وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة تيسمسيلت

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

مطبوعة في مقياس ملتقى

" العقد الإلكتروني "

للسداسي السادس

مقدمة لطلبة السنة الثالثة حقوق

من إعداد الدكتورة: مناصرية حنان

السنة الجامعية: 2022-2023

مقدمة

لقد أصبح العالم يواكب عصر جديد يطلق عليه عصر المعلوماتية والذي كان نتاج تزاوج تكنولوجيا الإتصالات بتقنية المعلومات التي ربطت بين الشعوب المتباعدة وألغت الحدود السياسية والجغرافية بين الدول، حيث أثرت بشكل كبير على الإقتصاد العالمي وأفرزت أساليب وتقنيات للتعامل لم تكن موجودة من قبل، كل هذا جعل العالم يشهد ظهور نوع جديد من العقود يتم إبرامها عبر الأنترنت تعرف بالعقود الإلكترونية، هذا الأخير يعتبر من المواضيع الحديثة النشأة، فهو العصب الأساسي للتجارة الإلكترونية لأنه يمثل ترجمة قانونية للتلاقي بين إرادتي البائع أو مقدم الخدمة، كما أن العقود الإلكترونية تتميز بعدة خصائص تميزها عن غيرها من العقود، وباعتبار هذا النوع من العقود الإلكترونية يتم إبرامها عبر أشخاص متواجدين في أماكن متباعدة، فقد استقرت القواعد القانونية على إخضاعها لقانون إرادة المتعاقدين، وذلك باعتبار هذه القاعدة وسيلة من الوسائل الفعالة في ميدان العقود الإلكترونية كونها تساعد في التغلب على أحد مشكلات التجارة الإلكترونية المتمثلة في معرفة القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية التي تنشأ في الفضاء الإلكتروني، إضافة إلى ذلك فقد أثار العقد الإلكتروني العديد من الإشكالات سواء من ناحية خصوصيته أو طبيعته أو إنعقاده وكذا تنفيذه وإثباته، وهذا ما سيتم التطرق إليه من خلال هذه الفصول المقدمة في هذه المطبوعة.

حيث قسمنا هذه الدراسة وفق الخطة الآتية:

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للعقد الإلكتروني

الفصل الثاني: تنفيذ العقد الإلكتروني وإثباته

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للعقد الإلكتروني

تشهد العقود الإلكترونية نموا متزايدا حيث أصبحت تمثل نسبة هائلة من حجم التجارة الدولية والداخلية، ويرجع السبب في ذلك إلى سهولة وسرعة إبرام هذه العقود، بل أن الأمر أكثر من ذلك حيث نجد المنشآت التجارية العالمية أصبحت ترفض التعامل مع أي عميل جديد لا يستخدم أسلوب التعاقد الإلكتروني، كما أن هناك عقودا تبرم عن طريق شبكة الأنترنت من أجل تسهيل التجارة الإلكترونية[1] لكن دون أن تكون تلك التجارة محلا لها، وهو ما يدعونا في هذه المحاضرة إلى التطرق إلى تعريف العقد الإلكتروني وبيان خصوصيته، وكذا تمييز العقد الإلكتروني محل الدراسة عن غيره من العقود التي تتم في البيئة الإلكترونية.

جامعة تبسة
المجلس العلمي
كلية الحقوق

المبحث الأول: مفهوم العقد الإلكتروني

إن خصوصية العقد الإلكتروني تكمن في الجانب الإلكتروني لهذا العقد، بمعنى آخر الوسيلة التي ينعقد بها هذا العقد، وقد ظهرت عدة تعريفات للعقد الإلكتروني، حيث سيتم التعرض إلى تعريف هذا العقد وأهم خصائصه وأنواعه وكذا تمييزه عن غيره من العقود وذلك وفق العناصر الآتية.

المطلب الأول: تعريف العقد الإلكتروني

من المقرر أن العقد بصفة عامة يتمثل في تلاقي إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، وأن العقد شريعة المتعاقدين، وأن العقد من حيث تكوينه إما أن يكون رضائيا أو شكليا أو عينيا، وهو من حيث الأثر إما أن يكون ملزما للجانبين أو ملزما لجانب واحد، وإما أن يكون عقد معاوضة أو عقد تبرع، ومن حيث الطبيعة إما أن يكون عقدا فوريا أو عقدا مستمرا، وإما أن يكون عقدا محددا أو عقدا إحتماليا.

إن العقد الإلكتروني في الواقع لا يخرج في بنائه أو تركيبه وأنواعه ومضمونه عن هذا السياق، ومن ثم فهو يخضع في تنظيمه للأحكام الواردة في النظرية العامة للعقد وهو من العقود غير المسماة.

---

[1]– عرفت التجارة الإلكترونية من خلال القانون رقم 18–05 المؤرخ في 10 ماي 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، جريدة رسمية عدد 28، المؤرخة في 16 ماي لسنة 2018 وذلك من خلال المادة 06 فقرة 01 بأنها " النشاط الذي يقوم بموجبه مورد إلكتروني باقتراح أو ضمان توفير سلع وخدمات عن بعد لمستهلك إلكتروني عن طريق الإتصالات الإلكترونية".

وتجدر الإشارة إلى أنه ليس هناك تعريف موحد للعقد الإلكتروني لأنه يعد من الأمور الخلافية نتيجة لتعدد الجهات التي أوردت هذه التعريف من جهة ونوع التقنية التي تستعمل في إبرامه من جهة أخرى، وفيما يلي سنقوم بعرض تعريف للعقد الإلكتروني طبقا لما ورد في المواثيق الدولية والقوانين المقارنة ثم نقوم بتعريفه طبقا لما توصل إليه الفقه في هذا الشأن.

جامعة تبسة
المجلس العلمي
كلية الحقوق

الفرع الأول: تعريف الفقه للعقد الإلكتروني

لقد عرف جانب من الفقه الفرنسي العقد الإلكتروني بأنه " كل اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للإتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية وذلك بفضل التفاعل بين الموجب والقابل"[1].

يلاحظ على هذا التعريف أنه اشترط وسيلة مسموعة مرئية لكي يعتبر العقد إلكترونيا، غير أنه يمكن إبرام العقود الإلكترونية بدون استعمال الوسائل المسموعة أو المرئية كالتعاقد عبر البريد الإلكتروني الذي يكون فيه التعبير عن الإرادة بواسطة الكتابة ومع ذلك يعتبر العقد إلكترونيا.

ويعرف بعض الفقه المصري العقد الإلكتروني بأنه " اتفاق بين شخصين أو أكثر يتلاقى فيها الإيجاب والقبول عبر تقنيات الإتصال عن بعد بهدف إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها "[2].

إن تعريف العقد الإلكتروني حسب هذا الفقه مناطه أمران توافق إرادتين عبر تقنيات الإتصال عن بعد وتجاههما إلى إحداث أثر قانوني.

وعرف كذلك بأنه " كل عقد يتم عن بعد باستعمال وسيلة إلكترونية وذلك حتى إتمام العقد.

إن العقد الإلكتروني حسب هذا التعريف هو العقد الذي يتم بوسائل إلكترونية من بدايته إلى نهايته.

كما يعرف بعض الفقه الأمريكي العقد الإلكتروني بأنه ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل الرسائل بين البائع والمشتري والتي تكون قائمة على صيغ متعدّة سلفا ومعالجة إلكترونيا وتنشئ إلتزامات تعاقدية.

إن ما يلاحظ من خلال التعاريف التي سبق بيانها بأنه لا يوجد تعريف موحد للعقد الإلكتروني، غير أنه لا يخرج في تركيبه وأنواعه عن العقد العادي في تلاقي إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني سوى أنه يبرم عن بعد بواسطة تقنية من تقنيات الإتصال الحديثة أي بوسيلة إلكترونية، وتعرف الوسيلة الإلكترونية على أنها كل وسيلة كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو إلكترومغناطيسية أو أي وسيلة

---

[1]– عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص70.

[2]– المرجع نفسه، ص71.

