وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد خيضر –بسكرة–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

النظام القانوني للعقود التجارية الإلكترونية في التشريع الجزائري

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص: قانون أعمال

إعداد الطالبة: إشراف الأستاذ:

–تلي مروة – مستاري عادل

د.عاشور نصر الدين	جامعة بسكرة	أستاذ محاضر أ رئيسا
أ.د مستاري عادل	جامعة بسكرة	أستاذ مشرف ومقرر
د. قروف موسى	جامعة بسكرة	أستاذ محاضر أ وممتحنا

السنة الجامعية: 2020/2019

إهداء

إلى منبع الحب وصدر الحنان... التي ربت وكافحت وسهرت ... المعطاءة بلا انتهاء...إلى طعم السكر وعبق الريحان...

**** أمي الحبيبة****

إلى الشمعة المحترقة من أجلنا...بوتقة التجربة...ونبراس الحكمة الذي تنحني هامتي له خجلا..

****أبي العزيز****

إلى من ركعت وصلت وأيديها إلى السماء رفعت... بالتوفيق والنجاح لي دعت...

****جدتي المرحومة الحنونة****

إلى من أشد بهم أزري ...ومدوا لي يد العون والمساعدة لإتمام دراستي...

****إخواني وأخواتي****

إلى كل من عرفتني بهم الدراسة... وكانوا أنسا لي في دربي...

**** أصدقائي وصديقاتي****

إلى كهوف المعرفة... ولواء العلم... الذين كانوا لي قدوة...

**** كل أساتذتي****

إلى كل من ساهم في إتمام دراستي من بعيد أو من قريب...

شكر وعرفان

الحمد الله سبحانه وتعالى له عظيم الشكر والحمد بنعمته أتممنا هذا العمل، واعترافا بالفضل والجميل نتوجه بخالص الشكر وعميق التقدير والامتنان إلى الأستاذ المشرف " مستاري عادل".

لقبوله ولإشرافه على هذا البحث وتقديم يد المساعدة والإرشاد كما نتقدم بالشكر الجزيل والتقدير لأساتذتنا أعضاء اللجنة .

ونشكر كل من ساعدنا من بعيد أو من قريب في إنجاز هذا العمل.

شكرا

مقدمة

إن التطور التكنولوجي الذي عرفه العالم في جميع المجالات سواء المدنية، التجارية، الإدارية، الإقتصادية، السياسية ..... وبروز الثورة المعلوماتية التي ساهمت في إلغاء الحدود الجغرافية والحواجز السياسية التي تفصل بين الدول والربط بين الشعوب المتباعدة ومن أبرز المجالات التي مسها هذا التطور المجال التجاري عن طريق التعاقد باستخدام شبكة الأنترنت وهو نوع جديد من التبادل التجاري سمي بالتجارة الإلكترونية.

وكان لهذه الأخيرة دور كبير في زيادة حجم التبادل التجاري ودعم إقتصاد الدول بمليارات الدولارات، لما توفره لعملاء من أنظمة تتماشى والتطور التقني، هو أدى إلى ميلاد عقود جديدة تبرم في عالم إفتراضي عبر تقنيات الإتصال الحديثة وبشكل خاص الانترنت والتي تعرف ب "العقود الالكترونية"، التي ساهمت في إبرام الصفقات التجارية الإلكترونية .

وما يعيب هذه المستجدات هو قصور الأنظمة التقليدية على مواكبة وإحتواء ما يعيشه العالم من حداثة في المعاملات ومن تطور تكنولوجي ومن هنا ظهرت الحاجة إلى أنظمة قانونية تحتوي وتنظم هذه المعاملات والتعاقدات الجديدة، وتنظيم كيفية التعامل مع وسائل الاتصال الجديدة.

وتتمثل إشكالية موضوعنا الذي نحن بصدد دراسته فيما يلي:

***كيف نظم القانون العقود التجارية الإلكترونية في التشريع الجزائري؟**

***أهمية الموضوع:**

يعتبر العقد الإلكتروني من الموضوعات الهامة يفرضه الواقع والمستقبل، وله أهمية بالغة من الناحية العلمية والعملية.

أ- الأهمية العملية: وذلك لارتباطه بالعقود أصبح التعامل فيها يزداد يوما بعد يوم مما يستدعي إيجاد أساليب لحماية هذه العقود، أن الاهتمام الوطني والدولي بهذا النوع من العقود أصبح متزايدا نظرا لأهميتها الكبيرة في حياة الأفراد والدول.

ب- الأهمية العلمية: تظهر من خلال مساعدة المتعاملين في هذا المجال بتوعيتهم بالآثار القانونية للتعامل عبر هذه الوسيلة الحديثة ومساعدة الدول في جهودها الساعية إلى استيعاب

العمليات الإلكترونية، التي تتم بواسطة الإنترنت عبر دراسة ما يتعلق بإنعقاد العقد الإلكتروني والتركيز على الأمور العلمية التي تشكل عقبة في طريق توسعة استخدام شبكة الإنترنت في التعاقد وطرح الحلول المناسبة لها وتقديم الأطر القانونية الملائمة لتنظيم معاملات التجارة الإلكترونية.

*** أسباب إختيار الموضوع:**

وذلك لكون العقد الإلكتروني موضوعا يتسم بالحداثة مما يستدعي ضرورة دراسة قانونية حول ماهيته.

وكذلك لنقص الثقافة القانونية لدى المتعاملين في التجارة الإلكترونية خاصة في الدول النامية.

*** صعوبات البحث:**

لعل من أبرز الصعوبات التي واجهتنا في هذا الموضوع هو حداثته وتشعبه وسعته التي أوجبت التطرق إلى فروع القانون المختلفة، كالقانون المدني والقانون التجاري والقانون الدولي الخاص.

*** المنهج المتبع:**

هو المنهج التحليلي ونعرض من خلاله النصوص القانونية المختلفة والمتعلقة بموضوع البحث ومدى ملاءمة النصوص القانونية الواردة في القواعد العامة لمشكلات التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة ومدى الحاجة إلى إصدار تشريعات متخصصة في هذا المجال لسد أي فراغ تشريعي وذلك بتحليل تلك النصوص واستخلاص النتائج منها والأهداف التي تدعو إلى تحقيقها.

الفصل الأول: إبرام العقد الإلكتروني

المبحث الأول: مفهوم العقد الإلكتروني

يشمل تحديد مفهوم العقد الإلكتروني، في نظرنا، اختيار تعريف له، وهو ما لا يتسنى لنا إلا بعد استعراض مختلف التعريفات الفقهية له، ثم التعريفات الواردة في مختلف التشريعات المقارنة.

كما أن مفهوم العقد الإلكتروني لن يضبط إلا بعد وضع مسألة جواز التعبير عن الإرادة وإبرام العقد بالوسائل الإلكترونية، أي بيان مشروعية العقد الإلكتروني وهذا ما نخصص له المطلب الأول، في حين نستعرض في المطلب الثاني خصائص هذا العقد في نظر الفقه وتلك التي يمكن استنباطها من مجمل التعريفات التي سنوردها ونناقشها.

المطلب الأول: المقصود بالعقد الإلكتروني

يعد العقد الإلكتروني من المواضيع التي أثر تعريفها وتحديد مضمونها جدلا على مستوى الفقه وكذلك على مستوى القانون، فاختلفت وجهات النظر عند وضع تعريف للعقد الإلكتروني، نظرا لتنوع العقود الإلكترونية، التي تبرم من خلال الشبكة العنكبوتية "الأنترنت" وتشعب مجالاتها، واختلاف الزاوية التي ينظر منها كل باحث عند وضع تعريف العقد الإلكتروني. أما التشريعات المقارنة نظمت المعاملات الإلكترونية في قوانين خاصة. كالقانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، قانون الأردني للمعاملات الإلكترونية القانون البحريني للتجارة الإلكترونية.....الخ، حتى الفقه كان له موقف من تعريف العقد الإلكتروني، وقبل التعرف على تعريف العقد الالكتروني لا بد من معرفة المقصود من التجارة الالكترونية التي لم تظهر فجأة بل كانت وليدة المراحل المختلفة التي مرت هبا ثورة الاتصالات والمعلومات، ونمو طبيعي لاستخدام الشبكات وتكنولوجيا المعلومات والاتصالات العالمية المتوفرة في العالم وخصوصا شبكة الانترنت، فانتشار شبكات نقل المعلومات بصورة واسعة النطاق لتربط ملايين الحاسبات الآلية على مستوى دول العالم في منظومة عملاقه من قواعد البيانات أدى بدوره إلى اندثار الحدود الجغرافية بين الدول وتحول العالم إلى قرية صغيرة، كل ذلك هيئ العالم إلى الآليات الجديدة باستخدام الحواسب والشبكات الإلكترونية حتى أصبحت الحاجة إلى التجارة الإلكترونية مطلبا ضروريا وهاما[1].

فرع الأول: تعريف العقد الإلكتروني

رغم أن العقد الإلكتروني لا يشكل نوعا جديدا من العقود ليضاف إلى العقود المعروفة في فقه القانون المدني، ورغم أن التقنينات المدنية لم تهتم بطريقة التعبير عن الإرادة لتحديد نوع العقد، فإن العقد الإلكتروني لم يكن محل اتفاق في تعريفه سواء من الوجهة الفقهية أوالتشريعية كما أنه لم يكن موضع اتفاق حول مشروعيته وجواز التعبير عن الإرادة فيه بالوسائل الإلكترونية.

[1] – جمال فؤاد، رؤية قانونية نحو التجارة الإلكترونية، بحث مقدم إلى رئاسة الوزراء المصرية–مرآز المعلومات ودعم اتخاذ القرار، 1998، ص2.

ومن أجل الوصول إلى تعريف دقيق ومتكامل للعقد الإلكتروني، نتعرض لمختلف التعريفات الفقهية والتشريعية في الفرع الأول.

أولا: التعريف اللغوي

العقد مصدر فعل: عقد الشيء يعقده عقدا وتعاقدا، وعقده، فانعقد وتعقد، اذا شّده فانشد، فهو نقيض الحل، وهو في الأصل للحبل ونحوه من المحسوسات، ثم أطلق في أنواع العقود من البيوع والمواثيق وغيرها ، ويطلق على الضمان والعهد يقال: عاقدته على كذا إذا عاهدته عليه، ويطل على الوجوب يقال: عقد البيع إذا أوجبه، وجميع هذه المعاني تدور حول معنى الربط والشد[1] .

من الناحية اللغوية فان عقد التجارة الالكترونية يتكون من ثلاث مصطلحات لكل منها قيمتها الأدبية، وفي هذا يعرف العقد بأنه العهد والجمع عقود، ويقال عهدت إلى فلان في كذا وكذا وتأويله ألزمته ذلك، فإذا قلت عاقدته، أو عقدت عليه، فتأويله ألزمته ذلك باستيثاق، والمعاقدة، المعاهدة، والعقدة بالضم موضع العقد[2] وهو ما عقد عليه، والمعاقدة، مواضع العقد.

أما التجارة فتعني لغة حرفة التاجر وما يتجر فيه، والمتجر، هو مكان التجارة، والجمع (متاجر)، وتجر، تجرا أو تجارة: مارس البيع والشراء ويقال تجر في كذا. أما كلمة الكتروني، فيقصد بها كل ما يتصل بالتكنولوجيا الحديثة، وذا قدرات كهربائية أو رقمية أو مغناطيسية أو لاسلكية أو بصرية، أو كهرومغناطيسية أو ضوئية أو ما شابه ذلك، بشكل تكون معه المعلومات ذات الخصائص الالكترونية في شكل نصوص أو رموز، أو أصوات، أو صور، أو برامج حاسب آلي، أو غيرها من قواعد البيانات، وتكون في شكل نظام، إما لإنشاء، أو استخراج، أو إرسال، أو استلام أو تخزين، أو عرض، أو معالجة المعلومات، أو الرسائل

[1] –د.رزاق مخور الغراوي،«مفهوم العقد الالكتروني في الفقه الاسلامي والقانون»، https://www.kitabat.info/subject.php?id=111065، 2020/08/26، 2017/11/25،

[2] –سمير حامد عبد العزيز الجمال،التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة(دراسة مقارنة)،ط2،دار النهضة،القاهرة،العربية،2006،ص57.

الكترونيا. بعد أن قمنا بتحديد المقصود بعقد التجارة الالكتروني لغة، سنتطرق إلى تحديدها من الناحية الفقهية .

أما التجارة[1] فتعني لغة حرفة التاجر وما يتجر فيه، والمتجر، هو مكان التجارة، والجمع (متاجر)، وتجر، تجرا أو تجارة: مارس البيع والشراء ويقال تجر في كذا. أما كلمة الكتروني، فيقصد بها كل ما يتصل بالتكنولوجيا الحديثة، وذا قدرات كهربائية أو رقمية أو مغناطيسية أو لاسلكية أو بصرية، أو كهرومغناطيسية أو ضوئية أو ما شابه ذلك، بشكل تكون معه المعلومات ذات الخصائص الالكترونية في شكل نصوص أو رموز، أو أصوات، أو صور، أو برامج حاسب إلى، أو غيرها من قواعد البيانات، وتكون في شكل نظام، إما لإنشاء، أو استخراج، أو إرسال، أو استلام أو تخزين، أو عرض، أو معالجة المعلومات، أو الرسائل الكترونيا.

بعد أن قمنا بتحديد المقصود بعقد التجارة الالكتروني لغة، سنتطرق إلى تحديدها من الناحية الفقهية .

ثانيا: التعريف التشريعي

عرف جانب من الفقه عقد التجارة الالكتروني بأنه: " **اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول عبر شبكة دولية للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة أو مرئية تتيح التفاعل بين الموجب والقابل[2]**".

يلاحظ على هذا التعريف انه قصر العقد على المعاملات التي تتم عبر شبكة الانترنت فقط، ومن المعلوم أن تقنيات الاتصال متعددة ومختلفة وبالإمكان إبرام العقد عن طريقها، كما يلاحظ أيضا إن التعريف لم يبين النتيجة المترتبة على التقاء الإيجاب بالقبول، وهي إحداث اثر قانوني وإنشاء التزامات عقدية. وهناك من الفقه من ركز في محاولته تعريف العقد الالكتروني على

[1] –المنجد في اللغة والاعلام،ط الحادية والثلاثون،دار المشرق،بيروت،1991،ص59.

[2] –عجالي خالد،النظام القانوني للعقد الالكتروني في التشريع الجزائري دراة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم،التخصص القانون،جامعة مولود معمري كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو،2014، ص17.

الصفة الدولية فيه حيث رأى بأنه: "**العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات التي يعبر عنها بالوسائط التكنولوجية المتعددة خصوصا شبكة المعلومات الدولية، من جانب أشخاص متواجدين في دولة أو دول مختلفة، بقبول يمكن التعبير عنه من خلال ذات الوسائط بإتمام العقد**".

إن هذا التعريف لا يعبر في نظرنا، بدقة عن العقد الالكتروني لسببين الأول أن شبكة الاتصال الدولية لا تعرف الحدود الجغرافية، إذ من الممكن إبرام عقد الكتروني بين شخصين عن طريق الشبكة الدولية وهما في دولة واحدة، فليس كل عقد الكتروني عقدا دوليا بالضرورة، أما عن السبب الثاني أن الشبكة الدولية كما سبق بيان ذلك ليست الوسيلة الوحيدة لإبرام العقد الالكتروني فهناك وسائل أخرى تستعمل لإبرامه كما سنرى.

ولان العقد الالكتروني يرتبط ارتباطا وثيقا بالتجارة الالكترونية ويعد الأداة الأساسية لها، فان هناك من الفقه من رأى بان عقد التجارة الالكتروني هو "**تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية في السلع والخدمات، التي تتم بين مشروع تجاري وأخر، أو بين تاجر ومستهلك، وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات**". وفي محاولة لإيجاد تعريف عام للعقد الالكتروني بتفادي الانتقادات السابقة.

سعى جانب من الفقه إلى وضع تعريف له مركزا على وسيلة إبرامه وتنفيذه وبعض خصائصه جاء فيه: "**العقد الالكتروني هو اتفاق يبرم وينفذ كليا أو جزئيا من خلال تقنية الاتصال عن بعد، بدون حضور مادي متزامن للمتعاقدين، بإيجاب وقبول، يمكن التعبير عنهما من خلال ذات الوسائط وذلك بالتفاعل فيما بينهم لإشباع حاجاتهم المتبادلة بإبرام العقد**"[1].

[1] –د/صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 14،15.

ورغم أن هذا التعريف يتدارك بعض الانتقادات التي وجهت للتعريفات السابقة، فانه يخلو من الإشارة إلى النتيجة المترتبة على التعاقد، وهي إنشاء التزامات عقدية، مكتفيا بإيراد الغرض من التعاقد وهو إشباع الحاجات المتبادلة للأطراف.

كما يؤخذ عليه تركيزه على خصائص الوسيلة المستخدمة في إبرام العقد وانعدام الحضور المادي للأطراف وما سماه الصفة التفاعلية، مع ملاحظة حرصه من البداية تأكيد إبرام العقد وتنفيذه بوسيلة الكترونية، غير انه عاد وذكر أنها الوسيلة ذاتها المستخدمة في التعبير عن الإيجاب والقبول، رغم أن معنى الإبرام ينصرف إلى ذلك وهو تفصيل زائد ما كان ينبغي إيراده[1].

[1] –تامر الدمياطي، المرجع السابق، ص39.

ثالثا: تعريف عقد التجارة الالكتروني في القانون الجزائري

تناول المشرع الجزائري عقد التجارة الالكتروني بطريقة غير مباشرة، وبصفة ضيقة بحيث عالج هذا النوع من العقود عن طريق إثارته لأحكام العامة المرنة الخاصة بالعقود، وذلك رغم غياب قانون خاص ينظمه كما انه سارع بتعديل التقنين المدني في جزئه المتعلق بعقد البيع.

عرف المشرع الجزائري العقد الإلكتروني في المادة السادسة من الفقرة الثانية من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية التي تنص أن: «**العقد الإلكتروني: العقد بمفهوم القانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأول 1425 الموافق ل 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية. ويت م إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الإتصال الإلكترونية**[1].»

وبالرجوع إلى نص المادة الثانية الفقرة الرابعة من القانون 04 -02 نجدها تعرف العقد 3 أنه: «كل إتفاق أو إتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الأخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغير حقيقي فيه....»[2]

وبهذا نستنتج أن المشرع الجزائري اعتبر العقد الإلكترونية كغيره من العقود التقليدية، تسري عليها الأحكام القانونية المنظمة لهذه الأخيرة، وأنه لا يتميز عنها إلا في وسيلة إبرامه وهي وسيلة إلكترونية.

الفرع الثاني: خصائص العقد الإلكتروني

رغم أن العقد الإلكتروني قد يتفق مع غيره من العقود التي تحوي أحكامها النظرية العامة للعقد، سواء من حيث موضوعه أو أطرافه أو سببه، فإنه من خلال المحاولات الفقهية والتشريعية التي

[1] – قانون رقم 18-05 ،المتعلق بالتجارة الالكترونية، المرجع السابق.

[2] – قانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 ،يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج. ر، عدد 41 الصادر في 27/ 07 /2004 معدل ومتمم بالقانون رقم 10-06 مؤرخ في 08/21 /2010 ،ج.ر ، عدد 41 الصادر في 2010/08/23.

سعت إلى ضبط تعريف دقيق لهذا العقد، قد اتضحت معالم الخصوصية فيه وأن له خصائص تميزه عن غيره من العقود.

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

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

وبالنظر إلى أهمية كل خاصية من تلك الخصائص في بناء نظام قانوني متكامل للعقد الإلكتروني فإننا نفرد لكل منها فرعا مستقلا.

أولا: العقد الإلكتروني أحد العقود تبرم عن بعد

تعتبر عقود التجارة الإلكترونية من طائفة العقود عن بعد، لأنها تبرم باستخدام وسائل الاتصال عن بعد، حيث يتم تبادل الإيجاب والقبول فيها عبر الإنترنيت، فيجمعهم بذلك مجلس عقد حكمي افتراضي، ولذلك فهو عقد فوري متعاصر[1].

وقد عرفت المادة 1/02 من القانون الفرنسي[2]، الاتصال عن بعد بأنه:" **كل انتقال أو إرسال أو استقبال لرموز أو إشارات أو كتابة أو أصوات أو معلومات، أياً كانت طبيعتها، بواسطة ألياف بريـة أو طاقـة لاسـلكية، أو أيـة أنظمـة إلكترومغناطيسـية أخـرى**"، أو أنها: "**مجموعـة مـن الإجراءات الفنية – المسموعة والمرئية – لإرسال واستقبال المعلومات عن بعد[3]**".

[1] –ANDROW D–Murray, entering into contracts électronically, USA, 2002, p23.

[2] – القانون الفرنسي لسنة 1986 ،يتعلق بتنظيم حرية الاتصال، يمكن الحصول على النسخة الكاملة له عبر الموقع http://www.justice–gov.fr.

[3] – أنظر: ناصيف إلياس، المرجع السابق، ص 39 ،و: آمانج رحيم أحمد، التراضي في عقود الإلكترونية عبر شبكة الإنترنيت، دراسة تحليلية مقارنة، دار وائل للنشر، الأردن، 2006 ،ص 75 .وكذلك: حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006 ،ص69.

وهذا التعاصر هو نتيجة صفة التفاعلية فيما بين أطراف العقد[1].

الأمر الذي يجعل من هذا النوع من العقود يعد بين حاضرين من حيث الزمان، وبين غائبين من حيث المكان، وهو نوع جديد من مجالس العقد التي يمكن تسميتها بالمجالس الإفتراضية[2].

ثانيا: العقد الإلكتروني عبر الإنترنت له طابع دولي

بالنظر إلى أن العقد الإلكتروني عقد مبرم عن بعد وينعدم فيه الإتصال المادي بين طرفيه، فإنه من المحتمل أن يخترق حدود الدولة الواحدة، ويوصف تبعا لذلك بأنه عقد دولي.

وبالرجوع إلى القواعد العامة ، فإن العقد يكون دوليا طبقا لأحد معيارين، الأول هو المعيار القانوني ومؤداه أن العقد يكون دوليا إذا اشتمل على عنصر أجنبي، سواء أتعلق هذا العنصر به في مرحلة إبرامه أو تنفيذه، أو تخلله من حديث أطرافه أو موضوعه أو سببه، في حين يسمى المعيار الثاني بالمعيار الاقتصادي، ومؤداه أنه كلما تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية كان العقد دوليا[3].

إن دولية العقد هي الشرط الضروري لإمكان اختيار الأطراف للقانون الذي يسري عليه، فلا يمكن الحديث عن القانون واجب التطبيق إلا بعد التأكد من الصفة الدولية للعقد الذي يثير دون سواه مشكلة تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي بشأنه.

---

[1] – انظر:أسامة أحمد بدر، الوسائط المتعددة بين الواقع والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، د س ن ، ص 95 ،أنظر كذلك هامش: خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 75.

