جامعة عمار ثليجي بالأغواط

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مقارنة بين العقود الإلكترونية والعقود التقليدية

مذكرة في إطار مقتضيات نيل شهادة الماستر

تخصص قانون الأعمال

إعداد الطلبة:

1/ علي بن مهية

2/ مسعود بن عمار

إشراف الأستاذ:

الدكتور العربي بن مهيدي رزق الله

لجنة المناقشة:

الأستاذ: الدكتور عيسى لحاق رئيسا

الأستاذ: العربي بن مهيدي رزق الله مشرفا ومقررا

الأستاذ: الدكتور عطاء الله التاج عضوا مناقشا

السنة الجامعية 2023-2024

شكر وعرفان

الحمد لله على نعمته وإحسانه، والشكر له تعالى على فضله وامتنانه، وصلِّ اللّهم وسلم على النبيِّ الأمّي، وعلى آله وصحبه وسَلَّمَ تسليما كثيرا..

تنطِقُ ألسِنَةُ الوفاءِ بأسمى عبارات الثناء معطرة بطيب الذكر، وأزكى الرَّجاء مكلَّلَة بالدعاء للأستاذ المشرف الدكتور العربي ين مهيدي رزق الله لما بذله من جهد، ولما قدّمتهُ لنا من توجيهات مفيدة، والذي علّمنا الجد والانضباط، كل ما قدّمهُ لنا من دعم معنوي، كما لا يفوتنا أن نتقدم بكلمات الشكر إلى جميع من يعمل في قسم الحقوق، كما نتوجه بالشكر الجزيل إلى كل من ساندنا من قريب أو من بعيد ولو بالدعاء في ظهر الغيب.

إهداء

إلى الوالدين الكريمين اللّذين ربّياني وأدّباني..

إلى كامل عائلتي..

وإلى كل من علّمني من أساتذة وأستاذات..

إلى أصدقائي

وإلى كلّ من رافقني في مسيرتي الدراسية..

مقدمة

مـــقـدمـــــــــة

أدى ظهور ما يسمى بشبكات الإتصالات أو المعلومات العالمية، وأبرزها الأنترنيت، الى استخدامات متعددة شملت كافة نواحي الحياة وأهم استخدام لهذه الوسائل الحديثة هو عملية نقل وتبادل المعلومات إلكترونيـــا، من دون اللجوء إلى العالم الحقيقي أو المادي، وقد تم استغلال ذلك كأداة للتعبير عن الإرادة وإبرام العقود وإجراء مختلف المعاملات التجارية، بين أشخاص متواجدين في أماكن متباعدة، ولم يقتصر على ذلك بل امتد حتى تنفيذ هذه العمليات، وهذا النمط الجديد من أنماط التعاقد والتجارة هو الذي اصطلح على تسميته فيما بعد بالعقود الإلكترونية أو التجارة الإلكترونية. فالنظام التعاقدي يحظى بمكانة تشريعية هامة في مختلف القوانين، بالنظر إلى أنه يعد من أهم التصرفات القانونية في معاملات الإنسان اليومية، كما يعتبر محركاً للنشاط الاقتصادي بين أشخاص القانون الخاص، فاستخدام وسائل الاتصال الإلكترونية في إبرام العقد قد ألقى بظلاله على القواعد التي تحكم نظرية العقد وتشـــكل محور القانون المدني فنظرية العقد تأثرت تأثراً بالغاً بالتطور المذهل لوسائل الاتصال

موضوع البحث

نقتصر في موضوع هذه المذكرة على دراسة العقد الإلكتروني مقارنة بالعقد التقليدي، الذي هو اهم وسيلة من وســـائل التجارة الالكترونية اذ يتميز هذا العقد بخصـــائص لا تتوفر في العقود المبرمة بالوســـائل التقليدية، كونه مبرم في بيئة افتراضية غير مادية وعبر شبكات الاتصالات العالمية التي لا تعترف بالحدود الجغرافية للدول، كما أنه غالبا ما يكون محررا على دعامات غير ورقية مخزنة داخل الأنظمة المعلوماتية.

وهذه الخصائص تثير الكثير من التساؤلات حول مدى إمكانية استيعاب القواعد العامة المنظمة للعقد في القانون المدني لهذه الأنماط الجديدة في التعاقد، خاصة ما تعلق منها بإلابرام والتنفيذ والاثبات؟

حيث يثير العقد الإلكتروني من حيث انعقاده تســـاؤلات تتعلق بمدى اعتراف القانون المدني، وتحديدا القواعد المنظمة للانعقاد بهذه الآليات الجديدة للتعبير عن الإيجاب والقبول وبناء عناصـــر التعاقد، كون هذه الآليات لا تسمح ــ في الوقت الراهن ــ من توثق كل طرف من أطراف العقد، بمعنى التوثق من وجود وســلامة صــفة المتعاقد الآخر، كما يثور التســاؤل حول مدى انطباق وســائل التعبير عن الارادة فيه مع الوسائل التقليدية للتعبير عنها، وتثور أيضا مسألة تحديد مكان وزمان انعقاده، لما لهذه المسألة من أثر على معرفة القانون الواجب التطبيق عليه و كذا القضـــاء المختص بالنظر في المنازعات التي قد تطرح بشأنه.

أما فيما يخص تنفيذ المتعاقدين لالتزاماتهما، فإن هذا العقد يثير مشكلات التخلف عن التسليم أو تأخره أو تسليم محل تتخلف فيه المواصفات المتفق عليها، وهي مشكلات مشابهة لتلك الحاصلة في ميدان العقود التقليدية، أما دفع البدل أو الثمن فإنه يثير إشكالية وسائل الدفع التقنية، كالدفع بموجب بطاقات الإئتمان أو تزويد رقم البطاقة على الخط، وقد نشأ هذا المشكل في البيئة التقنية وهو وليد لها.

كما يثير هذا النوع من العقود مشــكل حجية العقد الإلكتروني أو القوة القانونية الإلزامية لوســيلة التعاقد، وهذه يضمنها في العقود التقليدية توقيع الشخص على العقد المكتوب أو البينة الشخصية (الشهادة) في حالة العقود غير المكتوبة لمن شهد الوقائع المادية المتصلة بالتعاقد، إما في مجلس العقد أو فيما يتصل بتنفيذ الأطراف لالتزاماتهما بعد إبرام العقد، فكيف يتم التوقيع في هذه الحالة، وما مدى حجيتة إن تم بوســائل إلكترونية، ومدى قبوله كبينة في الإثبات، وما هي آليات تقديمه كبينة إن كان في شــكل وثائق وملفات مخزنة في النظام.

أهمية موضوع البحث

لكل هذا الذي ذكرناه فإن معالجة هذه المســـائل أصـــبح واجبا و لابد من البحث عن معالجة قانونية له محاولين في هذه الدراسة إجراء مقاربة بين هذه المشاكـــل والنظريـــة العامـــة للعقـــد، كما هي منظمة في القانون المدني، ومدى ملائمة هذه النصوص للعقد الإلكتروني

إشكالية البحث

و مما لا شك فيه أن هذا النوع الحديث من المعاملات أحدث قلقا تشريعيا على المستوى الدولي والمستوى الداخلي على حد سواء، وبات التساؤل عن كيفية مواجهة هذه التحديات أمر لا غنى عنه، وأصبحت إعادة النظر في نظمنا التقليدية ضـــرورة ملحة إزاء ثورة معلوماتية غيرت أنماط حياتنا الإنســـانية، وعودتنا على إتباع طرق وأساليب في المعاملات لم تكن معلومة لدينا من قبل.

وفي مجال البحث عن الفرق بين القواعد التقليدية و هذا النوع الحديث من التعاقد نطرح الإشكالية التالية:

ما مدى الذي يميز التعاقد الالكتروني عن التعاقد التقليدي؟

وما هي الإشكالات القانونية التي يثيرها العقد الالكتروني مقارنة بالتقليدي؟

خطة البحث

ولكي نتمكن من تحقيق أهداف هذا البحث فقد ارتأينا تقسيمه لفصلين أساسيين على النحو التالي:

الفصل الأول تطرقنا فيه لمقارنة العقدين التقليدي والالكتروني من حيث المفهوم والخصائص والانعقاد

أما الفصل الثاني فعالجنا فيه فروق تنفيذ العقد وإثباته

الفصل الأول: مقارنة العقدين التقليدي والالكتروني من حيث المفهوم والخصائص والانعقاد

الفصل الأول: مقارنة العقدين التقليدي والالكتروني من حيث المفهوم والخصائص والانعقاد

خصصنا هذا الفصل لدراسة المفاهيم للعقدين التقليدي و الإلكتروني، وما يفيد في الإحاطة بهما وتمييزهما عن بعضهما ضمن المبحث الأول، أما في المبحث الثاني فسيتم التطرق لدراسة الفروق في ما يخص مرحلة انعقاد العقد.

المبحث الأول: مفهوم العقد التقليدي والالكتروني و الخصائص المميزة والنطاق

يشـمل المفهوم التطرق إلى التعاريف، ثم تحديد الخصـائص التي تميز العقد الإلكتروني عن العقود التقليدية و كذا نطاق العقدين.

المطلب الأول: تعريف العقدين التقليدي والإلكتروني

يعتبر العقد أهم صـــورة للتصـــرف القانوني في الحياة الاجتماعية، وقد عرفه القانون المدني الجزائري اما العقد الإلكتروني فليس هناك تعريف موحد، سيما لو أخذنا بعين الإعتبار تعدد الجهات التي أوردت هذه التعاريف من جهة، ونوع التقنية التي تستعمل في إبرامه من جهة أخرى، وعليه سيتم عرض أهم التعاريف الواردة بشأنهما في الفقه أولا، ثم نشير إلى بعض التعاريف التي جاء بها القانون.

الفرع الأول: التعريف الفقهي للعقدين

عرف الفقه القانوني العقد بانه توافق ارادتين أو أكثر على إنشـــاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه[1]. كما عرف بأنه توافق ارادتين على إنشـــاء علاقة قانونية ذات طابع مالي[2] و يعرف بأنه توافق ارادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه[3]

أما العقد الإلكتروني فتعددت تعريفات الفقه له، فمنهم من عرفه بالاعتماد على إحدى وســـائل إبرامه معتبرا أن " العقد الإلكتروني هو العقد الذي يتم إبرامه عبر الأنترنيت" [4]، والملاحظ على هذا التعريف أنه حصر وسيلة إبرام العقد الإلكتروني في شبكة الأنترنيت متجاهلا الوسائل الأخرى لإبرامه مثل التليكس والفاكس.

---

1 عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية (دراسة مقارنة)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2015، ص 20.

2 عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات، ج1، 1982، ص210.

3 عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص52.

[4] د / عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الأول نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنيا، دار الفكر الجامعي، 2002، ص47.

ومن هذه التعاريف أيضـا أنه: " كل اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شـبكة دولية مفتوحة للإتصـال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، وذلك بفضل التفاعل بين الموجب والقابل" [1]، يلاحظ أن هذا التعريف اشترط وسيلة مسـموعة مرئية لكي يعتبر العقد إلكترونيا، غير أنه يمكن إبرام العقود الإلكترونية بدون اسـتعمال الوسـائل المسـموعة أو المرئية مثل التعاقد عبر البريد الإلكتروني، الذي يكون فيه التعبير عن الإرادة بواســـطة الكتابة، ومع ذلك يعتبر عقدا إلكترونيا.

ومن التعاريف ما يكتفي بأن يكون العقد مبرما ولو جزئيا بوسيلة إلكترونية لاعتباره عقدا إلكترونيا، ومنه القائل: "بأن العقد الإلكتروني هو الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسيلة إلكترونية كليا أو جزئيا أصالة أو نيابـة" [2].

ومن التعاريف ما شمل جميع الوسائل الإلكترونية لكنه اشترط لكي يعتبر العقد إلكترونيا أن تكتمل كافة عناصره عبر الوسـيلة الإلكترونية حتى إتمامه، معتبرا أنه: " كل عقد يتم عن بعد باسـتعمال وسـيلة إلكترونية وذلك حتى إتمام العقد"[3].

وهو نفس الاتجاه الذي ســارت عليه اللجنة التي شـكلت في مصــر لتنظيم التجارة الإلكترونية، إذ عرفت عقود التجارة الإلكترونية بأنها: "تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية في الســلع والخدمات التي تتم بين مشــروع تجاري وآخر أو بين مشروع ومستهلك، وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومـات والإتصال"[4].

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

الفرع الثاني: التعريف القانوني للعقدين

عرف القانون المدني الجزائري العقد في المادة 54 بقوله:" العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح، أو فعل، أو عدم فعل شيء ما". وواضح أن هذا التعريف يتضمن العقد والالتزام معا، ذلك أنه إذا كان موضوع العقد هو إنشاء الالتزام فموضوع الالتزام هو عمل إيجابي أو سلبي.

ويندرج نظام العقد ضمن النظرية العامة للعقد باعتبارها جزءا من النظرية العامة للالتزام التي لا تنطبق إلا حيث يكون الاتفاق في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية، فلا تنطبق على العقود التي تدخل في مجال القانون

---

[1] Une convention par laquelle une offre et une acceptation se rencontrent sur un réseau de télécommunication international ouvert selon un mode audio-visuel, grâce à l'interactivité entre l'offrant et l'acceptant".

Beaure D'Agère (Guillaume), Breese (prière) et Thuiler (Stéphanie), paiement numérique sur Internet, Etat de l'art, aspect juridiques et impact sur les métiers, Thomson Publishing, 1997, P76.

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

[3] د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص49.

[4] د / عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص46.

العام، مثل المعاهدات الدولية والعقود الإدارية وكذلك العقود الواردة في قسم الأحوال الشخصية كالزواج والتبني[1].

فالعقد عموما يعد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة اشخاص بمنح أو فعل أو نقل ملكية أو أي حق عيني آخر بمقابل نقدي أو عدم القيام بفعل شيء

اما العقد الإلكتروني فعرفه القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية[2] (UNCITRAL)، في المادة 2– ب " بتبادل البيانات الإلكترونية"، حيث نصت بأنه:" يراد بمصطلح تبادل البيانات الإلكترونية نقل المعلومات من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات"، ورأت اللجنة المعدة لهذا القانون[3] بأن هذا التعريف ينصرف إلى كل استعمالات المعلومات الإلكترونية، ويشمل بذلك إبرام العقود والأعمال التجارية المختلفة، وعليه فإن العقد الإلكتروني حسـب هذا القانون هو العقد الذي يتم التعبير عن الإرادة فيه بين المتعاقدين باسـتخدام الوسائل المحددة في المادة 2 أ و2 ب وهي:

– نقل المعطيات من كمبيوتر إلى كمبيوتر آخر وفقا لنظام عرض موحد.

– نقل الرسائل الإلكترونية باستعمال قواعد عامة أو قواعد قياسية.

– النقل بالطريق الإلكتروني للنصـوص باسـتخدام الإنترنت، أو عن طريق اسـتعمال تقنيات أخرى كالتلكس والفاكس.

وواضـح أن الإنترنت حسـب هذا القانون، ليسـت الوسـيلة الوحيدة لتمام عملية التعاقد والتجارة الإلكترونية، بل تشاركها وسائل أخرى مثل جهازي التيلكس والفاكس.

ويرى أغلب الفقه أن القانون الموحد للتجارة الإلكترونية الصـادر عن لجنة القانون التجاري الدولي للأمم المتحدة، لم يعرف العقد الالكتروني، لكنه عرف الوسائل المستخدمة في إبرامه، كما أنه توسع في سرد وسائل إبرامه، فبالإضافة إلى شبكة الأنترنيت هناك وسيلة الفاكس والتيلكس.

---

1 فتحي مجيدي، دروس مقياس الالتزامات، كلية الحقوق جامعة الجلفة، 2009–2010، ص15.

2 صـدر هذا القانون في 12 جوان 1996 عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وتم إقراره بناء على التوصـية الصـادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 51–162 في 16 ديسمبر 1996، وهو مقسم إلى بابين، الأول يعالج موضوع التجارة الإلكترونية بصفة عامة، أما الثاني فمتعلق بعقود نقل البضائع والمستندات، ويلحق بهذا القانون ملحق داخلي يوجه خطابا للدول الأعضاء بكيفية إدماجه ضمن تشـريعاتها الداخلية، وتكمن مزاياه في توحيد القواعد القانونية المعمول بها في مجال التجارة الإلكترونية، كما يسـاعد الدول والأشـخاص المتعاملين في هذه التجارة الأخذ بأحكامه.

من أجل الإطلاع على القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية وملاحقه المفسرة له، راجع www.uncitral.org.

د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 23، 24، 165، 166 و167.

د/ نصـر الدين مروك، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، موسـوعة دار الفكر القانوني، العدد الثالث، دار الهلال للخدمات الإعلامية، ص136 وما بعدها.

3 يقصد بها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

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

أَما المشرع الجزائري فسعى عدد تعريفه للعقد الإلكتروني إلى إيجاد مفهوم واسع ومقبول ليشمل كل المعاملات التي تتم عن بعد بواسطة كل أنماط الاتصالات الإلكترونية إذ عرف العقد الالكتروني من خلال قانون التجارة الالكترونية رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية المؤرخ في 10 ماي 2018 في المادة 02 الفقرة 06 كما يلي: "العقد الإلكتروني بمفهوم القانون رقم 04-02 المؤرخ في 05 جمادى الأولى عام 1420 الموافق لـ 23 يونيو لسنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ويتم إبرامها عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني"[2]

وقد عرف المشرع الجزائري تقنية الاتصالات الإلكترونية بموجب القانون رقـم 04/09[3] واعتبرها كل: "تراسل أو إرســال أو استقبال علامات أو إشارات أو كتابات أو صـور أو أصوات أو معلومات مختلفة بواسطة اي وسيلة إلكترونية"، ثم بموجب القانون رقم 04/18[4] الذي اعتبرها كل مجموعة منشآت تتضمن إما إرســالا أو إرسال أو إيصال إشارات إلكترونية، وكذا تبادل معلومات التحكم والتسيير المتصلة بها ما بين الالتقاط الطرفيه لهذه الشبكة وعند الاقتضاء الوسائل الأخرى التي تضمن إيصال الاتصالات الإلكترونية وكذا التحويل والتوجيه

يلاحظ مّما تقدم أَن التشريع الجزائري اقتضى التوسيع في تعريف العقد الإلكتروني ليشمل تقنيات الاتصال الحديثة المتاحة حاليا وما يمكن أن يستجد مستقبلا، بهدف وضع قانون مستقر لمدة طويلة من الزمن نظرا للتطور العلمي المذهل الإلكتروني آلذي يفوق تطور الدراسات القانونية، إلاَّ أَنه حصر العقد الإلكتروني في العقود التي لا تربط بين أطرافها زمان واحد حتى وإن كان لا يربطهم مجلس عقد حضوري وفعلي.

---

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

[2] -المادة 06 من قانون التجارة الالكترونية الجزائري رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية المؤرخ في 10 ماي 2018 .الجريدة الرسمية، عدد 28، لسنة 2018

[3] القانون رقم 09-04 المؤرخ في 05 أوت 2009، المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصالات ومكافحتها، ج ر عدد 47، الصادرة في 16 أوت 2009

[4] القانون رقم 18-04 المؤرخ في المؤرخ في 10 ماي 2018، الذي يحدد القواعد المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية ج ر عدد 27، الصادرة في 13 ماي 2018.

المطلب الثاني: الخصائص المميزة للعقد الإلكتروني عن التقليدي ونطاقهما

يتم التطرق في هذا المطلب إلى أهم الخصائص التي يتميز بها العقد الالكتروني عن العقود التقليدية في الفرع الأول، ثم التطرق إلى نطاقه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الخصائص المميزة للعقد الإلكتروني

يتميز العقد الإلكتروني بأنه عقد مبرم بوســـيلة إلكترونية، ويتم بين متعاقدين متباعدين مكانا، كما يغلب عليه الطابع التجاري، وهي الخصائص التي تميزه عن العقود التقليدية و سيتم التطرق إليها فيما يلي[1]:

أولا: العقد الإلكتروني هو عقد مبرم بوسيلة إلكترونية

إن أهم خاصية يتميز بها العقد الإلكتروني عن العقود التقليدية هي أنه عقد مبرم بوسيلة إلكترونية، فالوسيلة التي من خلالها يتم إبرام العقد تكسبه هذه الصفة، وتتمثل هذه الوسائل عادة في أنظمة الكمبيوتر المرتبطة بشبكات الإتصالات المختلفة (السلكية واللاسلكية)[2]، والملاحظ أنه لا يمكن حصر جميع هذه الوسائل في الوقت الحاضر نظرا لارتباطها مع التطور التكنولوجي غير أنه يمكن عرض أهمها فيما يلي:

1- التعاقد بوسائل الإتصال الحديثة:

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

أ- التليكس: 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[3].

ب – الفاكس: هو عبارة عن جهاز استنساخ بالهاتف يمكن به نقل الرسائل والمستندات المخطوطة باليد والمطبوعة بكامل محتوياتها نقلا مطابقا لأصلها، فتظهر المستندات والرسائل على جهاز فاكس آخر لدى المستقبل، ويلاحظ أنه هناك فارق زمني للرد على المرسل[4] .

---

[1] وهناك خصـائص أخرى، ومنها أن بنوده تكون في الغالب محررة في وثيقة إلكترونية، كما يتم التوقيع عليه بطريق إلكترونية، ويكون الوفاء بالإلتزامات التي يرتبها إلكترونيا في الغالب أيضـا، وهي الخصـائص التي سـوف تتم دراسـتها بالتفصـيل في الفصـل الثاني من هذه المذكرة، المخصص لتنفيذ العقد الإلكتروني وإثباته.

[2] وقد أشـار قانون الأنستيرال إلى هذه الوسـائل، في المادة 2-أ: " .....بوسـائل إلكترونية أو ضـوئية أو بوسـائل مشـابهة، بما في ذلك على سـبيل المثال لا الحصـر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني، أو البرق أو التيليكس، أو النسـخ البرقي"، فالنص أشـار إلى بعض تقنيات الإبلاغ الأقل تطورا مثل النســـخ البرقي أو التليكس، وتقنيات الإبلاغ الأكثر حداثة ومنها التبادل الإلكتروني للبيانات، ليترك المجال مفتوحا على ما سوف يظهر من تقنيات أخرى في تبليغ رسالة البيانات.

راجع www.uncitral.org.

[3] أ/ أحمد خالد العجولي، التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنيت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة1، 2004.، ص 49 و50.