أخرى مشابهة لتبادل المعلومات بين المتعاقدين، ومن هذه الوسائل[1] نجد الفاكس، التيلكس، المنيتال، الأنترنت، بالإضافة إلى أجهزة حديثة كالأدوات الذكية ما يعرف بالتلفزيون التفاعلي والهاتف المحمول.

لقد عرف بعض الفقهاء العقد الإلكتروني بأنه العقد الذي ينطوي على تبادل الرسائل بين البائع والمشتري والتي تكون قائمة على صيغة معدة سلفا ومعالجة إلكترونيا وتنشأ إلتزامات تعاقدية[2].

وهناك من عرفه أيضا بأنه " اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول على شبكة دولية مفتوحة للإتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية وبفضل التفاعل بين الموجب والقابل"[3].

يأخذ بعض الفقه على هذا التعريف أنه جاء ناقصا حيث لم يبين النتيجة المترتبة عن التقاء الإيجاب والقبول وهي إحداث أثر قانوني وإنشاء إلتزامات تعاقدية.

كما عرفه البعض بأنه ذلك العقد الذي يتم إبرامه عبر شبكة الأنترنت ".

إن الملاحظ على هذا التعريف أنه حصر وسيلة إبرام العقد الإلكتروني في شبكة الأنترنت متجاهلا الوسائل الأخرى لإبرامه مثل التيلكس والفاكس والمينيتل.

وعليه نؤيد الفقه القائل بوجوب التركيز على خصوصيته التي تتمثل بصفة أساسية في الطريقة التي ينعقد بها من دون إغفال صفة هامة فيه باعتباره ينتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد.

وبالتالي يمكن تعريف العقد الإلكتروني بأنه من طائفة العقود عن بعد وهو إتفاق يتلاقى فيه إيجاب وقبول باستخدام تبادل إلكتروني للبيانات أو باستخدام وسائط إلكترونية كليا أو جزئيا بقصد إنشاء إلتزامات تعاقدية أو إحداث أثر قانوني.

---

[1]– يعد جهاز المينيتل من وسائل إبرام العقود فهو جهاز قريب الشبه بجهاز الكمبيوتر الشخصي لكنه صغير الحجم نسبيا، وهو وسيلة اتصال مرئية ينقل الكتابة على الشاشة دون الصور ويلزم لتشغيله أن يوصل بخط الهاتف، أما التلكس فهو 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، أما الفاكس هو عبارة عن جهاز استنساخ بالهاتف يمكن به نقل الرسائل والمستندات نقلا مطابقا لأصلها، فتظهر المستندات والرسائل على جهاز فاكس آخر لدى المستقبل، وبالنسبة للهاتف المرئي يمكن صاحبه من الكلام مع شخص ومشاهدته في نفس الوقت، كما أن الأنترنت تعتبر شبكة هائلة من أجهزة الكمبيوتر المتصلة فيما بينها بواسطة خطوط الإتصال عبر العالم "... للتفصيل أنظر: أحمد شرف الدين، عقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص60.

[2]– أبو الهيجاء محمد إبراهيم عرسان، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع: عمان، 2005، ص60.

[3]– بعداش سعد، العقد الإلكتروني، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 32، عدد 02 جوان 2021، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 01، الجزائر، 2021، ص421.

جامعة تيسمسيلت
المجلس العلمي
كلية الحقوق

الفرع الثاني: التعريف الوارد في المواثيق الدولية الإقليمية

يمكن أن نستخلص تعريف العقد الإلكتروني من خلال بعض المواثيق الدولية والإقليمية التي تتعلق بالتجارة الإلكترونية أو بالتعاقد عن بعد ونستعين كنموذج بـ:

أ- التعريف الوارد في القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية CNUDCI أو UNICTRAL لسنة 1996

صدر هذا القانون في 12-06-1996 [1] عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي وهو بقواعده الإرشادية بمثابة إطار مرجعي للدول في مجال التجارة الإلكترونية، وقد اكتفى القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية بتعريف العقد الإلكتروني من خلال ما ورد في نص المادة 02/ب حيث تم تعريف تبادل البيانات الإلكترونية حيث نصت بأنه يراد بهذا المصطلح نقل المعلومات من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات.

الملاحظ على هذا التعريف من خلال ما ورد في المادة المذكورة أعلاه هو تعريف غير مباشر للعقد الإلكتروني بمصطلح تبادل البيانات الإلكترونية.

أما المادة 02/ أ عرفت رسالة البيانات:"...بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرقية أو التلكس...".

نلاحظ من خلال هذا التعريف بأنه لم يعرف العقد الإلكتروني وإنما عرف الوسائل المستخدمة في العقد، كما أنه ركز على نقلها من حاسوب إلى آخر وذكر وسائل أخرى، إضافة إلى أنه توسع في سرد هذه الوسائل ولم يقم بحصرها وإنما ذكرها على سبيل المثال من أقل تطور إلى أكثر تطورا.

أما القانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة الخاص بالتجارة الإلكترونية فقد عرف العقد الإلكتروني من خلال تعريفه لرسالة البيانات وذلك في المادة 2 بأنها " المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو بريد إلكتروني أو البرق أو التلكس "[2].

ب- التعريف الوارد في المواثيق الأوروبية للعقد الإلكتروني

يمكن أن نستنتج تعريف للعقود الإلكترونية من خلال تعريف التعاقد عن بعد من خلال ما ورد في نص المادة 02 من قانون التوجيه الأوروبي رقم 07/97 الصادر في 20-05-1997[1] المتعلق بحماية

---

[1]- قانون الأنسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل التشريع 1996.

[2]- المادة 2/أ من القانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية 1996.

المستهلك في التعاقد عن بعد على أنه " كل عقد يتعلق بالبضائع والخدمات أبرم بين مورّد[2] ومستهلك[3] في نطاق نظام للبيع أو تقديم خدمات عن بعد نظّمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد تقنية أو أكثر للاتصال عن بعد لإبرام العقد أو تنفيذه".

وفي نفس النص عرف تقنية الإتصال عن بعد : " هي كل وسيلة بدون وجود مادي ولحظي للمورد والمستهلك يمكن أن تستخدم لإبرام العقد بين طرفيه ".

الفرع الثالث: التعريف الوارد في القوانين المقارنة للعقد الإلكتروني

لقد تعددت التشريعات بشأن ما يتعلق بتعريف العقد الإلكتروني، حيث سيتم التطرق إلى أبرزها وذلك من خلال العناصر الآتية.

أ- التعريف الوارد في التشريع الفرنسي

على الصعيد الفرنسي وعملا بأحكام التوجيه الأوروبي 97-07 فقد صدر المرسوم 74-2001 لتنظيم التعاقد عن بعد، حيث يمكن القول بأن التنظيم الفرنسي والأوروبي قصر التعاقد عن بعد من ناحية تحديد أطراف العقد على التعاقد بين المستهلكين والمهنيين واستبعد التعاقد بين المهنيين.

ب- التعريفات الواردة في التشريعات العربية

هناك العديد من الدول العربية التي وضعت تشريعات تنظم بشكل مباشر التجارة الإلكترونية حيث نذكر البعض منها في هذا المجال.

- تعريف المشرع التونسي للعقد الإلكتروني

أصدرت تونس القانون رقم 83-2000 المؤرخ في 09-08-2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية[4] وهي أول دولة عربية تصدر قانونا في هذا الشأن.

---

[1]- قانون التوجيه الأوروبي رقم 97-07 الصادر في 20-05-1997 المتعلق بالتعاقد عن بعد وحماية المستهلك.

[2]- عرف القانون رقم 18-05 السالف الذكر من خلال المادة 06 فقرة 04 المورد الإلكتروني بأنه " كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع أوالخدمات عن طريق الإتصالات الإلكترونية".

[3]- عرف القانون رقم 18-05 السالف الذكر من خلال المادة 06 فقرة 03 المستهلك الإلكتروني بأنه " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الإتصالات الإلكترونية من المورد الإلكتروني بغرض الإستخدام النهائي ".

[4]- قانون 83-2000 المؤرخ في 9 أوت 2000 الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي.

