء إغفال اسمه، أو التخفي وراء اسم مستعار، أو انتحال اسم شخص من الغير، ولذلك فإنه اشترطت بعض التشريعات على غرار المشرع الفرنسي الذي ألزم ناشر المعلومات عبر تقنيات الاتصال بضرورة ذكر الاسم والموطن إذا كان الناشر

1- يونس عرب- مرجع سابق، ص05.

2 -Pierre Bresse Gautier, OP.Cit , P339

شخصا طبيعيا، وإذا كان الناشر شخصا معنويا فيشترط ذكر اسم الشركة ومركزها وعنوانها واسم مدير النشر أو المسؤول عنه[1].

ويجب على مستخدم الانترنيت باعتباره مستهلكا للمعلومات أن يستفيد من العمل الذهني المعروض على الشبكة في نطاق الاستعمال الشخصي وبالتالي فإنه يكون مسؤولا في حالة استغلال هذا العمل تجاريا، أو استعماله بصورة جماعية أو بأية صورة تمثل تعديا على حق المؤلف.

وقد لا يخضع مستخدم الانترنيت باعتباره مستهلكا للمعلومات لأية شروط تعاقدية خاصة بشأن استخدام المعلومات التي يتلقاها، ويكون حراً في هذا الاستخدام، بيد أن حريته هنا مقيدة بالقواعد العامة المتعلقة بعدم التعسف في استعمال هذه الحرية أو إساءة استخدام حقه في الاتصال بالمعلومة[2]، كما يجب عليه أن يستعمل المعلومات التي حصل عليها استعمالا مشروعا، وأن يحترم حقوق الآخرين وبخاصة حقوق الملكية الفكرية والحقوق اللصيقة بالشخصية، والحق في الخصوصية وحرمة الحياة الخاصة والقواعد المنظمة لحرية النشر.

ويتم الحكم على سلوك المستخدم للانترنيت باعتباره مستهلكا للمعلومات بمعيار الرجل العادي، ويفرض هذا المعيار على مستخدم الانترنيت عدم السماح للغير بالاطلاع على

[1] -jean français carlet. La responsabilité des operateurs sur internet. Jurisque.com, 6 juillet 2001, p17 sur le site : http://www.jurisque.com.jfenet.html

2- محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص30

مواقع الانترنيت محل الاشتراك، وبالتالي السماح فإن مسؤوليته تقوم في مراجعة من أصابه ضرر بسبب هذه المخالفات سواء كان منتجا أو موردا للمعلومة أو شخصا من الغير تتعلق بالمعلومة التي أسيء استخدامها، ويقع على عاتق من يدعي الضرر اثبات خروج المستخدم في استعماله للمعلومة عن حدود المألوف في التعامل أو إساءة استعمال حقه في الحصول على المعلومة[1].

ويمكن قيام المسؤولية العقدية لمستخدم الانترنيت في الحالات الخاصة التي يفرض فيها المنتج أو مورد المعلومة أو صاحب الموقع على كل من يتلقى معلومات هذا الموقع شروطا يتعين عليه احترامها سواء تعلقت هذه الشروط بكيفية استخدام المعلومة أو بمن يسمح له الاطلاع عليها[2].

كما أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى معالجة موضوع المسؤولية العقدية في العقد الالكتروني، مما يضطرنا بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني، ولا سيما المادة 119 منه والتي تنص على أنه:" إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزاماته جاز للمتعاقد الأخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين".

كما نصت المادة 122 من نفس القانون على أنه:" إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض".

1- محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص20-21

2 -Pierre Bresse Gautier, OP.Cit , P339

المطلب الثاني :

المسؤولية التقصيرية الناتجة عن التعاقد الالكتروني

يلاحظ أن مستخدم الانترنيت لا ينحصر دوره في مجرد تلقي المعلومة، واعتباره مستهلكا معلوماتيا، بل قد يكون منتجا أو مرسلا لها[1]، ولا يشترط أن يكون مهنيا أو متخصصا في إنتاج المعلومة أو إرسالها، بل إنه يعتبر منتجا للمعلومة حتى ولو اقتصر دوره على مجرد معالجة المعلومات التي تلقاها على الانترنيت، وإعادة بثها مرة أخرى، وهو بهذا الدور يسأل عن المعلومات التي بثها على الشبكة[2].