[4] أ/ أحمد خالد العجولي، المرجع السابق، ص 50.

ج – الهاتف المرئي: لقد تطور الهاتف العادي وأدخلت عليه تعديلات، فظهر ما يعرف بالهاتف المرئي، الذي يمكن صاحبه من الكلام مع شخص ومشاهدته في نفس الوقت، ويعد هذا الجهاز من أكثر وسائل الإتصال الفورية فاعلية وانتشارا في العالم المتطور[1].

وقد كان من المفروض أن يستخدم هذا الجهاز في شبكة الأنترنيت بالنظر لسهولة استخدامه ورخس ثمنه، وتعذر ذلك نظرا لظهور بعض المصـــاعب التقنية، إلا أن هناك جيل آخر لهذا الجهاز، يفترض أنه ســـوف يوفر هذه الإمكانية [2].

2- التعاقد عن طريق شبكة الأنترنيت.

الأنترنيت هي: "شبكة هائلة من الحواسيب المتصلة فيما بينها بواسطة خطوط اتصال عبر العالم" [3].

وقد بدأ استخدام شبكة الأنترنيت في المعاملات التجارية سنة 1992 عندما ظهرت (World Wide Web)، أين كانت هذه المعاملات تجري في بدايتها عن طريق المراسلات عبر البريد الالكتروني، إلا أن الأمر تطور بعد ذلك فأصبح بالإمكان عرض السلع و الخدمات من خلال شبكة المواقع Web [4].

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه يجب التفرقة بين التعاقد عبر الأنترنيت والتعاقد عبر شبكة الأنترانت والإكسترانت، فشبكة الأنترانت هي "عبارة عن سلسلة من شبكات المعلومات يمتلكها مشروع مؤسسة واحدة، وهذه الشبكات قد تكون داخلية محدودة النطاق تتصل ببعضها البعض داخل نفس المكان، أو تكون شبكات واسعة النطاق تتصل ببعضها البعض بأماكن مختلفة، ويتم الربط بينها وبين شبكة الأنترنيت بواسطة جهاز كمبيوتر أو أكثر، يكون بمثابة المدخل الرئيسي لها على الأنترنيت"، أما شبكة الإكسترانت وهي "جزء من شبكة الأنترانت الداخلية الخاصة بالمنشأة أو المشروع ولكن تم إمداده وإتاحة استخدامه لأشخاص خارج المنشأة وفروعها"[5].

ويتم استخدام عدة وسائل في التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنيت أهمها:

---

[1] أ/ محمد امين الرومي، المرجع السابق، ص 17.

[2] أ/محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 17.

[3] د/أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الأنترنيت دار الكتب القانونية، مصر، طبعة 2002، ص 5 و6.

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

أ/ محمد امين الرومي، المرجع السابق، ص 21 وما يليها.

[5] أ/ محمد امين الرومي، المرجع السابق، ص 26 و27.

أ- الكمبيوتر: هو أوسع الأجهزة انتشارا واستخداما في التعاقد عبر الأنترنيت، ويعرف بأنه: "جهاز إلكتروني يستطيع أن يقوم بأداء العمليات الحسابية والمنطقية طبقا للتعليمات المعطاة بسرعة ودقة كبيرتين، وله القدرة على التعامل مع كم هائل من البيانات وكذلك تخزينها واسترجاعها عند الحاجة إليها" [1].

ب- التجهيزات الذكية: [2] هي عبارة عن أجهزة تحتوي على رقائق تمكن من عملية الدخول على الأنترنيت وتبادل عمليات الإتصال وإرسال واستقبال الإشارات، وهي تنتشر بشكل واسع في الأجهزة المنزلية كالثلاجات الذكية، اذ تستطيع هذه الأخيرة أن تقوم بإصدار أمر شراء المستلزمات الغذائية إلكترونيا عندما ينقص عددها أو وزنها بداخلها، بإرسال أمر الشراء إلكترونيا إلى احدى المتاجر الإفتراضية المتواجدة عبر شبكة الانترنيت فتتم العملية دون تدخل بشري[3].

ج- الهاتف المحمول: أدى استخدام الهواتف النقالة في مجال إبرام العقود والتجارة الإلكترونية بصفة عامة الى ظهور نمط جديد من التجارة عرفت بتجارة الهاتف المحمول او التجارة الخلوية، يرمز لها اختصارا بـ M-COMMERCE [4].

---

[1] أ/ محمد امين الرومي، المرجع السابق، ص 45.

[2] أ/ محمد امين الرومي، المرجع السابق، ص 45.

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

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

[4] تدخل التجارة الخلوية ضمن مفهوم الأعمال الخلوية اللاسلكية التي هي عبارة عن توظيف وسائط الاتصال اللاسلكية – الهاتف الخلوي بشكل خاص – في الأنشطة التجارية المختلفة بين مؤسسات االأعمال والزبائن و بين مؤسسات الأعمال فيما بينها بالاعتماد أساسا على تبادل البيانات بالوسائل الخلويّة ، ويعتبر الهاتف أهم وسيلة لاسلكية في إبرام العقود في الوقت الحاضر إذ يتيح هذا الأخير نقل وتبادل البيانات ودخول مختلف المواقع التجارية على شبكة الانترنيت بفضل بروتوكولات اتصالية ملائمة مثل بلوتوث وغيره لمزيد من التفصيل راجع:

أ/ محمد امين الرومي، المرجع السابق، ص 46 و47.

أ/ يونس عرب، البنوك الخلوية، التجارة الخلوية، المعطيات الخلوية، ثورة جديدة تنبئ بانطلاق عصر ما بعد المعلومات. www.arablaw.org

Voir aussi, Thibault Verbiest, commerce électronique par téléphone mobile (m-commerce) : un cadre juridique mal défini, www.droit-technologie.org,.

Thibault Verbiest, commerce électronique par téléphone mobile et protection de l'utilisateur en droit belge, www.droit-technologie.org, 17 janvier 2005.

Thibault Verbiest, responsabilité des opérateurs de réseau, le point sur la jurisprudence www.droit-technologie.org, 17 Avril 2005.

ثانيا: العقد الإلكتروني هو عقد مبرم عن بعد

يتميز العقد الإلكتروني عن العقود التقليدية أيضـا، بأنه عقد ينتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد، ويقصـد بالعقود المبرمة عن بعد تلك العقود التي تبرم بين طرفين يتواجدان في أماكن متباعدة، وهذا باستعمال وسيلة أو أكثر من وسائل الإتصال عن بعد[1].

فالسمة الأساسية لهذا النوع من العقود تتمثل في:

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

– بالإضـافة الى أن إبرامه يتم عبر وسـيلة أو أكثر من وسـائل الإتصـال عن بعد، وجدير بالذكر أن التوجيه الأوربي رقم 97–07 المتعلق بحماية المسـتهلكين في مجال التعاقد عن بعد[2]، قد أعطى أمثلة لهذه الوسـائل في الملحق المرفق به، ونذكر منها المطبوعات الصحفية مع طلب الشراء، الراديو، وسائل الإتصال المرئية، الهاتف مع تدخل بشري أو بدون تدخل بشري، التلفزيون مع إظهار الصورة، الأنترنيت، الرسائل الإلكترونية، التلفزيون التفاعلي (télévision interactive)[3].

واعتبار العقد الإلكتروني من العقود المبرمة عن بعد يتطلب أن يتمتع ببعض القواعد الخاصـة التي لا نجد لها مثيلا في العقود المبرمة بالطرق التقليدية، فالأمر يكون سـهلا بالنسـبة للعقود التي تبرم بالحضـور المادي للأطراف الذي يسمح بضمان بعض المسائل القانونية أهمها:

– استطاعة كل من الطرفين التحقق من أهلية الآخر وصفته في التعاقد.

– التحقق من تلاقي الإرادتين، إذ تم ذلك بشـكل متعاصـر بحيث يتم صـدور الإيجاب من أحدهما فيتبعه القبول من الطرف الآخر.

– التحقق من تاريخ التصرفات والمستندات.

---

[1] عرفت المادة 121–16 الجديدة من تقنين الإسـتهلاك الفرنسـي التعاقد عن بعد بأنه: "...كل بيع لمال أو أداء لخدمة يبرم دون الحضـور المادي المتعاصر للأطراف بين مستهلك ومهني، واللذين يستخدمان لإبرام هذا العقد، على سبيل الحصر، وسيلة أو أكثر من وسائل الإتصال عن بعد".

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

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

[2] Directive n° 97–07 CE du 20mai 1997. P06

[3] د/ محمد حسـن قاسـم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسـية مع إشـارة لقواعد القانون الأوربي، دار الجامعة الجديدة للنشـر، الإسكندرية، مصر، طبعة 2005، ص18 وما بعدها.

- الإعداد المسبق لأدلة الإثبات.
- التحقق من مكان إبرام العقد.
- إعتماد مجموع هذه العناصر وذلك بتوقيع المتعاقدين [1].

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

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

ثالثا: يغلب على العقد الإلكتروني الطابع التجاري.

فالتجارة الإلكترونية[2]، هي المجال الذي يظهر فيه العقد الإلكتروني بصفة خاصة، كون العقد الالكتروني هو أهم وسيلة من وسائل هذه التجارة، وهذا ما جعل بعض الفقه يعبر بمصطلح التجارة الإلكترونية على العقود الالكترونية تجاوزا، ولا يقصد بالتجارة الالكترونية تلك التجارة في الأجهزة الإلكترونية، بل يقصد بها المعاملات والعلاقات التجارية التي تتم بين المتعاملين فيها من خلال استخدام أجهزة ووسائل إلكترونية مثل الأنترنيت، وعرفها البعض بأنها: " مجموع المبادلات الإلكترونية المرتبطة بنشاطات تجارية والمتعلقة بالبضائع والخدمات بواسطة تحويل المعطيات عبر شبكة الأنترنيت والأنظمة التقنية الشبيهة " [3].

ويلاحظ أن المشـــرع الجزائري لم يعرف العقود التجارية لكنه عرف العمل التجاري من خلال المواد 2، 3 و4 من القانون التجاري، فلا تكون التجارة الإلكترونية سوى ممارسة تلك الأعمال بواسطة الوسائل الإلكترونية[4].

---

[1] د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 41 و42.

[2] تمثل التجارة الإلكترونية واحدة من موضـــوعي ما يعرف بالإقتصـــاد الرقمي القائم على حقيقتين، التجارة الإلكترونية وتقنية المعلومات، أ/يونس عرب، التجارة الإلكترونية E-COMMERCE، www.arablaw.org .

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

[4] في الحقيقة لا توجد عقود تجارية بالمعنى المقصود من هذا الاصطلاح، ذلك أن العقود التي ينظمها القانون المدني هي نفسها العقود التجارية بشرط أن يكون محلها عملا تجاريا أو يبرمها تاجر وتتعلق بشؤون تجارته، ومن ثمة فانه لا توجد نظرية مستقلة تحكم العقود التجارية تختلف عن تلك التي تحكم العقود المدنية. ويعد العقد تجاريا لأسباب وظروف خارجية لا علاقة لها بمضمون العقد وجوهره، ومن هذه الأسباب ما يتعلق بطبيعة محل العقد أو بصفة من يبرم العقد. وفي ذلك يرى الفقيه ريبير أنه لا توجد عقود تجارية بالمعنى المفهوم من هذا الاصطلاح، وإنما العقد المسمى قد يكون عقدا تجاريا أو مدنيا حسب ما إن كان الشخص الذي ابرمه تاجرا أم غير تاجر، وحسب الهدف المطلوب من إبرام العقد.

ومنه يمكن القول بأن التجارة الإلكترونية لا تختلف عن التجارة التقليدية من حيث مضـــمونها ومحترفيها، أما وجه الخصوصية فيها فيتمثل في وسائل مباشرتها، وبصفة خاصة الطريقة التي تنعقد بها العقود ووسائل تنفيذها.

ويمتد مفهوم عقود التجارة الإلكترونية إلى ثلاثة أنواع من الأنشطة:

– عقود خدمات ربط ودخول الأنترنيت وما تتضـــمنه خدمات الربط ذات محتوى التقني، وهي عقود تتم بين القائمين على تقديم الخدمات على شبكة الانترنيت والمستفيدين منها[1].

– التســـليم أو التزويد التقني للخدمات أي عقود التجارة الإلكترونية التي يتم فيها تنفيذ عقود محلها تقديم خدمات عبر شبكات الإتصال، ومثالها عقود الإشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الأنترنيت.

– استعمال الأنترنيت كواسطة أو وسيلة لتوزيع البضائع والخدمات المسلمة بطريقة غير تقنية (تسليم مادي عادي) حيث يتم إبرام العقد عبر شـــبكة الأنترنيت لكن تنفيذه يكون بالطرق العادية، ومثاله الشـــركة التي تقوم ببيع الآلات الإلكترو منزلية عبر شـبكة الأنترنيت من خلال المتاجر الإفتراضـية، أين يتم التعبير عن الإرادة عبر الشـبكة ذاتها لكن تسليم الشيء يكون خارج الشبكة فتسليم الآلات هذه لا يمكن أن يتم داخل الشبكة.

أما من حيث أطرافها فيندرج في نطاقها العديد من الصور أبرزها العقود التجارية التي تشمل في علاقاتها جهات الأعمال فيما بينها أي من الأعمال إلى الأعمال (business-to-business) ويرمز لها اختصارا بـ (B2B)، أما الصورة الثانية فهي تلك العلاقات التي تجمع الأعمـال بالزبـون (business-to-consumer) ويرمز لها اختصارا بـ (B2C)[2].

رابعا: العقد الالكتروني عقد إذعان

إذا كان العقد الالكتروني لا يختلف في مضمونه أو تركيبه عن العقد التقليدي إلا أن الأمر يدق بشأن طبيعة هذا العقد، حيث يثار التساؤل بشأنه هل هو عقد مساومة يخض لمبدأ سلطان الإرادة والتراضي بين الأطراف المتعاقدة أم

راجع فيما تقدم، د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الالكترونية العربية، الكتاب الثاني، النظام القانوني للتجارة الالكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2003، ص 273.

[1] ومن أهم عقود التجارة الإلكترونية المتعلقة بخدمات ربط ودخول الأنترنيت يذكر Dr Michel Vivant ما يلي:

Contrat d'accès technique au réseau (contrat d'accès عقد الدخول إلى الشبكة et contrat d'hébergement عقد الإيواء المعلوماتي), L'installation commerciale sur le réseau (le contrat tendant à la conception d'un cite marchand ou d'une boutique virtuelle, le contrat tendant à la mise sur pied d'une galerie marchande virtuelle عقد إنشاء المتجر الافتراضي), le contrat de hot line. Dr Michel Vivant, Op.cit.

[2] وبذلك المعنى فإن التجارة الالكترونية تختلف عن الأعمال الإلكترونية E-BUSINESS، التي تعتبر أوسع نطاقا وأشمل من الأولى، حيث تمتد هذه الأخيرة الى سائر الأنشطة الإدارية والإنتاجية والخدماتية والمالية ولا تتعلق فقط بعلاقة البائع بالزبون، إذ تمتد لعلاقة المنشأة بوكلائها وموظفيها وعملائها، كما تمتد إلى أنماط أداء العمل وتقييمه والرقابة عليه، وضمن مفهوم الأعمال الإلكترونية يوجد المصنع الإلكتروني المؤتمت، والبنك الإلكتروني، وشركة التأمين الإلكتروني، والخدمات الحكومية المؤتمتة. أ/يونس عرب، التجارة الإلكترونية E-COMMERCE، www.arablaw.org .

هو عقد إذعان لا يكون للمستهلك فيه حرية الإرادة والتراضي التي تمكنه من التفاوض حول شروط العقد ولا يكون له إلا الاستجابة للشروط الموضوعة من الطرف الأخر دون أن يملك مناقشتها أو التعديل فيها أو الاعتراض عليها.

ومن ثم اختلف الفقه في مسألة العقد الالكتروني وتكييفه أو عدم تكييفه بعقد إذعان، وهناك ثلاث اتجاهات: فهناك من يرى أن العقد الالكتروني عقد إذعان، وهناك من يرى أنه ليس من عقود الإذعان، فيما ذهب اتجاه ثالث إلى وجوب توفر شروط الإذعان.

1) الاتجاه الأول: العقد الالكتروني عقد إذعان:

يرى بعض الفقه الفرنسي أن العقود المبرمة عبر الانترنيت هي من قبيل عقود الإذعان، إذا كانت الشروط العامة للبيع مذكورة بموقع التاجر فلا يكون أمام العميل (المشـــتري المحتمل) إلا أن يتقبلها جميعا فينعقد العقد أو لا يقبلها فلا يتعاقد.[1]

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

2) الاتجاه الثاني: العقد الالكتروني ليس عقد إذعان

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

كما أن عنصر المناقضة لا يزال يسود العقود الالكترونية على اختلاف أنواعها، فدور المتعاقد الموجب لا يقتصر على مجرد الموافقة على شروط العقد المعدة سلفاً، إذ له مطلق الحرية في التعاقد مع أي منتج أو مورد آخر إذا لم تعجبه الشروط المعروضة على شاشة الانترنيت، ويستطيع الانتقال من موقع إلى آخر واختيار ما يشاء وترك ما يشاء[2].

3) الاتجاه الثالث: وجوب توافر شروط عقد الإذعان:

يذهب فريق ثالث إلى القول أن العقود الالكترونية يمكن أن تكون من عقود الإذعان إذا توافرت فيها جميع شروط عقود الإذعان، فلا يكفي أن تكون سلعة مهمة وضرورية ومحتكرة من جانب المنتج حتى نقول أنها من عقود الإذعان، فلابد من توفر شروط عقد الإذعان مجتمعة.[3]

---

1 – د/ إلياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الالكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص45

2 – د/ رباحي أحمد، الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني، الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية، أ/ قسم العلوم الإقتصادية و القانونية، العدد 10، جوان 2013، ص96.

3 – د/إلياس ناصيف– مرجع سابق– ص46

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

الفرع الثاني: نطاق العقد الالكتروني

أولا: المبدأ في إبرام العقود الإلكترونية.

إن المبدأ في إبرام العقود الإلكترونية كالتقليدية وهو حرية الأطراف في التعاقد، وفي اختيار شـــكل التعبير عن إرادتهما، وهو الأصـل الذي جاءت به المادة 59 من القانون المدني، فتكون بذلك العقود المبرمة إلكترونيا كغيرها من العقود التي تبرم بالطرق غير الإلكترونية التي لا تخضـــع لأي قيود، إذ يخول لأطرافها إبرام مختلف العقود الرضـــائية المسماة منها وغير المسماة بالوسائل الإلكترونية، طالما أنها ليست خارجة عن التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون.

ثانيا: الإستثناء في إبرام العقود الإلكترونية.

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

1- اشتراط القانون قيام المتعاقد بفعل ما: ومثالها العقود العينية التي يشترط لانعقادها زيادة على ركن التراضي والمحل والسـبب، تسـليم الشـيء المادي محل العقد، فلا يمكن إبرام هذه العقود بالوسـائل الإلكترونية، كون تسـليم الشيء المادي عبر هذه الوسائل لا يمكن تصوره[1].

2- اشتراط القانون الكتابة لانعقاد العقد: فإذا كانت الكتابة متطلبة كـــركن في العقـــد (سواء كانت عرفية أو رسمية) فإن التساؤل يثور في هذا الصدد، حول ما إذا كان من الممكن استيفاء هذه الشكلية في العقود الإلكترونية أي مكتوبة على دعامات إلكترونية.

الواقع أنه بعد تعديل القانون المدني ولا ســـيما المادة 323 منه، المقابلة للمادة 1316 من القانون المدني الفرنســي[2]، أصـبح تعريف الكتابة يتسـع ليشـمل بجانب الكتابة على الورق، الكتابة في الشـكل الإلكتروني أي تلك المثبتة على دعامة إلكترونية، وقد أدى وجود هذا النص ضـمن قواعد الإثبات إلى التسـاؤل عما إذا كانت الكتابة في الشـــكل الإلكتروني يمكن أن تكون بديلا عن الكتابة التقليدية، وبعبارة أخرى فإن التســـاؤل المطروح الآن هو ما إذا كانت الكتابة بمفهومها الحديث الموسـع، بالنظر إلى وجود تعريفها ضـمن القواعد المعالجة للإثبات، لا تزال قاصـرة

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

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

على الكتابة كوسـيلة أو أداة للإثبات أو من الممكن أن يتسـع نطاقها بحيث تشـمل الكتابة كركن للإنعقاد أو لصـحة التصرف؟

إن الفقه الفرنسي كان منقسما بين المفهومين المشار إليهما فيما تقدم إلى قسمين: فقد ذهب فريق للقول إلى أن هذا النص الجديد يتسـع نطاقه ليشـمل أيضـا الكتابة المتطلبة كركن لانعقاد العقد، ذلك ان عمومية تعريف الكتابة بمقتضى نص المادة 1316 يقتضي القول بأن الكتابة المقصودة بهذا النص لم تعد قاصرة على الكتابة كدليل إثبات، وإنما يشـــمل أيضـــا الكتابة المتطلبة لصـــحة التصـــرف أو التي تكون ركنا لانعقاد العقد، وبالتالي فالمادة 1316 بصـــياغتها الجديدة هي التي يجب الرجوع إليها في كل الحالات التي تثار فيها فكرة الكتابة، كونها النص الوحيد الذي تضمن تعريفا لها، وينتهي هذا الفقه من ذلك بأن الكتابة هي فكرة واحدة، فما دام القانون لا يفرض شكلا خاصا لهذه الكتابة كطلب الكتابة بخط اليد، فإن الكتابة المتطلبة لصـحة التصـرف تكون بالضـرورة كتلك المتطلبة كأداة للإثبات، ويصـح هذا المفهوم حتى في الحالة التي يشـترط فيها القانون أن تكون هذه الكتابة موقعة، ففي هذه الحالة لا يوجد مانع يحول دون الكتابة في الشكل الإلكتروني، وأن يتخذ التوقيع كذلك الشكل الإلكتروني، كون المشرع الفرنسي أقر بالتوقيع الإلكتروني، وجعله مساويا في حجيته التوقيع الخطي في المادة 1320-4 المقابلة للمادة 327 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري.