[2] – انظر: حمودي ناصر، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنيت، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في 1 العلوم، التخصص: القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2009 ،ص ص 92 –93 .و:محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006 ،ص 23 . وكذلك: محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنيت، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2004 ،ص 58 ، Voir aussi : - GAUTRAIS Vincent, Le contrat électronique, l'encadrement juridique international, thèse de doctorat, faculté des études supérieures, université de Montréal, 1998, p 27.

[3] – د/.عمروعبد الفتاح علي يونس، الرسالة السابقة، ص151.

ومن المعلوم أن تكييف الرابطة العقدي وتحديد وصفها، من حيث كونها عقدا دوليا أم لا، هي مسألة قانون يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة القانون[1].

وبصدد تكييف العقد الإلكتروني، اختلف الفقه حول مفهوم الصفة الدولية فيه، ويرجع اختلافهم لصعوبة توطيد العلاقات القانونية التي تنشأ عن العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية وخصوصا العقد المبرم عبر شركة الانترنت[2].

وقد انقسم الفقه في هذا إلى اتجاهين:

أولا: فرق أصحاب الاتجاه الأول بين نوعين من العقود، فالعقود التي يكون أحد أطرافها مستخدما لشبكة الانترنت مثلا مقيما في دولة ويقيم مورد خدمات الاشتراك في الشبكة في دولة أخرى، في حين أن المركز الرئيس لشركة تكنولوجيا معالجة البيانات وإدخالها وتحميلها عبر الشبكة في دولة ثالثة، فهذه العقود في نظرهم عقود دولية بلا نقاش لاحتوائها على المعيارين فاتصالها بأكثر من دولة جعلها تتعلق بالمعيار القانوني واتصالها بصالح التجارة الدولية جعلها تستوفي المعيار الاقتصادي[3].

أما النوع الثاني في نظر أصحاب هذا الاتجاه فهي العقود التي تتركز فيها جميع العناصر المكونة لها في دولة واحدة ، فلا يمكن القول بأي حال من الأحوال بدولية هذه العقود التي تبقى خاضعة للقانون الداخلي[4].

ثانيا: يذهب أنصار الاتجاه الثاني إلى أن البعد الدولي هو الغالب في العقود الإلكترونية أيا كان نوعها، ومهما كانت الوسيلة المستعملة في إبرامها تأسيسا على تقنيات الاتصال والشبكة الإلكترونية تكمن التي تعد تجسيدا حقيقيا لفكرة العولمة، فأهمية تقنيات الاتصال الإلكترونية

---

[1] – د/محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دون ذكر سنة الطبع، ص 11؛ د/إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص44.

[2] – زياد خليف شداخ العنز، تنازع القوانين في المعاملات الإلكترونية، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، سنة 2008،ص 208؛ مراد محمود يوسف مطلق، الرسالة السابقة، ص75.

[3] – د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص33؛ د/ صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص35

[4] – د/عمروعبد الفتاح علي يونس، الرسالة السابقة، ص152؛ د+/فيصل محمد كمال عبد العزيز، الرسالة السابقة،ص177.

تكمن في أنها لا تعترف بالحدود السياسية بين الدول، وأنها بددت فرقة العالم ومن ثم يصعب توطينها أو توطين المعاملات القانونية التي تجري في إطارها[1].

وبهذا الشكل فإن العقد الإلكتروني يتطلب ضرورة تضافر الجهود على المستوى الدولي والإقليمي والوطني لوضع القواعد القانونية التي تنظم أحكامه بصورة تضمن عدم التعارض بين القواعد القانونية بين مختلف الأنظمة التشريعية والاجتماعية والاقتصادية وقد كان هذا من بين أهداف، بل لنقل الهدف الرئيس ، لوضع قانون الأمم المتحدة للتجارة الإلكترونية المسمى الأونسترال.

ثالثا: العقد الإلكتروني عقد تجاري

لأن العقد الإلكتروني أهم وسيلة لممارسة التجارة الإلكترونية يطلق عليه تسمية "**عقد التجارة الإلكترونية**" وتعرف هذه المعاملة التجارية بأنها:" تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية التي تتم بين مشروع تجاري وآخر أو بين تاجر ومستهلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات هذا ما ساهم في تطوير الأعمال التجارية ونجاح المشروعات التجارية[2].

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

فإذا كان تاجرا يكون العقد بالنسبة إليه تجاريا بالتبعية، أما إذا لم يكن تاجرا فهذا العقد مدنيا بالنسبة إليه، كما يمكن لهذا العقد أن يكون مختلط بين التجاري والمدني وذلك في حالة إبرام عقد الدخول إلى الشبكة بين مقدم الخدمة أي التاجر والعميل الذي يقوم بعمل مدني[3].

[1] – د/سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص34؛ د/محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية،المرجع السابق،ص21.

[2] – بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم على شبكة الانترنت ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن، 2006 ،ص75.

[3] –ناصيف إلياس،المرجع السابق،ص43.

المطلب الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود الأخرى

من خلال استعراض تعريف العقد الإلكتروني والوقوف على خصائصه اتضح أن هذا العقد لديه خصائص تميزه عن غيره من العقود.

ولأجل استكمال تحديد ماهية العقد الإلكتروني يستوجب الأمر تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود بحسب الطريقة التي ينعقد بها (الفرع الأول)، والعقد الإلكتروني ليس الوحيد الذي يتم في البيئة الإلكترونية فهناك العديد من العقود التي يتم إبرامها في البيئة الإلكترونية التي تحيط به والتي من الممكن أن تلازمه وتكون الأساس التي يرتكز عليها لإتمام المعاملات، وعليه وجب تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود المبرمة في نفس البيئة الإلكترونية (الفرع الثاني).

فرع الأول: تمييز العقود الإلكترونية عن العقود بالنظر إلى طريقة التعاقد

عرفت البشرية نظام التعاقد عن بعد عصرا بعد عصر باستخدام وسائل كانت تتطور بصفة مستمرة حتى وصلت إلى استخدام وسائل الاتصال والتقنيات الحديثة التي أنتجت ما يسمى بالعقد الإلكتروني.

لاشك أن النشاط الإلكتروني يتسم بالحداثة والتنوع والتطور، فتظهر أنواع كثيرة من التصرفات التي تبرم بوسائل إلكترونية، فتتعدد أشكالها وتتجدد صورها، وبالتالي يصعب أحيانا حصر العقود المرتبطة بالنشاط الإلكتروني.

والتعاقد الإلكتروني كما هو معلوم يتم عن بعد باستخدام وسائل الاتصال الحديثة التي أفرزتها التكنولوجيا كالفاكس والتلكس والتليفزيون عبر الأقمار الصناعية والكمبيوتر كوسيلة لنقل الإرادة والمعلومات معا.

وإن كانت هذه العقود تتفق وتتشابه فيما بينها من حيث كونها عقود عن بعد، إلا أنها تختلف عن العقد الإلكتروني عبر الإنترنت وذلك من حيث طريقة انعقاد كل منها، وكذلك تختلف عن العقود التي تتم من خلال شبكة الإنترنت ولازمة لعملية التجارة الإلكترونية، وهذا ما سنتناوله من خلال هذا المبحث، انطلاقا من تمييز العقد الإلكتروني عبر الإنترنت عن العقد التقليدي، وكذا العقد الذي يبرم عبر الهاتف والتلفيزيون والفاكس والتلكس وصولا إلى العقد الذي يبرم بواسطة جهاز المينيتل.

أولا: تمييزه عن العقد التقليدي

يعرف العقد التقليدي بأنه **« توافق إرادتين بقصد إنشاء علاقات قانونية ملزمة[1]»** .

كما جاء تعريفه في نص المادة 54 من القانون المدني الجزائري: **« العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل**

[1] –محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، دار النهضة العربية، مصر، 1976 ،ص 22.

شئ ما»، وفي تعريف أخر: **« توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني هذا الأثر ماثل في إنشاء التزام أو نقله أو زواله أو تعديله[1]».**

وتجدر الإشارة أن عقد البيع التقليدي يعد من العقود المسماة، التي تم تصنيفها للعقود بالنظر إلى طبيعة ونوع العملية التعاقدية من خلال التنظيم التشريعي لها، وهو أيضا من العقود الرضائية والتي لم يشترط القانون شكل خاص لانعقادها ويكفي فيه تراضي المتعاقدين لانعقاده.

كما عرف المشرع المصري عقد البيع بأنه: **«عقد يلتزم فيه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شئ أو حقا ماليا أخر في مقابل ثمن نقدي[2]».**

ويتلاقى العقد التقليدي مع العقد الإلكتروني فيما يلي:أنه يمكن أن يندرج تحت طائفة العقود المسماة حيث تم وضع العديد من التشريعات التي تنظم عملية إبرام التعاقد عبر الإنترنت، كما يعد عقد البيع الإلكتروني عقدا رضائيا ناقلا للملكية، لأنه يكفي فيه تراضي أطرافه لانعقاده، وذهب رأى من الفقه الفرنسي إلى اعتبار العقد الإلكتروني ضمن طائفة ، وهو أيضا من العقود الملزمة للجانبين، لما يترتب عليه من التزامات في جانب (4 (العقود الشكلية[3] أطراف التعاقد، وهو أيضا من عقود المعاوضة حيث يأخذ كل من الطرفين مقابلا لما يعطي، وهو أيضا من العقود المحددة حيث يتحدد وقت انعقاده مقدار ما يأخذ وما يعطي كل من المتعاقدين.

إلا أن العقد الإلكتروني يختلف عن العقد التقليدي في أن الأول لا يتحقق فيه التواجد المادي لطرفي العقد في مجلس واحد وانفصالهما عن بعضهما البعض، وهو بذلك يكون عكس العقد التقليدي الذي يتميز بصفة أساسية وهي الوجود المادي بين طرفي العقد في مجلس واحد، وهو ما لا يتوافر في العقد الإلكتروني.

وخلاصة القول أن العقد المبرم إلكترونيا لا يختلف عن العقد التقليدي فيما يتعلق بضرورة صدور إيجاب بات وكامل وقبول حر وواضح لإبرام العقد، إلا أن الاختلاف بينهما قد يكون في طريقة التعبير عن الإرادة، حيث يبرم العقد الإلكتروني بين أطراف غير متواجدين ماديا، وهو

[1] –طلبه هبه خطاب، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، بدون ناشر، 2003 ، ص 55.

[2] –المادة 418 من القانون المدني المصري الصادر....

[3]–Herve Causse, le contrat électronique, technique du commerce électronique, LDJ, 2006, p 31.

عكس الحال في العقد التقليدي الذي يبرم بين أطراف متواجدين ماديا[1]، بالإضافة إلى الوسيلة المستعملة في إبرام العقود الإلكترونية التي تختلف عن العقود التقليدية.

ثانيا: التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت والتعاقد عبر الهاتف

يعرف الهاتف التقليدي غالبا بأنه: **« وسيلة لنقل المكالمات الشخصية بين نقطتين (المرسل والمستقبل) عبر أسلاك فيها تيار كهربائي وفق ذبذبات صوت المتكلم[2]».**

أما الهاتف الجوال الذي بدأ عمله عام 1991 في الولايات المتحدة الأمريكية فلا يعتمد على أسلاك بل يستخدم الأقمار الصناعية عبر شبكات مخصصة لذلك[3]. ويتميز جهاز الهاتف أو التليفون بسرعة الاتصال وسهولة الاستخدام، ويكون التعاقد عن طريقه فوريا ومباشر، حيث أن الإيجاب يعقبه مباشرة قبول الطرف الأخر، وذلك في حالة الموافقة[4].

وذهبت بعض التشريعات والفقهاء إلى إخضاعه لأحكام التعاقد بين حاضرين[5].

ويتسم هذا التعاقد بعدم الحضور المادي للمتعاقدين وينتقل فيه الإيجاب عن بعد، فعرف عقد البيع عن بعد[6] بأنه: **«عقد يتعلق بتقديم منتج أو خدمة ينعقد بمبادرة من المورد دون حضور مادي متعاصر عن بعد للمورد والمستهلك، وباستخدام تقنية للاتصال عن بعد من أجل عرض المورد وأمر الشراء من المستهلك[7]».**

ولما كانت التجارة الإلكترونية تباشر بوسيلة مسموعة مرئية، كما تتميز أيضا بأن الوصول إلى الإيجاب متاح للكافة دون تميز، فيمكن أن يقترب العقد الإلكتروني عبر الإنترنت من عقد البيع بواسطة الهاتف.

---

[1] – عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص 180-181

[2] –عباس العبودي،التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة،عمان،1997،ص10.

[3] –مراد محمود يوسف مطلق، المرجع السابق، ص 50.

[4] –محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص17.

[5] –عبد السلام التونجي، التعاقد بين غائبين في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر، ص 137.

[6] -Lionel Costes, Transactions en ligne, paiement électronique, galeries, marchandes virtuelles, bulletin d'actualité-lamy droit de l'informatique, n 97, novembre 1997, p 2.

[7] –.أسامه أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الانترنت،دار الكتب القانونية،مصر،2005،ص48.

ويرى بعض الفقه أن التعاقد عن طريق الهاتف تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان[1]. ففي هذه الصورة من التعاقد لا تفصل فترة زمنية بين صدور القبول وعلم الموجب به، فهو لذلك يعتبر تعاقدا بين حاضرين حكما، ولكن يظل أطراف العقد متباعدين من حيث المكان، ونتيجة لذلك فهو ينتمي إلى زمرة العقود عن بعد[2].

وبظهور الهاتف المحمول وصل جهاز الهاتف إلى أرقى مراتب تطوره، حيث أصبح بالإمكان استعماله في التعاقد عن طريق الاتصال العادي، كما يمكن التعاقد بواسطته عن طريق الرسائل الإلكترونية[3].

ويتضح من الطريقة التي يتم بها العقد عبر الهاتف وطبيعة مجلس العقد فيه، أن التعاقد عن طريق الهاتف يتشابه مع العقد الإلكتروني في وجود الصفة التفاعلية بين الموجب والموجه إليه الإيجاب بحيث يمكن الطرفين الحديث ومناقشة مسائل العقد.

كما يتشابه العقد الإلكتروني الذي يتم باستخدام البريد الإلكتروني مع التعاقد بالهاتف الذي يتم عن طريق الرسائل القصيرة، بل يمكن القول بأن التعاقد عن طريق الهاتف المحمول يعد صورة من صور العقد الإلكتروني في هذه الحالة إذ ينطبق على التعاقد عن طريق الهاتف النقال تعريف العقد الإلكتروني كما ينطبق عليه وصفة وحكمه وخصائصه[4].

ويختلف العقد الإلكتروني عن التعاقد عن طريق الهاتف في أن الأول أكثر تطورا من الثاني، إذ يمكن لطرفي العقد الإلكتروني مشاهدة بعضه ما، والتفاوض بشأن تفاصيل العقد كما في استخدام الشبكة الدولية كأحدث صورة من صور التعاقد الإلكتروني.

---

[1] –في استعراض النقاش الفقهي حول طبيعة مجلس العقد في التعاقد عن طريق الهاتف، راجع: د/سمير عبد العزيز الجمال،المرجع السابق،ص133.

[2]–BOUCHERBERG (L),Internet et commerce électronique,2 ème édition, Delmas,Paris, 2001,p42.

[3] –د/سامح عبد الواحد التهامي، المرجع نفسه، ص39.

[4] –د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص68؛ د/ عمروعبد الفتاح علي يونس، الرسالة السابقة، ص186.

إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن العقد المبرم عبر الهاتف بالرغم من اتفاقه مع العقد عبر الإنترنت من ناحية توافر صفة الفورية والاتصال المباشر بين طرفي العقد إلا أن العقد الإلكتروني عبر الإنترنت يتصف إلى جانب ذلك بإمكانية المشاهدة أو الرؤية للسلعة أو المنتج وهو ما لا يتوافر في التعاقد عبر الهاتف.

وعليه يمكن القول أن التعاقد عبر الهاتف يعد تعاقد بين حاضرين من حيث زمن التعاقد لعدم وجود فاصل زمني، وبين الغائبين من حيث المكان.

ثالثا: التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت عن طريق التلفزيون

يستخدم جهاز التليفزيون في إبرام العقود، ويتم ذلك بأن يقوم مقدم البرنامج بعرض للسلعة أو الخدمة التي يتم بيعها، ويحدد أوصاف المبيع وسعره، ويقوم الشخص المتلقي –المشتري– بالاتصال بالبرنامج لإبداء رغبته في شراء السلعة، أي في التعاقد، مع ترك اسمه وعنوانه ورقم هاتفه، فتصله السلعة بمكان إقامته، ويتم الوفاء بالثمن بطرق عدة إما بالدفع عند الاستلام أو عن طريق شيك أو بوسائل الدفع الأخرى كبطاقة الائتمان أو البريد الإلكتروني[1].

وقد ظهر التعاقد عبر التليفون في الولايات المتحدة الأمريكية عام 1978 بمناسبة بيوع المزادات المبرمجة على محطة الراديو المحلي بولاية فلوريدا، ومع تطور نظام الكابل أصدر المشرع الأمريكي قانون– الكابل التليفزيوني للمنافسة وحماية المستهلك– عام 1992، ثم انتقلت هذه التجربة إلى كندا واليابان وأوروبا[2].

فالتعاقد عن طريق التليفون هو عبارة عن طلب سلعة أو منتج بواسطة التليفون أو المينتيل، تال على عرضها بواسطة وسائل الاتصال السمعية المرئية[3] .

فهذا النوع من التعاقد يتفق مع العقد الإلكتروني عبر الإنترنت من حيث توافر صفة المشاهدة للسلعة أو المنتج، إلا أنه لا تتوافر فيه صفة المباشرة والتفاعل كما في العقد المبرم عبر

[1] –حمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة مع الترآيز على البيع بواسطة التليفزيون، مطبوعات جامعة الكويت، 1998 ،ص 55.

[2] –مراد محمود يوسف مطلق، المرجع السابق، ص 24

[3] –محمود السيد عبد المعطي خيال، التعاقد عن طريق التليفون، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2000 ،ص 10.

الإنترنت، فلا توجد إمكانية للتجاوب أو لأية مبادرة من جانب العميل للبدء في عملية التفاوض من أجل إبرام العقد.

كما أن القبول في هذه الحالة يكون لاحقا للإيجاب، وذلك على عكس العقد الإلكتروني عبر الإنترنت الذي يتسم بصفة التفاعلية بين أطراف العقد، حيث هناك نوع من التبادل الفوري بين الطرفين، مما يتحقق معه التعاصر بين الإيجاب والقبول[1].

كما عرف بعض الفقه التعاقد الذي يتم عن طريق التلفزيون بأنه عبارة عن طلب سلعة أو منتوج بواسطة الهاتف بعد عرضها بواسطة التلفزيون[2]، واذا كان التعاقد الإلكتروني والتعاقد ن طريق التلفزيون يتشابهان في أن الرسائل المنقولة هي نفسها بالنسبة لكافة العملاء إذ تتم بالصوت والصورة، إلا أن الإعلام في التعاقد عن طريق التلفزيون يكون عن طريق الإذاعة المرئية المسموعة، والأمر الجوهري في هذا الإعلام أنه وقتي أي يزول سريعا، لأنه لا يستمر إلا خلال مدة الإذاعة فقط، وللحصول على مزيد من التفاصيل يكون من خلال الإتصال مع الشركة عن طريق التليفون أو المينيتل، أما الإعلام في التعاقد الإلكتروني فيظل قائما طوال اليوم خلال أربعة وعشرين ساعة ويكون الاستعلام عن التفاصيل من خلال تصفح صفحات الموقع على الأنترنت.

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

إلا أن الفارق الجوهري يكمن في أن البث يتم من جانب واحد في حالة التعاقد عن طريق التلفزيون، فلا توجد إمكانية للتجاوب أو لأية مبادرة من جانب العميل وذلك على عكس العقد الإلكتروني الذي يتصف بصفة التفاعلية من جانب العميل أي يكون هناك نوع من التبادل بين

[1] –عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص 186

[2] –د/ محمود سيد عبد المعطي خيال، المرجع السابق، ص10.

الطرفين، وصفة التفاعلية هذه تسمح بحضور افتراضي متعاصر بين أطراف التعاقد، كما تسمح بتسليم بعض الأشياء تسليما معنويا أو أداء بعض الخدمات فورا على الشبكة، وتسمح كذلك بالوفاء الإلكتروني عبر الشبكة عن طريق وسائل الدفع الإلكترونية[1].

رابعا: التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت عن طريق التلكس والفاكس

الفاكس هو عبارة عن جهاز استنساخ بالهاتف يمكن من نقل الرسائل والمستندات المخطوطة باليد والمطبوعات بكامل محتوياتها نقلا مطابقا لأصلها، فتظهر المستندات والرسائل على جهاز فاكس آخر لدى المستقبل، ويلاحظ أن هناك فارقا زمنيا للرد على المرسل.

التلكس 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].

ويختلف التعاقد الإلكتروني عن التعاقد عبر الفاكس والتلكس في التواجد المادي للورقة، فالرسائل المتبادلة عن طريق الفاكس أو التلكس لا يتم معالجة بياناتها بلغة الكمبيوتر، بل يقتصر عملها على طبعها على الورق، فهي ثابتة على دعامة ورقية ممهورة بتوقيع الأطراف بينما الرسائل الإلكترونية تكون على دعامة إلكترونية يتم معالجة بياناتها بإستخدام جهاز الكمبيوتر، من جهة أخرى من السهل التأكد من أصل وصحة الرسائل عبر الفاكس أو التلكس[3].

ويمتاز التعاقد عن طريق الفاكس بسهولة التحقق من شخصية المتعاقد معه، والتأكد من هويته وأهليته بخلاف التعاقد عبر جهاز الحاسوب الإلكتروني الذي يصعب من الناحية التقنية التعرف عليه والتأكد من سلامة إرادته واكتمال أهليته[4].

[1] –د/ خالد ممدوح إبراهيم،إبرام العقد الالكتروني ،2006،المرجع السابق، ص 69.

[2] –مناني فراح، العقد الالكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري ،المرجع السابق، ص 38.

[3] –د/ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني،(2006) ،المرجع السابق، ص ص95– 96.

[4] –د/ خالد ممدوح إبراهيم،إبرام العقد الالكتروني ، (2006)، المرجع السابق، ص 70.

ويوفر التعاقد عن طريق التلكس العديد من المزايا منها السرعة، إذ يستطيع الشخص الذي يريد إبرام العقد تأمين وصول إيجابه إلى الشخص الآخر خلال ثوان معدودة، كما يوفر الجهاز السرية أيضا فالرسالة المرسلة بالتلكس رسالة مكتوبة لا يعرف ما فيها من معلومات الا المرسل الذي أرسلها، كما يتميز التلكس بالإتقان والوضوح، غير أنه من عيوب هذا الجهاز أنه لا يستطيع نقل الرسوم التوضيحية والهوامش والتوقيعات[1].