كما يسأل عن جرائم النشر التي يمكن أن يرتكبها ومن ثمة يقع على عاتقه مراعاة أحكام القواعد القانونية المنظمة للنشر سواءً أكانت مدنية أم جنائية أم معلوماتية، كما يحظر عليه ارتكاب الجرائم التقليدية مثل النصب، أو السب، أو القذف أو غيرها من الأفعال غير المشروعة وإلا فإنه يعتبر مسؤولا عن هذه الأفعال[3] وتختلف مسؤولية مستخدم الانترنيت عن المعلومات التي يرسلها بحسب ما إذا كان قد أرسلها في شكل رسالة خاصة أم بثها للجمهور عامة، حيث تعظم مسؤوليته القانونية في مواجهة الجمهور عن المعلومات الخاطئة، أو المغرضة التي قام بإرسالها، وهي مسؤولية تقصيرية إذا استطاع المضرور من اثبات هذه

---

[1] -Alex Turk : la confiance dans l'économie numérique, bienvenue au sénat 2002-2003- P12 sur le site : http:// www.sénat.fr/Rafe/A02-351/a02-351. mono- htm.

2- محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص20-21

[3] -Pierre Bresse Gautier, OP.Cit , P339

المسؤولية، نظرا لأن هذه المعلومات تكون في صورة غير مادية، وكذا غياب الوسيط الذي يتولى رقابة المعلومات المرسلة إلى الجمهور[1]، مما قد يؤدي إلى إفلات مرسل المعلومة من المسؤولية.

وإذا كان مستخدم الانترنيت قاصراً فإن المسؤولية عن تصرفاته تقع طبقا للقواعد العامة على عاتق متولي الرقابة ، سواءا أكان الولي أم الوصي أم المدرسة أم معلم المهنة أو الحرفة ، ولذلك ينبغي تولي الحذر في هذا المجال و تحديد المواقع التي يسمح للقصر بارتيادها[2].

أما فيما يخص المشرع الجزائري فقد عالج ضمن القواعد العامة في القانون .....في المادة 124 منه و التي تنص على أن : "" كل فعل أيا كان ، يرتكبه الشخص بخطأه ، و يسبب ضررا للغير ، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض ".

و المادة 124 مكرر و التي تنص على : " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية :

- إذا وقع بقصد إلا ضرار بالغير.
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.

1- سامر حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص294

2- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص238

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة .

خـاتمـة

خـاتمـة:

بعد طرحنا للموضوع نجد أن الإجابة على الإشكالية قد تضمنها مضمون دراستنا هو أنه بما أن المشرع الجزائري قد اقر و صادق مؤخرا على القانون المنظم للتجارة الالكترونية .

وان الانترنت شبكة اتصالات عالمية لا تعترف بالحدود الجغرافية للدول، تتيح للمستخدم ما يحتاجه في كل المجالات (تجارية. علمية. ثقافية. فنية) إن التجارة الالكترونية التي تتم بين التجار والمستهلكين عن طريق استخدام شبكة الانترنت لتبادل المعلومات و الرسائل وسائر البيانات وابرام العقود ودعم العمليات المالية والمصرفية المتعلقة بها إن العقد الالكتروني واقع يقرره القانون وتعترف به التشريعات المختلفة وذلك باعترافها لرسائل البيانات كوسيلة من وسائل التعبير عن الارادة وتطابقها عبر البريد الالكتروني أو صفحات الويب ، ويتم التفاعل بين المتعاقدين في مجلس عقد افتراضي ، ويعد تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان، وغائبين من حيث المكان.

إن تحديد زمان ومكان انعقاد العقد عبر شبكة عالمية قد يترتب على ذلك من مسائل ذات أ همية في الاثبات والتنفيذ وحكم العقد، وتبين أن النظريات التي تنازعت وقت انعقاد العقد كلحظة إعلان القبول أو ارس ه ألا و استلام غ ه ير ملائمة في العقد الالكتروني وأن نظرية العلم بالقبول هي التي تتلاءم معه لما فيها من تحقيق التوازن بين مصلحة المتعاقدين على

عكس قوانين المعاملات الالكترونية العربية لأن نظرية تسلم القبول تعني الزام الموجب بما ورد في صندوق البريد الالكتروني رغم عدم اطلاعه عليه لأسباب تقنية.