وفي مقابل هذا الرأي، ذهب فريق آخر من الفقه إلى القول بأن هذا التدخل التشـــريعي يجب أن يحصـــر مجال إعماله فيما ورد بشـأنه، أي يجب أن يقتصـر على مجال الإثبات، وحاول أنصـار هذا الفقه الإسـتناد إلى ما ورد في الأعمال التحضـــيرية لمشـــروع القانون رقم 2000-230 المتعلق بإصـــلاح قانون الإثبات لتكنولوجيات المعلومات والتوقيع الإلكتروني، وبالتحديد إلى ما ذكره مقرر هذا المشـــروع من أن تعريف الكتابة الوارد بنص المادة 1316:" لا يتعلق إلا بالكتابة كأداة للإثبات ويبقى دون أثر بالنسبة للكتابة المتطلبة لصحة التصرف "[1].

وفي الأخير حسم المشرع الفرنسي هذا الخلاف لصالح الرأي الأول، بإصداره لمرسومين بتاريخ 10 أوت 2005 [2]، الأول يعدل ويتمم المرسـوم المتعلق بنظام المحضـرين القضـائيين، والثاني يعدل ويتمم المرسـوم المتعلق بالعقود المحررة من قبل الموثقين، واللذان سـيدخلان حيز التنفيذ بداية من 01 فيفري 2006، اذ يكون بالإمكان إبرام العقود التي تتطلب الكتابة الرســمية كركن لانعقادها على دعامة إلكترونية، ويتم التوقيع على العقد من طرف المحضـــر أو

---

[1] لمزيد من التفصيل راجع، د/محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 103 وما بعدها.

Voir aussi, rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, des la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi, adopté par le SENAT portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information relatif à la signature électronique, par M. Christian Paul.

[2] Décret n° 2005-972 modifiant le décret n° 56-222 relatif au statut des huissiers de justice.

Décret n° 2005-973 modifiant le décret n° 71-941 relatif aux actes établis par les notaires.

Voir article" Enfin une réglementation des actes authentiques électroniques ", rédigé par Marlene Trezeguet, www.CEjem.com, 26/10/2005.

الموثق بالطرق الإلكترونية، على أن يتم إنشـــاء نظام لمعالجة إرســـال البيانات معتمد من قبل الغرف الوطنية لهذه المهن.

أما بالنســـبة للتعديلات التي طرأت على القانون المدني بموجب القانون 05-10 في هذا المجال، فلم يتطور بشـأنها النقاش بعد نظرا لحداثتها ونعتقد في هذا الشـأن أنه لا يمكن القول بإمكانية إبرام القعود التي تطلب المشـرع إخضـاعها للكتابة الرسـمية في ظل القانون المدني الجزائري إلكترونيا، كون هذه الأخيرة تشـترط أن يشـهد إبرامها الضـابط العمومي وأن يوقعها ويختمها بيده، أما بالنسـبة إلى العقود التي تتطلب الكتابة العرفية فهي تكاد تنعدم في القانون الجزائري.

وتجدر الإشـــارة في الأخير إلى أنه إذا اشـــترط القانون الكتابة الخطية كركن لانعقاد العقد، أو تطلب أن تكون بعض البيانات إلزامية يجب أن يتضـــمنها العقد مكتوبة بخط اليد، أو أن يكون التوقيع بخط اليد، فإن الكتابة في هذه الحالات لا يمكن أن تكون إلكترونية ولا يمكن بالتالي إبرام العقد بالوسيلة الإلكترونية [1].

[1] د/محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 107.

المبحث الثاني: إنعقاد العقدين التقليدي والإلكتروني

العقد توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، فلكي ينشأ العقد لابد من توافق وتطابق ارادتين او أكثر، وهذا هو التراضي الذي يعد الركن الاساس ي والجوهري في العقد، ويجب ان ينصب هذا التراضي على شيء معين، وهذا محل العقد، ويجب ان تكون ارادة المتعاقدين مدفوعة بغاية مشروعه يراد تحقيقها، وهذا سبب العقد الذي يعد الركن الثالث بعد ركن المحل وركن التراضي.

إلى جانب الأركان العامة سالفة الذكر يشترط المشرع في حالات خاصة لقيام العقد ضرورة اتباع إجراءات شكلية معينة، سواء بكتابة العقد في شكل معين او ضرورة تسليم العين محل التعاقد[1]

ولم يوجد الفقه القانوني شيئا من الخصوصية بالنسبة لركني المحل والسبب في العقود الإلكترونية مقارنة بالتقليدية، ولذلك سوف نتناول ببعض التفصيل ركن التراضي.

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

المطلب الأول: التعبير عن الإرادة

الأصل الذي جاءت به المادة 60 من القانون المدني:"لتعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة او بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع شكا في دلالته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا ما لم ينص القانون او يتفق الطرفان على أن يكون صريحا" فحسب هذا النص يصح أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا، كما يمكن أن يكون ضمنيا، سواء كان ذلك إيجابا من أحد المتعاقدين أو قبولا من المتعاقد الآخر[2].

---

[1] أ/ علاق لمنور، محاضرات في شرح القانون المدني الجزائري، كلية الحقوق، جامعة سطيف، 2021، ج1، ص 34.

[2] يرى الفقه أنه لا ترتب التفرقة بين التعبير الصريح وبين التعبير الضمني عن الإرادة أية نتيجة قانونية.

لأكثر تفصيل راجع د/ علي فيلالي، المرجع السابق، ص84.

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

ووضــعت المادة 68 فقرة 2 منه، اســتثناء على هذه القاعدة بنصــها على إمكانية أن يكون الســكوت الملابس وسيلة للتعبير عن القبول [1].

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

الفرع الأول: صور التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني

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

أولا: صور التعبير عن الإرادة في العقود المبرمة عن طريق الأنترنيت.

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

1 : التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني

لقد أصــبح بالإمكان اســتخدام تقنية البريد الإلكتروني للتعبير عن الإرادة، وتعرف خدمة البريد الإلكتروني بأنها استخدام شبكة الأنترنيت كمكتب للبريد، بحيث يستطيع مستخدم الأنترنيت بواسطتها إرسال الرسائل المعبرة عن إرادته في إبرام العقد إلى أي شخص له بريد إلكتروني، كما يمكن أيضا تلقي الرسائل المعبرة عن إرادة من أي مستخدم آخر للأنترنيت، ولا يستغرق إرسال الرسالة واستقبالها سوى بضعة ثواني، وتتم هذه الخدمة مجانا، و يشترط في الشخص الذي يريد التعاقد بهذه الوســيلة أن يكون لديه برنامج للبريد الإلكتروني يدرج ضـــمن البرامج التي يحتويها جهاز الكمبيوتر الخاص به، وأن يتبع بعض الخطوات اللازمة لكي يصـــبح متمتعا بهذه الخدمة، وتتم هذه العملية بكتابة عنوان المرسل إليه في الخانة المخصصة لذلك ثم كتابة موضوع الرسالة ثم الضغط على أمر الإرسال، وبذلك تكون الرســالة قد أدرجت تحت عنوان المرســل إليه على الشــبكة، ولكي يتمكن هذا الأخير من مطالعتها فما عليه ســوى استعمال برنامج بريده الإلكتروني، ويصدر أمرا بتحميل الرسالة على صندوق بريده الإلكتروني الوارد، وهنا سوف يجد جميع الرسـائل التي وردت إليه في هذا الصـندوق، ويسـمح البرنامج المسـتخدم عادة بإيجاد قائمة بالرسـائل تتضـمن بيانا بالمرسلين مع التمييز بين الرسـائل التي سبق مطالعتها وتلك التي لم يطلع عليها المرسل إليه بعد، ولقراءة أية رسالة ينبغي الضغط على موضوعها في القائمة المذكورة لتظهر للمرسل إليه على شاشة جهاز حاسوبه[2].

وبذلك يستطيع نظام البريد الإلكتروني التواصل بين شخصين تفصل بينهما آلاف الكيلومترات دون أن يلتقيا فعليا وشخصيا، كما يستطيع المرسل، إرسال تعبيره عن الإرادة في آن واحد إلى عشرات الأشخاص في دول مختلفة، وذلك

---

[1] راجع المادة 68 من القانون المدني.

[2] أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 8 و9.

باستخدام برنامج معين، وبهذه الصفات يكون البريد الإلكتروني، سوى اقتراب كبير من جهاز التيلكس، الذي يكون الإتصال فيه والرد بواسطة الكتابة و في وقت متقارب جدا [1].

2 : التعبير عن الإرادة عبر شبكة المواقع

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

إن أهم المصـــطلحات التي تقابلنا هو **web site** ويقصـــد به كل مكان يمكن زيارته على شـــبكة المعلومات العالمية، التي تحتوي الملايين منها، لكل من هذه المواقع عنوان خاص يشـار إليه بأحرف الإختصـار الذي يقوم مقام العنوان العادي أو رقم الهاتف، وتتميز هذه العناوين بالثبات والإســتمرارية على مدار الســاعة، ولكي نتمكن من زيارة أحد هذه المواقع فما يكون علينا ســـوى تحرير هذا العنوان، للدخول على هذا الموقع، وبعد ذلك تظهر الصـــفحة الرئيسـية للموقع، التي يمكن من خلالها الوصـول إلى الصـفحات الأخرى التي يتضـمنها الموقع والتي يرغب الزائر في الحصول على معلومات منها أو التعاقد حول مختلف السلع والخدمات المعروضة عليها[2].

ويتم التعبير عن الإيجاب أو القبول في الموقع بالكتابة، وببعض الإشـارات والرموز التي أصـبحت متعارفا عليها عن طريق هذه الشبكة، فهناك إشارات تدل على الرضا (وجه مبتسم) وهناك إشارات تدل على الرفض (وجه غاضب) وهذه الإشـــارات لا تخرج عن معناها التقليدي ســـوى أنها إشـــارات صـــادرة عن جهاز كمبيوتر ولكنها تعبر عن إرادة الموجب له وليس عن إرادة الكمبيوتر لأنه أداة صـــماء، كما أن التعبير عن الإرادة عبر شـــبكة المواقع يمكن أن يمتد ليشـمل المبادلة الفعلية الدالة على التراضـي وذلك بأن يعرض الموجب له تقديم استشـارة قانونية مثلا، فيقوم الموجب له بإعطاء رقم بطاقة الإئتمان العائدة له فيتم خصـــم قيمة الخدمة من رصـــيده فورا، فيتم نقل الأموال إلكترونيا بين المصارف بشرط وجود بطاقة للزبون ورقم سري[3].

3 : التعبير عن الإرادة عبر وسائل المحادثة والمشاهدة المباشرة.

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

ونلاحظ هنا أن التعبير يمكن أن يكون بالكتابة أو الكلام المباشر أو بالإشارة أو بالمبادلة عن طريق بطاقات الإئتمان، وكما يكون تعبيرا صريحا أو يمكن أن يكون ضمنيا، ونلاحظ أنه يمكن أن نكون أمام مجلس عقد إفتراضي على أساس

---

[1] كما أن قانون الأونيستيرال تنـــاول تعريفا يقترب فيه من مفهوم التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني، حيث نصت الفقرة 2 فقرة "ب" أن التبادل والتعبير الإلكتروني يشمل أية وسيلة إبلاغ إلكترونية مثل إرسال البيانات من كمبيوتر إلى كمبيوتر آخر في شكل قياسي واحد عبر البريد الإلكتروني.

[2] د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق ص9.

[3] أ/ أحمد خالد العجولي، المرجع السابق، ص 47.

أن المتعاقدين يشـاهدون ويسـمعون بعضـهم البعض مباشـرة إلا إذا كان السـكوت على الشـاشـة لفائدة من وجه إليه الإيجاب أو كان هناك تعامل سـابق بين الطرفين إتصـل الإيجاب بهذا التعامل، ويظهر ذلك خاصـة في العلاقة التي تجمع البنوك مع زبائنها عبر شبكة الأنترنيت [1].

ثانيا: صور التعبير عن الإرادة في العقود التي تبرم بالوسائل الإلكترونية الأخرى

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

1 : التعبير عن الإرادة بواسطة التيلكس

يعتبر التيلكس جهازا لإرسـال المعلومات بطريقة طباعتها وإرسـالها مباشـرة، وعدم وجود فارق زمني بين المرسـل والمستقبل إلا إذا تم الإرسال ولم يكن هناك من يرد في نفس الوقت، وبذلك يقترب من التعاقد عن طريق الأنترنيت في أنه يمكن أن يكون فوريا دون حاجة لمرور فاصل زمني بين الإيجاب والقبول، ويكون التعبير عن الإرادة عبر التيلكس بالكتابة، دون غيرها من وسائل الإتصال الفوري.

2 : التعبير عن الإرادة بواسطة الفاكس

هو عبارة عن جهاز استنساخ بالهاتف يمكن به نقل الرسائل والمستندات المخطوطة باليد والمطبوعة بكامل محتوياتها نقلا مطابقا لأصـلها، فتظهر المسـتندات والرسـائل على جهاز فاكس آخر لدى المسـتقبل، ويلاحظ هنا الفارق الزمني للرد على المرسل [2]، ويتميز هذا الجهاز بالسرعة وضمان وصول الرسائل والمستندات وسهولة الإستعمال.

ويمكن أن يكون التعاقد عبر الأنترنيت مطابقا للتعاقد عبر الفاكس إذا كان إرسال المستندات عن طريق جهاز الكمبيوتر، ويكمن الفرق بين الأنترنيت و الفاكس في أن التعبير عن الإرادة يكون في الأول فوريا ومباشرا دون الحاجة إلى فاصل زمني بين الإيجاب والقبول، إضافة إلى أن التعبير عنها يكون بكل الوسائل الصريحة والضمنية، أما في الفاكس فلا يكون إلا بالكتابة ماعدا حـالات وصل جهـاز الهاتف مع الفاكس بجهاز واحد، حيث يمكن التعبير في هذه الحالة الأخيرة بالكلام أو بالكتابة[3].

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

إن اسـتغلال وسـائل تقنية المعلومات المذكورة للتعبير عن الإرادة في إبرام العقود و مختلف التصـرفات القانونية بين شـخصـين غائبين مكانا، تثير العديد من التسـاؤلات حول مدى اعتراف القانون المدني بهذه الوسـائل الجديدة

---

[1] أ/ أحمد خالد العجولي، المرجع السابق، ص 48.

[2] أ/ أحمد خالد العجولي، المرجع السابق، ص 49.

[3] أ/ أحمد خالد العجولي، المرجع السابق، ص 49.

وقد نصـت المادة 2 من قانون الأونسـيترال الفقرة "أ" على أنه: "يراد بمصـطلح رسـالة بيانات المعلومات التي يمكن إنشـاؤها أو إرسـالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التيلكس أو النسـخ البرقي"، فهذه المادة قد نصـت صـراحة الى إمكانية نقل رسـائل البيانات بواسـطة التلكس والفاكس.

للتعبير عن الإيجاب والقبول وبناء عناصـــر التعاقد [1]، الشـــيء الذي جعل الفقه ينقســـم في الدول التي مازالت تعتمد نفس النظم التقليدية في التعبير عن الإرادة إلى رأيين أولهما يقر بمشـــروعية هذه الوســـائل في التعبير عن الإرادة والثاني يرفض ذلك، وسيتم التعرض إلى هذين الرأيين فيما يلي:

أولا: القائلون بمشروعية الوسائل الإلكترونية للتعبير عن الإرادة

يعتقد أصـحاب هذا الرأي[2] أنه رغم أن ق م لا يتضـمن نصـوصـا صـريحة بشـأن التعبير عن الإرادة بالوسـائل الإلكترونية الحديثة، فإن مشروعية التعاقد يمكن استخلاصها من القواعد العامة الواردة في ق م ومنها:

1- الأصل في التعاقد حرية التراضي وفقا لما يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة [3] الذي كرسته المادة 60 من القانون المدني التي تعطي المتعاقدين الحرية الكاملة في اختيار الكيفية التي يعبران بها عن إرادتهما، ولا مانع من امتداد هذه الحرية للتعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية.

2- بما انه أصـــبح للكتابة في الشـــكل الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني مكانا ضـــمن قواعد الإثبات في القانون المدني، من خلال نصي المادتين 323 مكرر 1 و327 فقرة 2، فالأولى أن تجد لها موقعا في انعقاد العقد.

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

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

تفتح هذه الفقرة المجال لأســـاليب التعاقد الإلكتروني، حيث أن قيام أي فرد بعرض موقع دائم وثابت له على شـــبكة الأنترنيت يعني أن يقصـد اتخاذ مسـلك وطريق يشـير ويعلن فيه إلى الناس عن نية التعاقد عن طريق موقعه، وشـبكة الأنترنيت تعرض على مدار السـاعة عن الإعلانات ووسـائل البيع والشـراء والتقديم للوظائف والخدمات، وذلك إشـارة صريحة باتخاذ مسلك مباشر لا لبس فيه على التعاقد[4].

---

[1] المحامي، يونس عرب، حجية الإثبات بالمستخرجات الإلكترونية في القضايا المصرفية، الجزء 1، مسائل وتحديات الإثبات الإلكتروني في المسائل المدنية والتجارية والمصرفية، مقال منشور على موقع www.arablaw.org.

[2] أ/ أحمد خالد العجولي، المرجع السابق، ص.20 وما يليها.

[3] د/ علي فيلالي، المرجع السابق، ص81.

[4] أ/ احمد خالد العجولي، المرجع السابق، ص 22.

ثانيا: الرافضون لمشروعية الوسائل الإلكترونية كأداة للتعبير عن الإرادة.

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

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

2- إن استعمال الوسائل الإلكترونية للتعبير عن الإرادة لا يخلو من المخاطر، كونها لا تسمح من توثق كل طرف من أطراف العلاقة العقدية من وجود وصفة الطرف الآخر بمعنى عدم توثق كل طرف من أن يخاطبه الشخص الذي رضي التعاقد معه فعلا، وهذا ناجم عن طبيعة هذه الوسائل التي يتميز التعاقد من خلالها بالإفتراضية واللامادية، فلا أحد يضمن لمستخدم شبكة الانترنيت بأن ما وصله من معلومات إنما جاءت من هذا الموقع، ولا أحد يضمن له أيضا حقيقة الموقع ووجوده على الشبكة، خاصة إذا أخذنا بعين الاعتبار تنامي عمليات اختراق المواقع وإساءة استعمال أسماء الغير في الأنشطة الجرمية [1].

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

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

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

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

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

---

[1] رغم أن هذه المشاكل تم إيجاد حلول تقنية وقانونية لها تتعلق خاصة بضمان تأكيد الإتصال وإثبات صحة صدور المعلومات من النظام التقني الصادرة عنه، وهذا ما أدى إلى اللجوء إلى الوسيط في العلاقة العقدية الذي يؤكد وجود أطراف العلاقة.
ولمزيد من التفصيل راجع المحامي يونس عرب، التجارة الإلكترونية، مقال منشور على الموقع www.arablaw.org.

وتطبيقا لذلك فقد اعترفت التشريعات المتطورة صراحة بقبول رسالة البيانات للتعبير عن الإرادة ونظمتها لتضاف للصور التقليدية المعروفة [1].

المطلب الثاني: تلاقي الإرادتين في العقد

لكي ينعقد العقد لابد أن يصـــدر إيجاب من أحد المتعاقدين يعقبه قبول من المتعاقد الآخر، ولابد أن يقترن الإيجاب بالقبول، ويرتبط بهذه المســائل، مســألة مكان وزمان اقترانهما، والتي لها مكانتها الهامة والمتميزة في العقود المبرمة بالوسائل الإلكترونية خلافا للتقليدية، وهذا ما سيتم دراسته في هذا المطلب.

الفرع الأول: الإيجاب و القبول.

يتم تطابق الإرادتين بصدور الإيجاب واقترانه بقبول موافق له صادر من المتعاقد الذي وجه له.

أولا: الإيجاب في العقد

يعرف الإيجاب طبقا للقواعد العامة بأنه العرض الذي يتقدم به شخص ليعبر على وجه الجزم عن إرادته في إبرام عقد ما، فينعقد هذا العقد بمجرد صدور القبول[2]، وحينئذ يكون التعبير عن الإرادة إيجابا متى توفر الشرطان الآتيان:

- أن يكون التعبير دقيقا ومحددا.

- أن يكون باتا.

---

[1] ومن بينها القانون التونســي المتعلق بالمبادلات بالتجارة الإلكترونية في المادة 5 منه التي تنص: "تطبق أحكام هذا القانون على المعاملات التي يتفق أطرافها على تنفيذ معاملاتهم بوسائل إلكترونية ما لم يرد فيه نص صريح يقضي بغير ذلك.

لمقاصـــد هذه المادة لا يعتبر اتفاق بين أطراف معينة على إجراء معاملات محددة بوســـائل إلكترونية ملزما لإجراء معاملات أخرى بهذه الوسائل".

وكان آخر نص سن في هذا المجال هو التعديل الذي شهده القانون المدني الفرنسي بالأمر الرئاسي رقم 674/2005 الصادر في 16 جوان 2005 حيث تنص المادة 1369-1

" La voie électronique peut être utilisée pour mettre à disposition des conditions contractuelles ou des informations sur des biens ou services".

وتنص المادة 1369-2 على أنه

" Les informations qui sont demandées en vue de la conclusion d'un contrat ou celles qui sont adressées au cours de son exécution peuvent être transmises par courrier électronique si leur destinataire a accepté l'usage de ce moyen".

إن هذه المواد ربطت التعبير عن الإرادة بالطرق الإلكترونية باتفاق طرفي العقد على اســـتعمالها، فإن لم يتفق على ذلك لا تقوم العلاقة التعاقدية اصلا.

[2] د/ علي فيلالي، المرجع السابق، ص91.

فإذا نظرنا إلى صــور الإيجاب عبر شــبكة الأنترنيت نجد أنه إما أن يكون إيجابا عبر البريد الإلكتروني، وإما إيجابا على صفحات الويب وإما إيجابا عن طريق المحادثة والمشاهدة.

1 : الإيجاب عبر البريد الإلكتروني:

– الإيجاب عبر البريد الإلكتروني في حالة وجود فترة زمنية فاصــلة بينه وبين القبول: ويكون في هذه الحالة موجها غالبا من شـخص إلى آخر تحديدا فنكون امام حالة تنطبق مع حالة الإيجاب الصـادر عبر الفاكس أو البريد العادي، فيكون الموجب بحاجة لفترة زمنية فاصلة لاستلام الإجابة، وبذلك يكون الإيجاب قائما غير ملزم إلا إذا تضـمن إلزاما للموجب بالبقاء على إيجابه لفترة محددة ويمكن استخلاص هذه الفترة من طبيعة هذا الإيجاب والعرف، وهذا ما نصت عليه المادة 63 من القانون المدني[1]، فإذا كان إيجابا غير ملزم فإنه يمكن أن يتم به العقد متى كان باتا وجازما، كما يمكن أن يسقط في حالة رفضه عبر البريد الإلكتروني أو التعديل فيه أو تكراره، أو انقضاء المدة في حالة ما إذا كان ملزما، كما يمكن الرجوع عنه بنفس الوسيلة أو عبر اتصال هاتفي مثلا.