التلكس هو جهاز لإرسال البيانات عن طريق طباعتها وإرسالها مباشرة، إذ لا يوجد فاصل زمني ملحوظ بين إرسال البيانات واستقبالها، إلا إذا لم يكن هناك من يرد على البيانات لحظة إرسالها[2].

في حين يعرف الفاكس أو الفاكسميل بأنه جهاز استنساخ بالهاتف، حيث يتم بواسطته نقل الرسائل والمخطوطات المكتوبة بكامل محتوياتها كأصلها، ويتم تسلمها عن طريق شبكة الهاتف المركزية أو عن طريق الأقمار الصناعية، وكلمة فاكس FAX اختصار لكلمة فاكسميل–FAX MAILEويعرف أيضا باسم TELECOPIE [3].

ويختلف المستند الإلكتروني عن المستند المرسل بطريقة إلكترونية، فالأخير له أصل ورقي، ويقتصر استخدام الوسائل الإلكترونية على مجرد عملية الإرسال، مثال ذلك المراسلات المرسلة عن طريق الفاكس، ولذلك يختلف التعاقد الإلكتروني عن طريق التعاقد عبر الفاكس والتلكس، من حيث أن هذا الأخير يتميز بالتواجد المادي للوثيقة الورقية، ولذلك فإن الرسائل المتبادلة عن طريق الفاكس لا تحتاج إلى معالجة بياناتها بلغة الكمبيوتر وكل ما يحتاجه الطرف المستقبل للرسالة هو طبعها على الورق، في حين أن التعاقد الإلكتروني يتميز بالطبيعة غير المادية، حيث أن مكونات الاتفاق لا تكون ثابتة على دعامة ورقية ممهورة بتوقيع الأطراف، بل مثبتة على دعامة إلكترونية[4].

---

[1]–عباس العبودي، المرجع السابق، ص ص 27و28.

[2]–HUET(J), La valeur juridique de la télécopie (ou fax), comparée au télex, D.S, doctrine, 1992,n5, p35.

[3] –سهيل إدريس، المنهل، قاموس فرنسي عربي، دار الأدب، بيروت، الطبعة الثلاثون،2002 ،ص 512.

[4] –فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية، دراسة تطبيقية لعقود الإنترنت، دار النهضة العربية،2003، ص44.

ومن ناحية أخرى، فإنه من السهل التأكد من أصل وصحة رسائل الفاكس عن الرسائل الإلكترونية لكون الأصل ثابت على دعائم ورقية، كما يستطيع مكتب التلغراف على الأقل من الناحية النظرية التعرف على هوية المرسل[1].

الفرع الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عبر الأنترنت عن عقود البيئة الإلكترونية

تنقسم العقود الإلكترونية بالنظر إلى طبيعة محلها إلى نوعين ، عقود تبرم عبر شبكة الانترنت وتنفذ خارجها عندما تتعلق بأشياء مادية تقتضي طبيعتها تسليمها في بيئة مادية كالسلع مثلا، وهناك عقود تبرم وتنفذ عبر شبكة الانترنت دون حاجة إلى العالم المادي خارج الشبكة.

غير أن هناك طائفة من العقود تبرم بسبب التجارة الإلكترونية وتعد لازمة لتحقيقها دون أن تكون التجارة الإلكترونية موضوعا لها ، وفي هذا تختلف وتتميز عن العقد الإلكتروني وهي تسمى عقود الخدمات الإلكترونية.

ولتمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود التي تشابهه والتي تختلف عنه في البيئة الإلكترونية، فإننا نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الأول منها عقود الخدمات الإلكترونية وفيه نتعرض للعقود التي تبرم في بيئة الإلكترونية دون أن تتعلق بالمعاملات الإلكترونية، في حين نخصص الفرع الثاني لعقود التجارة على الخط والتي تبرم وتنفذ عبر شبكة الإتصالات.

يقصد بعقود الخدمات الإلكترونية تلك العقود الخاصة بتجهيز خدمات الانترنت وتقديمها وكيفية الاستفادة منها ، فهي العقود التي تبرم بين القائمين على تقديم خدمات الانترنت والمستفيدين منها[2].

[1] –عمر خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 70.

[2] –بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص76 ؛ مراد محمود يوسف مطلق، المرجع السابق، ص88.

ونظرا للتنوع الشديد والتطور المتسارع لهذه العقود فإنها لا تدخل تحت حصر غير أن أهمها عقد الدخول إلى الشبكة، وعقد الإيجار المعلوماتي ، وعقد إنشاء المتجر الافتراضي، ونعرض فيما يلي لكل عقد من تلك العقود:

أولا: عقد الدخول إلى شبكة الأنترنت Le Contrat D'accès à Internet

نظرا لأن مباشرة المعاملات الإلكترونية تتطلب الدخول إلى شبكة الاتصال في الفضاء الإلكتروني عن طريق أحد موردي الدخول إليها، فإنه يتوجب على من يريد الدخول إلى الشبكة إبرام عقد لهذا الغرض[1].

وقد عرف بعض الفقه هذا العقد بأنه العقد الذي يلتزم بمقتضاه مقدم الخدمة بتمكين العميل من الدخول إلى الانترنت من الناحية الفنية، وذلك بإتاحة الوسائل التي تمكنه من ذلك وأهمها برنامج الاتصال الذي يحقق الربط بين جهاز الحاسوب والشبكة، والقيام ببعض الخطوات الفنية الضرورية لتسجيل العميل، وذلك مقابل التزام العميل بسداد رسوم الاشتراك المقررة[2].

ويعتبر عقد الدخول إلى الشبكة من أهم العقود الإلكترونية المألوفة وأكثرها شيوعا على الانترنت بالنظر إلى أن هذه الشبكة أصبحت لها أهميتها المتزايدة بين الأفراد والشركات.

ويلاحظ أن هذا العقد يتخذ صورة عقد الإذعان، حيث أن العميل لا يتاح له إلا أن يقبل شروط العقد ويلتزم بكافة أجزائه وأحكامه، وإما أن يرفضه[3] .

كما يلاحظ على هذا النوع من العقود أن لها قاسما مشتركا يتمثل في أنه رغم اتساع نطاقها لتشمل كافة أرجاء الكرة الأرضية، وبغض النظر عن اختلاف موضوع التعاقدات، فإنه يوجد تماثل بينها ، سواء تمت في الجزائر أو في مصر أ و لبنان أو

[1] –راجع في ذلك: د/فريد عبد المعز فرج، التعاقد بالانترنت، بحث منشور بمجلة البحوث الفقهية والقانونية تصدر عن كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، فرع دمنهور ،العدد 18 الجزء الأول، سنة 2003،ص496.

[2] –د/عمرو عبد الفتاح علي يونس، الرسالة السابقة، ص191؛ د/سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق،ص79؛ د/فيصل محمد كمال عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص96.

[3] – د/ عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص162؛ د/ إلياس ناصيف، ص49.

واشنطن أو باريس فإنها تتم بصورة واحدة، والسبب في ذلك أن التقنية واحدة والمشاكل متشابهة يقتضي لحلها حلولا متشابهة[1].

وقد وضع المجلس الوطني للاستهلاك في فرنسا بعض التوصيات المتعلقة بإبرام هذا العقد، وبيَن أنه يجب لكل طلب دخول للشبكة أن يصاحبه شرح للتعريف بالعقد والالتزامات الخاصة به ، وأنه يتعين على المورد أن يعلم العميل بمدى كفاءة الخطوط المستعملة وبعدد المشتركين ، وأن يعلم بالبرامج المقدمة ومدى حداثتها وأن يقدم له دون أية مصاريف إضافية عدادا للوقت في الحالة التي تتم محاسبته بالمدة[2].

ويمكن القول أن الدخول إلى الشبكة أو عقد الاشتراك فيما يسميه البعض، هو عقد إلكتروني محله استغلال شبكة الانترنت ، في حين أن العقد الإلكتروني موضوع دراستنا هو العقد الذي يبرم في بعض صوره بواسطة شبكة الانترنت، ما يعني أن هذه الأخيرة تعد وسيلة للتعاقد أ و للتعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني في حين تعتبر موضوعا للعقد في عقد الاشتراك وهو ما يجعل الاختلاف بين العقدين واضحا، وهذا العقد هو الأكثر شيوعا وأهمية لان بدونه لا يمكن استخدام شبكة الانترنت ولا إجراء التعاقدات عبرها.

ثانيا: عقد الإيجار المعلوماتي (عقد الإيواء)

عقد الإيجار المعلوماتي أ وعقد الإيواء كما يفضل بعض الفقه تسميته ، هوذلك العقد الذي يتضمن التزاما من مقدم الخدمة باستقبال موقع العميل ، أومتجره الافتراضي على الشبكة لمدة معينة وفي مقابل معين[3].

وعرفه آخرون بأنه عقد بمقتضاه يضع مقدم الخدمة تحت تصرف المشترك بعض إمكانيات أجهزته أوأدواته المعلوماتية على شبكة الانترنت[4].

---

[1] –د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص34؛ د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية،المرجع السابق، ص49.

[2] –د/ فريد عبد المعز فرج، البحث السابق، ص498.

[3] –د/سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص80؛ د/محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية،المرجع نفسه، الموضع نفسه.

[4] –د/خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص77؛ بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص77.

وبمقتضى هذا العقد يلتزم مقدم الخدمة باستقبال العميل، ويتيح له استعمال ما لديه من أجهزة وأدوات ووضعها على الشبكة تحت تصرف العميل لمدة معينة مقابل التزام هذا الأخير بدفع المبلغ المتفق عليه[1].

ويرتبط هذا العقد ارتباطا وثيقا بالشبكة الدولية ، حيث يقوم على ضرورة المرور الفني الإلزامي عبر الانترنت ، فيتخذ العميل موقعا على الشبكة وعن طريق هذا الموقع يتمكن من التعامل مع الغير وقد كيَف بعض الفقه هذا العقد بأنه عقد إيجار للأشياء تسري عليه الأحكام العامة لعقد الإيجار[2] على أساس أن مقدم الخدمة يضع إمكانياته الفنية وبعض أجهزته تحت تصرف المشترك وهو لذلك لا يعدو أن يوصف بأنه عقد إيجار[3].

يلتزم في هذا العقد مقدم خدمة الانترنت بأن يضع تحت تصرف المشترك جانبا من إمكانياته الفنية لاستعمالها في تحقيق مصالحه وبالطريقة التي تناسبه، ويحدث ذلك من خلال إتاحة انتفاع المشترك بجزء من إمكانيات الأجهزة والأدوات المعلوماتية كتخصيص مساحة القرص الصلب أو شريط المرور، وسيتقبل مقدم الخدمة المعلومات والرسائل الخاصة بالمشترك ويتيح لها فرصة الدخول الى الشبكة، ويضمن المشترك تيسير استخدام الموقع الذي خزن فيه معلوماته، ويثور عن ذلك مسؤولية مقدم الخدمة تجاه المستخدم عن عدم تقديم الإمكانيات المطلوبة أو تقديمها بصورة معيبة أو ناقصة[4].

وبالنظر إلى أن مقدم الخدمة يسمح لعميله بالانتفاع بأجهزته مع الاحتفاظ بملكيتها، ويتنازل له عن حيازته لبعض الإمكانيات التي تتيحها هذه الأجهزة، فإن مسؤوليته عن الأضرار التي يسببها استعمال العميل لأجهزته تتحدد بالقدر الذي يتخلى فيه عن حيازته لتلك الأجهزة، فإذا خرجت الأجهزة من تحت حراسته، فإنه لا يمكن أن يسأل عن الأضرار

[1] –د/إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص51؛ د/محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص39؛ محمد أمين الرومي،المرجع السابق، ص78.

[2] –وهو العقد المنظم بالمادة 1713 وما بعدها من التقنين المدني الفرنسي، والمادة 558من التقنين المدني المصري، والمادة 467 وما بعدها من التقنين المدني الجزائري والمادة 526وما بعدها من التقنين المدني السوري.

[3] – مراد محمود يوسف مطلق، الرسالة السابقة، ص90 ؛ د/سمير حامد عبد العزيز الجمال، السابق، ص80.

[4] – محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003 ،ص ص 27و28.

التي تلحق بالغير جراء استعمال العميل لها، ما لم يثبت أن مقدم الخدمة كان يعلم بما قام به العميل، وتتبع في هذا الشأن مسؤولية حارس الشيء في القواعد العامة في التقنين المدني[1].

لقد اتضح بأن العقد الإلكتروني الذي يتم التعبير عن الإرادة فيه عبر وسيلة إلكترونية يختلف اختلافا عن عقد الإيواء أو عقد الإيجار المعلوماتي ، ففي حين تكون الوسائل الإلكترونية موضوعا للعقد ومحلا له، تكون في العقد الإلكتروني وسيلة للتعبير عن الإرادة.

ومن خلال خصائص هذا النوع من عقود الخدمات فإنه يتيح للمنتفع استخدام الشبكة جراء التصرفات المباحة من خلالها كالتجول في المواقع والتسوق والتصفح، والذي قد يتيح إبرام العقود الالكترونية بفضل هذه الخدمة، كما أن العقد في حد ذاته يمكن أن يكون من العقود الالكترونية إذا ابرم الكترونيا كليا أو في أي مرحلة من مراحله عبر وسائل الكترونية[2].

ثالثا: عقد إنشاء المتجر الإفتراضي Contrat de réalisation de la boutique virtuelle: جاءت فكرة إنشاء متجر افتراضي بغية تسهيل وتيسير الحصول على الخدمات والسلع بسرعة، وحتى يكون هناك متجرا افتراضيا أنشئت مراكز افتراضية تضم هذه الأخيرة، فالتاجر لكي يفتح متجرا افتراضيا عليه تقديم طلب المشاركة لهذا المركز الافتراضي، وأن يتم فتح متجر افتراضي خاص به على الشبكة يمكنه من عرض سلعه وبضائعه عبر مختلف أنحاء العالم[3].

يعرف المركز الافتراضي بأنه:" خدمة إلكترونية يتم الدخول إليها عبر شبكة الانترنت، ومفتوحة لكل مستعمليها، وتسمح للتجار بعرض بضائعهم أو خدماتهم من خلالها[4].

---

[1] –د/عمرو عبد الفتاح علي يونس،المرجع السابق،ص194،د.أسامة أبو الحسن مجاهد،خصوصية التعاقد عبر الانترنت،المرجع السابق،ص60،د/محمد حسين منصور ،المسؤولية الإلكترونية،المرجع السابق،ص28.

[2] –محمد لورنس عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009 ،ص38.

[3] –شحاتة غريب محمد شلقامي، المرجع السابق، ص70،71.

[4] –د/ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني ،(2011)،المرجع السابق، ص 104.

كما يقصد به: إنشاء المتجر الافتراضي ذلك العقد الذي يلتزم بمقتضاه مقدم الخدمة بأن يمكن التاجر من عرض بضاعته من خلال موقع إلكتروني، أو مركز تجاري افتراضي مقابل أجر متفق عليه[1].

ويطلق البعض على هذا العقد عقد المشاركة، وذلك لأنه العقد الذي بمقتضاه يصبح المتجر الافتراضي مشاركا في المركز التجاري الافتراضي الذي يجمع العديد من التجار في مكان واحد[2].

والمراكز الافتراضية تنقسم على نوعين:

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

- **النوع الثاني:** الذي يشترط رقم سري (Code) خاص بالزائر كلما أراد الدخول إلى المركز وأن يذكر رقم بطاقته الإئتمانية ليتمكن من شراء المنتجات ودفع ثمنها[3].

ويكتسي هذا العقد أهمية بالغة في المعاملات الإلكترونية، فلكي يتمكن التاجر من إبرام الصفقات التجارية عبر شبكة الانترنت، فإنه يتوجب عليه أن ينشىء موقعا تجاريا على الشبكة، وهو في سبيل ذلك قد يعهد بهذه المهمة إلى أحد المهنيين المتخصصين في مجال المعلوماتية الذي يتولى تصميم الموقع آخذا في الاعتبار جمال التصميم وفاعليته وسهولة الاستخدام وسرعة تحميل الصفحات، وعرض السلع والخدمات بطريقة جذابة وواضحة مع بيان دقيق لمواصفاتها وأسعارها، ومبينا شروط التعاقد وكيفية تنفيذ العقد وغيرها[4].

---

[1] –د/سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص81؛ د/ عمروعبد الفتاح علي يونس، الرسالة السابقة الموضع نفسه؛ بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص78.

[2] –د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، المرجع السابق، ص13؛ د/خالد ممدوح إبراهيم،المرجع السابق، ص77.

[3] –شحاتة غريب محمد شلقامي، مرجع سابق، ص 71.

[4] –رامي محمد علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الانترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني، مقال منشور بمجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، السنة 26،ديسمبر 2002،ص237.

ويتضمن عقد المتجر الافتراضي نوعين من الشروط، الأول يتعلق بشروط عامة تخضع لها كل المتاجر المشاركة في المركز التجاري الافتراضي في حين يتعلق بالشروط الخاصة بكل متجر على حدة وغالبا ما تتضمن الشروط العامة ما يتصل بتحديد البيانات الشخصية لمقدم الخدمة، ووصف دقيق للمنتج المعروض ، واللغة المستخدمة ، وتحديد الأسعار بوضوح، مع بيان قيمة الضرائب ونفقات الشخص ومواعيد التسليم وعموما كل ما يلزم لإعلام المستهلك[1].

وقد كيَف البعض عقد المتجر الافتراضي بأنه عقد ينتمي إلى عقود الخدمات، ويدخل في نطاق عقد المقاولة الذي عرفته المدة 549 من التقنين المدني الجزائري بأنه: **"المقاولة عقد يلتزم بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يعهد به المتعاقد الآخر"[2].**

ونخلص إلى القول بأن عقد إنشاء المتجر الافتراضي موضوعه إلكتروني ولكنه لا ينعقد بالوسائل الإلكترونية ما يعني وجود الاختلاف الواضح بين العقدين رغم أنه من المتصور أن يستعمل التاجر وسيلة من الوسائل الإلكترونية في التعبير عن إرادته ونقلها إلى الشخص المطلوب منه إنشاء الموقع، ففي هذه الحالة يكون عقدا إلكترونيا، ولكن تبقى للعقد الإلكتروني خصوصيته المتمثلة في وسيلة إبرامه دائما.

رابعا: عقد خدمة المساعدة الفنية

تمكن هذه الخدمة مستخدم الإنترنت من مواجهة حل المشاكل الفنية[3] التي تعترضه، وتسهم هذه النوعية من العقود في إتمام العمليات التي تتعلق بالتجارة الإلكترونية وبصفة خاصة إبرام العقد عبر الوسائل الإلكترونية الواردة على المنتجات ذات تقنية عالية، وتتم هذه المساعدة عن طريق الهاتف.

[1] –د/أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، المرجع السابق، ص 31؛ د/محمد حسين منصور،المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 31 vaincent gautrais,le contrat éléctronique international op,cit,page 273.

[2] –هذا النص يتطابق مع نص المادة 1710 من التقنين المدني الفرنسي والمادة646 من التقنين المدني المصري، والمادة 612 من التقنين المدني السوري.

[3] – ويطلق على هذه الخدمة أيضا اسم الخط الساخن LINE HOT أو خدمة المساعدة الهاتفية كونها تتم عبر خط الهاتف.

ولكي يتمكن مقدم هذه الخدمة من أداء دور فعال فيلزم أن تتوافر به عدة أمور، ومن هذه الأمور الخبرة الفنية، إذ إن المشروع يجب أن يضمن أنه في حالة طلب مساعدة متعهد الخدمة، أن هؤلاء الأشخاص يمتلكون المستوى المطلوب(فنيا، تجاريا...) الذي يسمح بإيجاد السبل الفعالة لإقناع المستهلك المتردد، وبتوافر الخبرة الفنية يؤدي ذلك إلى توافر قدرة المعالجة لحل المشكلات التي تعترض المشروع وأخيرا فإن مقدم هذه الخدمة يلزم أن تتوافر به كفاءة الحوار، إذ إن المشروع أو طالب المساعدة يحتاج إلى شخص يتحاور معه.

كل هذه الشروط في مجملها تساهم في نجاح المشروع المطروح على شبكة الإنترنت، وبالتالي حسن إتمام صفقات التجارة الإلكترونية، ضف إلى ذلك أن مقدم الخدمة ملزم بتحديد وقت دخول المستخدم للحصول على هذه الخدمة، وتحديد اللغة التي تقدم بها هذه الخدمة، وتحديد نوع المساعدة الفنية التي يتعهد بتقديمها، والمدة التي يستغرقها حل المشكلة التي تواجه المستخدم، وفي المقابل يلتزم المستخدم بسداد مقابل الاشتراك المتفق عليه للحصول على تلك الخدمة.

المبحث الثاني: إنعقاد العقد الإلكتروني

ينعقد العقد الالكتروني بتلاقي إرادتي الإيجاب والقبول، ويتم التعبير عن إرادة التعاقد– إيجاب وقبولا– عن بعد عبر تقنيات الاتصال الحديثة والتي تعتمد في استخدامها على دعائم الكترونية، لأجل هذا طرحت العديد من الإشكاليات والتساؤلات القانونية، أهمها كيفية تبادل الإرادات عبر وسائل الاتصال الحديثة وكيفية تحديد زمان ومكان تلاقيها لأحداث أثار قانونية، خاصة إذا ما اخذت بصفة اللامادية والافتراضية التي يتميز بها العقد الالكتروني. فيشترط في التعاقد الالكتروني، توافر ثلاث أركان أساسية التراضي، المحل والسبب ولا يبدو أن الفقه أورد شيئا من الخصوصية للمحل والسبب .

من هنا نتناول التعبير عن الإرادة في العقد الالكتروني (المطلب الأول).

ثم نبين كيفية تطابق الإرادتين في العقد الالكتروني (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني

التعبير عن الإرادة هو مظهر الإرادة الخارجي، وعنصرها المادي المحسوس، فيكون تارة تعبيرا صريحا وتارة أخرى يكون تعبيرا ضمنيا[1].

لأن الأصل في التعبير عن الإرادة لا يشترط فيه مظهر خاص أو وسيلة محددة عملا بمبدأ الرضائية في العقود، وبما أن العقد الإلكتروني يتم بوسائل إلكترونية سنعرض كيفية ستخدامها كأدوات للتعبير عن الإدارة (الفرع الأول).

والتعبير عن الإرادة لا يكفي كي ينتج أثارها القانونية بل يجب أن تصدر من شخص بالغ يتمتع بالأهلية، وأن لا تشوبها عيب من عيوب الإرادة، فيجب أن تتوافر الصحة في التعبير عن الإرادة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إستخدام الوسائل الإلكترونية في التعبير عن الإرادة

تبدو أهمية تناول موضوع التعبير عن الإرادة في العقود الالكترونية موضوعا مهما نتيجة التطور التكنولوجي وظهور تقنيات عديدة يتم من خلالها التعبير عن الإرادة عبر شبكة الانترنت، سنتناول أهم وسائل التعبير عن الإرادة في هذه العقود حسب أهم الخدمات التي تقدمها الانترنت من نقاط متبادلة هي خدمة البريد الالكتروني، خدمة شبكة الموقع وخدمة المحادثة والمشاهدة.