وعرف المشرع التونسي التجارة الإلكترونية من خلال نص المادة الثانية من القانون المذكور أعلاه، حيث عرفها بأنها " العمليات التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية "، وعرف المبادلات الإلكترونية بأنها " المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية".

إن الملاحظ على المشرع التونسي من خلال ما سبق أنه عرف العقد الإلكتروني بطريقة غير مباشرة، حيث نستشف تعريف للعقد الإلكتروني من خلال تعريف المبادلات الإلكترونية.

- تعريف المشرع الأردني للعقد الإلكتروني

بعد إصدار قانون المعاملات الإلكترونية رقم 85-2001 المؤرخ في 31-12-2001 [1]في الأردن متزامنا مع توقيع الأردن لاتفاقية التجارة الحرة مع الولايات المتحدة الأمريكية، وكذلك انضمام هذه الأخيرة إلى المنظمة العالمية للتجارة وتوقيعها لاتفاقية الشراكة الأوروبية رغبة في استقطاب الإستثمارات الخارجية ودعم قطاع تكنولوجيا المعلومات، وقد عرف المشرع الأردني العقد الإلكتروني من خلال نص المادة 02 منه على أنه " الإتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كليا أو جزئيا".

إن الملاحظ على المشرع الأردني أنه عرف العقد الإلكتروني بالنظر إلى طريقة إبرامه.

- تعريف المشرع المصري للعقد الإلكتروني

إن المشرع المصري فلم يعرف العقد الإلكتروني واكتفى بتعريف المحور الإلكتروني حيث عرفه بأنه " رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأي وسيلة أخرى مشابهة "[2].

- تعريف المشرع الإماراتي للعقد الإلكتروني

إن صدور القانون رقم 02 سنة 2002 المؤرخ في 12-02-2002 [3] الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية الذي اهتم بوضع التعريفات لمصطلحات التجارة الإلكترونية، لذلك فقد عرف المعاملات الإلكترونية في المادة 02 بأنه " أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية".

إن الملاحظ على هذا التعريف المذكور سابقا بأنه يتصف إلى حد كبير بالشمولية حيث أنه فسح المجال في مختلف المعاملات الإلكترونية.

---

[1]- القانون رقم 85-2000 المؤرخ في 11 ديسمبر 2000 المتعلق بالمعاملات الإلكترونية الأردنية.

[2]- قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004.

[3]- قانون إمارة دبي رقم 02 لسنة 2002 الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية.

- تعريف المشرع الجزائري للعقد الإلكتروني

لقد عرف المشرع الجزائري العقد الإلكتروني في القانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 ماي لسنة 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية حيث نص في المادة 06 منه بأن العقد في مفهوم القانون رقم 04-02 الموافق ل 23 يونيو لسنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ويتم إبرامه عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الإتصال الإلكتروني".

وعليه فالعقد الإلكتروني هو العقد الذي يبرم عن طريق الأنترنت[1] حيث يمكن تمييزه بما يلي:

- عدم الإلتقاء المادي للأطراف.

- إبرام العقد يتم عبر وسيلة إلكترونية سمعية بصرية تمكن من التفاعل بين أطرافه مما يمكن معه القول بأن العقد يتم بين حاضرين من حيث الزمان وهو حضور مفترض لكنه معاصر للمتعاقدين.

- التباعد المكاني بين طرفي التعاقد، إذ قد يتواجدون في نفس الدولة أو يتواجدون في دول مختلفة، وبهذا يدخل العقد في دائرة العقود التي تبرم بين غائبين من حيث المكان.

- عدم وجود مستند كتابي مادي لهذا العقد، وإنما يكون مثبتا على دعامة غير مادية لأن وسيلة إبرامه هي وسيلة إلكترونية.

مما سبق يمكننا تعريف العقد الإلكتروني بأنه ذلك العقد الذي يتم إبرامه بإحدى الوسائل الإلكترونية سواء كليا أو جزئيا متى كانت هذه الوسائل تحدث التفاعل المطلوب لإتمام العقد بين أطرافه ويرتب إلتزامات على عاتقهم.

جامعة تبسة
المجلس العلمي
كلية الحقوق

[1]- نصت المادة 13 من القانون 18-05 بأن العقد الإلكتروني لا بد أن يتضمن على الخصوص المعلومات الآتية: الخصائص التفصيلية للسلع والخدمات، شروط وكيفيات التسليم، شروط الضمان وخدمات ما بعد البيع، شروط فسخ العقد الإلكتروني، شروط وكيفيات الدفع، شروط وكيفيات إعادة المنتوج، كيفيات معالجة الشكاوى، شروط وكيفيات الطلبية المسبقة عند الإقتضاء، الشروط والكيفيات الخاصة المتعلقة بالبيع بالتجريب عند الإقتضاء، الجهة القضائية المختصة في حالة النزاع، مدة العقد حسب الحالة ".

المطلب الثاني: أنواع العقود الإلكترونية وتمييزها عن غيرها من العقود

سيتم التطرق إلى أنواع العقود الإلكترونية وتمييزها عن غيرها من العقود وفق الفروع الآتية.

الفرع الأول: أنواع العقود الإلكترونية

إن العقد الإلكتروني ليس هو الوحيد الذي يتم إبرامه في بيئة إلكترونية، فهناك عقود أخرى تهتم في هذا المحيط وتكون مرتبطة بالعقد الإلكتروني ومتلازمة معه، بحيث تكون هي الأساس الذي يرتكز عليه هذا العقد، وبالتالي يمكن القول بأنها تلك العلاقات العقدية المتنوعة التي تنشأ لتحقيق عقد التجارة الإلكترونية دون أن تكون محلا له، ويطلق عليها البعض **بعقود الخدمات الإلكترونية** والتي يقصد بها العقود الخاصة بتقديم خدمات الأنترنت والمستفيدين منها، كما أنها تتعدد وتتنوع بتعدد أطرافها وتعدد وسائل الإتصال وتطورها كما أنها لم ترد على سبيل الحصر بل على سبيل المثال فهي في تطور مستمر، كما أنه من المتصور أن تظهر عقود خدمات إلكترونية أخرى ليس لها وجود في الوقت الحالي، كما قد تنشأ عقود خدمات إلكترونية مركبة بمعنى أن يحتوي العقد الإلكتروني على عقد أو أكثر داخل العقد الواحد

وعليه من بين هذه الأنواع من عقود الخدمات الإلكترونية نجد:

1-عقد الدخول إلى الشبكة أو عقد الإشتراك في الأنترنت" Le contract d'accés à "internet

يعتبر هذا العقد تصرف قانوني بين طرفي العلاقة العقدية وهما الموجب والقابل يكون موضوعه السماح للطرف الآخر بالإنتفاع من شبكة الأنترنت واستخدامها من خلال إتاحة كافة الوسائل التي تمكن المستخدم من دخول الشبكة وإجراء التصفح للمواقع والتعامل مع هذه المواقع، كما يتوجب على المزود توفير كافة البرامج الأساسية لتشغيل خدمة الأنترنت[1].

إن هذا العقد ملزم لجانبيه حيث يقع على عاتق مقدم الخدمة إلتزام أساسي بتقديم خدمة الدخول على الشبكة وهو إلتزام بتحقيق نتيجة، كما يلتزم بإعطاء العميل إسم المستخدم وكلمة السر والعنوان الإلكتروني، وهناك إلتزام تكميلي يدخل في الإطار العقدي وهو خدمة المساعدة التليفونية المسماة بالخط الساخن hot line والتي تهدف إلى حل المشكلات الفنية التي يواجهها المشترك عن طريق التليفون، أما

[1]- أبو الهيجاء محمد إبراهيم عرسان، مرجع سابق، ص62.

عن مستخدم الأنترنت فيلتزم بسداد قيمة الإشتراك وذلك في مقابل الدخول إلى شبكة الأنترنت والإستفادة من خدماتها.