– الإيجاب عبر البريد الإلكتروني في حالة الإتصال بالكتابة مباشرة: في هذه الحالة يقترب الإيجاب كثيرا بالإيجاب عبر التلكس، الذي يوفر الإتصــال المباشــر في إيجابه وقبوله، حيث يمكن أن يرد القبول فور صــدور الإيجاب، وهنا نكون أقرب إلى مجلس العقد، ولا نخرج من القاعدة الواردة في المادة 64 من القانون المدني التي تقضـي بأن : " إذا صـدر الإيجاب في مجلس العقد لشـخص حاضـر دون تحديد اجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصـدر القبول فورا....." ، ويكون تحلل الموجب من إيجابه في هذه الحالة بأي فعل أو قول يدل على الإعتراض الذي يبطل الإيجاب، ويمكن أن نتصـــور هنا أنه أثناء تبادل الإيجاب عبر البريد الإلكتروني يقوم الموجب له بإغلاق جهاز الكمبيوتر أو بإعطاء إشــارة إلى انه انتقل إلى موقع غير موقع الموجب فيكون الموجب له قد قام بفعل قد دل على الإعتراض فأبطل الإيجاب [2].

2 : الإيجاب عبر شبكة المواقع :

الإيجاب عبر شـبكة المواقع لا يختلف كثيرا عن الإيجاب الصـادر عبر الصـحف والمجلات والقنوات التلفزيونية المخصصـة بعرض السـلع وتوصـيلها إلى المنازل[3]، ويتميز بأنه إيجاب مستمر على مدار السـاعة والأغلب أن يكون موجها إلى الجمهورعامة بالإعلان والإشـهار لبيع السلع وتقديم الخدمات المتوفرة، وعادة ما يكون هذا الإيجاب محددا بزمن، أو معلقا على شـرط عدم نفاذ السـلعة، وهذا الشـرط راجع لطبيعة هذا الإيجاب في حد ذاته (كونه موجه إلى الجمهور وخاصة منهم المتواجدين على شبكة الأنترنيت)، لذلك فإن احتمال نفاذ هذه السلعة أمر وارد بالنظر إلى كثرة عدد الأفراد الموجه إليهم هذا الإيجاب بما قد يتسـبب بورود طلبات على السـلعة أو الخدمة التي تعرضـها بما يفوق

---

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

[2] أ/ أحمد خالد العجولي، المرجع السابق، ص 72.

[3] أ/ أحمد خالد العجولي، المرجع السابق، ص 73.

قدرة المنتج أو البائع على توريد الســلعة مهما كان مقدور مخزونها لديه، مما قد يتطلب منه العمل أكثر ولمدة زمنية قد تطول من أجل الوفاء بإيجابه [1]، و يكون الإيجاب عبر شبكة الويب معلق على شرط عدم تغيير الأسعار في أحيان أخرى، إذ يحتفظ الموجب بحقه في تعديل هذا الثمن تبعا لتغير الأسعار في السوق والبورصة.

ويطرح الإيجاب عبر شبكة المواقع مسألة التكييف القانوني للإعلان عبر شبكة الــويب، إذ يرى جانب من الفقه إن هذه الإعلانات هي بمثابة دعوى للتعاقد وليســت إيجابا حتى ولو كان الإعلان يحتوي على كل الشــروط الجوهرية للعقد، إلا إذا تعلق الأمر بالإعلان عن السلع أو الخدمة يعتد فيه بشخص المتعاقد فنكون في حالة إيجاب.

ويستند هذا الرأي على اشتراط المواقع على شبكة الأنترنيت تأكيد الزبون قبوله للعقد عن طريق الضغط مرتين أو أكثر على الزر الخاص بالموافقة، المتواجد على لوحة مفاتيح، وذلك للتأكد من أن موافقة الزبون على العقد لم يأتي عن طريق الخطأ.

في حين يرى جانب آخر من الفقه، أن الإعلانات عن السلع والخدمات عبر الأنترنيت هي إيجاب غير ملزم، أي دعوى للتعاقد، إلا إذا نص الإعلان ذاته على خلاف ذلك [2].

ونؤيد الرأي الأول فيما ذهب إليه، في تكييف الإعلان على شـــبكة الأنترنيت على أن له مقومات الإيجاب إذا تضـــمن المســـائل الجوهرية في التعاقد، وعدم تعرض التعبير لما ينفي نية الإرتباط بالتعاقد، اذ أن توجيه الإيجاب للجمهور لا يؤثر على تكييف الإعلان بأنه إيجاب، طالما أنه يحتمل أن يصـــدر قبولا من أي شـــخص فينعقد العقد، باستثناء العقود التي يكون فيها شخص المتعاقد معه محل اعتبار، مما يقتضي حتما تحفظا ضمنيا ينال بموجبه من قطعية الإيجاب، ومثال ذلك الإعلان عن تأجير محلات ســـكنية أو البحث عن مســـتخدمين، ففي مثل هذه الحالات يحتفظ من صدر منه التعبير لنفسه بحق الموافقة على من يتقدم إليه بناء على الدعوى التي وجهها.

---

[1] ولذلك حرصـت العقود المتداولة في العمل على تنظيم مسـألة تنظيم نفاذ المخزون فنصـت الشـروط العامة للمركز التجاري Infonie على بعض الالتزامات في حالة عدم توافر الســـلعة فورد بها: "إننا ملتزمون، في الحالة التي لا تتوفر فيها بعض القطع أن نقدم لكم قطعا بديلا تتوفر بها ذات المميزات والصفات وبجودة مماثلة او بجودة أعلى، وبسعر مساو أو أكثر أو بأن نرد لكم ما دفعتموه، وعلى أية حال، فسوف نوافيكم برسالة إلكترونية توضح ما إذا كانت السلعة متوفرة، فلا تنسوا مراجعة بريدكم الإلكتروني بانتظام".

كما واجه عقد Apple store هذه المسـألة فورد به أنه: "إذا لم نتمكن من تلبية طلبك خلال 30 يوما من تاريخ الدفع، فسـوف نخطرك بذلك ويكون لك حينئذ الخيار في العدول عن طلبك واســترداد ما دفعته، فإذا اخترت أن يظل طلبك ســاريا، فيجوز لك كلما مرت 10 أيام العدول عن الطلب واسترداد ما دفعته "

كما حرصـــت الفقرة 5 من البند 4 من العقد النموذجي الفرنســـي للتجارة الإلكترونية بين التجار والمســـتهلكين الصـــادر عن غرفة التجارة والصناعة لباريس بالنص على ضرورة مدى توفر السلعة أو الخدمة.

لمزيد من التفصيل راجع د/ أسامة ابو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الأنترنيت، دار الكتب القانونية، مصر، طبعة 2002، ص 72 و73.

Michel Vivant, les contrats du commerce électronique, Litec librairie de la cour de cassation, Paris ; 1999.

[2] وهو ما أخذ به قانون أونستيرال في المادة..." تمثل رسالة البيانات إيجابا إذا تضمن إيجابا مرسل إلى شخص واحد أو أشخاص محددين ماداموا معروفين على نحو كاف، وكانت تشير إلى نية مرسل الإيجاب أن يلتزم في حالة القبول، ولا يعتبر إيجابا الرسالة المتاحة إلكترونيا بوجه عام ما لم يشر إلى غير ذلك".

3 : الإيجاب عبر المحادثة أو المشاهدة المباشرة :

يسـتطيع المتعامل على شـبكة الأنترنيت أن يرى المتصـل معه على الشـبكة وأن يتحدث معه، وذلك عن طريق كاميرا توصـــل بجهاز الكمبيوتر لدى الطرفين، فيتحول الكمبيوتر إلى هاتف تقليدي أو هاتف مرئي، فنكون في هذه الحالة أمام حضـور افتراضـي لطرفي العقد في مجلس عقد واحد، أو ما يسـمى بمجلس عقد افتراضـي، يقترب جدا من المجلس الحقيقي، فيكون الإيجاب صـــادر مباشـــرة بالكلام أو بالكتابة أو بالمشـــاهدة، وينطبق على هذا النوع من الإيجاب القواعد العامة في التعاقد بين حاضـرين زمانا المنصـوص عليها في المادة 64 من القانون المدني، فيكون الإيجاب غير ملزم ما لم يحصـل القبول فورا، وللموجب حينئذ الحق في العدول، فإذا عدل الموجب عن إيجابه، يسـقط الإيجاب ولا يتم العقد إطلاقا، وإذا صدر قبول بعد ذلك فلا يعتد به وإنما يعتبر إيجابا جديدا.

أما إذا لم يعدل الموجب عن إيجابه فإن الإيجاب لا يسقط، لكنه يصبح غير ملزم، وهو ما يسمى بالإيجاب القائم وغير الملزم، وفي هذه الحالة فإن صدور قبول قبل انفضاض مجلس العقد يؤدي إلى انعقاد العقد[1].

ثانيا: القبول في العقد

يعرف القبول بأنـه الرد الإيجـابي على الإيجـاب من طرف الموجـب لـه[2] أو هو التعبير عن إرادة من وجـه إليـه الإيجاب في إبرام العقد على أساس هذا الإيجاب [3].

والقبول هو العنصـر الثاني في العقد، ويجب لكي ينتج القبول أثرا في انعقاد العقد أن يتطابق تماما مع الإيجاب في كل جوانبه، وإلا فإن العقد لا ينعقد، فإذا اختلف القبول عن الإيجاب اعتبر إيجابا جديدا وليس قبولا إلا في حالة الإتفاق الجزئي، الذي نصت عليه المادة 69 من القانون المدني والذي يكون منشئا للعقد إذا توافرت شروطه.

وعالجت في نفس الوقت المادة 68 من القانون المدني مسـألة مدى اعتبار السـكوت قبولا، وهي المسـائل التي سوف نتناولها من ناحية خصوصيتها خصوصية في العقد الإلكتروني مقارنة بالتقليدي.

1 : الطرق الخاصة بالقبول في العقد الإلكتروني.

فتكون طرق القبول في العقود التي تبرم بالوســائل الإلكترونية بنفس طرق الإيجاب فيها المذكورة أعلاه، بحيث تكون صور القبول في العقود التي تبرم بواسطة التيلكس أو الفاكس أو بواسطة البريد الإلكتروني بالكتابة، وهي كتابة لا تختلف في جوهرها عن الكتابة العادية سوى في وسيلتها.

---

[1] أ/ أحمد خالد العجولي، المرجع السابق، ص 74.

[2] د/ على فيلالي، المرجع السابق، ص 96.

[3] د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 79.

وتكون صـور التعبير عن القبول في العقود التي تبرم بواسـطة المشـاهدة والمحادثة عبر الأنترنيت باللفظ او بالإشـارة المتداولة عرفا. وهذا لا يمنع أن يتم القبول بطريق إلكتروني غير الطريق الذي صـدر الإيجاب بواسـطته، كأن يصـدر الإيجاب بواسطة البريد الإلكتروني فيكون القبول بواسطة الفاكس أو العكس[1].

أ- التعبير عن القبول على شبكة الويب:

يثور المشـكل خاصـة بالنسـبة إلى التعبير عن القبول في العقود التي تبرم عن طريق الويب، وبصـفة خاصـة مسـألة مدى اعتبار ملامسـة من وجه إليه الإيجاب لأيقونة "القبول" أو الضـغط عليها مرة واحدة كافية للتعبير عن القبول تعبيرا صحيحا ومعتد به قانونا؟ في الحقيقة انقسم الفقه حول المسألة إلى قسمين إذ يرى جانب أنه لا يوجد ما يحول من الناحية القانونية دون ذلك في كل الأحوال مادام الموجه له الإيجاب الخيار في الخروج من الموقع ورفض التعاقد، في حين يرى الجانب الآخر من الفقه أنه يجب لقبول هذا التعبير أن يثبت الموجب بأن موقعه قد أتاح الفرصة للمستخدم لقراءة شروط هذا العقد [2]، إلا أن القضاء الفرنسي لم يقتنع بصحة هذا القبول بواسطة اللمس أو الضغط على أيقونة القبول إلا إذا كان حاسما، وذلك بأن تتضمن عبارات التعاقد رسالة القبـول نهائيـا من أجل تجنب أخـطاء اليـــــد أثناء العمل على الجهاز، مثل هل تؤكد القبول؟ والإجابة على ذلك نعم أو لا، بحيث يتم التعبير عن القبول بنقرتين، وليس بنقرة واحدة تأكيدا لتصـــميم من وجه الإيجاب إليه على قبوله، ويطلق الفقه عليها بالنقرة الأخيرة للقبول، وبذلك يمكن القول بأن التعبير عن القبول قد تم عبر مرحلتين، وهو نمط جديد في التعبير عن القبول، ظهر مع ظهور العقود الالكترونية، وتكمن ايجابياته في تمكين المتعاقد من التفكير جيدا قبل تأكيد قبوله[3].

كما هناك أيضـا العديد من التقنيات التي تسـمح بتأكيد رغبة المتعاقد في القبول، ومن ذلك وجود بطاقة الطلبات أو ما يسـمى بوثيقة الأمر بالشـراء يتعين على الموجه إليه الإيجاب تحريرها على الشـاشـة وهو بذلك يؤكد سـلوكه الإيجابي في هذا الشأن أو تأكيد الأمر بالشراء، عن طريق ارساله من طرف الموجه اليه الايجاب الى موقع الموجب[4].

---

[1] وقد يتم القبول بغير وسيل إلكترونية أصـلا كأن يتم بواسطة المراسلة التقليدية رغم أن الإيجاب كان بوسيلة إلكترونية، فنكون أمام حالة ما يسمى بالعقد المبرم جزئيا بوسيلة إلكترونية.

[2] لمزيد من المعلومات راجع أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق.

أ/يونس عرب، التقاضـي في بيئة الأنترنيت، المركز العربي للقانون والتقنية العالية، المركز العربي للملكية الفكرية وتسـوية المنازعات، عمان، الأردن، www.arablaw.org

[3] Murielle cahin, le consentement sur internet, www.droit- intic.com, 18/03/2004.

[4] قد اشـترطت عدة قوانين إرسـال وثيقة الأمر بالشـراء من قبل المتعاقد لتأكيده عن القبول ومنها التوجيه الأوروبي رقم 2000-31 المتعلق بالتجارة الالكترونية في مادته 11 -01 التي اشترطت إرسال إشعار بالوصـول يحتوي على جميع المعلومات الواردة في العقد عبر الجهات الموثقية باسـتعمال الطريق الالكتروني ومن ذلك أيضـا ما ورد بالبند 7 من العقد النموذجي الفرنسـي للتجارة الإلكترونية بشـأن القبول من ضـرورة وجوب تأكيد الأمر بالشـراء كما ورد بالتعليق على ذات البند، "أن القبول وتأكيد الأمر بالشـراء يجب أن يتحققا بمجموعة من الأوامر على صفحات الشاشة المتعاقبة بحيث تتضمن هذه الأوامر صراحة ارتباط المستهلك على وجه جازم".

" Le consommateur doit recevoir par écrit ou sur un autre support durable à sa disposition et auquel il a accès, confirmation de l'ensemble des élément constitutifs du contrat une confirmation par voie de courrier

لكن الفقه أثار جدية مســـألة القيمة القانونية لهذا التأكيد للقبول، فإما أن يكون القبول قد تم قبل التأكيد، فلا تكون له قيمة قانونية، وإما أن القبول لا يتم إلا بصـــدور التأكيد، فيكون هذا التأكيد هو القبول بعينه، بحيث لا تبدو الحاجة لمعاملته كشـيء آخر بجوار القبول، ويرى الأسـتاذ أسـامة أبو الحسـن مجاهد أن الإجابة على هذا التسـاؤل تستخلص من خلال تفاصيل البرنامج المعلوماتي الذي يتم التعاقد من خلاله، والذي لن يخرج عن فرضيات ثلاثة:

الأولى: إذا كان هذا البرنامج لا يسـمح بانعقاد العقد إلا إذا تم التأكيد بحيث لن يترتب على صـدور القبول مجردا من التأكيد أي أثر وفي هذه الحالة نستطيع الجزم بأن القبول لا يتم إلا بعد صدور التأكيد.

الثانية: إذا كان البرنامج يسمح بانعقاد العقد دون أن يرد فيه التأكيد على الإطلاق، وهنا لا مفر من القول بأن القبول قد صدر بمجرد لمس أيقونة القبول.

الثالثة: وهي حالة وسط، بأن يتضمن البرنامج ضرورة التأكيد ولكن لا يمنع انعقاد العقد بدونه، وهنا يمكن القول أن اللمســـة هي قرينة على الإنعقاد، ولكنها قابلة لإثبات العكس، بمعنى أنه يمكن للموجب له أن يثبت أن هذه اللمســـة صدرت خطأ فيعتبر عدم صدور التأكيد منه دليلا على أنه لم يقصد قبول التعاقد[1].

ب- التعبير عن القبول في المعاملات الالكترونية المؤتمتة.

وهي تلك المعاملات التي لا تقبل التدخل البشري فيها، إنما تتم عن طريق برامج الكترونية معدة مسبقا للقيام بمهمة معينة وهذه البرامج مزودة بمعلومات محددة، بما هو مسند إليها بمجرد تلقي الأمر بذلك، ومثال ذلك قيام أحد الأشخاص بمخاطبة آخر عن طريق شبكة **web** من أجل شراء عدد معين من السيارات من أحد المعارض وكان هذا المعرض يتعامل عن طريق حاسوب آلي بحيث يرد على الزبائن بمجرد تلقي الطلب الخاص بنوع السيارة فيذكر السعر واللون وكيفية الاستلام، وفي حالة تحديد الزبون لطلبه، يقوم البرنامج بمخاطبته بقبول الشراء و إبرام عقد البيع، ومثاله أيضا رغبة أحد الأشخاص في حجز تذكرة سفر لدى إحدى شركات الطيران، فما عليه إلا أن يدخل إلى موقع الشركة على شبكة الانترنيت ويطالع مواعيد الرحلات و الأماكن الشاغرة ،حيث يطلب حجز مقعد في رحلة يحددها هو، ويطلب منه سداد القيمة، وبمجرد تمام تحويل القيمة عن طريق عملية الدفع الالكتروني تظهر له عبارة **OK** وبمجرد الضغط عليها يستطيع الحصول على صورة من تذكرة السفر عن طريق الحاسوب الشخصي الخاص به[2].

يتضـــح من خلال هذين المثالين أن التعبير عن القبول تم عن طريق الحاســـوب الآلي المزود بمعلومات محددة وبرامج خاصـــة قادرة على إنجاز المعاملة بمجرد أن يطلب منها ذلك دون تدخل بشـري، وبذلك يترتب على هذا القبول كافة الآثار القانونية المترتبة على القبول الصـادر عن الأفراد بالطريقة التقليدية – دون تدخل وسـائط الكترونية – اذ

électronique (E-mail) est proposée ; en tant qu'elle est la mieux adaptée au commerce électronique. Le commerçant doit transmettre ces éléments lors de l'exécution du contrat et au plus tard à la livraison..... " Voir, Michel Vivant, Op cit, annexe 1°

[1] د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 86.

[2] د/عبد الفتاح بيومي حجازي المرجع سابق، ص232.

يكون التعاقد صـحيحا ونافذا ومنتجا لأثاره القانونية على الرغم من عدم التدخل الشـخصـي أو المباشـر للشـخص الطبيعي في عملية إبرام العقد.

إن مرد ذلك يرجع إلى أن الشـخص الطبيعي أو المعنوي الواجب عليه الإيجاب هو الذي يمتلك النظام الالكتروني الذي تم من خلاله التعبير عن قبوله من جهة وأنه هو الذي قام ببرمجة هذا النظام بشكل جعله يرسل الرسائل المعبرة عن قبول ذلك الشخص بحسب إرادته[1].

إلا أن الفقه يرى بأن سـريان هذا التصـرف في حق الموجب يفترض إثبات علمه بأن القبول صـدر عن طريق النظام الالكتروني المؤتمت أو يفترض أنه كان يجب عليه أن يعلم بأن العقد أو المعاملة سوف تبرم بهذه الوسيلة[2].

ج- مدى اعتبار التحميل عن بعد تعبيرا عن القبول Download.

يثور التسـاؤل حول اعتبار التحميل عن بعد[3] لأحد برامج الكمبيوتر صـورة للقبول بحيث يترتب به انعقاد العقد، ومثاله العملي عرض إحدى الشـركات على مسـتعمل الأنترنيت أن يتعاقد على الخط (أي على الشـبكة) على أحد برامجها وتنبهه في نفس الوقت أنه إذا ضـغط على أيقونة Accepter فإنه يعد قابلا لشـروط اسـتعمال البرنامج ومن ضمن هذه الشروط أنه يجوز للشركة أن تعدل شروط العقد في أي وقت بناء على مجرد إخطار، يحدث أثره فورا، مع ملاحظة أن هذا الإخطار يجوز أن يتم على نفس البرنامج، فهل ضغط مستعمل الأنترنيت على أيقونة القبول من طرف المستعمل يعني أنه عبر على نحو صحيح عن قبوله شروط استعمال هذه الخدمة والتعديلات اللاحقة لها والتي سوف تكون نافذة في حقه ؟ ففي مثل هذه الحالات يكون الضـغط على أيقونة القبول وسـيلة قانونية للتعبير عن القبول إذا اتضح منها إرادته الجازمة في التعاقد، أما مسألة عدم علمه المسبق ببعض الشروط العقدية فينبغي أن تواجه وفقا لما استقر عليه الأمر بشأن هذه المشكلة بصفة عامة [4].

---

[1] يأخذ التعاقد عن طريق الوسائل الالكترونية المؤتمتة شكلين:

1- تعاقد بين وسيط الكتروني وشخص طبعي وذلك بالأصالة عن نفسه أو بوصفه الممثل القانوني لأحد الأشخاص الاعتبارية العامة.

2- تعاقد ما بين وسيط الكتروني مؤتمت، ووسيط الكتروني مؤتمت آخر وواضح أن كليهما منسوب إلى شخص طبيعي أو اعتباري يتملك ذلك النظام.

د/عبد الفتاح بيومي حجازي المرجع سابق، ص233.

[2] أنظر قانون CNUDCI المادة 13 فقرة 02 ب: في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه، تعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشأ إذا أرسلت من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائيا.