أولا: عبر البريد الإلكتروني

يعد البريد الالكتروني أهم الطرق التقنية للتعبير عن الإرادة عبر شبكة الانترنت وتتم عملية التعبير عن الإرادة عبر الانترنت من خلال قيام شخص لديه عنوان بريد الكتروني يحصل عليه من خلال اشتراك في خدمة البريد الالكتروني بإرسال رسالة بيانات يكتب فيها عنوان مرسل إليه

[1] –عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص150.

على الشبكة وثم يقوم بكتابة الرسالة المعبرة عن رغبته في إبرام عقد ما في المكان المخصص لذلك، وبعد ذلك يتم الضغط من خلال لوحة المفاتيح على زر الإرسال (send)الموجود في برنامج البريد الالكتروني، وبعدها يتولى بهذا البرنامج إرسال الرسالة إلى عنوان المرسل إليه ويحفظها في صندوق يسمى البريد الوارد (inbox) وعندها يستطيع المرسل إليه قراءة تلك الرسالة التي وصلت إلى عنوانه البريدي الخاص، والرد عليه إذا شاء، وذلك بالضغط على زر (reply) .

وهكذا يتم إرسال الإيجاب من قبل المرسل من خلال عرض السلعة محل العقد ويقوم المرسل إليه بتلقى ذلك الإيجاب وله قبوله أو التعديل عليه أو التفاوض بشأنه، وكل ذلك يتم من خلال برنامج البريد الالكتروني[1].

ثانيا: عبر شبكة الموقع

يتم التعبير عن الإرادة عبر الموقع الالكتروني باستخدام إحدى الوسائل الآتية :

1- **التعبير عن الإرادة بالكتابة:** خير مثال على استخدام هذه الوسيلة للتعبير عن الإرادة هو قيام المتعاقد عند تصفحه برنامج المتجر الافتراضي بتعبئة الفراغات المخصصة في نافذة البرنامج بكتابة عبارات دالة على الموافقة على الشراء في المتجر الافتراضي ومن ثم الضغط على الزر الخاص بالإرسال، وهنا نكون بصدد التعبير عن الإرادة بكتابة الكترونية[2].

2- **التعبير عن الإرادة بالإشارة :** يمكن التعبير عن الإرادة عبر الموقع الالكتروني باستخدام بعض الإشارات والرموز التي أصبح متعارف عليها، فهناك إشارات تدل على الرضا – مثل وجه مبتسم– وإشارات تدل على الرفض– مثل وجه غاضب[3].

[1] –علاء محمد الفواعير، العقود الإلكترونية التراضي، التعبير عن الإرادة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،الأردن، 2014،ص90.

[2] – علاء محمد الفواعير، مرجع سابق، ص90.

[3] – علاء محمد الفواعير، نفس المرجع السابق، ص91.

ثالثا: عبر المحادثة والمشاهدة

يستطيع مستخدم الانترنت عبر برنامج المحادثة التحدث مع شخص آخر في نفس الوقت بشرط أن يكون الطرفان متصلين بخدمة غرف المحادثة[1].

فوسيلة التعبير عن الإرادة من خلال المحادثة والمشاهدة يمكن أن تكون بالتعبير الصريح اللفظ، الكتابة، الإشارة وما تتميز به هذه الوسيلة عن باقي الوسائل خلق التعاصر الزمني ما بين الأطراف وكأنهم في مجلس عقد حقيقي في حين أنه مجلس افتراضي وهذا نتيجة مشاهدة وسماع كل طرف لآخر في الوقت ذاته[2].

أدى تطور تقنية المعلومات إلى أن أصبح بإمكان أي مستخدم لشبكة الإنترنت أن يخاطب أشخاصا آخرين سواء عن طريق الكتابة أوالصوت، بل أصبح بالإمكان تلاقيهم وجها لوجها بمجرد استخدام كاميرا يتم توصيلها بالحاسوب ، وهذا ما يحقق التفاعل الحواري المباشر بين الطرفين[3].

يشترط لتشغيل نظام المحادثة أن يكون الطرفان متصلين ببرنامج المحادثة المعد تقنيا لهذا الغرض ، ويقوم هذا البرنامج بتقسيم الصفحة الرئيسة إلى جزئين، حيث يقوم أحد الأطراف بكتابة أفكاره على شاشة جهازه الشخصي في الجزء الأول وسيرى في الوقت نفسه ما يكتبه الطرف الآخر على الجزء الثاني من الصفحة، ويلاحظ أن هذه الوسيلة توفر التعاصر الزمني لتبادل الأفكار بين الطرفين[4].

وهي عبارة عن ساحات في الفضاء الإلكتروني –الانترنت– cyberspace تتيح لمستخدميها الاشتراك في محادثات بين بعضهم البعض عن طريق فتح كل من المتخاطبين الصفحة

[1] – مخلوفي عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 84

[2] – خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني،2006 ،المرجع السابق، ص 132.

[3] – تامر الدمياطي، الرسالة السابقة، ص 52؛ د/عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص85.

[4] – أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص 48؛ فيصل كمال عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص365.

الخاصة به على جهازه في ذات التوقيت فيمر ما كتبه عبر الصندوق البريدي للشخص الآخر إلى الصفحة التي يفتحها على الجهاز الخاص به والعكس صحيح، وقد أمكن ربط الجهاز بميكروفون وكاميرا فيديو مثبتة على جهاز كل متخاطب فيكون حضورا متزامنا افتراضيا[1].

وقد يقول قائل إن القواعد العامة في التقنينات المدنية جديرة بأن تحتوي هذه الوسائل التي تصلح للتعبير عن الإرادة في ظلها، فالبريد الإلكتروني هو وسيلة للتعبير عن الإرادة عن طريق الكتابة وهذه الطريقة معروفة حتى قبل ظهور أرقى أجهزة الاتصال الحديثة، والتعاقد عن طريق الموقع وإن كانت التقنية حديثة فإن القانون لا يحفل بها ما دام التعبير سيصل إلى من وجه إليه عن طريق الإشارة وكذلك الأمر في التعاقد عن طريق التفاعل الحواري لكن الإشكال لا يقف عند هذا الحد بل يتعده إلى حالة قيام نزاع بين الطرفين حول حقيقة المقصود من التعبير عن الإرادة ووجد القاضي نفسه مضطرا لبحث مسألة جواز نقل التعبير عن الإرادة بهذه الوسيلة في ظل انعدام نص خاص صريح فيكون الحل العادل بعيد المنال ولأصبح القانون عائقا أمام استخدام التكنولوجيا لأغراض تعاقدية يبيحها القانون أصلا ، ولذلك وجب التصدي لهذه المسائل كما فعل المشرع الفرنسي بإضافة نص إلى التقنين المدني أو إفراد تشريع خاص مستقل.

الفرع الثاني: صحة التعبير عن الإرادة

من المقرر في القواعد العامة انه لكي ينعقد العقد صحيحا، فانه لا يكفي التعبير عن الإرادة بل يجب، إلى جانب ذلك، أنه يكون التراضي صحيحا، ويكون كذلك إذا استوفى شرطين، الأول منها أن تصدر الإرادة عن شخص ذي أهلية للتعاقد، والثاني أن تكون إرادته سليمة من العيوب[2]، وهاتين المسألتين سهل التحقق منهما في العقد التقليدي لأنه يتم بين حاضرين، بينما العقد الالكتروني يتم بين غائبين وكثير ما يلجأ القصر والمراهقون إلى شبكة الانترنت فضلا

[1] –علاء محمد عيد نصيرات،مرجع سابق، ص56.

[2] – عجالي خالد، النظام القانوني للعقد الالكتروني في التشريع الجزائري –دراسة مقارنة– ،رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون ،جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2014 ، ص ص 206–207.

عن ذلك فهذه معرضة للقرصنة الالكترونية هذا يخلق مشكلة وصعوبة في التأكد من هوية المتعاقد وأهليته القانونية وسلامة الإرادة من العيوب[1].

المطلب الثاني: تطابق الإرادتين

يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون المدني وفق المادة 59 منه، وعليه يتطلب انعقاد العقد أن يتم التعبير عن إرادتين متطابقتين، وهما الإيجاب والقبول اللذان يشكلان عناصر تطابق الإرادتين (الفرع الأول)، وبتلاقيهما يتحدد زمان ومكان انعقاد العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: عناصر التطابق (الإيجاب والقبول)

تتجلى عناصر تطابق الإرادتين في الإيجاب والقبول، فيمثل الإيجاب الإرادة الأولى لإبرام العقد، فهذا الأخير تعبير يصدر بصراحة مهما كانت الوسيلة كاللفظ، الإ شارة، الكتابة ...، أما القبول هو الإرادة الثانية لإبرام العقد، ويستوي أن يكون القبول صراحة أو ضمنيا كما يمكن أو اقترن بملابسات تعكس دلالته في القبول[2].

وعليه سندرس الإيجاب والقبول في العقود الالكترونية.

أولا: الإيجاب الإلكترونيl'offre

أتاحت تقنية الحاسب الآلي، التعبير عن الإرادة من خلال الشبكات الالكترونية المغلقة والمفتوحة، أتاحت الفرصة أكثر للتعبير عن الإرادة عبر البريد والمواقع الالكترونية، فما المقصود به؟ وماهي خصائصه؟ وماهي صوره؟ ولما كان التكييف القانوني للعقود الالكترونية، بأنها العقود التي تبرم عن بعد، بالإضافة إلى كونها عقود إذعان، فلزاما أن نحدد نواحي الإيجاب في حدود هذه البيئة الالكترونية.

[1] – إلياس ناصف، المرجع السابق، ص 125.

[2] – نبيل إبراهيم سعد همام محمد محمود، المرجع السابق، ص ص 248،249.

أولا: الإيجاب:

يعرف الإيجاب الالكتروني حسب التوجيه الأوروبي المتعلق بحماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد بأنه: " كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان"[1].

وقد عرفه بعض الفقه انه " تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد، حيث يتم من خلال شبكة دولية الاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية، ويتضمن كل العناصر اللازمة لإبرام العقد، بحيث يستطيع من يوجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة[2].

كذلك عرفه البعض الآخر بأنه : " **تعبير عن إرادة مبتدئة جازمة موجهة للطرف الآخر لإبرام عقد، ويكون ذات تعابير محددة تحديدا تاما ودالة على نية الموجب بالالتزام بات لدى القبول**"[3].

عرَف الفقه الإيجاب مجردا عن الوسيلة التي يتم بها بأنه عرض كامل وجازم للتعا قد وفقا لشروط محددة يوجهه شخص إلى شخص معين أو إلى أشخاص معنيين بذواتهم أو للكافة[4].

---

[1] – خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني ،(2011) ،المرجع السابق، ص 317.

[2] – أسامة عبد العلي الشيح، مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة للنشر، مصر، 2008 ،ص36.

[3] – محمد فواز محمد المطالقة، المرجع السابق، ص59.

[4] – د/عبد الرزاق السنهوري، ، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص152؛ د/عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص90.

وفي نفس المعنى عرفه بعض الفقه الفرنسي بأنه تعبير عن إرادة من جانب واحد يدل على انصراف رغبة مصدره إلى التعاقد، ويتضمن بالضرورة العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه.

ولذلك فإن الإيجاب هو الإرادة الأولى المتجهة إلى الدخول في رابطة عقدية تحتاج إلى إرادة أخرى موافقة لها.

يعرف الإيجاب بمعناه العام بأنه"تعبير هنائي جازم، قاطع الدلالة، على اتجاه إرادة من صدر منه على قبول التعاقد وفقا لشروط معينة"[1].

ويتعين أن يتضمن الإيجاب العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه بحيث يتم العقد بمجرد أن يقترن به قبول مطابق، فإذا لم يتضمن الإيجاب العناصر الأساسية للتعاقد فإنه لا يكون تعبيرا عن إيجاب بالتعاقد وإنما مجرد دعوة للتعاقد[2].

وقد وضعت اتفاقية فيينا لعام 1980 بشأن النقل الدولي للبضائع في المادة 1/14 معيارا لتحديد الإيجاب، فنصت على أن الإيجاب "يكون محددا بشكل كاف إذا تعينت فيه البضائع محل البيع وتحددت كميتها وثمنها صراحة أو ضمنا، أو إذا كانت ممكنة التحديد حسب البيانات التي تضمنتها صيغة الإيجاب"، ويدخل تعريف الإيجاب هذا ضمن الإيجاب التقليدي.

ولعل أهم خصوصيات الإ يجاب الإلكتروني التي تجعله متميزا عن الإيجاب بالطرق التقليدية هو أنه يتم بوسيلة اتصال فورية تكون مسموعة مرئية وتتيح إبرام العقد عن بعد حيث يتم التعبير عن الإيجاب الإلكتروني عن طريق وسيلة اتصال فورية تسمح بالاستعانة بالصور الثابتة أو المتحركة أو الصوتية أو أية وسيلة أخرى للإيضاح تبين السلعة أو الخدمة المعروضة.

ويقترب الإيجاب في التعاقد الإلكتروني المبرم عن طريق الانترنت عن العقد الإلكتروني المبرم عن طريق التلفزيون في أنه في الحالتين لا وجود للدعامة الورقية، ورغم هذا التشابه فإن الإيجاب في العقد المبرم عن طريق الانترنت يتميز بأنه يتضمن استمرارا معينا،

[1] – محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الثالثة، دون ناشر، 1988 ،ص 77.

[2] – مصطفى موسى حسين العطيات، المرجع السابق، ص 68.

بحيث أن من صدر إليه الإيجاب يستطيع في كل مرة أن يعود ليقرأ الإيجاب الموجود على الموقع أوالبريد الإلكتروني بينما يتمتع الإيجاب في التعاقد عن طريق جهاز التلفزيون بوقتية العرض على الشاشة[1].

ثانيا: القبول

القبول هو التعبير الصادر عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب يفيد موافقته على ما جاء في الإيجاب، ويعد القبول التعبير الثاني عند الإرادة، حيث يتكون العقد من اقترانه بالإيجاب، وهو كتعبير عن الإرادة يمكن أن يتخذ أية صورة من صور التعبير عن الإرادة، كأن يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على مقصود صاحبه والقبول كتعبير عن الإرادة يجب أن يكون باتا، وأن يتجه إلى إحداث أثر قانوني ينقل فيه من صدر عنه رغبة جادة ونهائية قي الدخول في رابطة عقدية[2].

ولم يتضمن التقنين المدني الجزائري نصا يعرف القبول، غير أن التقنين المدني الأردني تضمن نص المادة 91 التي عرفت القبول بأنه: "اللفظ الثاني الذي يستعمل عرفا لإنشاء العقد"[3].

والواقع أن القبول في العقد الإلكتروني لا يختلف عن القبول في العقد التقليدي سوى في أنه يتم عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني، ولذلك فه ويخضع بحسب الأصل للقواعد التي تنظم القبول في نظرية العقد، لكنه يحتوي على شي ء من الخصوصية تجعله جديرا بالبحث والتنظيم فمن حيث المبدأ لا يخضع القبول، باعتباره تعبيرا عن الإرادة ،

[1] –د/ محمود السيد خيال، التعاقد عن طريق التلفزيون، المرجع السابق، ص53.

[2] – يذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن القبول هوالتعبير الذي يصدر من المتملك وإن جاء أولا، أما الحنفية فيرون أن القبول هو التعبير الثاني الذي يصدر من أحد المتعاقدين مملكا كان أوممتلكا، راجع في ذلك: د/عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998،ج1 ، ص101؛ عبد الرحمن بن عبد الله السند، الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية، رسالة دكتوراه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 2002،ص174.

[3] – لم تعرف اتفاقية فيينا لعام 1980 المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع القبول لكنها تضمنت نصا لا يكاد يخرج عن القواعد العامة في التقنينات المدنية وهونص المادة 18 منها الذي جاء فيه: " **يعتبر قبولا أي بيان أو تصرف آخر صادر من المخاطب يفيد الموافقة على الإيجاب**"، وهذا يعني أن القبول يمكن أن يكون تعبيرا صريحا أوضمنيا.

لشكل معين فلكل متعاقد أن يفصح عن إرادته بالوسيلة التي يختارها ولا يهم نوع هذه الوسيلة طالما أنها تعبر عن الإرادة.

فيصح أن يصدر القبول في العقد الإلكتروني عـ ـن طريق البريد الإلكتروني أو المحادثة المباشرة، أو كتابة عن طريق الموقع ما لم ينص القانون أو يشترط الموجب طريقة معينة للقبول[1] ، فقد يشترط الموجب أن يكون القبول بنفس الوسيلة التي تم بها الإيجاب كالموقع مثلا، فلا ينعقد العقد إلا إذا جاء القبول بنفس الطريقة المطلوبة.

ومن طرق القبول في العقد الإلكتروني النقر مرة واحد على خانة الموافقة حيث توجد عبارة "**أنا موافق**"[2].

كما أثار الفقه مسألة السكوت ودلالته عن القبول في بيئة العقد الإلكتروني، فالأصل أن مجرد سكوت من وجه إليه الإيجاب لا يعد قبولا وذلك تطبيقا للقاعدة الشرعية القائلة بأنه لا ينسب لساكت قول.

واستثناء من هذه القاعدة قرر الفقه، ونص التشريع على اعتبار السكوت قبولا إذا كان سكوتا ملابسا اقترنت به ظروف دلت على القبول، وفي هذا الإطار نصت المادة 68 من التقنين المدني الجزائري على ما يلي: "**إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب.**

ويعتبر السكوت في الرد قبولا، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه"[3].

---

[1] – د/عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص110؛ د/خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص267.

[2] – تستخدم مواقع الشبكة العالمية التي تتعامل باللغة الفرنسية غالبا عبارات تدل على الموافقة مثل عبارة d'accordأو j'accepte l'offre أما مواقع الشبكة باللغة الإنجليزية فنجد عبارات مثل Ok أو I agrée.

[3] – يتقابل هذا النص مع المادة 98 من التقنين المدني المصري، والمادة 95 من التقنين المدني الأردني، والمادة 81 من التقنين المدني العراقي، والمادة 44 من التقنين المدني الكويتي، والمادة99 من التقنين المدني السوري.

ووفقا لهذا النص فإن السكوت يعتبر قبولا متى وجدت تعاملات سابقة بين الطرفين يمكن أن يستنتج منها رضا المتعاقد دون انتظار قبول صريح منه.

بينما يرى آخرون أن السكوت لا يصلح أن يكون تعبيرا عن القبول في العقد الإلكتروني، وذلك أن من يتسلم رسالة إلكترونية عبر الشبكة الدولة تتضمن إيجابا ينص فيها على أنه إذا لم يرد على هذا العرض خلال مدة معينة فإن ذلك يعد قبولا ، فهذا معناه تجريد من وجه إليه الإيجاب من حقه في عدم الرد على الرسالة وإجباره على أن يكون الرفض صريحا، وهذا أيضا يتناقض مع حرية التعاقد وحرية التعبير عن الإرادة في العقود عموما[1].

وتشترط القواعد العامة في القبول أن يكون موافقا ومطابقا للإيجاب في جميع المسائل التي تناولها هذا الأخير دون زيادة أو نقصان أو تعديل وإلا فإنه يعتبر إيجابا وعلى هذا الحكم نصت المادة 66 من التقنين المدني الجزائري التي جاء فيها **:"لايعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا"**[2].

ومقتضى هذا الحكم أن ينصب القبول على الإيجاب بكل عناصره وشروطه ، إذ لا يكون مطابقا للإيجاب إذا انصب على جز ء مما تضمنه فقط وكذلك الأمر لو انطوى على تعديل شيء مما جاء في الإيجاب[3].

كما يشترط في القبول إلكترونيا كان أ و عاديا أن يصدر قبل سقوط الإيجاب فإذا تحققت إحدى حالات السقوط فإن القبول يعد إيجابا جديدا يحتاج إلى القبول.

فحتى يؤدي التقاء القبول بالإيجاب إلى انعقاد العقد يجب أن يكون هذا الإيجاب ما يزال قائما[1].

---

[1] – بشار طلال مومني، المرجع السابق، ص70.

[2] – يقابل هذا النص نص المادة 96من التقنين المدني المصري، والمادة 2/99 من التقنين المدني الأردني، والمادة182 من قانون الموجبات اللبناني، و97 المادة من التقنين المدني السوري والمادة 85من التقنين المدني العراقي، والمادة 1/19 من اتفاقية فيينا للبيوع لعام 1980، والمادة31 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، والمادة 27من مجلة الالتزامات والعقود المغربية.

[3] – د/عباس العبودي، المرجع السابق، ص132.

الفرع الثاني: زمان ومكان انعقاد العقد

تطرح العقود المبرمة عن بعد أو ما يعرف "**بعقود المسافات**"، إشكاليات تتعلق بزمان ومكان إبرام العقد، لأن أطراف العقد لا يكونون حاضرين "وقت إنشاء العقد".

ونظرا للأهمية الكبيرة لتحديد زمان ومكان انعقاد العقد سوف نتناول ما يلي:

أولا: زمان انعقاد العقد .

ثانيا: مكان انعقاد العقد.

أولا: زمان إنعقاد العقد

تحطم معاملات التجارة الإلكترونية حاجز الزمن بصورة مذهلة فيمكن لمستخدم الإنترنت إنجاز كافة مشترياته عبر الإنترنت في دقائق معدودة، وهذه السرعة غير المسبوقة في إتمام المعاملات تختلف عن المعاملات التقليدية التي كان أطرافها يتمتعون بالقدر الكافي لفحص ومعاينة العروض والمنتجات ثم اتخاذ القرار بالشراء أو التعاقد من عدمه .أما في التجارة الإلكترونية فلا وقت لذلك، وقد عمدت بعض التشريعات إلى منح الأطراف ما يعرف بفترة الانتظار وتسمح خلالها للمشتري بالعدول عن قراره بغير أن يصيبه أي ضرر أو مشكلة، ويفتح عنصر الزمن كذلك تحديات أخرى حيث تحديد وقت التصرف أو الانعقاد أو غير ذلك، ويكون فاصلا في تحديد القانون الواجب التطبيق وهو الأمر الذي لم يعد من السهولة بمكان في ظل الإجراءات المعقدة والمتلاحقة لعمليات التجارة الإلكترونية.

[1] – وهذا ما نصت عليه المادة 65 من التقنين المدني الجزائري التي جاء فيها: "**إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، أعتبر العقد منبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون، والعرف، والعدالة** "، هذا النص يقابل المادة 95 من التقنين المدني مصري، والمادة 96 من التقنين المدني السوري، والمادة 100 فقرة 2 من التقنين المدني الأردني، والمادة 2 من تقنين الالتزامات السويسري، والمادة 61 من التقنين البولوني، وعلى عكس ذلك سار التقنين المدني الألماني، حيث نص في المادة 154 منه على ضرورة الاتفاق على جميع شروط العقد الجوهرية والتفصيلية حتى يتم العقد.