. إن الوفاء يتم من خلال شبكة الانترنت بواسطة أموال إلكترونية، ولا يجوز الرجوع في الأمر بالدفع الا في حالة فقدان البطاقة او سرقتها ، يتم تأمين وسائل وطرق الدفع من خلال اللجوء الى عملية التشفير والتوقيع من أجل بث الثقة لدى المستهلك وذلك بتمكينه الحق في الرجوع عن العقد كما .ان إثبات العقود الالكترونية يتم بمحررات مكتوبة على دعامات الكترونية وموقعة ، تدل على وجود التصرف القانوني وتحديد مضمونه ، يتم الرجوع إليها في حال التراع بين المتعاقدين وهوما يميز شخصية المتعاقد وإثبات رضائه بمضمون المحرر الموقع مما يجعل له حجية وقوة قانونية في الإثبات.

خـاتمـة

التوصيات:

- العمل على تجسيد القوانين التي تمس كل من التجارة الالكترونية و حمايتها
- من . خلال المعالجة التشريعية والفقهية لموضوع البحث نلفت انتباه المشرع الجزائري لأهمية اهذ الموضوع ومعالجته ، محتذياً بقانون اليونسترال النموذجي والاستفادة من التشريعات الغربية والعربية التي سبقته
- نقترح اعادة النظر في قوانين المعاملات الالكترونية العربية فيما يتعلق بمسألة تحديد زمان انعقاد العقد، حيث يجب الأخذ بنظرية العلم بالقبول بدلاً من نظرية تسلم القبول والإبقاء على القواعد الموجودة لتحديد مكان الانعقاد نظراً لوضوحها ومنطقيتها.
- يجب تكاثف الجهود بين رجال القانون والمختصين الفنيين والتقنيين من أجل تأمين المعاملات الإلكترونية سيما الدفع من الاختراق وحف ظ السندات من التغيير والتزوير لإضفاء المزيد من السرية والأمان لزيادة الثقة والإقبال على هذه المعاملات.

قائمة المصادر

والمراجع

قائمة المصادر و المراجع

*** أولا : - المصادر :**

1- النصوص القانونية:

قانون رقم 18-05 مؤرخ في 10 ماي 2018 يتعلق التجارة الإلكترونية الصادر في الجريدة الرسمية رقم 28 المؤرخة في 16 ماي 2018.

/ - النصوص التشريعية:

01)- الأمر 75 - 59 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري الجزائري المعدل والمتمم بـ قانون رقم 05- 02 المؤرخ في 27 ذي الحجة الموافق لـ 06 فبراير 2005 .

02)- الأمر رقم 75- 58، المؤرخ في 26-09-1975، يتضمن القانون المدني ، ج ر عدد 78 الصادر في 30-09-1975، المعدل والمتمم بالقانون 05 – 10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426 الموافق لـ 20 جوان 2 005 .

03)- القانون المدني الأردني رقم 17 لسنة 1997 بإصدار قانون التجارة.

04) – قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي.

05)- قانون المعاملات الإلكترونية الأردني .

06) القانون النموذجي للأمم المتحدة (اليونسرال) حول التجارة الإلكترونية.

*** ثانيا: - المراجع:**

01)- أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية ، الطبعة الثانية ، مصر .

02)- بشار محمود دودين ، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، عمان – الأردن 2006 .

03)- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ، الأردن 2006 .

04) – وليد الزيدي، التجارة الإلكترونية عبر الأنترنت، دار المناهج للنشر والتوزيع ،الطبعة الأولى ،الطبعة الأولى ، الأردن 2010 .

05) – مصطفى موسى العطيات ، الجوانب القانونية لتعاملات التجارة الإلكترونية ، وائل للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، عمان ، 2011 .

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

07)- عبد الفتاح بيومي حجازي ، التجارة الإلكترونية ، دار الفكر الجامعي ،الطبعة الأولى ، مصر ، 2009 .

08)- علاء محمد الفواعير ، العقود الإلكترونية (التراضي. التعبير عن الإرادة) دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،الطبعة الأولى ، الأردن 2014 .

09)- عمر حسن المومني ، التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية ، دار وائل للنشر ، الطبعة الأولى ، الأردن ، 2009.

10) – خضر مصباح الطيطي ، التجارة الإلكترونية والأعمال الإلكترونية ، دار الحامد ، عمان.