[3] يقصد بهذا المصطلح نقل أحد البرامج أو بعض المعلومات إلى الكمبيوتر الخاص بالزبون عن طريق شبكة الأنترنيت بحيث يحصل الزبون على هذا البرنامج أو هذه المعلومات دون حاجة إلى اسـتعمال الوسـيلة لوضـع البرنامج على جهاز الكمبيوتر عن طريق القرص المرن أو القرص المضـغوط، وواضـح أن هذه الصـورة تمثل الصـورة المثلى لإبرام العقد (عقد بيع البرامج والمعلومات) وتنفيذه على الشبكة دون اللجوء إلى العالم الحقيقي خارج الشبكة.

د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 88 و89

[4] ويسمى هذا النوع من التعاقد باتفاقيات الرخص التي ترافق البرامج وهي على شكلين، الأول، رخص تظهر على الشاشة أثناء عملية تنزيل البرنامج على الجهاز، وعادة لا يقرأها المستخدم، بل يكتفي بمجرد الضغط (أنا أقبل)، وهي العقد الالكتروني الذي يجد وجوده في واجهة أي برنامج ويسبق عملية التنزيـل، أما الصورة الثانية هي التي يطلق عليها اسم رخصة فض العبوة التي تكون مع حزمة البرامج المعروضة للبيع

د: السكوت الملابس كوسيلة للتعبير عن القبول في العقود الإلكترونية.

تنص المادة 68 من القانون المدني على أنه:" إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصـريحا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب.

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

وتعد هذه الحالة اسـتثنائية بخصـوص التعبير عن الإرادة، فالأصـل هو أن يكون التعبير صـريحا أو ضـمنيا، ولا يعتبر السـاكت معبرا عن إرادته إلا إذا اتصـل الإيجاب بتعامل سـابق بين المتعاقدين، أو كان الإيجاب في مصـلحة من وجه إليه كما أشارت إلى ذلك المادة المذكورة، و نورد فيما يلي مدى ملائمة مختلف الحالات التي يكون فيها السكوت تعبيرا عن القبول في العقود الالكترونية فيما يلي:

– مصلحة من وجه إليه الإيجاب:

إذا تمخض الإيجاب لمصلحة من وجه إليه، فهي حالة تتضمن عملا من أعمال التبرع دون أي التزام على عاتق من وجه إليه الإيجاب، وهو تصـــرف غير مألوف على الأنترنيت كون أغلب العقود التي تبرم بهذا الشـــكل هي عقود تجارية.

–التعامل السابق:

أما التعامل الســـابق بين المتعاقدين هي الحالة التي تصـــادفنا كثيرا في التعاقد عبر الأنترنيت، ومثالها اعتياد الزبون على شـراء بعض السـلع من أحد المتاجر الإفتراضـية، سـواء بالبريد الإلكتروني أو عن طريق صـفحات الويب، وهنا يمكن القول بأن هذه الحالة تعد من الحالات النموذجية للتعاقد السابق، وبالتالي يعد هنا السكوت في الرد قبولا.

لكن ورغم وجود العلاقة الســـابقة بين الطرفين لا يمكن اعتبار ســـكوت من وجه إليه الإيجاب بواســـطة رســـالة إلكترونية متضـــمنة عدم الرد خلال مدة زمنية معينة بمثابة قبول، بل يجب أن يقترن بهذا الســـكوت وهذا التعامل السابق ظرف آخر يرجح دلالة السكوت على قبول الزبون للتعاقد[1].

في محلات بيع البرمجيات وتظهر عادة تحت الغلاف البلاستيكي على الحزمة وغالبا ما تبدأ بعبارة (بمجرد فض هذه العبوة، فانك توافق على الشروط الواردة في الرخصة)

لأكثر تفاصيل حول هذا النوع من العقود، راجع، أ/ يونس عرب العقود الالكترونية – أنظمة الدفع والسداد الالكتروني، www.arablaw.org

[1] د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 87.

الفرع الثاني: زمان ومكان تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني.

إن التعاقد بالوسـائل الإلكترونية يميزه بصـفة أسـاسـية التباعد المكاني بين طرفيه وهو ما لا نجده في التعاقد التقليدي، فإن التسـاؤل عن اللحظة التي يبرم فيها ومكان انعقاده يبدو سـؤالا مشـروعا، وبصـفة خاصـة لما للإجابة عليه من إيضاح للفرق بين التعاقد الإلكتروني و التقليدي وكذا نتائج عملية هامة[1].

أولا: زمان انعقاد العقد الإلكتروني

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

1: أهمية تحديد زمان انعقاد العقد

تبدو أهمية تحديد زمان انعقاد العقد في ما يلي:

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

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

- سريان المواعيد من وقت تمام العقد، حسب ما تقضي به المادة 90 فقرة 2 من القانون المدني التي تقضي بأنه: " يجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد و إلا كانت غير مقبولة".

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

- اسـتحقاق المشـتري الإنتفاع بالشـيء وإيراده وكذلك تحمل تكاليفه من يوم تطابق الإرادتين أي انعقاد العقد طبقا للمادة 383 من القانون المدني.

- وتظهر أهميته أيضا بالنظر إلى ما يشترط في ممارسة بعض الدعاوى كالدعوي البوليصية، التي يشترط فيها أن يكون تاريخ العقد الذي يطعن فيه الدائن قد صدر من مدينه لاحقا على الحق الثابت له في ذمة المدين [2].

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

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

---

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

د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 91.

75 د/علي فيلالي، المرجع السابق، ص 103 و104.

أما التعاقد بين غائبين فإن هناك فترة زمنية ملحوظة تفصل بين وقت صدور القبول وعلم الموجب به وهناك من الفقهاء من يرى أن معيار الزمن ليس مانعا ولا جامعا، فالزمن ليس هو العنصـــر الوحيد الذي يميز التعاقد بين الغائبين عن التعاقد بين الحاضـــرين، بل أن هناك ثلاثة عناصـــر مجتمعة، وهي عنصـــر الزمن وعنصـــر المكان وعنصر الإنشغال بشؤون العقد[1].

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

أ – التعاقد عبر البريد الإلكتروني:

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

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

ب –التعاقد عبر شبكة المواقع:

– إذا دخل الشـــخص إلى أحد المواقع على الشـــبكة وأرســـل إيجابه وانتظر فترة من الزمن لتلقي القبول، فنكون أمام التعاقد بين غائبين.

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

ج – التعاقد عبر المحادثة والمشاهدة المباشرة:

نكون أما مجلس عقد لإمكانية تبادل الإيجاب والقبول عبر المحادثة والمشـــاهدة المباشـــرة، وعليه يتم تطبيق أحكام التعاقد بين الحاضرين زمانا [2].

3: تحديد زمان إنعقاد العقد الإلكتروني.

أخذ المشرع الجزائري بنظرية العلم بالقبول في تحديد لحظة انعقاد العقد في المادة 67 من القانون المدني التي تنص على أنه: "يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضـــي بغير ذلك، ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان، وفي الزمان اللذين وصـــل إليه فيهما القبول "[3].

---

[1] أ/ أحمد خالد العجولي، المرجع السابق، ص 89

[2] أ/ أحمد خالد العجولي، المرجع السابق، ص 90.

[3] هناك العديد من المذاهب المتبعة لتحديد وقت انعقاد العقد بين الغائبين ومنها:

1– مذهب إعلان القبول: العبرة وفق هذه النظرية في تحديد وقت انعقاد العقد، بلحظة إعلان القبول من قبل من وجه إليه الإيجاب، أو باللحظة التي يتخذ فيها الأخير قرار قبول الإيجاب، وإعمالا لهذه النظرية بشأن تطبيقاتها الحديثة على العقد الإلكتروني يمكن القول بأن لحظة إعلان القبول الذي تعتمدها هذه النظرية هي اللحظة التي يحرر فيها من وجه إليه الإيجاب رسالة إلكترونية تعبر عن قبوله

وهذا يقتضي أن يطلع الموجب على الرسالة المتضمنة للقبول، ويعتمد أصحاب هذه النظرية على تطابق أو توافق الإرادتين الذي يقتضـــي حتما أن يكون كل متعاقد على علم بإرادة المتعاقد الآخر، فالأخذ بهذه النظرية يؤجل الآثار المترتبة على القبول مما يوفر فرصـا إضـافية للموجب له للتراجع عن قبوله، ويعاب على هذه النظرية صـعوبة إثبات العلم بالقبول، خاصة بالنسبة للتعاقدات التي تتم بالوسائل الإلكترونية [1].

وتطبيقا لهذه النظرية بشـأن العقود المبرمة بالبريد الإلكتروني أو الفاكس، يمكن القول بأن العقد ينعقد في هذه الحالة في اللحظة التي يعلم فيها الموجب بالقبول أي بقيامه بفتح صـندوق بريده الإلكتروني، والإطلاع على رسـالة القابل، أي تحققه من قبول الأخير بالإيجاب المعروض عليه، أو في حالة وصـول الرسـالة إلى جهاز الفاكس المرسـل إليه والإطلاع عليها من قبل الموجب في حالة التعاقد عبر الفاكس [2].

للإيجاب، أو هي اللحظة التي يضغط فيها على الأيقونة المخصصة للقبول، أما بشأن العقود التي تبرم عبر البريد الإلكتروني فهي اللحظة التي يعلن فيها القابل إرادته بالقبول حتى قبل قيامه بالضغط على زر الإرسال.

2- مذهب تصـــدير القبول: وفق هذه النظرية تتأخر اللحظة التي ينعقد فيها العقد إلى الوقت الذي يقوم فيه القابل بتصـــدير قبوله، أي بإرســـاله إلى الموجب بحيث لا يمكن أن يســـترده، كأن يقوم بإرســـال القبول عن طريق الفاكس أم التيلكس أو عن طريق قيامه بالضغط على زر الكمبيوتر لإرسال قبوله إلى الموجب.

3- مذهب تسلم القبول، مقتضى هذه النظرية أن العقد ينعقد عندما يصل القبول إلى الموجب وتسلمه له، والعقد يعتبر تاما في هذه اللحظة حتى ولو لم يعلم به الموجب، فيكون فيها العقد المبرم عبر البريد الإلكتروني منعقدا في لحظة وصول الرسالة أو دخولها إلى صندوق البريد الإلكتروني لجهاز الكمبيوتر الخاص بالموجب ولو لم يقم الأخير بفتح صندوق بريده الإلكتروني، فالعبرة بتسلم القبول.

د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص78 وما بعدها.

[1] د/علي فيلالي، المرجع السابق، ص 106.

[2] أما القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية (الأونسيترال) فقد نظم مسألة تحديد زمن وصول الرسالة الإلكترونية في المادة 15 منه التي تنص: "1- ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك يقع إرسال رسالة البيانات عندما تدخل الرسالة نظام المعلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ، وسيطرة الشخص الذي أرسل رسالة البيانات نيابة عن المنشئ.

2- ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك، يتحدد وقت استلام رسالة البيانات على النحو التالي:

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

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

ب) إذا لم يعين المرسل إله نظام معلومات، يقع الإستلام عندما تدخل رسالة البيانات نظام معلومات تابع للمرسل إليه.

3- تنطبق الفقرة 2 ولو كان المكان الذي يوجد فيه نظام المعلومات مختلفا عن المكان الذي يعتبر أن رســـالة البيانات قد اســـتلمت فيه بموجب الفقرة 4....."

وقد عالج التعديل الأخير للقانون المدني الفرنسي هذه المسألة عندما نص في المادة 1369-9 بأنه:

"hors les cas prévus aux articles 1316-1 et 1316-2 la remise d'un écrit sous forme électronique est effective lorsque le destinataire après avoir pu en prendre connaissance, en a accusé réception, si une disposition prévoit que l'écrit doit être lu au destinataire, le remise d'un écrit électronique à l'intéressé dans les conditions prévues au premier alinéa vaut lecture".

Voir ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voix électronique www.journal-officiel.gouv.fr.

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

لكننا نخالف هذا الرأي كون القاعدة التي جاءت بها المادة 67 من القانون المدني قرينة بسيطة يمكن للموجب أن يثبت أنه لم يعلم بالقبول إلا في وقت لاحق، كما أن للقاعدة صبغة تكميلية، الأمر الذي يسمح للمتعاقدين أن يتفقا على مخالفتها، كأن يتفقا على أن يتم العقد وقت صدور القبول مثلا [1].

ثانيا: مكان انعقاد العقد الإلكتروني.

إن تحديد مكان انعقاد العقد له أهمية خاصة، من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق بشأنه والقضاء المختص بنظر منازعاته، حيث نصـت المادة 18 المعدلة من ق م على أنه: "يسـري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صـــلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد.

غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه".

يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع قد بنى قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود الدولية على ثلاثة ضوابط، أحدهـــا أسـاسـي وهو قانون إرادة المتعاقدين، وآخران احتياطيان، وهما قانون الموطن المشـترك والجنسـية المشـتركة وقانون محل إبرام العقد [2].

وتزداد هذه الأهمية خاصـة إذا تعلق الأمر بالعقود الإلكترونية التي تبرم عبر شـبكات الإتصـال ومنها الأنترنيت، نظرا للطابع غير المادي والعالمي الذي تتميز بها هذه الوسـائل في التعاقد، مما يجعل القواعد التي تحكم هذه المسـألة في القانون المدني محل تساؤل عند الكثير من الفقهاء حول إمكانية تطبيقها على هذه العقود[3].

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

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

ويجب عدم الخلط في هذا الصدد بين تحديد زمان ومكان انعقاد العقد وعملية تحديد زمان ومكان وصول الرسالة الإلكترونية، فالمسألة الأولى هي مسألة قانونية تتعلق بعملية تبادل التراضي بشقيه، الإيجاب والقبول، والمسألة الثانية فنية لا تأثير لها من الناحية القانونية المتعلقة بزمان ومكان الانعقاد القانوني للعقد.

د/محمد فاروق الأباصيري، عقد الإشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الأنترنيت، دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة 2002، ص 63.

[1] د/ علي فيلالي، المرجع السابق، ص 106، 107.

[2] د/ أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومة، طبعة 2002، ص302 وما بعدها.

[3] واختيار القانون الواجب التطبيق يمكن أن يتم من طرف المتعاقدين على الشبكة، كما يمكن أن يتم من خلال الرسائل المتبادلة بالبريد الإلكتروني بعد الإتفاق على البنود العقدية الأخرى

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

إن تطبيق هذه النظرية بالنسبة للعقود التقليدية التي تتم بين غائبين بواسطة تبادل وثائق وخطابات المكتوبة يبدو سهلا نظرا للطبيعة المادية لوسيلة تبادل التراضي بين المتعاقدين، في حين أن تطبيقها على العقود الإلكترونية يثير تساؤلات، كون محاولة تركيز هذا العقد في دولة معينة أمرا صعب التحقيق، نظرا للطبيعة الدولية لشبكة الأنترنيت بوصفها متصلة بجميع الدول، وعن الطبيعة غير المادية لهذه الوسيلة في التعاقد، لاحتوائها على عدد هائل من المواقع الإفتراضية من جهة أخرى.[1]

بالإضافة إلى عدم اتفاق هذه النظرية مع جميع صور القبول، فقد رأينا أن القبول قد لا يتم صراحة وإنما يستنتج من سلوكيات الموجه إليه الإيجاب، وذلك في حالة السكوت الملابس الذي يمكن أن يعتبر قبولا في العقود الإلكترونية، كما لو قام الموجه إليه الإيجاب بالأعمال التي تنفذ العقد مباشـرة دون إعلان لإرادته في هذا الشـأن، ومن هنا لا يتحقق اتصـال القبول بإرادة الموجب، فقد يصـدر الايجاب من محل إقامة الموجب أو حيث توجد مشـروعاته التي بها نظامه المعلوماتي الذي من خلاله يقيم اتصالاته وتعاقداته، كما يمكن أن تصدر من أي مكان توجد به وسيلة الإتصال [2].

[1] أ/ يونس عرب، منازعات التجارة الإلكترونية الإختصاص والقانون الواجب التطبيق وطرق التقاضي البديلة www.arablaw.org.

[2] د/ فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص 62 وما بعدها.

خلاصة الفصل الأول

يتجلى لنا بعد مقارنة العقدين التقليدي و الإلكتروني وتمييزهما عن بعضهما البعض منن ناحية المفاهيم والخصائص والفروق المتعلقة بالانعقاد ان العقد الإلكتروني ما هو الا عقد عادي وان الفقه لم يفرق بين العقدين بل ركز في العقد الإلكتروني على وسائل إبرامه وعلى الطريقة التي ينعقد بها، أما القانون فسعى عدد تعريفه للعقد الإلكتروني الى التركيز على خاصية إبرامه عن بعد وحصره في استعمال تقنية الاتصال الإلكتروني.

واما عن الخصائص فالعقد الالكتروني يتميز عن العقود التقليدية بأنه مبرم بوسيلة إلكترونية، ويتم بين متعاقدين متباعدين مكانا، كما يغلب عليه الطابع التجاري، وهي الخصائص المفرقة بينه و بين العقود التقليدية.

وهو لا يختلف في مضمونه أو تركيبه عن العقد التقليدي، الا ان الفقه اختلف في مسألة تكييفه أو عدم تكييفه بعقد إذعان.

و بالنسبة لنطاق العقد الالكتروني فالمبدأ في إبرام العقود الإلكترونية والتقليدية حرية الأطراف في التعاقد، وفي اختيار شكل التعبير عن إرادتهما، غير ان هناك إستثناء في إبرام العقود الإلكترونية يتمثل في الشكلية التي يجب قانونا استيفاؤها في انعقاد العقد، بجانب الشروط الموضوعية في تكوين العقد وصحته، كالعقود العينية التي يشترط لانعقادها زيادة على التراضي والمحل والسبب، تسليم الشيء المادي محل العقد، و كذا اشتراط القانون الكتابة لانعقاد العقد

و بمقارنة العقدين من ناحية الانعقاد فلا يوجد خصوصية بالنسبة لأركان العقد الا في التراضي، إذ يتميز فيهه العقد الإلكتروني عن العقود التقليدية، بصور التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني وتطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني ومكان وزمان اقترانهما.

الفصل الثاني :

تنفيذ العقد وإثباته

الفصل الثاني: تنفيذ العقد وإثباته

نتطرق في هذا الفصل الى ما يرتبه العقد الإلكتروني كغيره من العقود الأخرى من التزامات على عاتق كل متعاقد في مواجهة المتعاقد الآخر.

وتثير هذه الإلتزامات مسألتين، الأولى تتعلق بكيفية تنفيذ طرفي العقد الإلكتروني لالتزاماتهما، والثانية خاصة بإثبات العقد في حالة ما إذا ثار نزاع حول تنفيذ هذه الإلتزامات، لذا ستتم دراسة كل مسألة في مبحث خاص بها

المبحث الأول: تنفيذ العقد

تختلف العقود الإلكترونية عن التقليدية من حيث كيفية تنفيذها وتنقسم إلى نوعين، منها ما يبرم عبر الأنترنيت وينفذ خارجها، حيث يشمل هذا النوع العقود التي يكون محلها الأشياء المادية التي يقتضي تسليمها في بيئة مادية، والنوع الآخر من هذه العقود ما يبرم وينفذ عبر شبكات الإتصال ذاتها، حيث يشمل العقود التي يكون محلها الأشياء غير المادية وتقديم الخدمات، ومنها عقود الإشتراك في الأنترنيت وعقود الإشتراك في بنوك المعلومات وعقود الإعلانات وغيرها.

وغالبا ما يتم دفع مقابل السلعة أو الخدمة عبر هذه الشبكات أيضا، وهو ما لا يمكن تصوره في العقود التقليدية، لذلك سوف يقتصر حديثنا في هذا المبحث على دراسة التزام المعلن على شبكة الأنترنيت بتسليم السلعة أو أداء الخدمة، والتزام المتعاقد معه بدفع الثمن المقابل لها إلكترونيا، فيما يلي:

المطلب الأول: إلتزام المتعاقد بتسليم السلعة أو بأداء الخدمة

قد يكون محل التزام المتعاقد على شبكة الأنترنيت تسليم سلعة ما وقد يلتزم بأداء خدمة، وسوف نتناول كلا الإلتزامين في الفرعين التاليين

الفرع الأول: إلتزام المتعاقد بتسليم السلعة

تنص المادة 167 من القانون المدني على أن: " الإلتزام بنقل حق عيني يتضمن الإلتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم"، ويصدق هذا النص على كل العقود الناقلة لحق عيني، كعقد

البيع مثلا[1]، ونظرا لأن الإلتزام بالتسليم يتفرع عن الإلتزام بنقل الملكية، فإن تبعة الهلاك مرتبطة بالتسليم وليس بانتقال الملكية، فالبائع في عقد البيع هو الذي يتحمل تبعة الهلاك الذي يحدث قبل التسليم ولو كانت الملكية قد انتقلت فعلا إلى المشتري، والمشتري هو الذي يتحمل تبعة الهلاك الذي يحدث بعد التسليم ولو لم تكن الملكية قد انتقلت إليه فعلا من البائع، ومرد ذلك هو أن الإلتزام بالتسليم هو التزام بتحقيق نتيجة وليس فقط الإلتزام ببذل عناية، فما لم يتم التسليم فعلا لا يكون البائع قد نفذ التزامه[2].

وفي موضوع التسليم، تنص المادة 364 من القانون المدني على أنه: "يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع" وحسب هذه المادة فإن موضوع التسليم هو الشيء المبيع، والذي قد يكون سلعة ذات كيان مادي محسوس كالمعدات والأجهزة الكهربائية، وقد تكون أشياء ذات كيانات معنوية أو اعتبارية ليس لها وجود مادي ملموس، مثل برامج الكمبيوتر وقواعد البيانات أو القطع الموسيقية وغيرها، فيمكن في هذه الحالة أن يكون التسليم بالوسائل الإلكترونية، بحيث يمكن نقل هذه البيانات أو المعلومات إلكترونيا إلى المتعاقد بدون اللجوء إلى الطرق التقليدية في التسليم[3].

---

[1] ولا ينطبق هذا الحكم على نقل الحقوق العينية العقارية التي يشترط القانون فيها الشكل الرسمي لانعقاد العقد، وهذا ما لا يمكن تحقيقه في العقود المبرمة بالوسائل الإلكترونية، كما رأينا ذلك في المبحث الأول من الفصل الأول أعلاه.

[2] د/ محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص118.