ويثور التساؤل هنا عن وقت إبرام العقد الإلكتروني فهل يعتبر قد أبرم عند دخول الرسالة الإلكترونية المتضمنة القبول نظام الكومبيوتر الخاص بالمرسل أو المنشئ أو الموجب أم عندما يصل القبول نظام الكومبيوتر الخاص بالموجب وسجلها الكومبيوتر أو عندما يصل القبول لنظام المعلومات الخاص بالموجب ويقوم بالاطلاع عليها ومعالجتها وتفسيرها[1].

وطبقا لنص المادة 61 من القانون المدني الجزائري والمادة 91 من القانون المدني المصري فإنه:« ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك.»

فإذا كان العقد ينعقد في اللحظة التي يلتقي فيها القبول بالإيجاب، لذا فإنه من الطبيعي أن تتعدد النظريات حول لحظة هذا الالتقاء، وهناك أربع نظريات فقهية بهذا الشأن.

وتبدو أهمية تحديد زمان انعقاد العقد بأنه منذ لحظة إبرامه يمتنع عن طرفيه نقضه أو التحلل منه، كما أنه بداية من تلك اللحظة تترتب عليه أثاره وتنشأ مختلف الالتزامات التي حددها أطرافه[2].

كما أنه اختلفت الآراء الفقهية وانقسمت إلى أربعة اتجاهات، وبتطبيقها على العقد الإلكتروني نكون أمام أربعة أوقات لإبرام العقد وتحديد زمان نشأة الرابطة العقدية الإلكترونية.

أ- **نظرية إعلان القبول:** وبإعمال هذه النظرية على العقد الإلكتروني يمكن القول بأن لحظة إبرام العقد هي اللحظة التي يضغط فيها القابل على خانة القبول بالموافقة ، وإذا كان العقد يتم عن طريق البريد الإلكتروني فإن لحظة إبرام العقد هي اللحظة التي يضغط فيها القابل على خانة إرسال البريد الإلكتروني المتضمن قبوله[3].

---

[1] – عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص 342.

[2] – من آثار العقد مثلا انتقال الملكية إذا كان العقد عقد بيع محله شيئا منقولا محددا بذاته، كما تنتقل تبعة الهلاك منذ لحظة إبرامه إلى المشتري في التقنين الفرنسي بخلاف الحال في التقنين المدني الجزائري الذي لا تنتقل فيه إلا بالتسليم، ومن المواعيد التي تنشأ عن العقد مواعيد التقادم والسقوط فدعوى إبطال العقد للاستغلال تسقط مثلا بمضي عام من لحظة إبرام العقد طبقا للمادة 2/90 من التقنين المدني الجزائري.

[3] – د/أسامة أبوالحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 92؛ رامي علوان، المقال السابق، ص258 ؛ يحي يوسف فلاح حسن، الرسالة السابقة ص62.

ب- نظرية تصدير القبول: تشترط هذه النظرية حدوث واقعة مادية هي تصدير أو إرسال القبول، إذ لا يتم العقد من الوقت الذي يعلن فيه القابل قبوله بل من الوقت الذي يرسل فيه هذا القبول فعلا إلى الموجب أي منذ لحظة خروج القبول من بين يدي صاحبه بحيث لا يملك استرداده كأن يقوم القابل بإرسال بريده الإلكتروني أو عن طريق الفاكس أو التلكس أو رسالة نصية عبر الهاتف النقال ، أو عن طريق الضغط على خانة القبول في حالة ما إذا كان التعاقد عن طريق الموقع[1].

ج- نظرية تسلم القبول: ووفقا لهذه النظرية لا يتم العقد إلا بوصول القبول إلى الموجب وتسليمه إليه ، فعندئذ فقط يمكن القول بأن العقد صار باتا بصرف النظر عن العلم الفعلي للموجب بالقبول ، وتطبيقا لذلك على العقد الإلكتروني، فإنه يكون منعقدا في اللحظة التي وصلت فيها الرسالة أو دخلت إلى صندوق البريد الإلكتروني، و لو لم يكن الموجب قد علم بمضمونها، وعندما يتم التعاقد عن طريق الموقع فإن لحظة إبرام العقد هي لحظة استلام رسالة البيانات أو المعلومات على الجهاز الخاص بالموجب[2].

ح- نظرية العلم بالقبول: ومقتضى هذه النظرية أن العقد يتم في الوقت الذي يعلم فيه الموجب بالقبول، إذ لا تحدث الإرادة أثرها إلا إذا علم بها من وجهت إليه، فلابد من توافق إرادتين حتى يتحقق اقتران الإيجاب بالقبول[3].

ثانيا: مكان انعقاد العقد

لا يثير تحديد المكان في التعاقد الإلكتروني أية صعوبة حينما يكون الطرفان المتعاقدان في دولة واحدة ويجمعهما موطن مشترك وتكون قواعد القانون الداخلي لهذه الدولة واجبة التطبيق

[1] – د/تامر محمد سليمان الدمياطي، الرسالة السابقة، ص 89؛ د/خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص297.

[2] – د/محمد حسن قاسم، المرجع السابق، 81 ؛ د/ عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص142.

[3] – د/سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 208؛ لما عبد الله صادق سلهب، الرسالة السابقة، ص126.

بيد أن الصعوبة تظهر عند اختلاف الموطن، لاسيما أن العقد الإلكتروني في الغالب لا يتسم بالطابع الدولي[1].

وقد تناول قانون اليونيسترال النموذجي مسالة تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني بالتنظيم من خلال نص الفقرة الرابعة من المادة 15 التي نصت على أنه: « ما لم يتفق المنشئ مع المرسل إليه على غير ذلك، يعدان رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ ويعد أنها تسلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ ويعد أنها تسلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، ولأغراض هذه الفقرة:

أ. إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد، كان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعادلة المعينة، أو مقر العمل الرئيس إذا لم توجد مثل تلك المعادلة.

ب. إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل يشار، ومن ثم إلى محل إقامته المعتاد [2]» .

وكما يبدو فإن هذا النص قد وضع معيارا يمكن اللجوء إليه لتحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني، فمقر عمل الموجب هـ و مكان إبرام العقد على أساس أنه مكان استلام الرسالة التي تضمنت القبول، وإذا لم يكن للموجب مقر عمل فالعبرة بمحل إقامته.

والأخذ بهذا المعيار سليم ومنطقي فهو معيار ثابت يغني عن البحث عن مكان وجود الموجب وقت أن تسلم الرسالة المتضمنة القبول.

رأى البعض أن مكان إبرام العقد هو مكان العمل على أساس أن الإيجاب والقبول قد ما في نظام المعلومات الموجود بالعمل، بينما رأى البعض الآخر أن العبرة بالنسبة لمكان العقد هي بمكان وجود المتعاقد نفسه[3].

---

[1] – علاء محمد الفواعير ، المرجع السابق، ص 156

[2] – القرار رقم 162–51 ،المتضمن قانون اليونستيرال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية للأمم المتحدة، المرجع السابق.

[3] – د/ سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص219 ؛ د/شحاتة غريب محمد شلقامي، المرجع السابق، 141؛ يحي يوسف فلاح حسن، الرسالة السابقة، ص69.

الفصل الثاني: آثار العقد الإلكتروني

إذا كانت المعاملات التجارية في صورها المختلفة، سواء التقليدية أو الإلكترونية، ما هي إلا انعكاس لآليات الإنتاج والتوزيع الاقتصادي وما مدى تأثرها بالتقنيات السائدة في محيطها، فلا شك أن تتبع حركة القانون وتطوره يؤكد حقيقة ارتباطه الوثيق بالمستجدات الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية في المجتمع، لذا كان لا بد من أن يستجيب القانون لكل مقتضى أو تطور اقتصادي أو تكنولوجي باعتباره أداة للتقدم والرقي.

ولما كان تنفيذ العقد المبرم عبر الإنترنت يتفق بصورة كبيرة مع العقد التقليدي في خضوعه للقواعد العامة بشأن تنفيذه، وذلك لضمان صحة وإمكانية تطبيق وتنفيذ العقود المبرمة عبر الإنترنت، مع الأخذ بما ورد بالتشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية في هذا الشأن.

وتنفيذ العقد يرتب التزامات على الطرفين بغض النظر أكان العقد تقليديا أم إلكترونيا، فيلتزم المتعاقد بتقديم سلعة أو منتج أو خدمة نظير مقابل معين يتعين الوفاء به، هذا الوفاء يتسم في المعاملات الإلكترونية بطابع مميز، ويأخذ صور متعددة. وعلى ذلك نعرض لمضمون الالتزام بالوفاء الإلكتروني، كما يرتب التزام على البائع بالتسليم مقابل أن يلتزم المشتري بالاستلام، ما يترتب عنه انتقال ملكية الشئ المبيع .

ففي عقد البيع مثلا هناك مجموعة من الالتزامات تقع على البائع وأخرى تقع على المشتري ومن هذه الالتزامات ما يتم النص عليه صراحة في العقد ومنها ما يفرضها العرف العام أو الخاص بشكل يستوجب احترامه ولزوم المثول له. ومن خلال هذه الدراسة سوف نتولى الحديث عن الالتزامات التبادلية العامة التي يفرضها العقد بشكل عام ومن باب التفصيل والتمثيل سنركز على الالتزامات في عقد البيع باعتباره أكثر العقود انتشارا. و للتفصيل في ذلك نتناول كلا من هذه الالتزامات من خلال مبحثين رئيسيين على النحو التالي:

المبحث الأول: تنفيذ العقد الإلكتروني ، والمبحث الثاني: إثبات العقد الإلكتروني.

المبحث الأول: تنفيذ العقد الإلكتروني

تعد مرحلة تنفيذ العقد الالكتروني مرحلة هامة كون العقد لم يبرم إلا لأجل تنفيذ التزامات المترتبة على عاتق أطراف العقد التي يجب القيام بها على أحسن طريقة، ومن أهم الالتزامات الملقاة على عاتق المتدخل لالتزام بالتسليم والالتزام بأداء خدمة من طرف مقدم الخدمة (المطلب الأول) ومن جانب المستهلك الالتزام بالوفاء بالثمن وتسليم المبيع (المطلب الثاني) وكل التزام يتخذ شكل خاص به.

وقد نصت على إلزام الموجب ببيان المعلومات الخاصة بتنفيذ العقد المادة 412 مكرر 03 من مشروع تعديل التقنين المدني الذي سبقت الإشارة إليه.

يجب على الموجب أن يحدد عند إصدار إيجابه بيان الثمن بوضوح وعما إذا كان الثمن يشمل أسعار النقل والرسوم الجمركية إن وجدت وبيان وسيلة الدفع ومكان الوفاء بالتفصيل[1].

وإذا تضمن الإيجاب شروط خاصة لإبرام العقد فإنه يجب على الموجب أن يضع تحت تصرف من وجه إليه الإيجاب الشروط التعاقدية الإضافية بطريقة تسمح له بحفظها ونسخها، ومن أمثلة تلك الشروط طرق الوفاء وشروط تحديد المسؤولية العقدية ومدة الضمان وغير ذلك.

وفضلا عن ذلك يلتزم الموجب بذكر معلومات معينة مرتبطة بخصوصية العقد الإلكتروني وبتكوينه وبطبيعته غير المادية، وهي معلومات تجعل الموجب يتحمل التزاما إضافيا فضلا عن ما تفرضه القواعد العامة من وجوب بيان العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه حتى يوصف الإيجاب بأنه إيجاب كامل، وبذلك يكون الإيجاب كاملا وفقا للقواعد العامة وتفرض النصوص المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية.

[1] –د/سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص114؛ أمانح رحيم أحمد، المرجع السابق، ص157.

المطلب الأول: إلتزامات البائع

تقضي القواعد العامة بوجوب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام، وانطلاقا من تلك القواعد نبع الالتزام بالأمان والسلامة لموضوع العقد حيث يلتزم المتعاقد بعدم الإضرار بسلامة الطرف الآخر، فالبائع يلتزم بتسليم منتجات خالية من كل عيب أو نقص في الصناعة من شأنه أن يحدث خطرا للأشخاص أو الأموال[1].

ويمتد هذا الالتزام ليشمل كافة العقود طالما توافرت شروطه، فإذا نجم عن الاستعمال المألوف للشئ محل التعاقد ضرر، كان للمضرور الرجوع على البائع أو المورد بالتعويض طبقا لقواعد المسؤولية العقدية[2].

وتعنى التشريعات المقارنة بحماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في معاملات التجارة الإلكترونية، وتشكل حماية المستهلك هدفا رئيسيا ليس في تلك التشريعات فقط وإنما للجمعيات الأهلية ومنظمات المجتمع المدني[3].

لم يكتفيا بالقواعد العامة بل حرصا وتنبغي الإشارة إلى أن الاتجاه الأوروبي والمشرع الفرنسي[4] على حماية المستهلك من مخاطر السلع والمنتجات وأقاما نوعا من المسئولية الموضوعية على عاتق المنتج، يترتب عليه التزام بضمان الضرر الذي يصيب أي إنسان أو مال ماديا أو معنويا، ويستفيد من أحكام تلك المسئولية كل متضرر سواء أكان متعاقدا أو غير متعاقد مع المنتج، ويكفي إثبات علاقة السببية بين العيب في السلعة والضرر، ويمكن للبائع أو المورد

[1] – مراد محمود يوسف، المرجع السابق، ص 400.

[2] –محمود جمال الدين زآي، مشكلات المسئولية المدنية، الجزء الأول، دار الفكر العربي، 1987 ،ص 226

[3]–إيهاب ماهر السنباطي، الإطار القانوني للتجارة الإلكترونية عبر الدول–دراسة تحليلية لقواعد القانون الدولي الإتفاقي والقانون المقارن– آلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2006 ،ص 175.

[4]–Taylor(s), L'harmonisation communautaire de la responsabilité du fait des produits défectueux, 1999,p 120.

التخلص من المسئولية بإثبات أن موضوع العقد غير مخصص للتداول أو أن ما أصابه من عيب تم أثناء الشحن أو التفريغ أو التخزين أو بإثبات أن المعرفة العلمية القائمة وقت الإنتاج للسلعة موضوع العقد لم تمكن البائع باكتشاف العيب، ويمكن الإعفاء من ذلك طبقا للقواعد العامة بإثبات السبب الأجنبي كالقوة القاهرة أو خطأ المضرور ولا يجدي التذرع بخطأ الغير في هذا الشأن، وتجدر الإشارة إلى أنه لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من هذه المسؤولية[1]. وسوف نتطرق من خلال هذا المبحث إلى أهم الالتزامات التي تقع على عاتق البائع، من التزامه بتسليم المبيع.

الفرع الأول: إلتزام البائع بتسليم السلعة

يعتبر التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري من أهم الالتزامات المترتبة في ذمة البائع، وهو التزاما متفرعا عن التزام البائع بنقل الملكية، ويوجب هذا الالتزام على البائع أيضا المحافظة على المبيع إلى أن يسلمه للمشتري، ويعتبر التزام البائع بتسليم المبيع التزاما بتحقيق غاية وليس التزاما ببذل عناية.

فالتزام البائع بتسليم المبيع توجبه طبيعة عقد البيع دون حاجة إلى إدراجه في بنود العقد أو في اتفاق خاص، وقد نصت المادة 351 من القانون المدني الجزائري على أن: « البيع عقد يلزم بمقتضاه، البائع أن ينقل للمشتري ملكية شئ أو حقا ماليا أخر في مقابل ثمن نقدي».

وجد الإلتزام بالتسليم في العقود الإلكترونية التي يكون محلها منتج أو سلعة مثل البيع أو الإيجار الإلكتروني أو إنجاز مشروع معين مثل تصميم أو إقامة برامج ومنشآت معلومات، وهذا ويعد الإلتزام بالتسليم إلتزاما بتحقيق نتيجة خاصة بالنسبة للمستهلك إذ بتنفيذ هذا الإلتزام يتمكن من الانتفاع بالمبيع"[2].

تختلف التزامات المتدخل تبعا لحمل العقد، فاذا كان محل العقد شيء مادي ملموس فالعقد يبرم عبر الانترنت وينفد خارجها، أما إذا كان محل الالتزام شيء غير مادي فالعقد ينفد عبر

[1] –عمرو عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 420.

[2] –د/محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، 2003 ،المرجع السابق، ص ص 96–97.

الانترنت كأن يكون تقديم خدمة على شكل استشارة، معلومات كعقد الدخول إلى الشبكة، أو الإعلانات والاشهارات.

وعليه نميز بين نوعين من التزامات المتدخل، بتسليم محل العقد (الفرع الأول)، بتقديم خدمة. (الفرع الثاني)[1] .

تكمن أهمية التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري في أن حصول التسليم يعد وفاء للالتزام وانقضائه، كما يتوقف على هذا الالتزام انتقال تبعة هلاك المبيع[2].

إن طرفي العقد في البيوع الإلكترونية قد يكون كلاهما من التجار وقد يكون أحدهما تاجرا والأخر مستهلك، كما قد يكونوا من جنسية واحدة أو جنسيات مختلفة وحينئذ يكون العقد دوليا، وعليه فإن تعريف التسليم يقتضي بيان تعريفه في الاتفاقيات الدولية والتشريعات المدنية.

فقد جاء في اتفاقية الأمم المتحدة لعقود البيع الدولي والمعرفة باتفاقية فيينا 1980 أن الأصل في التسليم هو وضع المبيع تحت تصرف المشتري حيث جاء بالمادة 31/ب من الاتفاقية التزام البائع بوضع البضاعة تحت تصرف المشتري في ذلك المكان، كما جاء في الفقرة ج من ذات الاتفاقية التزام البائع بوضع البضائع تحت تصرف المشتري في المكان الذي كان يوجد فيه مكان عمل البائع وقت إبرام العقد[3].

كما جاء في القانون الفرنسي أن التسليم هو نقل الشئ المبيع إلى حيازة المشتري وقدرته على الانتفاع به[4].

وطبقا لنص المادة 367 من القانون المدني الجزائري فإن التسليم يتم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه ماديا ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسلمه بذلك ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشئ

[1] –وسيلة لزعر ، تنفيذ العقد الالكتروني، رسالة ماجستر، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر،1 49.ص، 2011 –2010

[2] – سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، الطبعة الخامسة، تنقيح حبيب إبراهيم الخليلي، دون ناشر، 1990 ،ص 474

[3] – رضا عبيد، دراسة في القواعد الموحدة في البيوع الدولية، النسر الذهبي للطباعة، 1996 ،ص 146.

[4] – طاهر شوقي مؤمن، المرجع السابق، ص 81.

المبيع. إعمالا لنص المادة فإن المبيع إن كان منقولا ماديا فإن تسليمه يكون بالمناولة وبحيازة المشتري له حيازة فعلية من خلال وضعه تحت تصرفه[1].

ويقوم البائع أو المؤجر بتسليم الشئ إلى المشتري أو المستأجر متى تمكن من حيازته أو الانتفاع به، أي تسلمه وممارسة السلطات التي تخولها له حقوقه العقدية عليه، ووفقا لطبيعته والغرض المقصود منه، وفي عقد المقاولة يقوم المقاول بإنجاز العمل وتسليم الشئ المتفق على تصنيعه أو إنتاجه أو المشروع المنجز إلى صاحب العمل.

ولما كان تنفيذ أطراف العقد المبرم عبر الإنترنت لالتزاماتهم الناتجة عن العقد دون أن يتلاقى المتعاقدان، فإن هذه الالتزامات تتمتع بصفات خاصة، فالمعاملات التي يكون محلها تسليم منتج أو سلعة مثل البيع أو الإيجار الإلكتروني أو إنجاز مشروع معين مثل تصميم أو إقامة برامج ومنشآت المعلومات فيتم التسليم طبقا لطبيعة المنتج، فتسليم المنقول أو العقار المبيع يتم بوضعه تحت إمرة المشتري دون عائق، وبرامج الحاسب الآلي أو المعلومات يتم تسليمها من خلال تجسيدها على وسيط أو دعامة كالأسطوانة، وقد يتم التسليم على مراحل متوالية بتمكين العميل من الحصول أولا بأول على كل ما يستجد من معلومات من خلال تنزيل أو تحميل البرامج أو النسخ من الموقع المتاح إلى الجزء الصلب بجهاز المستخدم أو بأي شكل تقني أخر يتيح للمستخدم الانتفاع به كمنحه الصلاحية للدخول إلى موقع معين واستعراض المادة المحملة أو المخزنة محل التعاقد[2].

أما إذا تعلق موضوع العقد بسلعة أو منتج له واقع مادي ملموس فإن التسليم يتم بالطريق العادي، حيث يقوم التاجر بإرسال السلعة على العنوان الخاص بالمشتري سواء داخل الدولة أو خارجها، ويلتزم التاجر بتسليم شئ المبيع المعروض عبر الإنترنت والمطابقة تكون في النوع والصفات، والمقدار[3].

والمقدار ويشتمل التسليم ملحقات المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله، وذلك طبقا لما تقضي به طبيعة الأشياء وقصد المتعاقدين، ولعل من أهم الملحقات في المجال الإلكترونية هي

[1] – محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، مصر، 2004 ،ص 98.

[2] – سايمون آولن، المرجع السابق، ص204.

[3] – محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص 98.

تزويد العميل بالمستندات الشارحة التي توضح كيفية عمل الأجهزة والمعدات وأساليب الصيانة والتطوير، وتتمثل هذه المستندات في صورة كتيبات أو أسطوانات أو معلومات تنقل عبر الشبكة أو دورات تأديبية[1].

***إلتزام المستهلك بتسلم المبيع**

كما يعتبر إلتزام المستهلك بتسلم المبيع التزاما هاما وأساسيا، لان به يتحقق الاستيلاء الفعلي للمستهلك على المبيع، وهو المقابل لالتزام المتدخل بالتسليم، فلا اثر قانوني لهذا الالتزام ما لم يتم استلامه وإدخاله في حيازة المستهلك، ويتفق هذا لإلتزام المتدخل في ارتباطه ٍ حيازة الم بزمان ومكان، ونفقات واجبة الدفع.

أولا: زمان ومكان تسلم المبيع

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

الظاهر على واقعة تسلم السلعة أو الخدمة المتعاقد عليها أنها تخضع لاتفاق الطرفين أولا ثم لأحكام التعامل ثانيا، وذلك استنادا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، إذ أصبح من المتعارف عليه اليوم بأن يكون التسليم بمكان المشتري لاسيما في حالات التعاقد عن بعد، والتي منها مثلا: الشراء عبر الانترنت، إذ لا يعقل أن يشتري شخص ما إحدى السلع المعلن عنها عبر شبكة الانترنت، ويذهب بعد ذلك بنفسه لتسلمها من مكان تواجدها، وان كان ممكنا فهو ليس بالغالب الأعم[2].