11) – سلطان عبد الله محمود الجواري ، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، 2010.

12)- موفق حماد ، الحماية المدنية للمستهلك في العقود التجارية الإلكترونية ، منشورات زين الحقوقية ، الطبعة الأولى ، بغداد - العراق 2011 .

13)- محمد فواز المطالقة ، الوجيز في العقود التجارية الإلكترونية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، عمان ، 2008 .

14)- طاهر شوقي مؤمن ، عقد البيع الإلكتروني ، دار النهضة العربية 2005 .

15)- معوان مصطفى، التجارة الإلكترونية ومكافحة الجريمة المعلوماتية ، دار الكتاب الحديث ، الجزائر 2006 .

16)- عبد الفتاح بيومي حجازي ، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية – مصر .

17)- منير محمد الحنبهي ، الشركات الإلكترونية ، دار الفكر الجامعي ، مصر 2005 .

18)- أسامة أبو حسن المجاهد ، التعاقد عبر الإنترنت ، دار الكتب القانونية ، طبعة 2002 .

19)- عبد الفتاح بيومي الحجازي ، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية ، الكتاب الثاني ، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية التونسي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، طبعة 2003 .

20)- علي فيلالي ، الإلتزامات ، النظرية العامة للعقد ، مطبعة الكاهنة ، 1997.

19)- محمد أمين الرومي ، التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، الطبعة الأول ، مصر 2004.

20)- يحي بكوش ، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي ، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الطبعة الثانية.

باللغة الآجنبية

-piere Breese, Gautier Kaufman : Guide Juridique de l'internet et du commerce électronique, unibert, paris

*** ثالثا : - <u>المذكرات</u> (أطروحات الدكتوراه):**

1) – بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق باتنة 2014 / 2015 .

2)- أحمد خالد العجولي ،التعاقد عن طريق الإنترنت ، دراسة مقارنة ، المكتبة القانونية ، عمان – الأردن .

الفـهرس

الفهرس

أ/المقدمة
الفصل الأول :ماهية العقد الإلكتروني 1
المبحث الأول:مفهوم العقد الالكتروني.....2
المطلب الأول:تعريف العقد الالكتروني 2
الفرع الأول: التعريف الوارد في المواثيق الدولية 3
الفرع الثاني: التعريف الوارد في منظمة التجارة العالمية 3
الفرع الثالث: تعريف الأنظمة المقارنة للعقد الالكتروني 4
الفرع الرابع: التعريف الفقهي للعقد الالكتروني.....5
المطلب الثاني:خصائص العقد الالكتروني.....7
الفرع الأول:العقد الالكتروني عقد يبرم عن بعد.....8
الفرع الثاني:العقد الالكتروني عقد تجاري.....10
الفرع الثالث:العقد الالكتروني عقد مبرم بوسيلة الكترونية.....11
الفرع الرابع:العقد الالكتروني عقد إذعان.....15
الفرع الخامس:العقد الالكتروني عقد عابر للحدود.....17
المطلب الثالث: نطاق العقد الالكتروني وتمييزه عن باقي العقود.....18
الفرع الأول: نطاق العقد الالكتروني.....18
الفرع الثاني: تمييز العقد الالكتروني عن باقي العقود.....20

المبحث الثاني: انعقاد العقد الإلكتروني.....24
المطلب الأول :التـراضي فـي عقـد التجـاري الإلكـتروني.....24

الفرع الأول:الإيجاب الالكتروني.....25

الفرع الثاني:القبول الالكتروني.....27

الفرع الثالث : صحة التراضي في عقود التجارة الإلكترونية.....30

المطلب الثاني: المحل والسبب في العقد الالكتروني.....34

الفرع أول: ركن المحل في العقد الإلكتروني.....34

الفرع ثاني: ركن السبب في العقد الإلكتروني.....36

الفرع الثالث: ركن الشكلية في العقد الإلكتروني.....37

المطلب الثالث : زمان و مكان انعقاد العقد الإلكتروني.....39

الفرع الأول : زمان إنعقاد العقد الإلكتروني.....39

الفرع الثاني:مكان انعقاد العقد الإلكتروني.....43

الفصل الثاني: تنفيذ العقد الإلكتروني واثباته
المبحث الأول تنفيذ العقد الإلكتروني 48