[3] تكون معظم هذه الأشياء خاضعة لحماية خاصة في القوانين المتعلقة بالملكية الفكرية والصناعية والأدبية، وتجدر الاشارة في هذا الصدد الى أن مسألة الملكية الفكرية هي واحدة من تحديات التجارة الالكترونية وتظهر هذه المشاكل خاصة في العقود الالكترونية الخاصة برخص المنتجات المباعة و المخزنة داخل النظم التقنية ، كجزء من المبيع، وتثور ايضا مشكلة رخص الملكية الفكرية المغلفة مع المبيع، وكذلك حقوق الملكية الفكرية في ميدان النشر الالكتروني خاصة مع تزايد الاستلاء على التصاميم التي يستخدمها موقع ما، وحقوق الملكية الفكرية على أسماء المواقع، وعلى ملكية المواقع نفسها، وحقوق الملكية الفكرية بالنسبة للعلامات التجارية للسلع والأسماء التجارية، وكذلك حقوق المؤلفين على محتوى البرمجيات التقنية التي تنزل على الخط أو تسوق عبر مواقع التجارة الالكترونية، ان كل هذه المشاكل استلزمت مراجعة شاملة للقواعد القانونية الخاصة بالملكية الفكرية وربطها بالأنشطة التجارية الدولية في ميدان البضائع والخدمات.
لمزيد من التفصيل، أنظر، المحامي يونس عرب، التجارة الالكترونية،www.arablaw.org

وفيما يتعلق بحالة المبيع، ينبغي أن يتم تسليم المبيع على الحالة التي كان عليها وقت البيع، فإذا كانت السلعة ذات كيان مادي وكان المبيع شيئا معينا بالذات ينبغي أن يتم تسليمه بذاته، أما إذا كان المبيع معينا بنوعه فيرجع لاتفاق المتعاقدين على درجة جودة الشيء، فإن لم يتفقا ولم يكن من الممكن استخلاص ذلك من العرف أو من ظرف آخر إلتزم البائع بتسليم صنف متوسط الجودة.

اما إذا كانت السلعة ذات كيان معنوي كالمعلومات مثلا، فيشترط فيها أن تكون حديثة وشاملة بحيث يحرص المتعاقد على إضافة كل جديد من المعلومات التي تتعلق بالمجال الذي يهتم به المتعاقد الذي من أجله أقدم على إبرام العقد، من جهة، كما عليه أن يغطي تماما مجال محل العقد.

فالعقد الذي يكون محله تقديم معلومات خاصة بتطورات قيمة الأسهم في البورصة، يلتزم بموجبه المورد بأن يقدم كل المعلومات المتعلقة بهذا المجال وفق آخر التطورات المسجلة.

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

وبالعكس إذا تبين أن قدر الشيء المبيع يزيد على ما ذكر بالعقد، وكان الثمن مقدرا بحسب الوحدة وجب على المشتري إذا كان المبيع غير قابل للتقسيم أن يدفع ثمنا زائدا إلا إذا كانت الزيادة فاحشة، وفي هذه الحالة يجوز له أن يطلب فسخ العقد، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه".

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

كما أن الملاحظ بالنسبة للعقود المبرمة عن طريق الأنترنيت أن تسليم الأشياء ذات الطابع المعنوي يتم بقيام البائع بتمكين المشتري من تحميل برامج الكمبيوتر محل العقد مثلا على القرص

الصلب الخاص به أو قيامه بعرض الفيلم الذي يريد المتعاقد مشاهدته على شبكة الأنترنيت، بحيث يتمكن هذا الأخير من مشاهدته[1].

أما زمان التسليم، فقد ترك القانون الحرية للمتعاقدين في تحديد زمان التسليم، فقد يكون ذلك فور إبرام العقد أو بعد إبرامه في أجل معين أو في آجال متتالية، فإذا لم يوجد اتفاق على زمان التسليم، فيجب أن يتم التسليم فور الإنتهاء من إبرام العقد، ويمكن أن يتأخر التسليم بعض الوقت بحسب ما يقضي به العرف وطبيعة المبيع [2].

وبخصوص مكان التسليم، فقد نصت المادة 368 من القانون المدني على أنه: " إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك"

فطبقا لهذا النص فإن التسليم يتم حيث يوجد موطن البائع طبقا للقواعد العامة، ويترتب على ذلك أن تبعة الهلاك أثناء الطريق تكون على البائع وليس على المشتري لأن التسليم لم يتم بعد [3]، ويمكن

---

[1] نص العقد النموذجي على ضرورة تحديد كيفية التسليم في الفقرة السابعة من البند الرابع منه وإذا ما كان سيتم عن طريق البريد أو بواسطة وسيلة نقل أو على الخط أو الشبكة نفسها

Caractéristiques essentielles des bien et services offerts : – Mode de livraison : livraison d'un bien par envoi postal ou via un moyen de transport, livraison d'un bien ou service en ligne en temps réel ou non".

Voir Michel Vivant, Op. cit, annexe 1 contrat type de commerce électronique commerçant–consommateur (chambre de commerce et d'industrie de Paris)

د/أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 103.

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

Livraison : – date limite de livraison ;

– livraison dans les 30 jours, à peine de résiliation du contrat et du remboursement des sommes versées, sachant que la livraison peut aussi être effectuée en ligne, en temps réel ou non, pour les produits de type logiciel ou base de données".

Voir Michel Vivant, Op. cit, annexe 1 contrat type de commerce électronique commerçant–consommateur (chambre de commerce et d'industrie de Paris)

د/أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 103.

[3] لذا فقد حرصت العقود المتداولة على تنظيم هذه المسألة فنص البند 12 عقد Infonie على أن: " يتم تسليم السلع في موطنك أو في أي عنوان آخر تختاره في الإقليم الفرنسي وتذكره في طلبك، ولن تتحمل أية نفقات من أجل التسليم بخلاف نفقات التصدير المذكورة سالفا".

أن يتم التسليم بالنسبة للعقود التي يكون محلها شيئا معنويا في صندوق البريد الإلكتروني، كمن يشتري كتابا أو مقالا أو قطعة موسيقية ويتم الإتفاق على أن التسليم يكون عن طريق تحميلها أو إرسالها في شكل إلكتروني.

وتكون نفقات تسليم المبيع على البائع في الأصل إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك.

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

الفرع الثاني: إلتزام المتعاقد بأداء الخدمة

هناك العديد من الخدمات التي تقدم على شبكة الأنترنيت ومن ذلك على سبيل المثال تقديم الإستشارات القانونية من قبل المحامين، أو الإشتراك في بنوك المعلومات، ويلاحظ أن هذا الإلتزام غالبا ما يكون مستمرا لفترة من الزمن، فعقد الإشتراك مثلا في قواعد المعلومات عبر شبكة الأنترنيت لا يمكن تنفيذه في لحظة واحدة بل يكون تنفيذه متتابع على فترات زمنية مستمرة [2].

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

د/أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص101 و102.

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

Garanties et services après-vente: -modalités de services après-vente et mention précise des garanties commerciales légales et contractuelles".

Voir Michel Vivant, Op.cit, annexe 1 contrat type de commerce électronique commerçant-consommateur (chambre de commerce et d'industrie de Paris)

أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 107 و108.

[2] د/فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص87 وما يليها.

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

ويجب كما سبق القول، أن يلتزم مورد الخدمة بتوريد معلومات صحيحة شاملة مع التزامه بالحفاظ على سرية مطالب الزبون بشأن الخدمات الموردة له [1].

المطلب الثاني: الالتزام بالوفاء

يترتب عن التزام المنتج أو المورد بتسليم السلعة أو بتقديم الخدمة، إلتزام المشتري أو الزبون بأداء ثمن مقابل السلعة أو مقابل الخدمة، وتكون وسائل الدفع التي يعتمد عليها هذا الأخير سائلة كالنقود الورقية أو المعدنية أو التي تحل محلها من وسائل أخرى كالشيكات، غير أن الطابع المادي لهذه الوسائل لا يصلح لتسهيل التعامل الذي يتم في بيئة غير مادية كالعقود الالكترونية التي تتم في شبكة الأنترنيت أين تزول المعاملات الورقية و هنا يكمن الفرق بينها و بين المعاملات التقليدية، ومن هنا كان لابد من البحث من وسيلة سداد تتفق مع طبيعة التجارة الالكترونية التي تتم عبر الأنترنيت، إذ ظهر ما يسمى بأنظمة الدفع والسداد الالكتروني[2].

وسوف تتم دراسة هذا النمط الجديد في الوفاء من خلال فرعين، يخصص الأول لدراسة خصائص الدفع الالكتروني أما الثاني فيخصص لدراسة طرق الدفع الالكتروني.

الفرع الأول: خصائص الدفع الالكتروني

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

[1] د/ محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 125.

[2] د/ فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص97 و98.

أولا: من حيث طبيعته

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

ثانيا: من حيث الجهة التي تقوم على خدمة الدفع الالكتروني

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

- توفير بيئة تشريعية ملائمة تقر وتنظم أحكام الدفع الالكتروني (في القانون التجاري والمصرفي)

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

- توفير الإمكانيات الفنية والتقنية لتسهيل هذه العمليات.

وبتوافر هذه الشروط يصبح بامكان المتعاقد أن يوفي بالتزاماته عن بعد من دون اللجوء إلى الوسائل المادية، وقد كانت أنظمة الدفع الالكتروني في بدايتها تعتمد على اتصال المتعاقد بحسابه لدى البنك، عن طريق موقعه على شبكة الأنترنيت إذ يمكنه الدخول إليه وإجراء ما تتيحه له الخدمة.

إلا أن هذا النمط تطور مع شيوع الأنترنيت إذ أمكن للزبون الدخول من خلال الاشتراك العام عبر الأنترنيت، عن طريق فكرة الخدمة المالية عن بعد أو ما يسمى بالبنوك الالكترونية[2] التي تعرف بأنها " تلك الأنظمة التي تتيح للزبون الوصول إلى حسابه و أية معلومات يريدها، والحصول على

---

[1] د/ فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص 100.

[2] استخدم تعبير البنوك الالكترونية أو بنوك الانترنيت كتعبير متطور وشامل للمفاهيم التي ظهرت مع مطلع التسعينات كمفهوم الخدمات المالية عن بعد أو البنوك الالكترونية عن بعد أو البنوك المنزلية أو البنوك على الخط.
لمزيد من التفصيل، أنظر المحامي، يونس عرب، أنظمة الدفع والسداد الالكتروني www.arablaw.org

مختلف الخدمات والمنتجات المصرفية من خلال شبكة معلومات تربط بها جهات الحاسوب الخاص به أو أية وسيلة أخرى"

فالبنوك الالكترونية بمعناها الحديث ليست مجرد فرع لبنك قائم يقدم خدمات مالية وحسب، بل هي مواقع مالية تجارية شاملة لها وجود على الخط والشبكة، و يلاحظ أن الشبكة التي يتم من خلالها الدفع الالكتروني يمكن أن يكون الاتصال بها مقتصرا على أطراف العقد Mono-fournisseur وهنا يفترض تواجد معاملات وعلاقات تجارية ومالية سلفا بين الأطراف.

غير أن هذه الطريقة تستلزم عدم قصر إدارة الدفع الالكتروني عن طريق البنوك، بل كذلك عن طريق المؤسسات الخاصة الأخرى التي يتم إنشائها لهذا الغرض أو من خلال شبكة عامة حيث يتم التعامل بين أشخاص لا تربطهم رابطة من قبل Multi-fournisseur وتتم هذه الشبكة سواء كانت الجهة التي تقوم بإدارة الدفع الالكتروني خاصة أو عامة[1].

ثالثا: من حيث وسائل الأمان الفنية

بما أن الدفع الالكتروني يتم من خلال فضاء معلوماتي مفتوح، فان فرصة السطو على رقم البطاقة أثناء الدفع الالكتروني تكون قائمة، وهذا الخطر متواجد عند الدفع الالكتروني بغير الانترنيت وأكثر حدوثا على شبكة الانترنيت باعتبارها فضاء مفتوح لكل الأشخاص من كل البلدان، ويكون ذلك باختراق البيانات المتواجدة في الشبكة واستخدامها إضرارا بصاحب البطاقة.

ومن أجل تفادي هذا الخطر، فان الدفع الالكتروني يكون مصحوبا بوسائل أمان فنية من شأنها أن تحدد المدين الذي يقوم بالدفع والدائن الذي يستفيد منه، فيتم بطريقة مشفرة باستعمال برنامج معد لهذا الغرض بحيث لا يظهر الرقم البنكي على شبكة الويب Web ، كما يتم عمل أرشيف للمبالغ التي يتم السحب عليها، مما يسهل الرجوع إليه، ولتفادي تداول البيانات على الشبكة تم ابتكار نظام للوفاء يقوم على فكرة الأجهزة الوسيطة بإدارة عمليات الدفع لحساب المتعاقدين، وذلك بتسوية الديون و الحقوق الناشئة عن التصرفات المختلفة التي تبرم بينهما.

وهذا من شأنه توفير الثقة بين أطراف التعامل وضمان فعاليتها الأكيدة كوسيلة من وسائل الدفع التي تيسر التجارة الالكترونية[2].

---

[1] د/ فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص 101.

[2] د/ فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص 102.

الفرع الثاني: أنواع الدفع الالكتروني

يمكن للمتعاقد من خلال شبكة الانترنيت أن يقوم بالوفاء بمقابل ما قد تلقاه من المورد مستخدما اما الطرق التقليدية للوفاء في العقود التي تتم بين غائبين، أو طرق الوفاء المباشرة وذلك من خلال شبكة اتصال لاسلكية متحدة عبر الكمبيوتر Télématique [1]، وهذا ما يعرف بالدفع الالكتروني، ولهذا الأخير عدة طرق أهمها:

أولا: الدفع عن طريق التحويل الالكتروني

هذه الطريقة تتم بتحويل مبلغ معين من حساب المدين الى حساب الدائن Télé-virement، دون اللجوء الى استعمال بطاقات الدفع فالعملية تتم بطريقة مباشرة عبر الشبكة الالكترونية، حيث أن أمر الدفع تملكه الجهة التي تقوم على ادارة عملية الدفع الالكتروني، ومن أمثلتها استعمال الوسائط الإلكترونية المصرفية، التي يستطيع بموجبها الزبون أن يطلب من البنك تحويل مبلغ من المال إلى رصيد البائع مقابل الخدمة أو السلعة التي اشتراها عبر الأنترنيت، حيث يتم الإتصال بالبنك بواسطة الهاتف(الهاتف المصرفي)[2].

ثانيا: الدفع بالبطاقات المصرفية Télépaiement par carte

تعرف البطاقة المصرفية بأنها "عبارة عن بطاقات بلاستيكية (Plastic money) ممغنطة تصدرها البنوك لصالح زبائنها بدلا من حمل النقود، ويستطيع حاملها أن يحصل على ما يحتاجه من

---

[1] أشار العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الالكترونية في بنده العاشر بعنوان الوفاء إلى جواز الوفاء بطرق ثلاثة: فإما أن يتم الوفاء فورا ببطاقة مصرفية Paiement immédiat par carte bancaire، وإما أن يتم الوفاء فورا بواسطة حافظة نقود الكترونية Paiement par porte-monnaie électronique rechargeable، وإما أن يؤجل الوفاء لحين التسليم Paiement différé à livraison .

Voir, Miche Vivant, Op.cit.

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

د/محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 142.

م / يونس عرب، البنوك الخلوية، التجارة الخلوية، المعطيات الخلوية، ثورة جديدة تنبئ بانطلاق عصر ما بعد المعلومات. www.arablaw.org

Voir aussi, Thibault Verbiest, commerce électronique par téléphone mobil (m-commerce): un cadre juridique mal défini,

www.droit-technologie.org,.

سلع وخدمات دون أن يضطر إلى الوفاء بثمنها فورا نقدا أو بشيكات"[1] ، فبإمكانه إرسال رقم البطاقة البنكية عن طريق البريد الالكتروني أو من خلال فاكس أو إرسال البيانات المتعلقة بحسابه البنكي مما يمكن المورد من اقتطاع الثمن من حساب العميل.

غير أن هذه الوسائل لا تخلوا من المخاطر تتمثل خاصة في تسليم رقم البطاقة على الشبكة دون تشفير أو اتخاذ الاحتياطيات التي تضمن سريته، وأهم هذه البطاقات ما يلي:

1- بطاقات الوفاء carte de payement

تخول هذه البطاقة لحاملها سداد مقابل مشترياته من سلع وخدمات، حيث يتم تحويل ذلك المقابل من حسابه إلى حساب التاجر، ولا تعد هذه البطاقات ائتمانية إنما تحمل تعهدا من البنك مصدر البطاقة بتسوية الدين بين حامل البطاقة والتاجر، وإن كان هناك رصيد دائن لحامل البطاقة ويتم ذلك بطريقتين، إحداهما مباشرة والأخرى غير مباشرة.

ففي الطريقة غير المباشرة يقدم الزبون بطاقته التي تحتوي على بياناته وبيانات البنك المصدر لها إلى التاجر الذي يدون بيانات مفصلة عن المشتري وبطاقته، ويوقع الأخير على فاتورة من عدة نسخ ترسل نسخة منها إلى البنك الخاص بالزبون أو الجهة المصدرة للبطاقة لسداد قيمة المشتريات، ثم الرجوع على حامل البطاقة بعد ذلك.

أما الطريقة المباشرة فتتم بقيام الزبون بتسليم بطاقته إلى مورد السلعة أو الخدمة الذي يمررها على جهاز للتأكد من وجود رصيد كاف لهذا الزبون في البنك الخاص به، ولا يتم ذلك إلا بعد إدخال رقمه السري في الجهاز، فإن قام الزبون بهذه العملية فيكون قد فوض البنك تحويل المبلغ من حسابه إلى حساب التاجر عند طريق عمليات حسابية بين بنك كل منهما، وتعد هذه البطاقات ضمانا وافيا للتجار للحصول على مستحقاتهم سواء عن طريق الدفع المباشر أو المؤجل، ومن أمثلة بطاقات الوفاء في فرنسا بطريقة الدفع غير المباشر بطاقة La carte bleue[2].

---

[1] د/محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 130.

[2] ولمزيد من التفصيل أنظر د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 113 و114.

يرى الأستاذ جمال جودي أن استعمال هذه البطاقة يعتبر وفاء عن بعد لفائدة تاجر انطلاقا من جهاز آلي نهائي متصل بشبكة.

" L'utilisation de la carte de payement : c'est un paiement à distance émis à l'ordre d'un commerçant à partir d'un terminal connecté à un réseau".

2- بطاقة الائتمان Carte de crédit

تخول هذه البطاقة لحاملها الحق في الحصول على تسهيل إئتماني من مصدر هذه البطاقة لحاملها، حيث يقدمها للتاجر ويحصل بموجبها على السلع والخدمات، تسدد قيمتها من الجهة مصدرة البطاقة، ويجب على حاملها سداد القيمة للجهة المصدرة خلال الأجل المتفق عليه، وبذلك تمنح حاملها أجلا حقيقيا وهو ذلك الأجل الذي اتفق على السداد خلاله مع الجهة مصدرة البطاقة.

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

غيرا أن البنوك لا تمنح هذه البطاقة إلا بعد التأكد من ملاءمة الزبون أو الحصول منه على ضمانات عينية أو شخصية كافية [1].

3- بطاقات الشيكات chèque garante card

تصدر البنوك هذا النوع من البطاقات لزبائنها من حاملي الشيكات ويضمن البنك بمقتضى هذه البطاقات الوفاء في حدود معينة بقيمة الشيك الذي يصدره حاملها، وعليه يتعين على حامل البطاقة عند سحب الشيك لأحد التجار من إبراز البطاقة وتدوين رقمها على ظهر الشيك وعلى التاجر أن يتحقق من طبيعة البيانات المدونة على البطاقة مع البيانات المدونة على الشيك[2].

L'Internet ou le défi au paiement sécurisé, Extrait gazette du palais, juillet 2004, 124° année, N° 182 à 183 remis par Dr Djamel Djoudi aux élèves Magistrat de deuxième année à l'Ecole supérieure de la Magistrature, Alger ; juin 2005. P05.

[1] ذهب جانب من فقهاء القانون المدني إلى أن هذه البطاقة تشبه ذات النظم القانونية التي تحكم حوالة الدين أو الحق، أو تلك التي تحكم الإشتراط لمصلحة الغير، وهي نوع من الكفالة أو الوكالة، وانتهى هذا الرأي إلى أنها ليست نظاما من هذه الأنظمة لكن لها الطبيعة الخاصة بها والتي يجب البحث عليها وتأهيلها في ضوء النصوص المتاحة والتشريعات المقترحة. ومن أمثلة هذه البطاقات carte passe chez carrefour, Visa, Master card, Access.

لمزيد من المعلومات راجع د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 114 و115.

و د/محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 138 و139.

[2] وبذلك تختلف عن الشيك الإلكتروني أو الشيك الافتراضي Chèque virtuel،الذي هو عبارة " عن بيانات يرسلها المشتري إلى البائع عن طريق البريد الإلكتروني المؤمن، تتضمن البيانات التي يحتويها الشيك البنكي من تحديد مبلغ الشيك واسم المستفيد واسم من أصدر الشيك وتوقيع مصدره "، ويعتمد هذا النوع من الشيكات على وجود وسيط بين المتعاملين (ويطلق عليه جهة التخليص)، ويتم استخدام هذا الشيك في عمليات الوفاء بأن يقوم كل من البائع والمشتري

ثالثا: الدفع بالنقود الالكترونية Monnaie électronique

يصطلح على تسميتها أيضا بالنقود الرقمية أو الرمزية أو النقود القيمية وتعرف بأنها " سلسلة الأرقام التي تعبر عن قيم معينة تصدرها البنوك التقليدية أو البنوك الافتراضية لمودعيها ويحصل هؤلاء عليها في صورة نبضات bits كهرومغناطيسية على بطاقة ذكية أو على الهارد درايف ويستخدمها هؤلاء لتسوية معاملاتهم التي تتم عن طريقه"[1].

ولقد تم ابتكار هذه الطريقة في الوفاء نتيجة للعيوب التي ظهرت على طريقة الدفع بواسطة البطاقات المصرفية، وترتكز هذه التقنية على تجميع وحدات قيمية في أداة مستقلة عن الحسابات المصرفية، وتتمثل في فكرتي حافظة النقود الالكترونية (PME) و حافظة النقود الافتراضية (PMV).

اذ يتم شحنهما مسبقا بوحدات لها قيمة مالية عن طريق البنك، ويتم تسجيل هذا الرصيد المالي في بطاقة خاصة في حالة حافظة النقود الالكترونية أو على القرص الصلب لجهاز الحاسوب الخاص بمستعمل الشبكة في حالة النقود الافتراضية[2].