ومنه فالالتزام بالتسلم يعتبر كما سبق القول انه: التزام مقابل لإلتزام بالتسليم الذي يمكن العميل من الاستيلاء على محل العقد، وعليه يتم تسليم المحل في نفس المكان والزمان الذي يتوجب إتمام عملية التسلم فيهما، لكون هذا الالتزام مساو من حيث كيفية التسليم والتسلم ومكانه

[1] – عمرو عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 426.

[2] – د/ عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص ص 318–319.

وزمانه، وهو ما يجعل هذا الالتزام واحد، مما يوجب على الملتزم بعد الانتهاء من الإعداد الوفاء به ليتمكن الطرفان من إبراء ذمتهما تجاه الآخر.

وكما تم الإشارة أن زمان ومكان التسليم يخضع لإرادة الطرفين، فان تحديدها لا يثير إشكالا، إلا أنه قد يحدث ألا يتم تحديد وقت التسليم في العقد، والتوصل من خلالها إلى تحديد الوقت المناسب، أو العمل بما اقره العرف في القيام بمثل هذا التصرف، واعتباره موعد ال تسليم وذلك من خلال تحديد المدة التي استقر عليها العرف[1].

ثانيا: التزام المستهلك بنفقات تسلم المبيع

تنص المادة 395 ق م ج على أنه : " **إن نفقات تسلم المبيع تكون على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك.**"

نستنتج من نص المادة أن نفقات تنفيذ الالتزام يتحملها المدين بهذا الالتزام وباعتبار المشتري (العميل) هو المدين به فعليه تحمل نفقاته التي تشمل المصارف اللازمة لنقل المبيع من مكان تسليمه إلى مكان تسلمه، نفقات الشحن وإرسال المبيع وتفريغه في ميناء الوصول والرسوم الجمركية المستحقة على محل العقد، إلا أن هذه القاعدة ليست من النظام العام مما يجوز الاتفاق على ما يخالفها، كأن يتحقق الطرفان على تحمل المعلن (البائع) نفقات التسليم كلها أو بعضها، أو ان يتقاسمها مع المشتري[2].

وبذلك فلو قام شخص بشراء سلعة عبر شبكة الانترنت، فان نفقات دفع الثمن مثلا كالتزام يقع على عاتق المشتري يقع على عاتقه أيضا وهو الأصل، ومثال ذلك لو كان ثمن جهاز الهاتف النقال المعروض على شبكة الانترنت مائة دولار واتفق المتبايعان على تحويل هذه القيمة عن طريق حوالة بنكية، أو بإستخدام البطاقة الائتمانية وترتب على ذلك وجوب دفع قيمة إضافية على الثمن كخدمة الحوالة، فان المشتري هو من يتحملها، وهو ما ينطبق على نفقات التسلم، فلو تعاقد شخص على شراء سلعة معينة بمبلغ 500 دينار عبر شبكة الانترنت، ولم يتفق

[1] – محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص 107.

[2] – محمد حسن قاسم، عقد البيع، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1999 ،ص ص 392-393.

المتعاقدان على نفقات إرسالها، فان المشتري سيتحمل هذه النفقات بما فيها تكاليف النقل ورسوم الاستلام[1].

الفرع الثاني: إلتزام بنقل الملكية

يقع على عاتق البائع التزام بنقل ملكية الشئ المبيع، وهو التزام نصت عليه اتفاقية فيينا 1980 في المادة 30 التي نصت على أن يلتزم البائع بنقل ملكية البضائع على النحو الذي يقتضيه العقد وهذه الاتفاقية[2].

وفي القانون الجزائري يلتزم البائع بأن يقوم بما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يكف عن أي عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلا أو عسيرا.

وعليه يجب على البائع الامتناع عن التعرض للمشتري بالإدعاء لنفسه بحق عيني على الشئ المبيع ويسمى في الفقه ضمان عدم التعرض، كما يضمن البائع عدم تعرض الغير للمشتري، ويكون بإدعاء الغير وجود حق له على الشئ المبيع وهو ضمان عدم الاستحقاق، إلا أن الواقع العملي لا يعرف مثل هذه الادعاءات خاصة في ظل مبدأ الحيازة في المنقول سند الحائز ومحل العقد عادة بضائع منقولة وهو ما يمثل حماية وسند للمشتري.

ويتم نقل الملكية في عقد البيع الإلكتروني بموجب مستندات إلكترونية وهي إما رسائل بيانات أو خطابات إلكترونية أو بأي وسيلة اتصال أخرى مثل الفاكس.

وقد جاء في قانون الأونيسترال 1996 في المادة 3/17 بأنه: « إذا وجب منح حق أو إسناد التزام إلى شخص معين دون سواه وإذا اشترط القانون من أجل تنفيذ ذلك أن ينقل ذلك الحق أو الالتزام إلى ذلك الشخص بتحويل أو استخدام مستند ورقي يستوفي ذلك الشرط إذا نقل ذلك الحق أو الالتزام باستخدام رسالة بيانات واحدة أو أكثر شريطة استخدام وسيلة يمكن التعويل عليها بجعل رسالة البيانات أو رسائل البيانات المذكورة فريدة في نوعها»، وهنا تحل رسائل البيانات محل سندات الشحن في إثبات ملكية المبيع وفقا لأحكام التجارة الإلكترونية[3].

[1] – عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 320

[2] – رضا عبيد، المرجع السابق، ص229.

[3] – قدري عبد الفتاح الشهاوي، قانون التوقيع الإلكتروني ولائحته، دار النهضة العربية، 2005 ،ص 403.

كما يمكن نقل الملكية بالفاتورة الإلكترونية كما جاء في المادة 5 من قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006 التي ألزمت المورد بأن يقدم للمستهلك بناء على طلبه فاتورة تثبت التعامل أو التعاقد معه على المنتج متضمنة بصفة خاصة تاريخ التعامل أو التعاقد وثمن المنتج ومواصفاته وطبيعته ونوعيته وكميته وأية بيانات أخرى تحددها اللائحة التنفيذية للقانون، وتعتبر الفاتورة من ضمن المستندات الإلكترونية كما جاء في القانون والتي يلتزم المورد فيها بوضع البيانات التي تحدد شخصيته، خاصة بيانات قيده في السجل الخاص بنشاطه وعلامته التجارية إن وجدت[1].

المطلب الثاني: إلتزامات المشتري

نتيجة الثورة التكنولوجية التي ظهرت في النصف الثاني من القرن العشرين، وما أدت إليه من ظهور التجارة الإلكترونية وانتشارها، وتأثيرها على طريقة إبرام العقد وتنفيذه، فقد نتج عن إبرام العقد التزام المشتري ببعض الالتزامات التي يتعين عليه القيام بها، وسنتناول تلك الالتزامات التي تقع على عاتقه من خلال المطلبين الآتيين:

الفرع الأول: الالتزام بالوفاء

الفرع الثاني: الالتزام بالاستلام

الفرع الأول: الالتزام بدفع الثمن (الوفاء الإلكتروني)

الوفاء بثمن المبيع هو الالتزام الأساسي الذي يقع على عاتق المشتري، والثمن مبلغ نقدي معين المقدار أو قابل للتعيين، والأصل أن يتفق الطرفان على ثمن المبيع[2].

والالتزام العقدي الوارد بموجب التعاقد التقليدي، يقوم على مجموعة من الالتزامات تبدأ من عند المرسل وهو الطرف الأول أو الموجب بالعقد وأهم هذه الالتزامات هو الوفاء بقيمة المتعاقد عليه وكذلك ضرورة المحافظة على حسن النية العقدية في عملية الوفاء سواء كان الوفاء بالطرق التقليدية أو بطرق الدفع المستحدثة. والوفاء أو الدفع الإلكتروني بالمعنى الواسع كل عملية دفع لمبلغ من النقود تتم بأسلوب غير مادي لا يعتمد على دعامة ورقية، بل بالرجوع إلى آليات

[1] – طاهر شوقي مؤمن، المرجع السابق، ص87.

[2] – طلبة وهبة خطاب، أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون–دراسة مقارنة– دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، مصر، دون سنة النشر، ص274.

إلكترونية. إذا يستلزم الدفع عبر الإنترنت جريانه بطريقة غير مادية ودون دعائم ورقية، عكس الحال في التجارة التقليدية، وبوجه عام يتم الدفع بإحدى طريقتين:

***الطريقة الأولى:** الدفع التقليدي، أي الذي يتم بموجب الأساليب التقليدية مثل النقود المعدنية والنقود الورقية، والأوراق التجارية مثل الشيك العادي والسفتجة والتحويل المصرفي[1].

***الطريقة الثانية:** الدفع الإلكتروني، وهو يتم بموجب وسائل إلكترونية، وقد أفرزته التجارة الإلكترونية، وهو لا يتم ولا يوثق إلا عن طريق التوقيع الإلكتروني[2].

وبذلك يتوجب الوفاء بالطريقة والوقت الذي تم الاتفاق عليها فإذا كان العقد يتضمن وجوب الوفاء النقدي دفعة واحدة سلفا فيجب عليه أن يقوم بتنفيذ هذا الالتزام أولا قبل أن يطالب الطرف الآخر بتنفيذ ما التزم به، وقد يكون الالتزام بالوفاء مؤجلا أو يترك تقديره لشخص ثالث عندها يطبق ما تم الاتفاق عليه بشأن الوفاء.

وفي التطبيقات الحديثة عرف التطور التقني طرق وفاء بدون تبادل حقيقي للنقود وهو ما يسمى الدفع الإلكتروني، حيث برزت وسائل الدفع المصرفية التي تقوم على التبادل الإلكتروني للبيانات المصرفية لتحويل المبالغ المالية من حساب أحد العملاء إلى حساب الآخر من خلال وسيلة الدفع الإلكترونية والتي تضمن توجيه أمر للصرف عبر شبكة الحوسبة لنقل الثمن المتفق عليه إلى حساب الطرف الآخر.

هذه الوسائل المستحدثة للوفاء كانت وليدة تطور تدريجي لطرق الوفاء، فبعد أن كان الوفاء لا يتم إلا من خلال التبادل النقدي الحقيقي، أصبح هناك ما يعرف بالشيكات والأوراق التجارية الأخرى التي حلت مكان عملية التبادل النقدي دون أن تحل مكان التسليم الحقيقي والملكية للنقود، ولذلك بحث العالم الحديث عن وسيلة وفاء مباشرة ترتب نقلا حقيقيا للأموال دون وجودها فظهرت وسائل. فقد أوجد الدفع الإلكتروني سواء من خلال استخدام بطاقات الائتمان أو النقود الإلكترونية التطبيق العملي للدفع الإلكتروني العديد من الأساليب المبتكرة بواسطة

[1]– هاني دويدار، الوفاء بالأوراق التجارية المعالجة إلكترونيا، دون ناشر، 2003 ،ص 31.

[2] – نبيل محمد أحمد صبيح، حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية–دراسة مقارنة– مجلة الحقوق، مجلة علمية محكمة ربع سنوية، العدد الثاني، 2008 ،ص 230.

شبكة الإنترنت للدفع، فإذا كان الدفع بواسطة تبادل الرقم السري أصبح من المتداول في مجال البيوع بالمراسلة فإن الشبكة المعلوماتية المفتوحة قد خلفت وسائل جديدة للدفع في ظل العلاقات المالية[1].

ولا شك أن الوفاء بالطريق الإلكتروني لم يحظ بعد بالثقة الكافية من قبل التجار والمستهلكين، وتعد إحدى المشاكل التي تلازم المعاملات الإلكترونية تكمن في كيفية الوفاء لقيمة المنتجات أو الخدمات المقدمة عبر شبكة الإنترنت[2]، إلا أنه توجد العديد من الجهود التي تسعى إلى بث الثقة والطمأنينة لدى المتعاقدين عبر شبكة الإنترنت من خلال تأمين طرق الوفاء الإلكتروني[3].

ويمكن للعميل الوفاء بمقابل السلعة أو الخدمة بالطرق التقليدية المتبعة نفسها في التعاقد بين غائبين مثل إرسال شيك أو رقم البطاقة البنكية عن طريق البريد أو من خلال الفاكس، أو إرسال البيانات الخاصة بحسابه البنكي، حيث يستطيع العميل من خلال هذه البيانات اقتطاع الثمن من حساب العميل، ولكن هذه الوسائل لا تتفق وخصوصية التجارة الإلكترونية ومقتضيات السرعة فيها، فضلا على أهنا تنطوي على مخاطر فض سرية رقم الحساب والبطاقة البنكية وسوء استخدامها، لذا كانت أهمية اللجوء إلى الدفع الإلكتروني من خلال شبكة اتصال لاسلكية موحدة عبر الحاسبة **Télématique** [4] .

كما توجد وسيلة أخرى تحتاج إلى الاستعانة بوسيط intermédiaire par paiement le électronique بحيث يتولى هذا الأخير إجراءات الدفع بين فئتي البائعين والمشترين للسلع في شبكة الإنترنت وبالذات بين المصارف كل من الفئتين وفق آليات مختلفة ومن أهم الأنظمة التي تقوم على هذه الطريقة هناك النظام الافتراضي الأول Virtual First المعتمد في أمريكا الذي يتبع تقنيات إلكترونية تتم عبر الشبكة إلا أن الدفع يتم خارج شبكة الإنترنت ونظام الهوية الكونية ID Globe ذات المنشأ الفرنسي والذي صممته boxe kl وهذا النظام يعتمد بشكل

[1] – فاروق الأباصري، المرجع السابق، ص 105.

[2] – سايمون آولن، التجارة على الإنترنت، ترجمة يحي مصلح، دون ناشر، دون سنة، ص 177.

[3] – صابر عبد العزيز سلامة، العقد الإلكتروني، دار النهضة، الطبعة الثانية، 2007 ،ص 63.

[4] – Lucas de Leyssac, Le paiement en linge, J.C.P.ED G, 2002, p 477.

رئيسي على البطاقات المصرفية إلا أنه منظم بطريقة لا تسمح بمرور المعلومات المصرفية عبر شبكة كما أنه يعتمد على تشفير العمليات الحساسة التي تتم عبر الشبكة.

الفرع الثاني: إلتزام بتسليم المبيع

التسليم يعني كقاعدة عامة القبول ومطابقة موضوع العقد للمواصفات المتفق عليها ويتأكد ذلك في حالة القبول الصريح بعد الفحص وإجراء التجارب السابقة[1].

ووفقا للتقسيم الغالب في التجارة الإلكترونية قد يكون المشتري تاجر أو مستهلك، فإذا كان تاجر فيلتزم بقواعد قانون التجارة أما إذا كان مستهلك فيلتزم بقواعد القانون المدني.

والتزام المشتري بالتسلم أو الاستلام يقابل التزام البائع بالتسليم، والتسلم هو العملية المتممة للتسليم ويتم تسلم المبيع بالاستيلاء عليه فعلا استيلاء ماديا، هذا بالطبع عندما يكون محل البيع سلع مادية أي بضائع، أما تسلم الخدمات فيتم بوصول الخدمة إلى المشتري سواء كانت عن طريق مكالمة هاتفية أو فاكس أو رسالة إلكترونية.

ويجب على المشتري أن يتسلم المبيع في المكان والزمان المعينين لذلك، فإذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسلم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن. وتكون مصاريف تسلم المبيع على عاتق المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك، ويتحمل المشتري تبعة هلاك البضاعة إذا طلب من البائع إرسالها إلى المكان غير المكان المعين لتسليمه من وقت تسليم البضاعة إلى من تولى نقله إلا إذا اتفق أو نص القانون على غير ذلك.

وإذا رفض المشتري تسلم المبيع جاز للبائع بعد إثباته حالة المبيع أن يطلب بأمر على عريضة من القاضي المختص الإذن في بيعه بعد انقضاء مدة يحددها ويخطر هبا المشتري ويحدد القاضي كيفية إجراء البيع وله الأمر ببيع الأشياء القابلة للتلف دون تحديد مهلة أو إخطار وعلى البائع في هذه الحالة إيداع حصيلة البيع خزانة المحكمة حتى يسوي التراع بينه وبين المشتري إذا كان المشتري قد دفع الثمن بكامله.

[1] –مراد محمود يوسف، المرجع السابق، ص 398 .

والتسلم في مجال التجارة الإلكترونية يتحقق بالنسبة للخدمات فوريا ومباشرة على الخط حسب وسيلة الاتصال ويكون زمان التسلم هو وقت دخول الخدمة لموقع المشتري بينما مكان التسلم هو مكان وصول رسالة البيانات الإلكترونية أو مكان وصول الرسالة حسب وسيلة الاتصال.
أما بالنسبة لتسلم في مجال السلع فيتم بطريقة مادية سواء وجها لوجه أو يدا بيد ويتم التسلم في مكان إقامة المشتري ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك.

ويترتب على التزام المشتري بالتسلم للمبيع التزام أخر هو التزامه بفحص البضاعة وهو متعلق بتجارة السلع فقط ولا مجال له في تجارة الخدمات وفي ذلك نصت المادة 38 من اتفاقية فيينا 1980 على المشتري أن يفحص البضائع بنفسه أو بواسطة غيره في أقرب ميعاد ممكن تسمح به الظروف. وطبقا للقانون يجب على المشتري عند تسلم المبيع التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك فإذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة فإذا لم يفعل اعتبر قابلا للمبيع[1].

[1] – طاهر شوقي مؤمن، المرجع السابق، ص 89.

المبحث الثاني: إثبات العقد الإلكتروني

نتيجة لتطور التكنولوجي الحديثة وفي ظل ثورة المعلومات والاتصالات وظهور الحاسب الآلي، وتطور الأمر أكثر فأكثر بعد انتشار الانترنت أصبح من خلالها يتم إبرام التجارة الالكترونية، نتج عنها كذلك عدة تغييرات في كثير من المفاهيم القانونية كمفهوم الكتابة والتوقيع والمحرر. فقد أثرت الطبيعة الالكترونية لهذه العقود على الوسائل التقليدية المتبعة في الإثبات، بعد أن كانت الكتابة محررة على الورق والتوقيع يتم بخط اليد أو البصمة، أو بالختم، ظهر الإثبات بواسطة المحررات الالكترونية واستخدام التوقيع الالكتروني، التي تواكب التطور في مجال التجارة الالكترونية، وأصبح إثبات المعاملات أو العقود الالكترونية، من أهم الأمور التي يعني بها أطراف المعاملة الالكترونية ومن خلال مبحثنا هذا سوف نتطرق إلى الكتابة الالكترونية وخصائصها (المطلب الأول) والتوقيع الالكتروني (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الكتابة الإلكترونية

الكتابة هي أحد الموضوعات التي يصعب تعريفها وهذا ما جعل معظم التشريعات تتجنب إعطاء تعريف للكتابة ما عدا بعض الفقهاء الذين عرفوها بمفهوم ضيق فمنهم من يعرفها على أساس الدعامة التي يدون عليها وهي الورق حتى أصبح هناك خلط بين مفهوم الكتابة والورقة أو المحرر الورقي غير أن ظهور الكتابة الالكترونية والتي تتم على دعامة غير مادية أصبح من الضروري إيجاد مفهوم حديث للكتابة مستقل عن دعامتها مهما كان نوعها.

كما أنها تعتبر الكتابة الشرط الأساسي والأهم في المستندات – تقليدية وإلكترونية– للاعتداد بها في الإثبات، نظرا لما توفره من تسهيل لعمليات التعاقد وإثبات العقود وإحاطة طرفيه بما لهما من حقوق وما عليهما من التزامات[1].

الفرع الأول: تعريف الكتابة الإلكترونية

الكتابة لغة مشتقة من الفعل الثلاثي كتب بمعنى خط، فيقال كتب الشئ أي خطه[2]، والكتاب ما كتب فيه، والكتابة: هي ما يخطه الإنسان ليثبت به أمرا له أو عليه[3].

ويمكن تعريف الكتابة بأنها: مجموعة الرموز المرئية التي تعبر عن القول أو الفكر[4].

وبالتالي تتم الكتابة بأية وسيلة سواء بقلم رصاص أو حبر، وبأية لغة محلية أو أجنبية، أو حتى بالرموز المختصرة مادامت مفهومة من الطرفين، وبخاصة من الموقع على الورقة، بل أنه لا يشترط أن تكون الكتابة بخط من نشهد عليه الورقة. فقد تكون هذه الأخيرة بخط غيره ولو كان هذا الأخير هو من يتمسك بالورقة[5].

---

[1] – راجع حول ذلك: حسن عبد الباسط جميعي، عقود برامج الحاسب الآلي – دراسة مقارنة، دار النهضة العربية،القاهرة، 1998 ،ص 114 ، وكذا: **ALIXANDRE Raymond**, La signature électronique : une révolution fondamentale du droit de la preuve, presses universitaire d'Aix-Marseille, 2002, p 156-159.

[2] – انظر: المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، المطابع الأميرية، 2002 ،ص 526.

[3] – انظر: ابن منظور، لسان العرب، طبعة الكويت، الجزء الرابع، دون سنة نشر، ص369 .

[4] – أسامة أحمد شوقي المليجي، استخدام مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة وأثره على قواعد الإثبات المدني، دار النهضة (4) العربية، القاهرة، 2000 ،ص 7

[5] – محمد شكري سرور، موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، 1986 ،ص 76.

الكتابة الإلكترونية هي الكتابة التي تكون على شكل معادلات خوارزمية تنفذ من خلال عمليات وادخالها بالجهاز واخراجها من خلال شاشة الحاسوب والتي تتم من خلال تغذية الجهاز بهذه المعلومات عن طريق وحدات الإدخال والتي تتبلور في لوحة المفاتيح أو استرجاع المعلومات المخزنة في وحدة المعالجة المركزية وبعد الفراغ من معالجة البيانات يتم كتابتها على أجهزة الإخراج التي تتمثل في شاشة أو طباعة هذه المحررات على الطابعة أو الأقراص الممغنطة أو أي وسيلة تخزين البيانات[1].

ولقد عرف المشرع المصري الكتابة الإلكترونية في المادة الأولى بأنها: « **كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك[2]**».

أما المشرع الجزائري فأورد في المادة 323 مكرر ق.م.ج تعريفا للكتابة بالنص على أنها:«**ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها** ». فقد استعمل المشرع الجزائري في تعريف الكتابة عبارة : "**أيا كانت الوسيلة التي تتضمنها" والصحيح هو" أيا كانت الدعامة التي تتضمنها**"[3].

الكتابة عموما تعني: أية رموز تعبر عن الفكر والقول دون اشتراط استنادها لوسيط معين، فقد يكون ورق أو حجر أو خشب أو جلد أو أي وسيط أخر قادر على نقل رموزها، كما يمكن أن تتم بأية وسيلة وبأية لغة سواء كانت محلية أو أجنبية، أو حتى بالرموز المختصرة مادامت مفهومة من الطرفين كما قد تكون بخط الموقع على الورقة أو بخط غيره[4].