2- عقد إنشاء موقع على شبكة الأنترنت" Contract de création de site "

موقع الويب هو خدمة تقدم عبر شبكات الإتصالات المتعددة ويتكون من النصوص والصور الثابتة والمتحركة والأصوات والمعالجة بلغة كمبيوتر خاصة تسمى لغة " HTML " والموضوعة تحت تصرف مستخدم الشبكة، وطرفا عقد إنشاء الموقع Web Site هما الشخص الذي يسعى لإحداث وجود له على الأنترنت ومصمم الموقع.

إن هذه المواقع تنشئ أصالة تحت إسم مستقل عن طريق أسماء الحقول أو أسماء الدومين " Domain Name " وإما أن يتم ذلك من خلال موقع آخر وقد تعرض خدماتها مجانا أو بمقابل مادي.

3- عقد إنشاء المتجر الإفتراضي " La réalisation de la boutique virtuelle "

يطلق البعض على هذا العقد عقد المشاركة " Le contrat de participation "، وذلك لأنه العقد الذي بمقتضاه يصبح المتجر أو البوتيك الإفتراضي مشاركا في المركز التجاري الإفتراضي Virtual Mall[1]، الذي يجمع العديد من التجار في مكان واحد وهو في ذلك يشابه المركز التجاري التقليدي الذي يجمع العديد من التجار والموردين في مكان واحد، وتنقسم هذه المراكز إلى قسمين أولهما يمكن الدخول إليه دون حاجة لإجراءات معينة ولكنه يسمح بالإطلاع من أجل التعرف على السلع والخدمات المعروضة فقط دون الشراء، ولكي يتم الشراء لا بد الدخول إلى القسم الثاني ولا يمكن ذلك إلا باتباع إجراءات معينة تستهدف التحقق من شخصية الزائر وتسجيله[2].

4- عقد الإشتراك في بنوك المعلومات الإلكتروني " Banques de données "

يقصد بعقد الإشتراك في بنوك المعلومات الإلكترونية أن يضع المورد أو صاحب قاعدة البيانات تحت تصرف المستخدم خدمة النفاذ إلى قاعدة المعلومات بهدف الحصول على ما يناسبه من معلومات تتفق مع احتياجاته، حيث يرتب هذا العقد التزامات متبادلة على عاتق كل طرف، فالمورد يلتزم بأن يزود العميل بالوسائل الفنية التي تمكنه من اتصاله بقاعدة المعلومات والحفاظ على سرية مطالب العميل بشأن

---

[1]- يعرف المركز التجاري الإفتراضي بأنه " خدمة إلكترونية يتم الدخول إليها عبر شبكة الأنترنت والمفتوحة لكل مستعمليها وتسمح للتجار بعرض بضائعهم أو خدماتهم على العملاء من خلالها ".

[2]- محمد فواز محمد المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية " دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع: عمان، 2008، ص24.

المعلومات الموردة، ويلتزم العميل بحسن استخدام المعلومات والمحافظة على سرية المعلومات، والإلتزام الرئيسي الذي يقع على عاتق العميل هو أداء المقابل المتفق عليه.

5- عقد توريد المعلومات على الأنترنت " Contrat de fourniture de contena "

هو العقد الذي يبرمه مورد المعلومات والخدمات مع من يقوم بطرحها على المواقع على شبكة الأنترنت، أي العقد المبرم بين موردي الخدمات وموردي المنافذ أو مقدم خدمة الموقع.

ويعتبر مورد المعلومات أو الخدمات ذلك الشخص الذي يقدم المعلومات عبر الأنترنت ولا يشترط أن يكون محترفا فقد يكون مهنيا متخصصا في جمع المعلومات وقد يكون مجرد شخص عادي، وقد يكون ناشرا للمعلومات كما لو كان وكالة نشر وتعاقدت مع المؤلف أو المنتج على نشر مصنفاته عبر الأنترنت، أما مورد المنفذ فهو يعتبر الوسيط بين مستخدم الأنترنت ومورد الخدمات التي يتعهد بها عبر عقود الإشتراك التي يبرمها، وهو لا يقوم بتزويد مستخدمي شبكة الأنترنت بالمعلومات فهذه المهمة من إختصاص مورد المعلومات وإنما يتعهد بوضعها على الموقع وتيسير إمكانية الإطلاع عليها من خلال المنفذ الذي أعده لهذا الغرض[1].

6- عقد البريد الإلكتروني " Electronic-Mail "

يعني نظام البريد الإلكتروني إرسال الرسائل المتبادلة بين الأطراف وكذا نقل الملفات كما يستخدم في التفاوض على العقود وإبرامها وذلك لقلة التكلفة وسرية المراسلات، حيث أن الوسائل الأخرى كالفاكس والتلكس لا تتمتع بنفس الأمان والسرية التي يتسم بها البريد الإلكتروني.

الفرع الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود

إن هناك عدة وسائل تختلف عن العقد الإلكتروني وهذا ما سنوضحه من خلال الآتي.

1- التعاقد الإلكتروني والتعاقد التقليدي

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

[1]- محمد فواز محمد المطالقة، مرجع سابق، ص25.

مكانين منفصلين بل قد يفصل بينهما مئات أو آلاف الأميال، ومن ثم فإن التعاقد التقليدي هو تعاقد بين حاضرين، بينهما الإنفصال المكاني في التعاقد الإلكتروني يجعل منه تعاقد من طبيعة خاصة[1].

2- التعاقد الإلكتروني والتعاقد بالهاتف

التعاقد الإلكتروني والتعاقد بالهاتف يتشابهان من حيث أنهما فوريان أي قد يتلاشى عنصر الزمن، إلا أن التمييز واضح كون التعاقد بالهاتف بما أنه شفوي يحتاج إلى صدور تأكيد كتابي من الموجب كالبائع في عقد البيع يرسله إلى الطرف الآخر المشتري في موطنه نظرا لصعوبة إثبات التعاقد بالتليفون ولا ينعقد العقد إلا بتوقيع المشتري، وفي التعاقد الإلكتروني لا يحتاج الموجب إلى إصدار كتابي بل يعتبر العقد قد تم بمجرد تعبير الطرف الآخر عن الإرادة إلكترونيا أي بقبول التعاقد بواسطة الضغط على عبارة موافق عن طريق لوحة المفاتيح المتصلة بالكمبيوتر[2].

ويختلف التعاقد الإلكتروني عن التعاقد بواسطة الهاتف كذلك كون شبكة الأنترنت لا تقتصر خدماتها على نقل الصوت فقط، فتوفر في نفس الوقت الصورة والحركة والكتابة أيضا بشكل آني وتفاعلي[3].

3- التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق التلفزيون

إذا كان التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق التلفزيون يتشابهان كون الرسالة المنقولة هي نفسها بالنسبة لكافة العملاء، إذ تتم بالصوت والصورة إلا أن الإعلام في التعاقد عن طريق التلفزيون يكون عن طريق الإذاعة المرئية المسموعة، والجوهري في كون الإعلام وقتي يزول سريعا، لأنه لا يستمر إلا خلال مدة الإذاعة فقط أما الإعلام في التعاقد الإلكتروني يظل قائما طول اليوم خلال 24 ساعة ويكون الإستعلام عن التفاصيل من خلال تصفح الموقع على الأنترنت.

كما يمكن الفارق الجوهري من حيث البث في حالة التعاقد عن طريق التلفزيون حيث أنه يتم من جانب واحد، فلا توجد إمكانية للتجاوب أو أية مبادرة من جانب العميل ذلك على عكس العقد الإلكتروني الذي

---

[1]- مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص40.

[2]- فادي محمد عماد الدين، عقد التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص80.

[3]- محمد سعيد أحمد اسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص120.

يتصف بالصفة التفاعلية من جانب العميل أي يكون هناك نوع من التبادل بين الطرفين، وهذه الصفة التفاعلية تسمح بحضور افتراضي ومتعاصر بين أطراف العقد، كما تسمح بتسليم الأشياء تسليم معنوي أو أداء بعض الخدمات فورا على الشبكة، وتسمح كذلك بالوفاء الإلكتروني عبر الشبكة عن طريق وسائل الدفع الإلكترونية.

4- التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق الفاكس والتلكس

يختلف المستند الإلكتروني عن المستند المرسل بطريقة إلكترونية فالأخير له أصل ورقي كالمراسلات المرسلة عن طريق الفاكس.

لذلك فالمحرر المرسل بطريقة إلكترونية أي عبر الفاكس والتليكس، حيث يتميز هذا الأخير بالوجود المادي للوثيقة، في حين أن الأول المحرر الإلكتروني مثبت على دعامة إلكترونية.

كما يختلف التعاقد الإلكتروني عن التعاقد عبر الفاكس والتلكس، حيث أن هذا الأخير يتميز بالتواجد المادي للوثيقة الورقية، لذلك فإن الرسائل المتبادلة عن طريق الفاكس لا تحتاج إلى معالجة بياناتها بلغة الكمبيوتر وكل ما يحتاجه الطرف المستقبل للرسالة هو طبعها على الورق، في حين أن التعاقد الإلكتروني يتميز بالطبيعة الغير مادية، حيث أن مكونات الإتفاق تكون ثابتة على دعامة ورقية ممهورة بتوقيع الأطراف بل مثبتة على دعامة إلكترونية، كما أن المراسلات الإلكترونية لا تنتقل مباشرة من المرسل إلى المرسل إليه، وإنما يتدخل وسيط بينهما هو مورّد الخدمة[1].

ومن ناحية أخرى فإنه من السهل التأكد من اصل وصحة رسائل الفاكس عن الرسائل الإلكترونية لكون الأصل ثابت على دعامة ورقية، كما يستطيع مكتب التلغراف على الأقل التعرف على هوية المرسل.

المطلب الثالث: خصائص العقد الإلكتروني

للعقد الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت خصائص تميزه عن غيره من العقود الأخرى كون العقود التقليدية تتم في مجلس عقد واحد وبين حاضرين، ومن أهم الخصائص كونه أحد العقود التي تبرم عن بعد، وفي كثير من المعاملات يأخذ الطابع الدولي، كما أن هذا العقد يمكن أن يترك بعض الخصائص الموجودة في العقود التقليدية فمنهم من يصنفه ضمن عقود الإذعان ومن يصنفه ضمن عقود المساومة وهذا ما ما سنبينه من خلال الخصائص التي يتميز بها العقد الإلكتروني.

[1]- سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الأنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص70.

الفرع الأول: العقد الإلكتروني عقد مبرم بوسيلة إلكترونية

إن أهم خاصية يتميز بها العقد الإلكتروني عن غيره من العقود هو أنه عقد مبرم بوسيلة إلكترونية، فالوسيلة التي يتم من خلالها إبرام العقد وهي التي تكسبه هذه الصفة، وتتمثل هذه الوسائل عادة في أنظمة الكمبيوتر المرتبطة بشبكة الإتصالات المختلفة السلكية واللاسلكية، فيما تكمن أهم الوسائل التي تستخدم في إبرام العقود نجد الفاكس والتيلكس والهاتف المرئي وكذا الهاتف المحمول الذي احتل دورا رياديا خصوصا في عصرنا الحالي[1].

الفرع الثاني: العقد الإلكتروني عبر الأنترنت أحد العقود التي تبرم عن بعد

إن العقد الإلكتروني يتم عن بعد وهو بذلك ينتمي لطائفة العقود المبرمة عن بعد، لأن الأصل في التعاقد بين غائبين، بمعنى أن تبرم العقود دون الحضور المادي المتعاصر لطرفي العقد، كما أن السمة 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 لحظة إلتقاء إرادتيهما، بالإضافة إلى أن إبرامه يتم عبر وسيلة أو أكثر من وسائل الإتصال عن بعد.

ولما كانت العقود في التجارة الإلكترونية تعتمد على مفاهيم البعد وعدم تواجد أطراف العقد معا وقت نشأته فهي تتم عن طريق تقنيات الإتصال الحديثة المختلفة التي تحقق الإتصال بين الأطراف دون أن يتطلب ذلك الإلتقاء المادي بينهم[2].

ولقد ذهب اتجاه إلى أن التعاقد الذي يتم من خلال شبكة الأنترنت هو تعاقد بين حاضرين لأن أطراف التعاقد على اتصال مباشر في نفس الوقت والمكان بواسطة شبكة الأنترنت.

وأهم ما يميز العقود عن بعد أنها أعطت حماية للمستهلك إذا انعقد العقد بين تاجر وطرف ثاني لا يتعاقد في نطاق نشاطه المهني، ذلك أن التعاقد بين حاضرين يشمل فهم المتعاقدين بعضهما البعض وخصوصا الطرف الضعيف منهم، حيث أن هذا الحضور يسمح لكل منهما التحقق من شخصية الآخر وتاريخ وساعة التعاقد من سلامة المستندات ومطابقتهما للمواصفات المطلوبة، أما في حالة التعاقد عن بعد فلا يتمكن المتعاقد من التحقق من شخصية المتعاقد الآخر وأهليته، خاصة ما تثيره هذه المسألة من

---

[1]– مناني فراح، مرجع سابق، ص45.

[2]– توفيق حسن توفيق سليمان، معاملات التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، مركز أبو سليم، 2008، ص50.

إشكاليات أخرى مرتبطة بانعقاد العقد عبر الأنترنت، ويترتب على ذلك أيضا عدم تمكن المشتري من معاينة السلعة التي ينوي شرائها معاينة شخصية ومباشرة[1].

كما يمكن أن يتم العقد بواسطة وسائل الإتصال الحديثة والسريعة كالهاتف والتلفزيون والفاكس والتلكس والكمبيوتر، وما يميز التعاقد عن طريق الأنترنت عن غيره من الطرق الأخرى سمة النشاط الحواري والتي تسمح بتحقيق بعض الخدمات فورا على الشبكة كالحصول على المعلومات.

كما يمكن التعاقد عبر الأنترنت من محو تلك الفترة الزمنية بين تعبير كل من المتعاقدين عن إرادته ووصول هذا التعبير للطرف الآخر.

إضافة إلى ذلك فإن اعتبار العقد الإلكتروني ضمن طائفة العقود المبرمة عن بعد لا يعني أنه دائما تعاقد بين غائبين، كون أن التباعد المكاني لا ينفي إمكانية توفر مجلس العقد الذي يكون إفتراضيا في مثل هذه العقود، كأن يكون العقد مبرم عبر الأنترنت باستعمال وسيلة المحادثة والمشاهدة المباشرة[2].

ونظرا لأن العقد الإلكتروني ينعقد عن بعد عبر الأنترنت ودون حضور مادي للمتعاقدين، هذا الأمر الذي أدى إلى تحقيق العديد من المزايا الإقتصادية للمشروعات التجارية والعملاء على حد سواء، فيما يتعلق بالمشروعات السياحية أدى استخدامها للعقود الإلكترونية في معاملاتها التجارية إلى تخفيض النفقات الداخلية في هذه المشروعات وتقليص عدد العمال بها[3].

يتضح مما سبق أن إبرام العقد عبر الأنترنت يتم عن بعد وهي السمة الأساسية لهذا النوع من العقود، حيث يتسم بعدم الحضور المادي لأطرافه.

الفرع الثالث: العقد الإلكتروني عبر الأنترنت له طابع دولي وتجاري

إن العلاقة القانونية الناشئة عن التجارة الإلكترونية ليست قاصرة على مكان معين أو دولة محددة، ولكنها تنساب عبر حدود الدولة في حرية وترفض الخضوع لأي سيطرة سياسية أو التقيد بحدود معينة، والعقود الإلكترونية يفترض انعدام الإتصال المادي بين طرفيه، إذ أن الطرفان المتعاقدان قد يتواجدان في دولة واحدة أو أكثر، كما قد يتواجدان في دولتين مختلفتين، ومن الملاحظ أن هذا البعد المكاني بين طرفي العقد الإلكتروني لا يشكل عائقا في إبرام العقد وتنفيذه من خلال تبادل الرضا اللازم لذلك.

---

[1]– توفيق حسن توفيق سليمان، مرجع سابق، ص52.

[2]– سامح عبد الواحد التهامي، مرجع سابق، ص72.