بفتح حساب لدى بنك محدد، ويقوم المشتري بتحرير الشيك الإلكتروني وتوقيعه إلكترونيا، وبهذه العملية يندمج التوقيع في الشيك ويصبح كل منهما شيئا واحدا لا يمكن الفصل بينهما.

Voir, Dr Djamel Djoudi, Op.cit. P06.

[1] د/ فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص 105.

وفي هذا الإطار يقول الأستاذ جمال جودي ما يلي:

« Cette monnaie, encore controversée repose en fait sur un mécanisme de prépaiement. Il ne s'agit pas d'unités monétaires liquides et fongibles mais d'un substitut électronique des pièces et billets, stocké sur un support électronique tel qu'une carte à puce ou une mémoire d'ordinateur. Mais quel qu'en soit le support de stockage' la monnaie électronique n'est pas constituée des signes monétaires' scripturaux ou fiduciaires' en contrepartie desquels on l'émet. En réalité' il s'agit d'unités de conversion qui circulent de compte à compte' selon le schéma d'une opération carte en monnaie scripturale »

Voir, Dr Djamel Djoudi, Op, cit, P07.

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

د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص100 و101.

وبهذه الطريقة يستطيع الزبون أن يشتري أية سلعة أو خدمة على شبكة الانترنيت عن طريق إصدار أمر إلى الكمبيوتر الخاص به بدفع قيمة مشترياته بالنقود الإلكترونية المسجلة على القرص الصلب للكمبيوتر الخاص به، وذلك دون أن يعلم البائع أو البنك شخصية الزبون، وبمجرد إصدار الأمر للكمبيوتر بدفع ثمن المشتريات بالنقود الإلكترونية للبائع يتم نقل العملات الإلكترونية من خلال البنك المصدر لها ويقوم بتحميلها على الكمبيوتر الخاص بالبائع، ويستطيع البائع بعد ذلك أن يحول النقود الإلكترونية التي أضيفت إلى حسابه إلى نقود حقيقية عن طريق البنك.

المبحث الثاني: إثبات العقد الإلكتروني

إن التطور التقني لوسائل الإتصال الحديثة وتقنيات المعلومات أتاح التعامل بنوع جديد من الدعامات، وخلق نوعا جديدا من الكتابة والتوقيع اللذين أصبحا يتمان إلكترونيا، حيث يتم تبادل رسائل البيانات وإبرام العقود عبر شبكات اتصالات، وتحميلها على دعامات غير ورقية داخل أجهزة الكمبيوتر وخارجها مصحوبة بتوقيع إلكتروني لصاحب الرسالة عن طريق التشفير، مما جعل الكتابة الخطية بصورتها التقليدية ليست هي الوسيلة الوحيدة في الإثبات بل أصبح يعتد أيضا بالكتابات التي تكون على دعامات غير ورقية مادامت هذه التقنيات تسمح بحفظ الكتابة وقراءتها، وهذا ما كرسه المشرع الجزائري من خلال تعديل قواعد الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني، من خلال القانون رقم 05-10.

المطلب الأول: الكتابة في الشكل الإلكتروني وحجيتها في الإثبات

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

الفرع الأول: تحديد مفهوم الكتابة في الشكل الإلكتروني

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

أولا: تعريف الكتابة

لقد أورد المشرع في المادة 323 مكرر من القانون المدني تعريفا للكتابة بالنص على أنها: " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف وأوصاف وأرقام وأية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها" [1].

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

فالمقصود بالكتابة في الشكل الإلكتروني حسب هذا النص[1]، ذلك التسلسل في الحروف أو الأوصاف أو الأرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، المكتوبة على دعامة إلكترونية ومهما كانت طرق إرسالها، ومثال ذلك تلك المعلومات والبيانات التي تحتويها الأقراص الصلبة أو المرنة، أو تلك التي يتم كتابتها بواسطة الكمبيوتر وإرسالها أو نشرها على شبكة الأنترنيت.

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

ثانيا: خصائص التعريف الجديد للكتابة

إن مفهوم الكتابة الذي جاءت به المادة 323 مكرر قابل للتوسع، ذلك أن صياغتها بالنص على أنه " ينتج الاثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أرقام أوأية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها" يفهم منه أن المشرع يعتد لإثبات التصرفات القانونية بأية دعامة كانت عليها الكتابة سواء كانت على الورق أو على القرص المضغوط أو على القرص المرن، ويتسع المفهوم إلى كل الدعائم التي يمكن أن تفرز عنها التطورات التكنولوجية في المستقبل، وهذا المبدأ الذي أخذ به المشرع الجزائري في عدم التفرقة بين الدعامات الالكترونية سماه الفقيه Caprioli بـ: Principe »

---

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

في هذا الشأن يقول الأستاذ (Eric Caprioli):

" Nous préférons également l'expression **écrit sous forme électronique** à celle d'écrit **électronique** car ce ne sont que les formes de l'écrit qui changent et non sa nature, s'il peut exister plusieurs formes de preuve littérale, les écrits, à condition qu'ils remplissent les exigences fixées par le législateur sont de même nature et d'une force probante équivalente".

Voir Eric Caprioli, le juge et la preuve électronique, réflexion sur le projet de loi portant adaptation de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique, www.caprioli-avocats.com.

de neutralité technique et de non discrimination à l'encontre d'un support ou d'un média »[1].

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

– إشتراط المشرع أن تكون هذه الكتابة مفهومة signification intelligible وبالتالي يجب أن تكون هذه الأحرف أو الأشكال أو الإشارات أو الرموز أو الأرقام لها دلالة قابلة للإدراك وللقراءة، والمقصود بذلك أنه لو كان هذا التتابع للعلامات أو الرموز، وبمعنى آخر هذا المحتوى المعلوماتي للكتابة المعبر عنها في الشكل الإلكتروني مشفرا بحيث لا يمكن إدراك معاينته من قبل الإنسان بل من قبل الحاسوب فقط فإن هذه الكتابة لا تصح لتكون دليل إثبات، لأنه لا يمكن للقاضي إدراك محتواها في حالة النزاع[2].

من خلال هذه الخصائص يتضح أن هذا المفهوم الجديد للكتابة كما يقول الأستاذ كمال العياري " أدخلت مسحة من التطور على مفهوم الكتابة مما آل إلى التخلي عن التعريف التقليدي المرتكز على المفهوم الورقي والمادي، فالإعتراف بالكتابة في الشكل الالكتروني قد أدى في الحقيقة إلى تقويض ثنائية المحتوى والوعاء، التي كانت تشكل إحدى أهم خصائص الكتابة التقليدية.

ولكن الفصل بين مضمون الكتابة والشكل الذي ترد فيه يثير مسألة الثقة في هذا النوع من الكتابة، ويصيب قيمتها القانونية بالنقصان" [3]، فالكتابة في الشكل الإلكتروني على خلاف الكتابة التقليدية معرضة للتبديل وللتحوير اللاحق مما يمس قوتها الثبوتية، الشيء الذي جعل المشرع يحيطها بعدة ضمانات نتطرق اليها ضمن الفرع الثاني المخصص للقوة الثبوتية للكتابة في الشكل الالكتروني.

---

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

Eric Caprioli ، المرجع، السابق.

[2] Eric Caprioli، المرجع، السابق.

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

الفرع الثاني: القوة الثبوتية للكتابة في الشكل الإلكتروني

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

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

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

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

- أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها.

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

أولا: مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الورق

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

إن موقع المادة 323 مكرر من القانون المدني المقابلة لنص المادة 1316-1 من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بتعريف الكتابة الواردة ضمن الباب المخصص بإثبات الإلتزام وتحديدا في

---

[1] وهو نفس المبدأ الذي كرسه القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية في المادة السادسة منه التي تنص: "عندما يشترط أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الإطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا"

أنظر المادة 1316-1 من القانون المدني الفرنسي التي تقابل المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني، والمادة 7 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الأردني.

الفصل الأول الخاص بالإثبات بالكتابة قد أثار جدلا فقهيا، خاصة في فرنسا عما إذا كانت الكتابة في صورتها الحديثة في الشكل الإلكتروني، تعادل في حجيتها حجية الكتابة الرسمية، وبالتالي يمكن من خلالها إثبات عكس التصرفات والعقود المثبتة بكتابة رسمية.

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

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

وإننا نميل إلى الرأي الثاني في عدم قابلية إثبات التصرفات والعقود التي يشترط المشرع لإثباتها الكتابة الرسمية، كون المادة 324 من القانون المدني تشترط حضور الضابط العمومي والحضور المادي لأطراف العقد أمامه لصحته[3]، ويقول في هذا الشأن الأستاذ العياري " في الحقيقة يعود هذا الإحتراز إلى أن المشرع مازال محتفظا ببعض الخشية إزاء هذه المعاملات ولا يروم ضمن منظومة لم تستكمل بعد فترة التجربة" [4]، وتطبيقا لذلك فإن الأحكام المتعلقة بالكتابة العرفية هي التي تطبق على الكتابة التي تكون في الشكل الإلكتروني، لذا يمكن إثبات العقود والتصرفات القانونية التي تفوق قيمتها مائة ألف دينار بالكتابة المبرمة في الشكل الإلكتروني، تطبيقا لنص المادة 333 من القانون المدني

---

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

[2] Eric Caprioli, Op.cit.

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

Décret n° 2005-972 modifiant le décret n° 56-222 relatif au statut des huissiers de justice.

Décret n° 2005-973 modifiant le décret n° 71-941 relatif aux actes établis par les notaires.

Marlene Trezeguet, Op cit.

[4] القاضي، كمال العياري،المرجع السابق.

من جهة، ولا يمكن معارضة الكتابة في الشكل الإلكتروني بشهادة الشهود تطبيقا من جهة أخرى، غير أن اليمين الحاسمة قد تقوض الدليل الثابت بالكتابة في الشكل العرفي.

ثانيا: شروط قبول الكتابة في الشكل الإلكتروني كدليل إثبات

وضع المشرع شرطين لقبول الكتابة في الشكل الالكتروني للإثبات، وهما، امكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها، وسبب وضع المشرع لهذين الشرطين[1] يرجع الى طبيعة المحيط الذي تتم فيه المعاملات الإلكترونية كونه محيط إفتراضي وليس محسوس، مما يفرض عوائق ناتجة عن طبيعة المحيط نفسه وهي:

- صعوبة التعرف على هوية الطرف الآخر في العلاقات العقدية.
- اصطدام استخراج الكتابة في الشكل الإلكتروني من ذاكرة الحامل ببعض العوائق التقنية.
- امكانية تعرض الكتابة الإلكترونية للتغيير من دون أن يترك هذا التبديل أثرا محسوسا.

وسنتطرق للشرطين المذكورين أعلاه فيما يلي:

1: إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها

إن التعاقد الإلكتروني، لاسيما الذي يتم عن طريق الأنترنيت يثير مسألة هامة تتعلق بإمكانية تأكد المتعاقد من هوية المتعاقد معه، أي توثقه من أن الشخص الذي يخاطبه هو فعلا ذلك الذي قدم له إسمه وعنوان بريده الإلكتروني، وغير ذلك من المعلومات، وقد يمتد هذا الإشكال في حالة المنازعة حول حجية هذا العقد، فما الذي يضمن للقاضي أن الوثيقة الإلكترونية المقدمة له كدليل إثبات صادرة أو متعلقة بذلك الشخص أو ذاك، وتعد هذه الإشكاليات من بين أهم الإشكاليات التي تواجه العقود الالكترونية.

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

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

وهي وسائل أريد منها ضمان تأكيد الإتصال من جهة وإثبات هوية الشخص الذي أصدر الوثيقة الإلكترونية من جهة أخرى، لكن تأكد بعد تجربتها أن لكل منها ثغرات أمنية ولذلك تعد غير كافية.

وهذا ما استدعى اللجوء إلى فكرة الشخص الوسيط بالعلاقة العقدية أو ما يسمى سلطات الموثوقية وهي عبارة عن شركات ناشطة في ميدان خدمات التقنية تقدم شهادات تتضمن تأكيدا بأن الطلب أو الجواب قد صدر من الموقع المعني وتحدد تاريخ صدور الطلب أو الجواب، وحتى تضمن هذه الجهات تأكيد شخصية المخاطب، تستعمل تقنيات التعرف على الشخص بدءا بكلمة السر وانتهاء بتقنيات التشفير[1].

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

أما المشرع الجزائري فقد عرف شهادة التصديق الإلكترونية في المادة 15 من قانون[3] 04-15 المتعلق بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين وهي شهادة تصدرها جهة وسيطة أو جهة ثالثة أو مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، ما بين طرفين متعاملين بالطريق الإلكتروني، وتمنح هذه الشهادة للموقع دون سواه، وهي تتضمن بيانات معينة حددها المشرع في الفقرة الرابعة من نفس المادة ويكون مضمون هذه الشهادة صحة البيانات المتبادلة بين الطرفين، حتى يطمئن الطرف الأخر لصحة البيانات والتعاقدات

ويصدر توقيعه، ومن ثم يصبح إبرام العقد الإلكتروني باتا[4].

---

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

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

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

المادة 08 وما بعدها من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي

[3] القانون 15/04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكتروني الصادر بتاريخ 1 فبراير 2015، ج ر 10 فبراير 2015، العدد 6، ص 7.

[4] نجيبة بادي بوقميجة، اثبات العقد الالكتروني، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية، عدد 2، ج2، ص367.

2: أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها.

مع تطور التقنيات الإلكترونية وتحركها المستمر أصبح من الصعب ضمان الوجود المستمر للوسائط الإلكترونية اللازمة لقراءة السند الإلكتروني المنظم منذ مدة وفقا لتقنيات قديمة، كما أن السندات الإلكترونية هي عمليا معرضة للتلف بعد مدة، حتى ولو حفظت في شروط ملائمة وهنا وجه الإختلاف بين السند المادى والسند الإلكتروني، فالأول يمكن إعادة إنشاؤه من الأصل عند تغيب الورقة، بينما التغيب يمحي السند الإلكتروني كليا، فمشكلة الحفظ تساوى فيها السند الإلكتروني والسند الرسمي، ولذلك أوجب المشرع ضرورة حفظ الوثيقة الإلكترونية من أجل الحفاظ على حقوق الأفراد الذين يتعاملون بها أو من كان لهم حقوق ثابتة بها.

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

وفي كل الأحوال يجب أن يكون الحامل الإلكتروني من الوسائط المتاحة حاليا أو التي يكشف عنها العلم مستقبلا، فنص المادة 323 مكرر يحتمل توسيع مجال الدعائم الإلكترونية ووسائط جديدة تعد بمثابة الحامل الإلكتروني، كما سبقت الإشارة إلى ذلك عند تعريف الكتابة في الشكل الإلكتروني.

ويتعين حسب الفقه أن يتوافر في الحامل الإلكتروني الذي تحفظ عليه الوثيقة الإلكترونية خصائص معينة تتعلق بهذه الرسالة أو الوثيقة وهي:

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

[1] لذلك فقد استثنى التوجيه الأوروبي رقم 97-07 المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد مواقع الانترنيت من الدعامات القابلة للاستمرار كونها دعامة تفتقر إلى هذه الخاصية فيما عدا تلك التي تستجيب للمعايير المبينة بشأن تعريف الدعامة التي لها قابلية للاستمرار وهو التعريف الذي جاءت به المادة 02 من هذا التوجيه بقولها " كل أداة تسمح

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

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

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

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

- التزام المرسل بحفظ الوثيقة الإلكترونية في ذات الشكل الذي أرسلها به، حتى تكون حجة عليه متى تعلق حق للغير بهذه الوثيقة، فإذا ادعى خلاف ذلك، كانت الصورة المسلمة إليه، حجة عليه وحجة للطرف الآخر الذي يتمسك ضده بهذه الوثيقة الإلكترونية[1].

ونشير في الأخير إلى أن تخزين أدلة الإثبات في الآلات و عبر المواقع المؤقتة التي يمكن أن لا تتمتع بصفة الدوام والاستقرار جعل الفقيه Caprioli يقترح إنشاء جهات ثالثة تضمن سلامة الوثائق الالكترونية من التبديد والتحريف يسمى بـ"Tiers Archiveur" ، فتخزين المعلومات في الكمبيوتر الخاص بأحد المتعاقدين يمكن أن يعرضها للتبديل أو التحريف كون هذا الجهاز يخضع لإرادة و إشراف وتوجيهات مستعمليه.

للمستهلك بتخزين المعلومات التي توجه إليه شخصيا على نحو يمكن معه الرجوع إليها بسهولة مستقبلا خلال فترة زمنية تتلاءم مع الأغراض التي من اجلها تم توجيه هذه المعلومات ، وتسمح بإعادة نسخ هذه المعلومات نسخة مطابقة لتلك التي تم تخزينها.

د/ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص ص 48،49.

[1] د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع السابق ص 149.

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

ثالثا: التنازع بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الورق في الإثبات

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

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

لكن وبظهور الوسائط التقنية الجديدة التي تختلف في طبيعتها عن الوثائق الكتابية، وتوازيها في نفس الوقت في قوتها الثبوتية أصبح من الممكن حدوث التنازع فيما بينها، وبات الأمر ضروريا بالنسبة للمشرع الفصل في هذا التنازع، فلو وقع نزاع حول تنفيذ عقد أو تصرف قانوني ما سواء كان

---

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

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

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

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

Eric Caprioli, Op cit.

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

مبرما بطريقة تقليدية وتمسك أحد الأطراف بالوثيقة الورقية بينما تمسك الآخر بالوثيقة الإلكترونية المعدة للإثبات، فأي الدليلين يرجح القاضي؟

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

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

- أعطى للقاضي سلطتين، الأولى صلاحية البت بالنزاعات القائمة حول وسائل الإثبات وتحديد السند الأكثر مصداقية، والثانية هي سلطة تقديرية واسعة في عملية التحديد، فهو الذي يرجح واسطة إثبات دون أخرى، بمعزل عن الدعامة ورقية كانت أو إلكترونية، وذلك باستخدام الطرق المتوفرة لديه[2].

- إمكانية وضع اتفاقات بين المتعاقدين تخالف قواعد الإثبات الموجهة للقاضي، وبالتالي الإعتراف بأن هذه القواعد يمكن الإتفاق على خلافها [3].

وهذه القواعد التي جاء بها القانون الفرنسي يمكن الإستعانة بها في الجزائر كونها لا تخرج عن القواعد العامة المتعلقة بالإثبات، فالقاضي الجزائري في غياب النص الذي يفصل في تنازع أدلة الإثبات بإمكانه استعمال سلطته التقديرية لترجيح أحد الأدلة على غيرها، كما في حالة ما إذا عرض عليه محرران عرفيان ورقيان، إلا إذا اتفق طرفا العقد على ترجيح إحدى الوثائق على الأخرى، كأن يتفقا على ترجيح وثيقة إلكترونية على الوثيقة الخطية، وهذا الإتفاق جائز لأن قواعد الإثبات الموضوعية

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

[2] Eric Caprioli, Op cit.

[3] د/ سامي بديع منصور، مرجع سابق، ص 360 وما بعدها.

ليست من النظام العام [1]، وفي هذا يقول الأستاذ يحي بكوش: " تبقى القواعد الموضوعية الخاصة بالإثبات التي تمس بالحقوق الخاصة خاضعة لإرادة الخصوم يتصرفون فيها طبقا لرغباتهم" [2].

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

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

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

المطلب الثاني: التوقيع الإلكتروني

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

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

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

---

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

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

[2] راجع، أ/ يحي بكوش، المرجع السابق، ص 53.

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

و أنظر أيضا في نقس المجال .Eric Caprioli, Op Cit

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

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

الفرع الأول: تحديد مفهوم التوقيع الإلكتروني

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

أولا: تعريف التوقيع الإلكتروني

تناول المشرع تعريف التوقيع الإلكتروني في الباب الأول الفصل الثاني في المادة الثانية من قانون التوقيع الإلكتروني في الفقرة الأولى: "التوقيع الإلكتروني بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق" ونص على البيانات في المادة الثانية ف 3 " "بيانات فريدة مثل الرموز أو مفاتيح التشفير الخاصة، التي يستعملها الموقع لإنشاء التوقيع الإلكتروني"

ولجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة عرفته بأنه "مجموعة أرقام تمثل توقيعا على رسالة معينة"، يتحقق هذا التوقيع من خلال اتباع بعض الإجراءات الحسابية المرتبطة بمفتاح رقمي خاص بالشخص المرسل، ومن ثمة فإنه بالضغط على هذه الأرقام الخاصة بمستخدم الأنترنيت، يتكون التوقيع الإلكتروني، ويمكن أن يتم تحديد هذه الأرقام الخاصة من خلال اتفاقيات جماعية لمستخدمي الأنترنيت في المعاملات التجارية أو من خلال عقد مبرم بين الطرفين يحدد الرقم السري الخاص بكليهما، بحيث أن اقتران الرسالة المرسلة بهذه الأرقام، يستطيع الشخص أن يحدد شخصية المتعاقد الذي أرسل الرسالة، وهذا يعني إمكانية تعدد التوقيع الإلكتروني، بتعدد المعاملات التي يقوم بها الشخص[1].

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

وعرفه المشرع الفرنسي في المادة 1316-4 من القانون المدني بأنه: "التوقيع الضروري لإكمال التصرف القانوني، والتعريف بهوية صاحبه، والمعبر عن رضا الأطراف بالإلتزامات الناشئه عنه" [1].

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

ومن التعاريف التي اقترحها الفقهاء التعريف القائل بأن التوقيع الإلكتروني هو: "اتباع مجموعة من الإجراءات أو الوسائل التقنية التي يتاح استخدامها عن طريق الرمز أو الأرقام أو الشفرات، بقصد إخراج علامة مميزة لصاحب الرسالة التي نقلت إلكترونيا" [3].

ثانيا: خصائص التوقيع الإلكتروني

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

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

---

[1] L'article 1316-4 du code civil français stipule que : " la signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose, elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte".

راجع أ/ محمد بودالي، التوقيع الإلكتروني، مجلة الإدارة، العدد رقم 2، لسنة 2003، ص 55.

[2] "une donnée sous forme électronique qui est jointe ou liée logiquement à d'autre données électroniques et qui serre de méthode d'authentification"

أ/ محمد بودالي، نفس المرجع السابق، ص 55.

[3] د/ عبد الفتح بيومي الحجازي، المرجع السابق، ص 72.

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

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

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

---

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

والطريقة الشائعة للتشفير تتمثل في وجود مفتاحين، المفتاح العام وهو معروف للعامة، ومفتاح خاص يتوفر فقط لدى الشخص الذي أنشأه، ويمكن بهذه الطريقة لأي شخص يملك المفتاح العام أن يرسل الرسالة المشفرة، ولكن لا يستطيع أن يفك شفرتها إلا الشخص الذي لديه المفتاح الخاص.