---

[1] – لورنيس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 79.

[2] –– المادة 1من القانون المصري رقم: 2004/15 ِ المتعلق بتنظيم التوقيع الإلكتروني وانشاء هيئة صناعة تكنولوجيات المعلومات، الجريدة الرسمية المصرية، عدد 17 الصادر في 2004/04/22.

[3] – مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة، المرجع السابق، ص172.

[4] – سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجعا لسابق، ص 191،وكذا: حمودي ناصر، المرجع السابق، ص ص 234 و 235،ولملوم كريم، الإثبات في معاملات التجارة الإلكترونية بين التشريعات الوطنية والدولية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2011 ،ص 26.

تبنت اتفاقية فيينا هذا الاتجاه حين نصت في مادتها 13 على أن:"**يشمل مصطلح (كتابة) في حكم هذه الاتفاقية: الرسائل البرقية والتلكس**"، وهو أيضا نفس اتجاه اتفاقية نيويورك بشأن التقادم في البيوع الدولية للبضائع لسنة 1972، حيث نصت المادة 09 منها: "**مصطلح كتابة ينصرف أيضا إلى المراسلات الموجهة في شكل برقية أو تلكس**"، وما نلاحظه في هذه النصوص هو عدم اهتمامها بشكل ونوع الوسيط الحامل للبيانات، فالعبرة في قدرته على الاحتفاظ بما دوّن عليه للاعتراف له بالقيمة القانونية، وهو ما أكدته المادة 06 من قانون الأونسيترال النموذجي بنصها: "**عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الإطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا**".

كما نجد القانون اللبناني في أصول المحاكمات المدنية كان أكثر القوانين وضوحا في تحديد معنى الكتابة، عندما نص في المادة 142 مكرر منه أن الكتابة: "**تسلسل أحرف أو أشكال أو أية رموز، أو إشارات تشكل معنى قابلا للقراءة، ذلك أيا تكن الركائز والوسائل المستخدمة كسند لها أو لنقلها**"[1].

فالمقصود بالكتابة في الشكل الإلكتروني حسب هذا النص، ذلك التسلسل في الحروف أو الأوصاف أو الأرقام أو أية علامة أو رموز ذات معنى مفهوم، المكتوبة على دعامة إلكترونية ومهما كانت طرق إرسالها مثل: تلك المعلومات والبيانات التي تحتويها الأقراص الصلبة أو المرنة، أو تلك التي يتم كتابتها بواسطة الكمبيوتر وإرسالها أو نشرها على شبكة الإنترنت.

[1] – تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري استعمل في تعريف الكتابة عبارة: "أيا كانت الوسيلة التي تتضمنها"، والصحيح هو : "أيا كانت الدعامة التي تتضمنها" حسب الترجمة الفرنسية للنصquels que soient leur supports... » :، »واستعمل كذلك مصطلح الكتابة في الشكل الالكتروني وليس الكتابة الالكترونية، كون أنه شكل الكتابة هو الذي يعبر وليس طبيعتها ،راجع حول ذلك: برني نذير، المرجع السابق، ص 47 ,و: مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات جديدة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص ص 172 و173 ،وكذا: لملوم كريم،المرجع السابق، ص 35.

الفرع الثاني: شروط الكتابة الإلكترونية

من خلال التعاريف السابقة للكتابة بنوعيها وللسندات الإلكترونية، نستنتج الشروط الواجب توافرها في الكتابة وبالتالي في المحررات الإلكترونية حتى يعتد بها في الإثبات، لذلك سنتناول مختلف هذه الشروط في النقاط التالية:

1-أن تكون قابلة للقراءة:

المحرر المقروء يعني ذلك المستند أو المحرر المتضمن الكتابة المراد جعلها دليلا ناطقا بما فيه، أي أن يكون مفهوما وواضحا من خلال كتابته بحروف أو رموز أو أرقام أو بيانات ليتسنى استيعابه وادراك محتواه[1].

ونجد المشرع الجزائري قد نص على هذا الشرط في المادة 323 مكرر ق.م.ج بأن تكون الكتابة مفهومة ومدونة بحروف أو رموز ومفهومه للشخص الذي يراد الإحتجاج عليه بالسند الإلكتروني الذي تضمن الكتابة، وبالرغم من أن قراءة السندات الإلكترونية تتم بصورة غير مباشرة، إذ تحتاج إلى تدخل جهاز الحاسب الآلي لقراءتها بالنظر إلى طريقة التدوين والرموز المستخدمة فيه.

وقد أشار المشرع الفرنسي إلى هذا الشرط صراحة في المادة 1316 من القانون رقم 230/2000 بشأن التوقيع الإلكتروني، والتي بمقتضاها أصبح الإثبات الخطي أو الإثبات بالكتابة ينتج عن تتابع للحروف وللأرقام ولكل رمز أو إشارة مخصصة لعلامة مفهومة واضحة، أيا كانت دعامتها وشكل إرسالها.

ونجد هذا الشرط أيضا قد تضمنه القانون المدني الجزائري في نص المادة 232 مكرر التي نصت على أنه: "**ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم**"، ويقصد المشرع من عبارة معنى مفهوم إمكانية قراءته لأنه لا فهم دون قراءة[2].

[1] – حمودي محمد ناصر، نفس المرجع السابق، ص 330.

[2] – حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 242.

2-الاستمرارية والدوام

ولكي تحقق الكتابة وظيفتها في الإثبات، يجب أن تدون على دعامة تحفظها لفترة طويلة من الزمن بحيث يمكن الرجوع إليها عند الحاجة، ويستوي في ذلك أن تكون على دعامة ورقية أو دعامة إلكترونية، مثل حفظها على ذاكرة الحاسوب، أو الأقراص الممغنطة (ROM-CD) أو البريد الإلكتروني[1].

كما أيضا يشترط فيها الإثبات أن يتم تدوينها على وسيط يسمح بثبات واستمرار بقاء الكتابة عليه، ذلك ليتسنى الرجوع إلى المحرر في حال نشوب خلاف يتم عرضه على القضاء، فيتم عند ذلك مراجعة أي بند من بنود العقد وهذا يتحقق في الكتابة على الوسائط العادية.

لكن الحال يختلف في حالة استخدام الوسيط الإلكتروني بسبب خصائصه المادية والتي تكون عقبة أمام تحقق هذا الشرط، ويرجع ذلك إلى حساسية الشرائح الممغنطة وأقراص التسجيل المستخدمة في عملية التعاقد الإلكتروني، حيث تكون معرضة للتلف السريع عند أدنى اختلاف في قوة التيار الكهربائي أو الاختلاف الشديد في درجة حرارة تخزين هذه الوسائط[2].

إلا أنه قد تم التغلب على هذه الصعوبات الفنية وتم تجاوزها وذلك عن طريق استخدام أجهزة متطورة ووسائط أكثر قدرة على الاحتفاظ بالمعلومات لمدة قد تفوق قدرة الأوراق العادية التي قد تتأثر بدورها بعوامل الزمن[3].

كما أنه يمكن لمقدمي خدمات التصديق الالكتروني أن يقوموا بعملية حفظ البيانات والمعلومات الالكترونية المتعلقة بشهادات التوثيق التي يصدرونها، وذلك لمدة مناسبة تتلاءم مع مدة تقادم التصرف الثابت بشهادة التوثيق، بالتالي فإن هذه الطريقة من شأنها أن تضفي على الكتابة الالكترونية درجة عالية من الأمان، وتمكن من الاحتفاظ بالمعلومات المدونة لأطول فترة ممكنة.

---

[1]- Thibault VERBIEST: la protection juridique du cyber consommateur, Litec, paris, 2001,p.80.

[2] – مشار إليه لدى:بن غرابي سمية، عقود التجارة الالكترونية و منهج تنازع القوانين، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، كلية، جامعة تيزي وزو،2009 ،ص6 ،و: محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 76.

[3] – بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 230 ،و: لملوم كريم، المرجع نفسه، ص 38.

3-الثبات أو عدم القابلية للتعديل

يعرف أيضا بشرط سلامة المحتوى وعدم حصول التغيير فيه، حيث أن السلامة المادية هي عدم المحو أو التحشير أو إدخال تعديلات، وهذه مسألة تفتقر لها المحررات الالكترونية، فالكتابة على الأقراص والشرائط الممغنطة تسمح بإجراء أي تعديل دون ترك أثر، وهو ما يوفر بالمقابل للمتعاقدين ميزة إجراء أي تعديل على اتفاقهم دون إلحاق ضرر بالمحرر المكتوب[1]، وبالتالي افتقار الكتابة والمحرر الإلكتروني لشرط يتصل بوظيفة المحرر الكتابي في الإثبات. ومع ذلك، فإن التطور التكنولوجي المعلوماتي تغلب على هذه المشكلة عن طريق استخدام برامج حاسب إلكتروني تسمح بتحويل النص الذي يمكن التعديل فيه إلى صورة ثابتة غير قابلة للتعديل أو المحو.

أكدت أغلب القوانين على وجوب حفظ المحرر من أي تعديل، آخذة في الحسبان العمل على عدم الإنقاص من قيمته، ومن هذه القوانين قانون الإثبات المصري في المادة 28 والتي جاء فيها: **"للمحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية في المحرر من إسقاط قيمته في الإثبات أو إنقاصها."...**

الفرع الثالث: حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات

يلاحظ أن القانون تدخل في تعديل سنة 2005 وعدل من قواعد الإثبات حتى يدرج ضمنها الكتابة الإلكترونية كأحد وسائل إثبات الحقوق إذن قوة وحجية الدليل والشروط الواجب توافرها فيها هي إختصاص أصيل للقانون مع مراعاة سلطة القاضي في تقدير هذا النوع الجديد من الأدلة وعلى من يقع عبء الإثبات.

فالقول بالإثبات الإلكتروني يتحقق أولا بقبول القاضي لعناصر الإثبات القانونية المرتبطة بالحق المتنازع عليه، دون إلزامه بأخذ عنصر من العناصر بل الأخذ بها كلية أو تركها، فبالرجوع إلى المادة التجارية أو المدنية فنجد في سقف التصرفات التي لا تتجاوز قيمتها 100.000دج يجوز الإثبات فيها بشهادة الشهود إلا أنه في حالة حدوث العكس كنص

[1] – محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 84.

القانون على عدم قبول البينة إذا كنا بصدد الكتابة ذا قبل فيجب عندها مراعاة هذا الشرط وا القانون ذلك الدليل فإن قيمته القانونية تتأكد دون القول بقناعة القاضي به.

ونجد أهم القوانين المتعلقة بما سبق، كالقانون النموذجي للأمم المتحدة المتعلق بالتجارة الإلكترونية لسنة 1996 والقانون الأردني للمعاملات الإلكترونية رقم 85 لسنة 2001 والمادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري و في غياب أي قواعد قانونية يبقى للقاضي نصيب كبير في الإجتهاد بالنسبة للشكلية في الكتابة والتوقيع الإلكتروني، أو في حدود الإثبات الحر والمقيد أو حتى في نطاق الإعتراف بالكتابة الإلكترونية كإستثناء، إذ أن لكل أصل إستثناء ومثالها المادة 323 من القانون المدني الجزائري إذ أننا بصدد كتابة إلكترونية لم يقابلها تنظيم قانوني خاص بها، وبالتالي ندرجها ضمن أحكام المادة 335 وما يليها من نفس القانون[1].

يشترط لكي يكتسي الدليل الكتابي حجية في الإثبات ألا يكون قابل للتعديل أو التغير بمعنى أن يكون خالي من أي عيب يؤثر في صحته، كأن يكون هناك تعديل أو حذف او محو أو تحشية وغيرها من العيوب المادية التي يمكن أن تشوب الكتابة الورقية، والهدف من هذا الشرط توفير عنصر الأمان في الدليل حتى يتمكن التمسك به ومنحه الحجية القانونية[2].

فالملاحظ أنه لا يوجد هناك أي فرق بين الكتابة العادية والإلكترونية من حيث المضمون، وإنما الفرق يكمن في وسيلة او أداة الكتابة التي تتم عبر وسيط إلكتروني.

[1] - M.ANTOINE, J.-F.BRAKELAND, M.ELOY, Droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information, Cahiers du CRID, N°07, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1991, p.55.

[2] – حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 28.

المطلب الثاني: التوقيع الإلكتروني

حتى يقبل المحرر الكتابي كدليل كتابي للإثبات ذو حجية قانونية يشترط بالإضافة إلى الكتابة أن يشمل على توقيع، وهو عبارة عن علامة أو إشارة تميز شخصية الموقع، تعبر عن إرادته في الالتزام بمضمون السند الموقع وإقراره له، وكما يعرف بأنه علامة أو إشارة تكون كافية للإثبات بها اتجاه نية الموقع إلى الالتزام بهذا المستند، والتوقيع الإلكتروني يمكن من التعرف بسهولة على هوية مرسل الرسالة، ويضمن عدم تزوير تلك المستندات.

سنتعرض بالدراسة إلى تعريف التوقيع الإلكتروني (الفرع الأول)، ثم شروطه (الفرع الثاني) والحماية القانونية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الموقع الإلكتروني

ظهرت تقنية التوقيع الإلكتروني في عالم الانترنت باعتبارها وسيلة مساعدة في تحديد هوية المتعاقد، ودخلت مجلات المعاملات الإلكترونية المختلفة التي تتم على شبكة الإنترنت[1].

التوقيع هو الشرط الجوهري الوحيد في المحرر الرسمي أو العادي الذي يمنحه حجية في الإثبات ونسبته إلى من صدر منه لأنه يعبر عن إرادة صاحب التوقيع بالتصرف القانوني الذي أبرمه، فالمحرر يكتسب الحجية الكاملة إذا كان يحمل توقيع الطرف الذي احتج به وخاصة إذا كان في يد من تمسك به، ولهذه الخاصية الذي يتميز بها التوقيع قد خطى بتعريف معظم التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية بشكل عام والتشريعات التي نظمت التوقيع الإلكتروني بشكل خاص، بالإضافة إلى الاجتهادات الفقهية لتعريف هذا المصطلح الجديد[2].

ويقال: "**التوقيع الإلكتروني عبارة عن مجموعة من المعلومات مدرجة بشكل قانوني في رسالة بيانات أو رسالة تؤكد سلامتها**[3]".

---

[1] – علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص 183.

[2] – بشار محمد دودين، المرجع السابق، ص 241.

[3] – د/حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الأنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 2000 ص 43.

أما القانون الفيدرالي الأمريكي بشأن التجارة الإلكترونية الصادر في 2000/07/30 فيعرف التوقيع الإلكتروني بأنه:" **أصوات أو إشارات أو رموز أو أي إجراء آخر يتصل منطقيا بنظام معالجة المعلومات إلكترونيا ، ويقترن بتعاقد أو محرر ويستخدمه الشخص قاصدا التوقيع على المحرر.**"

كما عرف التوقيع الإلكتروني في قانون مملكة البحرين في شأن المعاملات الإلكترونية بأنه: "**معلومات مصاغة بطريقة إلكترونية أو محتواة أو مثبتة في سجل إلكتروني أو مرتبطة به منطقيا قد يستخدمها الموقع لإثبات هويته[1]**".

كما عرف في قانون التجارة الإلكترونية الأردني بأنه: "**الأصوات الإلكترونية أو الرموز أو المعالجة أو التشفير الرقمي التي تبين هوية الشخص الذي وضع هذه الإشارات على المستند من أجل توقيعه وبغرض الموافقة على مضمونه[2]**".

عرف بعض الفقه التوقيع الإلكتروني بأنه: "**توقيع يقوم على مجموعة من الإجراءات والوسائل التي يتاح استخدامها عن طريق الرموز أو الأرقام ليتم إخراجه على شكل رسالة إلكترونية تتضمن علامات مميزة للموقع من غيره ومشفرة بإحدى طرق التشفير، ويتم تداول الرسالة إلكترونيا من خلال الوسائل الإلكترونية**"[3].

الفرع الثاني: شروط التوقيع الإلكتروني

تنص المادة 31 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على أنه:" إذا تبين نتيجة تطبيق إجراءات التوثيق المستخدمة أنها معتمدة أو مقبولة تجاريا أو متفق عليها بين الأطراف فيعتبر التوقيع الإلكتروني موثقا إذا إتصف بمايلي:

[1] –د/ أحمد شرف الدين، عقود التجار ة الالكترونية: تكوين العقد واثباته، دار الفكر للنشر، ص 295،و د.ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، المرجع السابق، ص 48.

[2] – يوسف محمد النوافلة، حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات وفقا لقانون الإثبات الأردني (رسالة ماجستير غير منشورة)، ص 145.

[3] – كما عرف أيضا بأنه: مجموعة من الإجراءات التقنية التي تسمح بتحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات وقبوله بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع من أجله، أنظر في ذلك: محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص 173.

1-متميز بشكل فريد بإرتباطه بالشخص صاحب العلاقة.

2- كافيا للتعريف بالشخص صاحبه.

3- أن يكون تم إنشاؤه بوسائل خاصة تبقى تحت سيطرة الشخص الموقع.

4- يرتبط بالسجل الذي يتعلق به بصورة لا تسمح بإجراء تعديل بعد التوقيع[1].

كما تنص المادة 18 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري على أنه: "يتمتع التوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية بالحجية في الإثبات إذا ما توافرت فيها الشروط الآتية:

أ-إرتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره.

ب-سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني.

ج- إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر أو التوقيع الإلكتروني.

كما ركزت التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية سواء كانت دولية أو داخلية، أو كانت خاصة بالمعاملات الإلكترونية أو بالتوقيع الإلكتروني في تعريفها لهذا الأخير على ضرورة توافره على مجموعة من الشروط وهي (أولا) تحديد هوية الموقع (ثانيا) التعبير عن صاحب التوقيع، (ثالثا) اتصال التوقيع بالمحرر، وهذه الشروط التي سوف ندرسها في النقاط التالية:

أولا: تحديد هوية الموقع

تقوم هذه الوظيفة بدور تحديد شخصية الموقع وتميزه عن غيره، وذلك بواسطة الرموز أو الأرقام والحروف، أو الإشارات التي تدل على ذلك.

[1] – د. محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ، ص47.

وفي هذا الإطار نشير إلى أن الإجراءات المتبعة في تأمين التوقيع عن طريق الرقم السري الخاص بالبطاقة البنكية، تحقق قدرا من الثقة في التوقيع الإلكتروني وانتسابه لصاحبه بطريقة لا تترك أدنى شك في سلامة التوقيع الإلكتروني[1].

ثانيا: التعبير عن صاحب التوقيع

هو الشرط الذي يعكس التوقيع رضا الموقع واقراره التصرف الذي وقع عليه[2]، وذلك بمجرد وضع صاحب التوقيع توقيعه بالشكل الالكتروني على البيانات التي تحتويها المحررات الإلكترونية[3].

ثالثا: اتصال التوقيع بالمحرر

بالإضافة إلى اشتراط إقرار الموقع بما ورد في مضمون المحرر أن يكون التوقيع متصلا بالمحرر على نحو لا يمكن فصله عنه وأن يكون هذا الاتصال مستمرا ويمكن حفظه، بطريقة آمنة طوال الفترة اللازمة لإمكانية استخدامه في الإثبات، وفي الغالب يرد التوقيع في أخر الورقة حتى يكون منسجما مع جميع البيانات المكتوبة التي تضمنها المحرر، وإذا اشتمل المحرر على عدة أوراق فإنه يكفي التوقيع على نهاية الورقة الأخيرة منه[4]، والحقيقة أن هذا الشرط تقابله مسألة هامة وضرورية وهي سلامة المحرر الإلكتروني من أي تعديل يطرأ عليه بعد إتمام التوقيع[5].

الفرع الثالث: حجية التوقيع الإلكتروني

لاعتبار التوقيع دليل إثبات يتعين إصباغ حجية قانونية عليه، وهو ما سعت إليه أغلب التشريعات لإضفاء عنصر الأمان عليه لضمان ثقة المتعاملين مع وسائل الاتصال الجديدة

[1] – نور الدين الرحالي، المرجع السابق، ص 69.

[2] – حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 343.

[3] – نور الدين الرحالي، المرجع السابق، ص70.

[4] – حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 344.

[5] – لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص131.

حتى يتساوى مع التوقيع الكتابي وبالتالي التساوي في الإثبات، لهذا سنتناول كل من الجهود الدولية والوطنية للاعتراف بحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات[1].

أولا: في التشريع الدولي

حدثت شبكة الانترنت ثورة هائلة في مجالات الحياة المختلفة وأنتجت بذلك ما يسمى التجارة الإلكترونية التي بطبيعة الحال تحتاج على توقيع يتلاءم مع طبيعتها وتحديد بيان حجيته هذا الأخير وسوف نبين حجية إثبات التوقيع في التشريع الدولي.

1-القانون اليونسيترال النموذجي للأمم المتحدة بشأن التوقيع الإلكتروني

نص قانون اليونسيترال المتعلق بالتوقيع الإلكتروني لسنة 2001 على حجية التوقيع الإلكتروني كدليل إثبات في المادة السادسة منه وتنص: "**عندما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يستوفي ذلك الشرط بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا استخدم توقيع الإلكتروني موثوق بالقدر المناسب للغرض الذي أنشأت أو بلغت من أجله رسالة البيانات في ضوء كل الظروف، بما في ذلك أي اتفاق ذي صلة**" [2].

2-إتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطايا الإلكترونية في العقود الدولية.

تنص المادة الثامنة الفقرة الأولى تحت عنوان الاعتراف القانوني بالخطايا الإلكترونية على مايلي: "لا يجوز إنكار صحة الخطاب أو العقد أو إمكانية إنفاذه لمجرد كونه في شكل خطاب إلكتروني"[3].

3- موقف المشرع الأوروبي من حجية التوقيع الإلكتروني

دخل توجيه التجارة الإلكترونية الخاصة بالإتحاد الأوروبي Directive eue Commerce معناه حيز التنفيذ في 17 يوليو من عام 2000 وأصبح منذ نفاذه لازما على الدول الأعضاء

[1] – غربي خديجة، التوقيع الإلكتروني ، مذكرة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر أكاديمي، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2014-2015 ،ص 14.

[2] – قانون اليونستيرال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية للأمم المتحدة، المرجع السابق.

[3] – قانون اليونستيرال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية للأمم المتحدة، المرجع السابق.

في الاتحاد الأوروبي تطبيقه بحلول 17 يناير في عام 2000 وقد كان الهدف من إصداره هو ضمان حرية حركة المعلومات والخدمات المعلوماتية وتنشيط حركة ونمو التجارة الإلكترونية بين الدول الأعضاء[1]، طبقا لهذا التوجيه يجب على الدول الأعضاء الاعتراف بالصفة القانونية ونفاذية العقود الإلكترونية[2].