[3]– توفيق حسن توفيق سليمان، مرجع سابق، ص53.

كما أن انتشار الأنترنت في معظم دول العالم وربط هذه الدول بها سهل على الأشخاص في كل هذه الدول إجراء التعاملات الإلكترونية عبر شبكة الأنترنت.

ويثير الطابع الدولي العدبد من المسائل كمسألة بيان مدى أهلية المتعاقد وكيفية التحقق من شخصية المتعاقد الآخر ومعرفة حقيقة المركز المالي له، وتحديد المحكمة المختصة وكذا القانون الواجب التطبيق على منازعات إبرام العقد الإلكتروني.

كما يطلق على العقد الإلكتروني عقد التجارة الإلكترونية وتلك الصفة جاءت من السمة الغالبة في العقد، حيث يستأثر عقد البيع بالجانب الأكبر من مجمل العقود المبرمة عبر الأنترنت وإضفاء الطابع التجاري عليه يعني أن أحد أطرافه على الأقل تاجرا مهنيا، أما الطرف الآخر الثاني قد يكون تاجرا أو مستهلكا، فغالبا ما يكون مقدم السلعة أو الخدمة تاجرا[1].

إذن فالعقد الإلكتروني يعتبر ذو طابع تجاري يخضع للمبادئ العامة للقانون التجاري، وكمبدأ عام فهو عقد رضائي ينعقد بمجرد تلاقي الإيجاب والقبول تماشيا مع السرعة التي تقدمها الحياة التجارية.

الفرع الرابع: العقد الإلكتروني يبرم وينفذ عبر الأنترنت

يتميز العقد الإلكتروني عن العقد التقليدي بأنه يمكن أن يبرم وينفذ عبر الأنترنت دون الحاجة إلى الوجود المادي الخارجي، إذ بفضل شبكة الأنترنت أصبح هناك إمكانية تسليم بعض المنتجات إلكترونيا اي التسليم المعنوي للمنتجات كبرامج الحاسوب، التسجيلات الموسيقية والكتب إلى جانب بعض الخدمات كالإستشارات الطبية.

الفرع الخامس: العقد الإلكتروني عقد له حجية إثبات

الدعامة الورقية هي التي تجسد الوجود المادي للعقد التقليدي، ولا تعد الكتابة دليلا كاملا للإثبات إلا إذا كانت موقعة بالتوقيع اليدوي، أما العقد الإلكتروني فيتم إثباته عبر المستند الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني، فالمستند الإلكتروني يتبلور فيه حقوق طرفي التعاقد، فهو المرجع للوقوف على ما اتفق عليه الطرفان وتحديد التزاماتهما القانونية، والتوقيع الإلكتروني هو الذي يضفي حجية على هذا المستند.

[1]– سامح عبد الواحد التهامي، مرجع سابق، ص74.

الفرع السادس: الوفاء في العقد الإلكتروني يتم إلكترونيا

حلت وسائل الدفع الإلكترونية[1] في التعاقد الإلكتروني محل النقود العادية، ذلك أنه مع تطور التكنولوجيا وازدياد التعامل بأسلوب التجارة الإلكترونية ظهرت تلك الوسائل كأسلوب مبتكر لسداد المدفوعات في مثل هذه المعاملات، وتتضمن وسائل الدفع الإلكترونية المستخدمة في التجارة الإلكترونية عدة وسائل منها البطاقات البنكية[2]، والأوراق التجارية كالكمبيالة الإلكترونية " La lettre de change relevé " والنقود الإلكترونية " Electronic money "، بالإضافة إلى الوسائط الإلكترونية الجديدة التي ظهرت حديثا كالذهب الإلكتروني" E-gold "[3] والشيك الإلكتروني" Electronic check " وتتم عملية تحويل الأموال إلكترونيا بين أطراف العقد الإلكتروني.

ولقد نص المشرع الجزائري في القانون رقم 18-05 من خلال المادة 27 بأن الدفع في المعاملات التجارية الإلكترونية إما عن بعد أو عند تسليم المنتوج عن طريق وسائل الدفع المرخص بها وفقا للتشريع المعمول به، كما أنه عندما يكون الدفع إلكترونيا فإنه يتم من خلال منصات دفع مخصصة لهذا الغرض منشأة ومستغلة حصريا من طرف البنوك المعتمدة من قبل بنك الجزائر وبريد الجزائر، وموصولة بأي نوع من أنواع محطات الدفع الإلكتروني عبر شبكة المتعامل العمومي للمواصلات السلكية واللاسلكية.

وعليه فالعقد الإلكتروني نوع جديد من العقود فهو وليد التقدم التكنولوجي ووسائل التقنية الحديثة، فهو عقد له خصوصيته وذاتيته المستقلة التي تميزه عن أنظمة التعاقد الأخرى التي تتم بوسائل الإتصال الحديثة.

---

[1]- نص عليها القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية من خلال المادة 06 فقرة 05 حيث عرف وسيلة الدفع الإلكتروني على أنها " كل وسيلة دفع مرخص بها طبقا للتشريع المعمول به تمكن صاحبها من القيام بالدفع عن قرب أو عن بعد عبر منظومة إلكترونية ".

[2]- البطاقات البنكية يقصد بها النقود البلاستيكية التي تصدرها البنوك أو شركات متخصصة لعملائها بديلة للنقود كبطاقة الفيزا كارد، وماستر كارد.

[3]- الذهب الإلكتروني: هو عبارة عن مخزون من الذهب الحقيقي يودع لدى أحد البنوك ويتم تحويله إلى أرقام تضاف من حساب عميل إلى عميل آخر، ويمكن اعتباره وحده نقدا، ويجوز استخدامه كبديل للنقود في المعاملات الإلكترونية أو الإقتراض بضمانه.

المطلب الرابع: تحديد الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني

من الأهمية وجوب تحديد الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني باعتباره من العقود المبرمة عن بعد ونظرا لطبيعتها التقنية، وهذا ما سيتم تناوله من خلال العناصر الآتية.

الفرع الأول: التكييف القانوني للعقد الإلكتروني

إن التكييف القانوني للعقد الإلكتروني هو إعطاء وصف قانوني على العقد يتفق مع حقيقة قصد المتعاقدين لمعرفة الأحكام الواجبة التطبيق على مسألة قانونية معينة، لذلك فإن مسألة التكييف القانوني للعقد الإلكتروني تحظى بأهمية واسعة وذلك لاختلاف الفقه في تحديد طبيعته حيث هناك من اعتبره أنه عقد إذعان والبعض الآخر اعتبره أنه من اعتبره من عقود الإستهلاك، ذلك أن عقد الإذعان بالمعنى التقليدي هو من جهة العقد الذي ينفرد أحد المتعاقدين بوضع شروطه من دون أن يسمح للطرف الآخر بمناقشة هذه الشروط، ومن جهة أخرى يتعلق بسلعة أو خدمة ضرورية تقع تحت احتكار قانوني أو فعلي.

أما عقد الإستهلاك فهو عقد يتمثل في توريد أو تقديم مال أو خدمة، إلا أن مقدم السلعة يكون منتجا أو مهنيا، ومتلقيها مستهلكا وهو الفرد الذي يرغب في إشباع حاجاته الشخصية والعائلية[1].

- الإتجاه الأول: العقد الإلكتروني هو عقد إذعان

يرى بعض الفقه الفرنسي أن العقود المبرمة عن طريق الأنترنت هي من قبيل عقود الإذعان بحيث لا يكون أمام المشتري إلا أن يقبل الشروط الموضوعة في هذا العقد فينعقد العقد، كما ذهب بعض الفقه إلى اعتبار عقود التجارة الإلكترونية من قبيل عقود الإذعان، إذ كانت الشروط العامة للبيع مذكورة بموقع البائع، بحيث لا يكون أمام المشتري إلا أن يقبلها أو أن لا يتعاقد مطلقا، بحيث يكون قبوله بالضبط في عدد الخانات المفتوحة أمامه في موقع البائع على المواصفات التي يرغب فيها من السلعة وعلى الثمن المحدد سلفا، فلا بد أن يملك فرصة كافية لمعاينة المنتج، كما لا يملك مناقشة أو مفاوضة عليه مع المتعاقد الآخر وكل ما يتاح له إما قبول العقد برمته أو رفضه كليا[2].