ويجب في هذا الصدد عدم الخلط بين التوقيع الإلكتروني وبين تشفير الرسالة الإلكترونية chiffrement du message، فصحيح أن كليهما يقوم على عملية حسابية يتم من خلالها تشفير مضمون التوقيع أو الرسالة، ولكن هناك فرق وهو أن تشفير الرسالة يشملها بأكملها، في حين أن التشفير في التوقيع الإلكتروني يقتصر فقط على التوقيع دون بقية الرسالة، بحيث أنه يمكن أن يكون مرتبطا برسالة غير مشفرة.

Voir Eric Caprioli, Op cit.

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

[2] د/يونس عرب، المرجع السابق.

[3] أ/ محمد بودالي، المرجع السابق، ص 57.

[4] راجع بأكثر تفصيل، أ/ محمد بودالي، المرجع السابق، ص 57.

و Eric Caprioli, Op cit.

ثالثا: أنواع التواقيع الإلكترونية.

للتوقيع الإلكتروني صورتان شائعتان إحداهما رقمي والآخر بيومتري.

1: التوقيع الرقمي La signature numérique.

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

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

ويمكن تلخيص مزايا هذا التوقيع في الآتي:

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

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

[1] د/ يونس عرب، المرجع السابق.

2: التوقيع البيومتري Signature biométriques

يعتمد التوقيع البيومتري على تحديد نمط خاص تتحرك به يد الشخص الموقع أثناء التوقيع، إذ يتم توصيل قلم إلكتروني بجهاز كمبيوتر، ويقوم الشخص بالتوقيع باستخدام هذا القلم الذي يسجل حركات يد الشخص أثناء التوقيع كسمة مميزة له اخذا في الاعتبار بأن لكل شخص سلوك معين أثناء التوقيع[1].

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

الفرع الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

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

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

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

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

---

[1] د/يونس عرب، المرجع السابق.

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

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

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

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

---

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

و Eric Caprioli, Op Cit.

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

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

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

خلاصة الفصل الثاني

لا يختلف العقد الإلكتروني عن التقليدي في ترتيب التزامات على عاتق المتعاقدين، وتتجلى الفروق في كيفية تنفيذ طرفي العقد الإلكتروني لالتزاماتهما، وإثبات العقد في حالة النزاع حول تنفيذها.

فبالنسبة للتنفيذ يلتزم المعلن على الشبكة بتسليم السلعة أو أداء الخدمة، و يلتزم المتعاقد معه بدفع الثمن المقابل لها إلكترونيا.

وموضوع التسليم قد يكون سلعة مادية، غالبا ما يتم عبر البريد، وقد تكون أشياء غير مادية، مثل برامج الكمبيوتر، يمكن تسليمها بالوسائل الإلكترونية دون اللجوء إلى الطرق التقليدية في التسليم.

وبخصوص مكان التسليم، فحيث يوجد موطن البائع طبقا للقواعد العامة، ويمكن أن يتم التسليم بالنسبة للعقود التي يكون محلها شيئا معنويا في صندوق البريد الإلكتروني،

فإذا أخل البائع بالتزامه بالتسليم وطلب المشتري الفسخ مع التعويض او التنفيذ العيني تثور صعوبات كبيرة كون المتعاقدين عادة ما تفصل بينهما مسافات بعيدة.

اما الالتزام بالوفاء فيتم في بيئة غير مادية أين تزول المعاملات الورقية و هنا يكمن الفرق بينها و بين المعاملات التقليدية، فظهر ما يسمى بأنظمة الدفع الالكتروني.

و بالنسبة لإثبات العقد الإلكتروني فيعتد به طبقا لما كرسه المشرع الجزائري من خلال القانون رقم 05-10 ونص المادة 323 م من القانون المدني، ويعتد المشرع أيضا في مفهوم الكتابة بأية وسيلة من وسائل نقلها بشرط أن تكون هذه الكتابة مفهومة، فالإعتراف بالكتابة في الشكل الالكتروني قد أدى إلى تقويض ثنائية المحتوى والوعـاء، التي كانت تشكل إحدى أهم خصائص الكتابة التقليدية.

و القوة الثبوتية للكتابة في الشكل الإلكتروني لا تختلف عن الشكل التقليدي بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها. و نشير الى عدم قابلية إثبات التصرفات والعقود التي يشترط المشرع لإثباتها الكتابة الرسمية، كون القانون المدني يشترط الحضور المادي لأطراف العقد أمام الضابط العمومي لصحته،

و يتم التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها باستعمال وسائل تعريف الشخصية عبر كلمة السر أو الأرقام السرية، و كذا وسائل التشفير، ووسائل التعريف البيولوجية للمستخدم، أما مشكلة الحفظ فيتساوى فيها السند الإلكتروني والسند الرسمي.

و التوقيع الإلكتروني يعتد به كالعادي وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 من ق م. و نص المشرع في المادة 327 فقرة 2 على أنه: " يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفقا للشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 "، فيكون بذلك قد ساوى في الحجية بينهما.

خاتمة

الخاتمـة

سعينا في هذه المذكرة إلى المقارنة بين قواعد العقد التقليدي والإلكتروني من حيث إبرامه وتنفيذه وإثباته، فقد تناولنا من خلال هذه النظرة للعقود الإلكترونية مقارنة بالتقليدية في البداية تحديد مفهوم العقد بتعريفه أولا، استنادا لما جاء في النصوص القانونية الدولية والوطنية المقارنة والفقه، مع تحديد الخصوصية في العقد الإلكتروني، وتبيان نطاق ابرامه ثم دراسة كيفية انعقاده وتنفيذه واثباته مقارنة بالعقد التقليدي، وتوصلنا الى ما يلي:

فيما يخص الإنعقاد، فإن التعديلات والنصوص الجديدة ضمن قواعد القانون المدني والتي تتعلق بمشروعية التعاقد بالوسائل الإلكترونية، وكذا مبدأ الرضائية في التعاقد، يعطى للطرفين الحرية الكاملة لاختيار الطريقة التي يعبران فيها عن إرادتيهما، وبالتالي لا يوجد ما يحول دون إمكانية استعمال الوسائل المقررة في النظرية العامة للعقد من أجل التعاقد إلكترونيا.

وإذا أتينا الى طرق التعبير عن الإرادة بالوسائل الالكترونية، فإنها لا تخرج عن احتمالات ثلاثة فإما أن يكون هذا التعبير بالكتابة، وإما أن يكون بالإشارة، وإما أن يكون بالكلام، بالنظر إلى الوسيلة المستعملة في التعاقد.

وبالنسبة للقبول في العقد الإلكتروني، فإننا توصلنا الى أنه يجب تأكيد الموجه اليه الايجاب لقبوله وذلك عن طريق الضغط على أيقونة القبول مرتين أو ارسال وثيقة الأمر بالشراء الى الموجب لتفادي الشك في التعبير عن ارادة الموجه اليه الايجاب وأخطاء اليد، أما الحالة الإستثنائية التي يعد فيها السكوت قبولا، لاحظنا أنه لا يمكن التمسك لا بالعرف ولا بالمصلحة المحضة لمن وجه إليه الإيجاب لتأسيس السكوت الملابس، بينما يمكن ذلك إذا تعلق الأمر بوجود المعاملة السابقة.

وانتقلنا بعدها إلى تطبيق نظرية العلم بالقبول المكرسة من طرف المشرع لتحديد زمان و مكان انعقاد العقد الإلكتروني، واستنتجنا أنه توجد حالات تخضع لأحكام التعاقد بين الحاضرين حكما، وحالات أخرى لا يمكن تكييف العقد إلا باعتباره بين غائبين، وبالتالي تطبيق القواعد المنظمة لكل حالة.

فالإيجاب والقبول في العقود الإلكترونية لا يختلف كثيراً عن الإيجاب والقبول في العقود التقليدية، سوى من خلال الوسيلة التي يتم التعبير بواسطتها.

أما فيما يخص تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني، ففيه صعوبة كبيرة بسبب الطبيعة العالمية لوسيلة إبرام العقد، والتي تجعل من الصعوبة بمكان تحديد القانون الواجب التطبيق والجهة القضائية المختصة في نظره، أي أن قواعد القانون الدولي الخاص عاجزة على مواكبة هذه الطبيعة.

و في الفصل الثاني، تمت دراسة مرحلة تنفيذ العقد الإلكتروني وإثباته مقارنة بالتقليدي، فالتنفيذ إما يكون بالرجوع إلى العالم المادي فتطبق الأحكام العامة التي تحكم العقود، ذلك أن محل أغلبها يكون فعل أو أداء، ولذا أمكن تطبيق القواعد العامة التي تحكم التسليم المادي إذا تعلق الأمر بأداء شيء، بينما أداء الخدمة فيثير خصائص بسبب إمكانية تنفيذ الإلتزام داخل الشبكة نفسها.

وبشأن الإثبات، فإنه على الرغم من أن المشرع قد نص صراحة على مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة في الشكل الالكتروني من جهة، والتوقيع الالكتروني من جهة أخرى، فالشروط الواجب توافرها في الكتابة الإلكترونية، وحجيتها في الإثبات، تخضع لنفس القواعد القانونية التي تخضع لها أيضاً العقود التقليدية، وبالتالي فإن الكتابة الإلكترونية لها نفس القوة القانونية للكتابة التقليدية، شرط أن تكون مقروءة، مستمرة، دائمة وغير قابلة للتعديل.

إلا أن هناك الكثير من النقائص تعتري هاته النصوص، أهمها المتعلقة بغياب نص ينظم المنازعة بين أدلة الإثبات الورقية وأدلة الإثبات التي تكون على دعامة إلكترونية.

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

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

قائمة المصادر والمراجع

المراجع باللغة العربية:

أولا: الكتب

أ – المراجع العامة

1- د/ أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومة، طبعة 2002.

2- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات، ج1، 1982، ص210.

3- عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص52.

4- أ/ علاق لمنور، محاضرات في شرح القانون المدني الجزائري، كلية الحقوق، جامعة سطيف، 2021، ج1

5- د/ علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، مطبعة الكاهنة، 1997.

6- أ/ لحلو غنيمة، محاضرات في القانون المدني، ألقيت على طلبة الدفعة الرابعة عشر بالمعهد الوطني للقضاء، السنة الأولى، السنة الأكاديمية 2003-2004.

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

8- فتحي مجيدي، دروس مقياس الالتزامات، كلية الحقوق جامعة الجلفة، 2009-2010، ص15.

ب – الكتب المتخصصة:

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

2 – د/أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الأنترنيت، دار الكتب القانونية، مصر، طبعة 2002.

3 – د/ إلياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الالكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008

4 – د/ رباحي أحمد، الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني، *الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية، أ/ قسم العلوم الإقتصادية و القانونية، العدد 10، جوان 2013*، ص96.

5- د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الأول نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنيا، دار الفكر الجامعي، 2002.

قائمة المصادر والمراجع:

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

7 - عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية (دراسة مقارنة)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2015، ص 20.

8 - أ/محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنيت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة1، 2004.

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

10 - د/محمد فاروق الأباصيري، عقد الإشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الأنترنيت، دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة 2002.

ثانيا: المجلات والمقالات المتخصصة:

1- د/ سامي بديع منصور، الإثبات الإلكتروني في القانون اللبناني معاناة قاض، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والإقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بيروت العربية، الجزء الأول، الجديد في التقنيات المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، طبعة 2004.

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

3 - أ/ محمد بودالي، التوقيع الإلكتروني، مجلة الإدارة، العدد رقم 2، لسنة 2003.

4 - نجيبة بادي بوقميجة، اثبات العقد الالكتروني، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية، عدد 2، ج2، ص367.

5 - د/ نصر الدين مروك، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، موسوعة دار الفكر القانوني، العدد الثالث، دار الهلال للخدمات الإعلامية، ص136 وما بعدها.

6 - أ/ يونس عرب، البنوك الخلوية، التجارة الخلوية، المعطيات الخلوية، ثورة جديدة تنبئ بانطلاق عصر ما بعد المعلومات.www.arab-law.org .

7- أ/يونس عرب، التجارة الإلكترونية E-COMMERCE، مقال منشور على الموقع www.arab-law.org .

قائمة المصادر والمراجع:

8- أ/ يونس عرب، حجية الإثبات بالمستخرجات الإلكترونية في القضايا المصرفية، الجزء 1، مسائل وتحديات الإثبات الإلكتروني في المسائل المدنية والتجارية والمصرفية، مقال منشور على موقع:www.arab-law.org

9- أ/يونس عرب، التقاضي في بيئة الأنترنيت، المركز العربي للقانون والتقنية العالية، المركز العربي للملكية الفكرية وتسوية المنازعات، عمان، الأردن، www.arab-law.org

10- أ/يونس عرب، منازعات التجارة الإلكترونية، الإختصاص والقانون الواجب التطبيق وطرق التقاضي البديلة، المركز العربي للقانون والتقنية العالية، www.arab-law.org

11- أ/يونس عرب، العقود الإلكترونية ـــ أنظمة الدفع والسداد الإلكتروني، مقال منشور على www.arab-law.org.

رابعا: النصوص القانونية:

1 – قانون رقم 15/04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكتروني الصادر بتاريخ 1 فبراير 2015، ج ر 10 فبراير 2015، العدد 6.

2 – قانون رقم 09-04 المؤرخ في 05 أوت 2009، المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصالات ومكافحتها، ج ر عدد 47، الصادرة في 16 أوت 2009

3 – قانون رقم 18-04 المؤرخ في المؤرخ في 10 ماي 2018، الذي يحدد القواعد المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية ج ر عدد 27، الصادرة في 13 ماي 2018.

4 – قانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية المؤرخ في 10 ماي 2018، الجريدة الرسمية، عدد 28، لسنة 2018

5 – الأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري الجزائري، الجريدة الرسمية، عدد 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بقانون رقم 05-02.

6 – الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1995، الموافق لـــ26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

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

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

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

قائمة المصادر والمراجع:

المراجع باللغة الأجنبية:

Livres spécialisés:

1- Beaure D'Agère (Guillaume), Breese (prière) et Thuiler (Stéphanie), paiement numérique sur Internet, Etat de l'art, aspect juridiques et impact sur les métiers,Thomson Publishing, 1997.

2- Michel Vivant, les contrats du commerce électronique, Litec librairie de le cour de cassation, Paris; 1999.

articles spécialisés:

1- Dr Djamel Djoudi et Michel Défossez, Grégoire Loiseau, Nathalie Peterka, Natacha Saufanor–Brouillaud, Marie-Hélène de Laender,, Commerce électronique et opérations bancaires, Revue de droit bancaire et financier Lexis Nexis Juris Classeur, Remis par Dr Djamel Djoudi aux élèves Magistrat de deuxième année à l'Ecole supérieure de la Magistrature, Alger; septembre 2004

2- Eric Caprioli, le juge et la preuve électronique, réflexion sur le projet de loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique, www.caprioli-avocats.com.

3- Murielle cahin, le consentement sur Internet, www.droit- intic.com ,
18/03/2004.

4- Marlene Trezeguet, Enfin une réglementation des actes authentiques électroniques, www.CEjem.com, 26/10/2005.

5- Extrait gazette du palais: L'Internet ou le défi au paiement sécurisé, juillet 2004, 124° année, N° 182 à 183 remis par Dr Djamel Djoudi aux élèves Magistrat de deuxième année à l'Ecole supérieure de la Magistrature, Alger; juin 2005.

6- Thibault Verbiest, commerce électronique par téléphone mobil (m-commerce): un cadre juridique mal défini , www.droit-technologie.org,.

7- Thibault Verbiest, commerce électronique par téléphone mobile et protection de l'utilisateur en droit belge, www.droit-technologie.org, 17 janvier 2005.

8- Thibault Verbiest, responsabilité des opérateur de réseau,le point sur la jurisprudence" www.droit-technologie.org, 17 Avril 2005.

Travaux préparatoires et textes de loi

1- Mr Christian Paul: Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, des la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi, adopté par le SENAT portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information relatif à la signature électronique, par

www.assemblée-nationale.fr

2- Mr Francis Lorentz Rapport présenté par au nom de la mission sur le commerce électronique www.finances.gouv.fr.

3- Directive n° 97-07 CE du 20mai 1997.

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

5- Ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voix électronique

www.journal-officiel.gouv.fr.

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

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

8- Décret n° 2005-972 modifiant le décret n° 56-222 relatif au statut des huissiers de justice.

9- Décret n° 2005-973 modifiant le décret n° 71-941 relatif aux actes établis par les notaires.

10- Contrat type de commerce électronique commerçant-consommateur (chambre de commerce et d'industrie de Paris)

فهرس المحتويات

مقدمة

الفصل الأول: مقارنة العقد التقليدي والالكتروني من حيث المفهوم والخصائص والانعقاد.....01

المبحث الأول: مفهوم العقد التقليدي والالكتروني والخصائص المميزة و النطاق.....01

المطلب الأول: تعريف العقدين التقليدي والإلكتروني.....01

الفرع الأول: التعريف الفقهي للعقدين.....01

الفرع الثاني: التعريف القانوني للعقدين.....03

المطلب الثاني: الخصائص المميزة للعقد الإلكتروني عن التقليدي ونطاقهما.....05

الفرع الأول: الخصائص المميزة للعقد الإلكتروني.....05

أولا: العقد الإلكتروني هو عقد مبرم بوسيلة إلكترونية.....05

ثانيا: العقد الإلكتروني هو عقد مبرم عن بعد.....08

ثالثا: يغلب على العقد الإلكتروني الطابع التجاري.....10

رابعا: العقد الالكتروني عقد إذعان 11

الفرع الثاني: نطاق العقد الالكتروني والتقليدي.....13

أولا: المبدأ في إبرام العقود.....13

ثانيا: الإستثناء في إبرام العقود.....13

المبحث الثاني: إنعقاد العقدين التقليدي والإلكتروني.....16

المطلب الأول: التعبير عن الإرادة.....16

الفرع الأول: صور التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني. 17

أولا: صور التعبير عن الإرادة في العقود المبرمة عن طريق الأنترنيت.....17

ثانيا: صور التعبير عن الإرادة في العقود التي تبرم بالوسائل الإلكترونية الأخرى.....19

الفرع الثاني: مشروعية الوسائل الإلكترونية الحديثة في التعبير عن الإرادة.....20

أولا: القائلون بمشروعية الوسائل الإلكترونية للتعبير عن الإرادة.....20

ثانيا: الرافضون لمشروعية الوسائل الإلكترونية كأداة للتعبير عن الإرادة.....21

المطلب الثاني: تلاقي الإرادتين في العقد.....23

الفرع الأول: الإيجاب و القبول.....23

أولا: الإيجاب في العقد.....23

ثانيا: القبول في العقد.....26

الفرع الثاني: زمان ومكان تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني.....31

أولا: زمان انعقاد العقد الإلكتروني.....31

ثانيا: مكان انعقاد العقد الإلكتروني.....34

خلاصة الفصل الأول.....36

الفصل الثاني: تنفيذ العقد الإلكتروني وإثباته.....37

المبحث الأول: تنفيذ العقد.....37

المطلب الأول: إلتزام المتعاقد بتسليم السلعة أو بأداء الخدمة.....37

الفرع الأول: إلتزام المتعاقد بتسليم السلعة.....37

الفرع الثاني: إلتزام المتعاقد بأداء الخدمة.....41

المطلب الثاني: الالتزام بالوفاء.....41

الفرع الأول: خصائص الدفع الالكتروني.....42

أولا: من حيث طبيعته.....42

ثانيا: من حيث الجهة التي تقوم على خدمة الدفع الالكتروني.....42

ثالثا: من حيث وسائل الأمان الفنية.....43

الفرع الثاني: أنواع الدفع الالكتروني.....44

أولا: الدفع عن طريق التحويل الالكتروني.....44

ثانيا: الدفع بالبطاقات المصرفية Télépaiement par carte 44

ثالثا: الدفع بالنقود الالكترونية Monnaie électronique.....47

المبحث الثاني: إثبات العقد الإلكتروني.....49

المطلب الأول: الكتابة في الشكل الإلكتروني وحجيتها في الإثبات.....49

الفرع الأول: تحديد مفهوم الكتابة في الشكل الإلكتروني.....49

أولا: تعريف الكتابة.....49

ثانيا: خصائص التعريف الجديد للكتابة.....50

الفرع الثاني: القوة الثبوتية للكتابة في الشكل الإلكتروني.....51

أولا: مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الورق.....52

ثانيا: شروط قبول الكتابة في الشكل الإلكتروني كدليل إثبات.....53

ثالثا: التنازع بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الورق في الإثبات.....57

المطلب الثاني: التوقيع الإلكتروني.....59

الفرع الأول: تحديد مفهوم التوقيع الإلكتروني.....59

أولا: تعريف التوقيع الإلكتروني.....59

ثانيا: خصائص التوقيع الإلكتروني.....60

ثالثا: أنواع التواقيع الإلكترونية.....62

الفرع الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات.....63

خلاصة الفصل الثاني.....65

خاتمة

قائمة المراجع

فهرس الموضوعات

ملخص المذكرة

لا يختلف العقد الإلكتروني عن العقد التقليدي لأن كلاهما ينعقدان بتوافق الإرادتين غير أن التعاقد التقليدي يتحقق بالتواجد المادي للأطراف من حيث الزمان والمكان عكس الإلكتروني الذي يتميز باللامادية كما يمكن إبرامه بين غائبين أو حاضرين، والإيجاب والقبول في العقود الإلكترونية لا يختلف عنه العقود التقليدية، عدا وسيلة التعبير، بالإضافة إلى أن العقد الإلكتروني مبرم بوسيلة إلكترونية و عن بعد كما يغلب عليه الطابع التجاري والدولي، هذا من حيث طريقة إبرامه أما من حيث تنفيذه فهماك مسؤوليات على عاتق البائع بتسليم سلعة أو أداء خدمة، ومسؤوليات على عاتق المشتري تقتصر على الالتزام بالدفع الذي يكون الكترونيا بخلاف الدفع التقليدي، وكل هذا لا يعتبر صحيحا إلا بوجود القوة ثبوتية لهذا العقد أي كيف يتم إثبات هذا العقد هو ما أوجب الكتابة والمحررات الإلكترونية بشروطها وكل هذا من أجل صحة إثبات العقد الإلكتروني لضمان الائتمان على قدم المساواة مع العقود التقليدية.