ثانيا: في التشريع الوطني

أفردت بعض التشريعات المقارنة قوانين خاصة للتعاملات الإلكترونية بعد دخول الوسائل الحديثة لكافة مجالات الحياة وأصبحت من الضروريات ما أدى بهذه الدول للاعتراف بالتوقيع الإلكتروني نصا في قوانينها.

1-في الأردن:

نص المشرع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية على حجية التوقيع الإلكتروني كدليل إثبات في المادة العاشرة التي تنص:" إذا استوجب تشريع نافذ التوقيع على المستند أو نص على ترتيب أثره على خلوه من التوقيع الإلكتروني على السجل الإلكتروني يفي بمتطلبات التشريع.

ليتم إثبات صحة التوقيع الإلكتروني ونسبته إلى صاحبه إذا توافرت طريقة لتحديد هويته والدلالة على موافقته على المعلومات الواردة في السجل الإلكتروني الذي يحمل توقيعه إذا كانت تلك الطريقة مما يحول عليها لهذه الغاية في ضوء الظروف المتعلق بالمعاملة بما في ذلك اتفاق الأطرف على استخدام تلك الطريقة[3].

2-في مصر:

تنص المادة 14 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري على مايلي: " التوقيع الإلكتروني في نطاق المعاملات التجارية والمدنية والإدارية ذات الحجية المقررة للتوقيعات في أحكام قانون

[1] -European council directive 2000/31/ EC2000,J O-1

[2] – غربي خديجة، المرجع السابق، ص 15.

[3] – قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، المرجع السابق.

الإثبات في المواد المدنية والتجارية إذا روعي في إنشائه وإتمامه الشروط المنصوص عليها في هذا القانون والضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون[1]" .

من خلال هذه المادة نستنتج أن المشرع المصري ساوى بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع التقليدي حيث الحجية القانونية.

3- في البحرين:

بدوره المشرع البحريني نص على حجية التوقيع الإلكتروني للإثبات في نص المادة السادسة على مايلي:

- لا ينكر الأثر القانوني التوقيع الإلكتروني، من حيث صحته ومكان العمل بموجبه، بمجرد وروده كليا أو جزئيا، في الشكل الإلكتروني.

- إذا وجب التوقيع على مستند، أو رتب أثرا قانونيا على خلوة من التوقيع، فإنه إذا استعمل سجل إلكتروني في هذا الشأن، فإن التوقيع الإلكتروني عليه يفي بمتطلبات هذا القانون.

- إذا عرض بصدد أي إجراءات قانونية توقيع إلكتروني مقرون بشهادة معتمدة، قامت قرينة على صحة ما يأتي ما لم يثبت العكس أو يتفق الأطراف على خلاف ذلك:

أ. أن التوقيع الإلكتروني على السجل الإلكتروني قد وضع من قبل الشخص المسمى في الشهادة المعتمدة بغرض توقيع هذا السجل الإلكتروني.

ب. إن السجل الإلكتروني لم يطرأ عليه تغير منذ وضع التوقيع الإلكتروني عليه.

-إذا لم يتم وضع التوقيع الإلكتروني باستعمال شهادة معتمدة، فإن قرينة الصحة المقررة بموجب أحكام المقررة بموجب أحكام البند السابق لا نلحق أيا من التوقيع أو السجل الإلكتروني[2]" .

4- في الجزائر:

[1] – قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني وانشاء هيئة تنمية تكنولوجيا المعلومات بجمهورية مصر العربية، رقم 15 سنة 2004.

[2] – قانون التجارة الإلكترونية البحريني، المرجع السابق.

بعدما كان هناك قصور في تنظيم التشريعات المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني، وفي اتخاذ التدابير اللازمة لتطبيقه وهذا ما نجده في التشريع الجزائري في المرسوم التنفيذي 07-162 نظم نشاط التصديق الإلكتروني من خلال إخضاعه للنظام الترخيص الوارد في المادة 39 من القانون 2000-03 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات السلكية واللاسلكية[1]، علما أن أول المشاريع تم إطلاقها في 2005 وإن الإطار القانوني المحدد للتوقيع الإلكتروني اعتمد في 2007 إلا أنه لم يصدر القانون المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكتروني إلا في سنة 2015[2]، حيث تنص المادة 76 منه على مايلي: "**يتعين على الهيئات التي تستعمل التوقيع التصديق الإلكتروني عند تاريخ إصدار هذا القانون أن تطابق نشاطها مع مقتضيات هذا القانون حسب الكيفيات التي تحددها السلطة ووفق توجيهاتها**"[3].

نستنتج من خلال هذه المادة على الأهمية التي ولاه المشرع في هذا القانون للتوقيع الإلكتروني والتصديق واستعمالها فيما يخوله هذا القانون وهو ما يدل على حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات.

ثالثا: موقف الفقه من حجية التوقيع الإلكتروني

حظي التوقيع الإلكتروني بقبول من طرف الفقه على أنه يمكن اعتباره كالتوقيع العادي من حيث الحجية في الإثبات وهو وسيلة لإقرار صحة المعلومات الواردة في السند، هذا بالإضافة

[1] -مرسوم تنفيذي رقم 07-162 ،المرجع السابق.

[2] - غربي خديجة، المرجع السابق ، ص 16.

[3] - قانون 15-04 المؤرخ في 1 فبراير 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكتروني.

إلى أن النصوص القانونية الخاصة بالمعاملات الإلكترونية أو بالتوقيع الإلكتروني أقرت بالحجية القانونية للتوقيع الإلكتروني في الإثبات[1].

ونشير إلى التوقيع الإلكتروني يتفوق على التقليدي بالنظر إلى أن الاستيثاق من شخصية صاحب التوقيع، ففي التوقيع التقليدي كي تتحقق من هوية الشخص وصحة التوقيع تتطلب القيام بإجراءات من خبراء متخصصين وبعدها اللجوء إلى القضاء، أما التحقق من صحة التوقيع الإلكتروني يتم تلقائيا عند دخول الرسالة الإلكترونية لما توفره التقنية الحديثة من تأمين عن طريق ما يسمى نظام المعلومات الآمنة وإمكانية ربط التوقيع بخاصية التشفير التي لا يمان خرقها[2].

[1] – محمد فواز محمد المطالقة، المرجع السابق ، ص 347.

[2] – خالد ممدوح إبراهيم، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة،2006،المرجع السابق ، ص 246.

خاتمة

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

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

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

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

وتم التعرف على إثبات العقد الإلكتروني وهي الكتابة الإلكترونية ببيان تعريفها والشروط الواجب توفرها فيهم، وعن مدى حجيتها القانونية ومن جهة التوقيع الإلكتروني من حيث التعريف وأنواعه وشروطه وبيان حجيته من جهة أخرى.

على ضوء ما تقدم تم التوصل إلى النتائج التالية:

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

- العقد الإلكتروني على ذات الأركان التي يقوم عليها العقد التقليدي والتي هي :الرضا، المحل، السبب، الأهلية.

- توصلنا إلى أن التعبير عن الإرادة لا يتعدى الكتابة، الإشارة، اللفظ الكلام المباشر.

- لا يوجد تعريف خاص بالإيجاب والقبول الإلكتروني في التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية، إلا أن الفقه اجتهد فجاء ببعض التعاريف لهما.

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

وبما أن الإلمام بالموضوع وإيفائه حقه على الوجه القويم شرف لن ندعيه فإن التقصير في معالجته تهمة لن ننفيها.

قائمة المراجع

أولا: باللغة العربية:

أ- الكتب:

1- أحمد خالد العجلوني ، المرجع السابق، ص219 ؛ د/شحاتة غريب محمد شلقامي، المرجع السابق، 141؛ يحي يوسف فلاح حسن، الرسالة السابقة، ص69.

2- أحمد شرف الدين، عقود التجار ة الالكترونية: تكوين العقد و اثباته، دار الفكر للنشر، ص 295 ،و د.ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، المرجع السابق، ص 48.

3-أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة (ب س م)

4-أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة،2000.

5- أسامة أحمد بدر، الوسائط المتعددة بين الواقع والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، (ب س م)

6- أسامة أحمد شوقي المليجي، استخدام مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة وأثره على قواعد الإثبات المدني،القاهرة: دار النهضة العربية،2000.

7- أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الإلكترونية ، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة ، مصر، طبعة 2008.

8- أسامه أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت ، دار النهضة العربية،2000.

9- **إلياس ناصيف،** العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان،الطبعة الأولى 2009.

10-بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم على شبكة الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006.

11- تامر محمد سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009.

12- حسن عبد الباسط جميعي، قواعد الإثبات في في المواد المدنية والتجارية والتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، طبعة 2006.

14- حمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة مع الترآيز على البيع بواسطة التليفزيون، مطبوعات جامعة الكويت، 1998 .

15-حمودي محمد ناصر، العقد البيع الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

16- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، ط1، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية، 2006.

17- رامي محمد علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الانترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني، مقال منشور بمجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، السنة 26،ديسمبر2002.

18- رزاق مخور الغراوي، مفهوم العقد الالكتروني في الفقه الاسلامي والقانون، مدونة كتابات في الميزان، السنة 2017/11/25.

19- رضا عبيد، دراسة في القواعد الموحدة في البيوع الدولية، النسر الذهبي للطباعة، 1996، ص 146.

20-زياد خليف شداخ العنز، تنازع القوانين في المعاملات الإلكترونية، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، سنة 2008.

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

22-سايمون آولن، التجارة على الإنترنت، ترجمة يحي مصلح، دون ناشر، دون سنة.

23-سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، الطبعة الخامسة، تنقيح حبيب إبراهيم الخليلي، دون ناشر، 1990.

24- سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة، دراسة مقارنة، ط1، دار النهضة العربية، مصر،2006.

25- شحاتة غريب محمد شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 2005.

26-صابر عبد العزيز سلامة، العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الأولى2005.

27-طاهر شوقي عبد المؤمن، عقد البيع الإلكتروني، دار النهضة العربية، مصر، طبعة 2007.

28-طلبة وهبة خطاب، أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون-دراسة مقارنة- دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، مصر، دون سنة النشر.

29-عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، الدار العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى 2002.

30-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني_الإثبات_بيروت، دار إحياء التراث العربي 1982.

31-عبد السلام التونجي، التعاقد بين غائبين في الشريعة الإسلامية،دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة.

32-عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،مصر ،طبعة 2009.

33-علاء محمد الفواعير، العقود الإلكترونية التراضي، التعبير عن الإرادة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014.

34-علاء محمد نصيرات،حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى،2005.

35-عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية، عقد البيع المبرم عبر الانترنت، دراسة تحليلية،الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان،2007.

36-عمرو عبد الفتاح علي يونس، جوانب قانونية للتعاقد الإلكتروني في إطار القانون المدني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، بدون ناشر، 2009.

37-غربي خديجة،مذكرة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر أكاديمي، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2014.

38-فاروق الأباصري، عقد الإشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية، دراسة تطبيقية لعقود الانترنت، القاهرة: دار النهضة العربية،2003.

39-فريد عبد المعز فرج، التعاقد بالانترنت، بحث منشور بمجلة البحوث الفقهية والقانونية تصدر عن كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، فرع دمنهور ،العدد 18 الجزء الأول، سنة 2003.

40-قدري عبد الفتاح الشهاوي، قانون التوقيع الإلكتروني ولائحته، دار النهضة العربية، مصر، 2005.

41-لورنس محمد عبيدات، ثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى 2006.

42-محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجماعي الإسكندرية، 2006.

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

44-محمد حسين منصور، العقود الدولية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر، طبعة 2006.

45-محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر، طبعة 2006.

46-محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الإنترنت، القاهرة : دار النهضة العربية ، 2004.

47-محمد شكري سرور، موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، 1986.

48-محمد فواز محمد المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، طبعة 2006.

49- محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، دار النهضة العربية، مصر، 1976.

50- محمد لورنس عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، ط01، عمان، دار الثقافة للنشر، . 2005

51- محمود السيد عبد المعطي خيال، لتعاقد عن طريق التلفزيون ، النسر الذهبي للطباعة، دون ذكر تاريخ الطبع.

52-محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الثالثة، دون ناشر، 1988 ،ص 77.

53- مراد محمود يوسف مطلق،التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني،جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق،2007.

54- مصطفى موسى حسين العطيات، الجوانب القانونية لتعاملات التجارة الإلكترونية (حماية العلامة التجارية إلكترونيا)،كلية الحقوق،2011.

55- مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر،2009.

56- ناصيف إلياس، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2009.

57- نبيل إبراهيم سعد همام محمد محمود، المبادئ الأساسية في القانون (نظرية القانون نظرية الحق، نظرية الالتزام)، منشأة المعارف، مصر، 2001.

58- نبيل محمد أحمد صبيح، حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية-دراسة مقارنة- مجلة الحقوق، مجلة علمية محكمة ربع سنوية، العدد الثاني، 2008

59- نور الدين الرحالي، التطبيقات العملية الحديثة في قضايا الاستهلاك، ط1، مكتبة الرشاد، 2014.

60- هاني دويدار، الوفاء بالأوراق التجارية المعالجة إلكترونيا، بدون ناشر، 2003.

61-وسيلة لزعر، تنفيذ العقد الالكتروني، رسالة ماجستر، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر،2011 -.2010

62- يوسف أحمد النوافلة، الإثبات الإلكترونية في المواد المدنية والمصرفية" دراسة مقارنة" دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012.

ب-الرسائل والمذكرات الجامعية:

***رسائل الدكتوراه:**

1- عجالي خالد،النظام القانوني للعقد الالكتروني في التشريع الجزائري -دراسة مقارنة-، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون ،جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2014.

2- مخلوفي عبد الوهاب، التجارة الإلكترونية عبر الانترنت، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012/2011.

3- مراد محمود يوسف مطلق، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الإلكتروني، رسالة الدكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 2007.

***رسائل ماجيستير:**

1- وسيلة لزعر ، تنفيذ العقد الالكتروني، رسالة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر2010،2011/1.

2- صولي الزهرة، النظام القانوني للعقد الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في الحقوق، فرع قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2008/2007.

3- طمين سهيلة، الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي للأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

***مذكرات الماستر:**

1- غانم إيمان، حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات (دراسة تحليلية مقارنة)، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر، حقوق، تخصص قانون أعمال، جامعة المسيلة، 2013.

2-رواقي سميحة، متناني خلود، النظام القانوني للعقد الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص قانون أعمال، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2019/2018.

* **النصوص القانونية:**

1- المواثيق الدولية:

- اتفاقية فينا لسنة 1980، المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع.
- قانون اليونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، متوفر على الموقع : http://www.uncitral.org
- قواعد الأونسيترال الموحدة بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001 ،المنشور باللغتين : http://www.uncitral.org.stabl/mlالموقع على والإنجليزية العربية elecsig-a.pdf

2- النصوص التشريعية للدول الأجنبية:

- القانون الفرنسي لسنة 1986 ،يتعلق بتنظيم حرية الاتصال، يمكن الحصول على النسخة الكاملة له عبر الموقعhttp://www.justice-
- القرار رقم 162-51 ،المتضمن قانون اليونستيرال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية للأمم المتحدة.
- قانون اليونستيرال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية للأمم المتحدة.
- - قانون رقم 18-05 ،المتعلق بالتجارة الالكترونية.
- قانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 ،يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج. ر، عدد 41 الصادر في 27/ 07 /2004 معدل ومتمم بالقانون رقم 10-06 مؤرخ في 08/21 /2010 ،ج.ر، عدد 41 الصادر في 2010/08/23.
- قانون 15-04 المؤرخ في 1 فبراير 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكتروني.
- قانون التجارة الإلكترونية البحريني
- قانون المعاملات الإلكترونية الأردني
- قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني وانشاء هيئة تنمية تكنولوجيا المعلومات بجمهورية مصر العربية، رقم 15 سنة 2004.

*** المواد القانونية:**

- المادة 1 من القانون المصري رقم: 2004/15 ِ المتعلق بتنظيم التوقيع الإلكتروني وانشاء هيئة صناعة تكنولوجيات المعلومات، الجريدة الرسمية المصرية، عدد 17 الصادر في 2004/04/22 .
- المادة 418 من القانون المدني المصري الصادر.

*** المرسوم التنظيمي:**

- مرسوم تنفيذي رقم 07-162 مؤرخ في 2007/05/30، يتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 01-123 مؤرخ في 2001/05/09، ج ر ج عدد 27 صادر في 2001/05/13.

ج- المعاجم:

1- سهيل إدريس، المنهل، قاموس فرنسي عربي، دار الأدب، بيروت، الطبعة الثلاثون،2002.

2- محمد جمال الدين بن منظور، لسان العرب، طبعة الكويت، الجزء الرابع، دون سنة نشر، ص369

3- المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، المطابع الأميرية، 2002، ص 526.

4- المنجد في اللغة والاعلام، ط الحادية والثلاثون، دار المشرق، بيروت،1991، ص59.

ثانيا: باللغة الفرنسية:

1- ANDROW D-Murray, entering into contracts électronically, USA, 2002, p23.
2- BOUCHERBERG (L),Internet et commerce électronique,2 ème édition, Delmas,Paris, 2001,p42.
3- European council directive 2000/31/ EC2000,J O-1.
4- Herve Causse, le contrat électronique, technique du commerce électronique, LDJ, 2006, p 31.
5- HUET(J), La valeur juridique de la télécopie (ou fax), comparée au télex, D.S, doctrine, 1992,n5, p35.
6- Lionel Costes, Transactions en ligne, paiement électronique, galeries, marchandes virtuelles, bulletin d'actualité-lamy droit de l'informatique, n 97, novembre 1997, p 2.
7- Lucas de Leyssac,Le paiement en ligne, J.C.P.EDG,2002,p477.
8- M.ANTOINE,J.-F.BRAKELAND,M.ELOY,Droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information, Cahiers du CRID, N°07, Bruxelles, E.Story-Scientia, 1991,p.55.
9- Thibault VERBIEST: la protection juridique du cyber consommateur, Litec, paris, 2001,p.80.

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

البسملة .....

شكر و عرفان.....

إهداء .....

مقدمة..... أ

الفصل الأول: إبرام العقد الإلكتروني.....

المبحث الأول: مفهوم العقد الإلكتروني.....**8**

المطلب الأول: المقصود بالعقد الإلكتروني.....**9**

فرع أول: تعريف العقد الإلكتروني.....**9**

أولا: تعريف لغوي.....**10**

ثانيا: تعريف تشريعي.....**11**

ثالثا: تعريف العقد في القانون الجزائري.....**14**

فرع ثاني: خصائص العقد الإلكتروني.....**14**

أولا: العقد الإلكتروني أحد العقود التي تبرم عن بعد.....**15**

ثانيا: العقد الإلكتروني عبر الانترنت له طابع دولي.....**16**

ثالثا: العقد الالكتروني عقد تجاري.....**18**

المطلب الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود الأخرى.....**19**

فرع أول: تمييز العقد الإلكتروني من العقود بالنظر إلى طريقة التعاقد.....**20**

أولا: تمييزه عن العقد التقليدي.....20

ثانيا: التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت والتعاقد عبر الهاتف.....22

ثالثا: التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت عن طريق التلفزيون.....24

رابعا: التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت عن طريق التلكس والفاكس.....26

فرع ثاني:تمييز العقد الإلكتروني عبر الإنترنت عن عقود البيئة الإلكترونية.....28

أولا: عقد الدخول إلى شبكة الانترنت.....29

ثانيا: عقد الإيجار المعلوماتي.....30

ثالثا: عقد إنشاء المتجر الإفتراضي..... 32

رابعا:عقد خدمة المساعدة الفنية.....34

المبحث الثاني: انعقاد العقد الالكتروني.....36

المطلب الأول: التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني.....37

فرع أول: استخدام الوسائل الإلكترونية في التعبير عن الإرادة.....37

أولا: عبر البريد الإلكتروني.....37

ثانيا: عبر شبكة الموقع.....38

ثالثا: عبر المحادثة والمشاهدة.....39

فرع ثاني: صحة التعبير عن الإرادة.....39

المطلب الثاني: تطابق الإرادتين.....41

فرع أول: عناصر التطابق (الإيجاب والقبول).....40

أولا: الإيجاب.....42

ثانيا: القبول.....44

فرع ثاني: زمان ومكان انعقاد العقد.....46

أولا: زمان انعقاد العقد.....47

ثانيا: مكان انعقاد العقد.....49

الفصل الثاني: آثار العقد الإلكتروني.....51

المبحث الأول: تنفيذ العقد الإلكتروني.....53

المطلب الأول: إلتزامات البائع.....54

فرع أول: إلتزام البائع بتسليم السلعة.....55

فرع ثاني: إلتزام بنقل الملكية.....60

المطلب الثاني: إلتزامات المشتري.....61

فرع أول: الإلتزام بدفع الثمن (الوفاء الإلكتروني).....61

فرع ثاني: إلتزام بتسليم المبيع.....64

المبحث الثاني: إثبات العقد الإلكتروني.....66

المطلب الأول: الكتابة الإلكترونية.....67

فرع أول: تعريف الكتابة الإلكترونية.....67

فرع ثاني: شروط الكتابة الإلكترونية.....70

فرع ثالث: حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات.....72

المطلب الثاني: التوقيع الإلكتروني.....74

فرع أول: تعريف التوقيع الإلكتروني.....74

فرع ثاني: شروط التوقيع الإلكتروني.....**76**

فرع ثالث: حجية التوقيع الإلكترونية.....**78**

خاتمة.....**85**

قائمة المراجع.....**88**

فهرس الموضوعات.....**98**

الملخص :

العقد الإلكتروني هو ذلك العقد الذي يتم عن بعد بطريقة إلكترونية،وفي هذا العقد يتعهد التاجر بتقديم سلعة أو خدمة إلى طرف أخر معين،أو جمهور من الناس مقابل ثمن معلوم،وبدون هذا النوع من العقود لن يكون هنالك وجود للتجارة الإلكترونية. مثل أي نشاط تجاري،فإن العقود الإلكترونية تتطلب وجود دعائم خاصة بهذا النوع من العقود تسبقها عروض تجارية إلكترونية في المجال. يتوجب على العروض التجارية للمؤسسات التي تتم عبر وسائط إلكترونية عن طريق الانترنت أن تحترم الإجراءات التي تفرضها القوانين الوطنية الداخلية (القوانين الخاصة بالمستهلك والتقنين المدني) وكذا القوانين الدولية (التوجيهات واللوائح الدولية)

Summary :

An electronic contract is that contract that is executed remotely in an electronic way, and in this contract the merchant undertakes to provide a commodity or service to a specific other party, or a public of people, for a known price, and without this type of contract, electronic commerce will not exist. Like any commercial activity, electronic contracts require the presence of special supports for this type of contract, preceded by electronic commercial offers in the field. Business presentations made through electronic media via the Internet must respect the procedures imposed by internal national laws (consumer and civil regulation laws) as well as international laws (international directives and regulations)