إضافة إلى ذلك فالشركات تضع شروطا مفصلة لا تجوز المناقشة فيها وفي الغالب تكون لمصلحة المنتج، بحيث تكون معقدة بحيث يصعب على المستهلك العادي فهمها، كما أن هذه الشركات قد تكون محتكرة للسلعة أو الخدمة عن طريق الأنترنت، ويكون المستهلك في حاجة لتلك السلعة بهذه الوسيلة فلا

---

[1]- الخامسة مذكور، أحكام العقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، العدد التاسع، مجلة العلوم الإجتماعية والإنسانية، جامعة باتنة، ص162.

[2]- إلياس ناصيف، العقود الدولية" العقد الإلكتروني في القانون المقارن "، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص72.

يملك حرية الإختيار بين أكثر من شركة ولا يملك سوى التعاقد معها، مما يجعل المستهلك الطرف الضعيف المذعن في هذا العقد.

- الإتجاه الثاني: العقد الإلكتروني فهو عقد مساومة

يرى هذا الإتجاه أن العقود الإلكترونية ليست من عقود الإذعان وإن كان هذا الإتجاه لم يصرح بذلك مباشرة وبصفة صريحة، وإن كان يمكن الإستدلال على ذلك من خلال استبعاد العقود الإلكترونية من ضمن عقود الإذعان فهي من عقود المساومة التي تقبل فيها التفاوض والمناقشة طبقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

جامعة تبسة المجلس العلمي كلية الحقوق

- الإتجاه الثالث: وجوب توفر شروط عقد الإذعان

يذهب فريق ثالث إلى القول أن العقود الإلكترونية يمكن أن تكون من عقود الإذعان إذا توافرت فيها جميع شروط عقود الإذعان، فلا يكفي أن تكون السلعة مهمة وضرورية للمستهلك أو ينعدم التفاوض بشأنها أو أن تكون سلعة محتكرة من جانب المنتج أو البائع، فلا بد من توفر شروط عقد الإذعان مجتمعة، فإذا توفر أحد الشروط أو بعضها دون البعض الآخر فلا يكون ثمة عقد إذعان، ولذلك لا يمكن أن تعد العقود الإلكترونية من قبيل عقود الإذعان بصفة مطلقة[1].

وعليه فنحن نؤيد الرأي الذي يتلاءم مع القواعد العامة لأنه لكي يكون ثمة عقد إذعان لا بد من إكتمال شروطه فلا يقوم هذا العقد دون توفر الشروط الخاصة به.

الفرع الثاني: نطاق إبرام العقد الإلكتروني

إن العقود الإلكترونية وسيلة إلكترونية لإنشاء العقود وما دام الأمر كذلك فهل للمتعاقدين الحرية الكاملة في إبرام كافة العقود بالوسيلة الإلكترونية، أو أنهما مقيدان بإبرام أنواع محددة من العقود؟

أولا: المبدأ في إبرام العقود الإلكترونية

إن المبدأ في إبرام العقود الإلكترونية هو حرية الأطراف في التعاقد وفي اختيار شكل التعبير عن إرادتهما وهو الأصل حسب ما جات به المادة 59 من القانون المدني الجزائري[2]، " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"، فالأصل في التعبير

---

[1]- شحاتة غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص148.

[2]- القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 44 مؤرخة في 26 جوان 2005.

أنه لا يخضع لشكل معين، فللمتعاقد أن يفصح عن إرادته بالطريقة التي يريدها بشرط أن يكون له مدلول يفهمه الطرف الآخر، فقد يكون التعبير عن الإرادة بالكتابة أو القول أو الإشارة أو باتخاذ موقف عملي معين يمكن أن يعبر عن إرادة التعاقد لدى الأطراف إذا كان هذا الموقف كافيا للدلالة عليها دلالة أكيدة[1].

ونظرا لكون العقد الإلكتروني يخضع في إبرامه وأحكامه لهذه القواعد العامة ولكونه ينعقد إلكترونيا ويبرم عن بعد فهو يخضع لبعض الأحكام الخاصة به والتي تتماشى مع صفته الإلكترونية.

ثانيا: الإستثناء في إبرام العقود الإلكترونية

يستلزم القانون لإنعقد العقد إلى جانب الشروط الموضوعية شكلية معينة ومن أهم صورها:

أ- إشتراط القانون قيام المتعاقد بفعل ما: على غرار العقود العينية التي يشترط لانعقادها إضافة إلى ركن التراضي والمحل والسبب تسليم الشيء المادي محل العقد، فلا يمكن إبرام هذه العقود بالوسائل الإلكترونية لكون تسليم الشيء المادي عبر هذه الوسائل لا يمكن تصوره.

ب- إشتراط القانون الكتابة لانعقاد العقد: إذا كانت الكتابة متطلبة كركن في العقد فالتساؤل يطرح حول ما إذا كان من الممكن استيفاء هذه الشكلية في العقود الإلكترونية أي مكتوبة على دعامات إلكترونية.

وعليه بالرجوع إلى المادة 323 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 1316 من القانون المدني الفرنسي أصبح تعريف الكتابة يتسع ليشمل بجانب الكتابة على الورق الكتابة في الشكل الإلكتروني، وهنا يطرح تساؤل عما إذا كانت الكتابة في الشكل الإلكتروني يمكن أن تكون بديلا عن الكتابة التقليدية، وهل أن الكتابة بمفهومها الحديث لا تزال قاصرة على الكتابة كوسيلة للإثبات أو من الممكن أن يتسع نطاقها بحيث تشمل الكتابة كركن للإنعقاد أو لصحة التصرف؟

إن الفقه الفرنسي إنقسم إلى فريقين فقد ذهب فريق إلى القول بأن النص الجديد يتسع نطاقه ليشمل أيضا الكتابة المتطلبة كركن لإنعقاد العقد، ذلك أن عمومية تعريف الكتابة وفق المادة 1316 من القانون الفرنسي يقتضي بأن الكتابة لم تعد قاصرة على الكتابة كدليل إثبات وإنما يشمل أيضا الكتابة التي تكون ركن لانعقاد العق، كما ان الكتابة هي فكرة واحدة فما دام القانون لا يفرض شكل خاص لهذه الكتابة طلب الكتابة بخط اليد فإن الكتابة المتطلبة كركن لانعقاد العقد تكون بالضرورة تلك المتطلبة كأداة للإثبات.

وفي مقابل هذا الرأي ذهب فريق آخر من الفقه إلى القول بأن هذا التدخل التشريعي يجب أن يحصر مجال إعماله فيما ورد بشأنه أي يقتصر على الإثبات فقط، مستندين في ذلك إلى ما ورد في الأعمال

[1]- شحاتة غريب شلقامي، مرجع سابق، ص149.

التحضيرية لمشروع القانون رقم 2000-230 المتعلق بإصلاح قانون الإثبات لتكنولوجيات المعلومات والتوقيع الإلكتروني، وأن ما ذكره المشرع في المادة 1316 لا يتعلق إلا بالكتابة كأداة للإثبات ويبقى دون أثر بالنسبة للكتابة المتطلبة لصحة التصرف.

وقد حسم المشرع الفرنسي هذا الخلاف لصالح الرأي الأول بإصداره لمرسومين بتاريخ 10 أوت 2005، الأول يعدل ويتمم المرسوم المتعلق بنظام المحضرين القضائيين، والثاني يعدل ويتمم المرسوم المتعلق بالعقود المحررة من قبل الموثقين حيث دخلا حيز التنفيذ سنة 2006 إذ يكون بالإمكان إبرام العقود التي تتطلب الكتابة الرسمية كركن لإنعقادها على دعامة إلكترونية ويتم التوقيع على العقد من طرف المحضر أو الموثق بالطرق الإلكترونية.