المطلب الأول: التزام المتعاقد بتسليم السلعة أو بأداء الخدمة.....49
الفرع الأول:التزام المتعاقد بتسليم السلعة.....49
الفرع الثاني:التزام المتعاقد بتقديم الخدمة.....54
المطلب الثاني: الالتزام بالوفاء الكترونيا.....56
الفرع الأول: خصائص الدفع الالكتروني.....57
الفرع الثاني: أنواع الدفع الالكتروني.....61
المبحث الثاني:إثبات في العقد الإلكتروني.....67
الفرع الأول: مفهوم الكتابة الإلكترونية.....68

الفرع الثاني:التوقيع الإلكتروني.....73
المبحث الثالث: المسؤولية الناتجة عن التعاقد الالكتروني.....89
المطلب الأول: المسؤولية العقدية الناتجة عن التعاقد الالكتروني.....90
المطلب الثاني :المسؤولية التقصيرية الناتجة عن التعاقد الالكتروني.....93
ب/الخاتمة

*** الملخـــــــص :**

– اتسمت كل العقود المعروفة بوجوب توفر أركان وشروط لإبرامها نظمتها مختلف التنظيمات والتشريعات والقوانين ، و العقود تختلف فيما بينها بين العقد التقليدي والعقد الإلكتروني الذي يواكب تطور العصر وتقدم التكنولوجيا في مختلف الدول حيث قامت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأنسترال –) بإصدار قانون نموذجي ينظم أحكام التجارة الدولية الإلكترونية تتبعه مختلف الدول أو أفراد المجتمع الدولي وتتخذه مرجعا وأنموذجا يحتذى– نظرا لكون العقد الإلكتروني يتميز بالدولية – لسن ووضع قوانين داخلية تتولى تنظيم مختلف المعاملات التي تتم عبر وسائل ووسائط إلكترونية ، إذ أن التعامل عن طريق التعاقد الإلكتروني لقي تطورا ونجاحا إلى حد بعيد في الدول التي لها خطوات متقدمة في مجال تقنيات الإتصال الحديثة ومنها الأنترنت – الفاكس – التلكس .... إلخ . وذلك نظرا للحماية والضمانات التي توفرها التشريعات الوطنية لهذه الدول المستمدة أساسا من قانون اليونسترال ، مما منح النجاعة والفعالية في التعامل الإكتروني بما له من مزايا تحقق السرعة وربح الوقت والجهد في المعاملات كنتيجة حتمية ومنطقية للأمان القانوني الذي يوفره ، على خلاف بعض التشريعات ومنها التشريع الجزائري الذي بقي يتعامل بالوسائل التقليدية وذلك نتيجة لعدم وجود ثقافة إلكترونية في المجتع الذي يعكس تشريع دولته . إلا أن المشرع الجزائري يحاول إيجاد منظومة قانونية لتأطير وتنظيم التعامل الإلكتروني ، ويبقى أثر العامل البشري هو الأثر السلبي في هذه التعاملات نتيجة للتردد في الإقبال على هذا النوع من التعامل ، رغم وجود وسائل دفع وضمانات إلكترونية معترف بها قانونا إلا أن هناك دائما تخوفات مشروعة نذكر منها : حداثة هذه التجربة ، ووجود عدة إشكاليات ونزاعات لم تجد طريقها للحل نظرا للفراغ القانوني – الذي وإن حاول المشرع الجزائري سده مؤخرا من خلال سنه للقانون رقم 18–05 المؤرخ في 10 ماي 2018 يتعلق بالتجارة الإلكترونية الصادر في الجريدة رقم 28 المؤرخة في 16 ماي 2018 (تمت المصادقة عليه مؤخرا) – بالإضافة إلى قلة الثقافة والوعي الإلكتروني وكذا الوسائل .

– وبالتالي فإن الحكم على نجاعة ونجاح القانون الحالي – وهو المسؤول عن نجاعة ونجاح التعامل الإلكتروني في علاقة طردية بينهما – يبقى مرهونا بآليات تنفيذه في معالجة مختلف القضايا والإشكالات والنزاعات التي تطرح في إطار تعامل إلكتروني ما .

*** الكلمات المفتاحية : – العقد الإلتروني (المعاملات الإلكترونية)– الوسائط الإكترونية – وسائل الدفع – اليونسترال – الأنترنت – المجتمع الدولي.**