المبحث الثاني: إنعقاد العقد الإلكتروني

يشترط لانعقاد العقد الإلكتروني كغيره من العقود توافر مجموعة من الأركان منها التراضي بين طرفيه والمحل والسبب، حيث يتوقف وجود التراضي[1] على تلاقي التعبير عن إرادتين متطابقتين لإبرام العقد، حيث يتوقف على صدور الإيجاب بالتعاقد من قبل الموجب الذي يقابله القبول من قبل من وجه إليه الإيجاب، ومن ناحية أخرى على تلاقي هذا القبول بالإيجاب وهذا ما سيتم دراسته في هذه العناصر.

المطلب الأول: التراضي في العقد الإلكتروني

إن ركن التراضي يثير في العقد الإلكتروني تساؤل رئيسي وهو مدى قدرة وسيلة الكشف عن الإرادة الحقيقية للتعاقد وأيضا مدى صحتها وسلامتها من الأخطار الناتجة عن الوسيلة المستخدمة.

---

[1]- قد يتطلب العقد لانعقاده صدور إرادة التعاقد من شخص يتمتع بالأهلية القانونية المطلوبة، فاشتراط أهلية التعاقد في العقد التقليدي أمر من السهل التحقق منه لأنه تعاقد بين حاضرين في مجلس واحد حقيقي، أما عن الأهلية في التعاقد الإلكتروني يتم التعاقد عن بعد فيصعب على أحد طرفي التعاقد التحقق من أهلية المتعاقد الآخر، فقد اختلفت الحلول بشأن هذا الأمر منهم من يرى بأنه لا بد اللجوء إلى سلطات الإشهار التي هي عبارة عن طرف ثالث محايد موثوق فيه من كلا الطرفين سواء كانت هيئة عامة أو خاصة فتقوم بتحديد هوية الطرفين وأهليتهما القانونية عن طريق إصدار شهادات تثبت حقائق متعلقة بالتعاقد الإلكتروني، أما البعض الآخر يرى أن الحل هو اعتماد نظام قانوني يفيد التحقق من شخصية أطراف العقد عن طريق تفعيل الوسائل التي ينص عليها القانون للتحقق من الشخصية، غير أنه في جميع الأحوال فإن حل هذه المشكلة لا يكون إلا من خلال إنشاء جهات متخصصة للرقابة على عملية التداول الإلكتروني من خلال استخدام تقنيات فنية متطورة أو شفرة سرية وهو أمر يحتاج إلى خبراء متخصصين في مجال علوم الكمبيوتر...للتفصيل أنظر: شحاتة غريب شلقامي، مرجع سابق، ص50.

الفرع الأول: التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني

حسب ما جاءت به المادة 60 من القانون المدني يصح أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا، كما يمكن أن يكون ضمنيا سواء كان ذلك إيجابا من أحد المتعاقدين أو قبولا من المتعاقد الآخر.

ووضعت المادة 28 فقرة 2 منه استثناء على هذه القاعدة بنصها على إمكانية أن يكون السكوت ملابس وسيلة للتعبير عن الإرادة.

أولا: صور التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني

تتعدد صور التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني فقد يتم التعبير عن الإرادة إلكترونيا عن طريق البريد الإلكتروني، أو عن طريق موقع الأنترنت أو عن طريق المحادثة أو عبر التنزيل عن بعد.

1- التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني: المقصود بالبريد الإلكتروني هو تبادل الرسائل بين الأطراف ولكن بطريقة إلكترونية، وأهم ما يستطيع البريد الإلكتروني تقديمه هو عملية التواصل بين طرفين يفصل بينهما آلاف الكيلومترات دون أن يتحقق لهم الوجود المادي والفعلي.

ولكي تتم عملية إرسال البريد الإلكتروني إلى أحد الأشخاص فلا بد من معرفة عنوانه، حيث يتكون عنوان البريد الإلكتروني من ثلاثة أجزاء هو إسم الدخول Login name والثاني علامة @ والثالث إسم الحقل لذلك الشخص Domain name.

ويتسم نظام البريد الإلكتروني بإمكانية إستخدامه بين أي نوع من أجهزة الكمبيوتر ويمكن من خلاله نقل وإرسال كافة الأوراق والمستندات والعقود، حيث تتم عملية التعاقد عبر البريد الإلكتروني بوصول المستندات الإلكترونية بسرعة فائقة بالمقارنة بالوسائل التقليدية[1].

2- التعبير عن الإرادة عبر الموقع Web-Site: قد يخلط البعض بين مصطلح الموقع ومصطلح الأنترنت على اعتقاد أنهما مصطلحان لمعنى واحد، ولكن الواقع أنهما مصطلحان مختلفان، فالموقع ليس هو الأنترنت ولكنه وسيلة من ضمن وسائل الإتصال التي تقدم عبر الأنترنت، ويتألف الموقع من مجموعة من الصفحات وصفحة رئيسية Home Page.

والتعبير الإلكتروني عن الإرادة عبر مواقع الويب يعبر عنه بالكتابة أو بالنقر على زر الموافقة، حيث تستخدم من أجل التعاقد سواء بشأن المنتجات أو الخدمات الموجودة على صفحات الويب، فإذا أراد

[1]- إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص73.

المستهلك إتمام التعاقد يقوم بالضغط على أيقونة القبول أو كتابة عبارة تفيد الموافقة باستخدام لوحة المفاتيح[1].

ويمكن أن يعبر عن الإرادة أيضا باستخدام بعض الإشارات والرموز التي أصبحت متعارفا عليها بين مستخدمي شبكة الأنترنت، فهناك مثلا إشارة وجه مبتسم تدل على الموافقة ووجه غاضب تدل على الرفض.

3- التعبير عن الإرادة عن طريق المحادثة Internet Relay Chat: يستطيع مستخدم الأنترنت عبر برنامج المحادثة التحدث مع شخص آخر في وقت واحد عن طريق الكتابة، ويشترط لتشغيل نظام المحادثة أن يكون الطرفان متصلين بأحد أجهزة خدمة المحادثة، ويقوم هذا البرنامج بتقسيم الصفحة الرئيسية إلى جزئين، حيث يقوم أحد الأطراف بكتابة أحد أفكاره على شاشة جهازه الشخصي في الجزء الأول وسيرى في الوقت نفسه ما يكتبه الطرف الآخر الجزء الثاني من صفحة البرنامج، وتوفر هذه الوسيلة التعاصر الزمني لتبادل الأفكار بين الطرفين كما تعتبر وسيلة فعالة لعقد المؤتمرات بين عدة أشخاص في دول مختلفة في نفس الوقت.

وقد نجد إضافة كاميرا رقمية تسمح بأن يشاهد كل متعاقد الطرف الآخر فيصبح التعاقد هنا عن طريق المحادثة والمشاهدة معا، ونلاحظ بأن التعبير عن الإرادة هنا يكون باللفظ أو الكتابة أو بالإشارة، حيث يرى ويسمع المتعاقدان كل منهما الآخر.

4- التعبير عن الإرادة عبر التنزيل عن بعد Downloading: يقصد بمصطلح التنزيل عن بعد نقل أو استقبال أو تنزيل أحد الرسائل أو البرامج أو البيانات عبر الأنترنت إلى الكمبيوتر الخاص بالعميل، حيث يمكن إبرام العقد وتنفيذه على الخط دون حاجة إلى اللجوء للعالم الخارجي، والتعبير عن الإرادة بواسطة التنزيل عن بعد قد يعبر عنه باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا عن مقصود صاحبه، كأن يعرض الموجب على القابل بيع نسخة من فيلم سينمائي أو قطعة موسيقية، فيقوم القابل بتسجيل رقم بطاقته الإئتمانية الخاصة به في الخانة المخصصة لذلك على الشاشة، فيتم خصم قيمة المبيع من رصيده فورا عن طريق التحويل الإلكتروني للأموال، ويقوم الموجب بنقل المبيع إلى جهاز الكمبيوتر الخاص بالموجب إليه عبر الأنترنت[2].

---

[1]- فادي محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص82.

[2]- سامح عبد الواحد التهامي، مرجع سابق، ص75.

ثانيا: مشروعية الوسائل الإلكترونية الحديثة في التعبير عن الإرادة

لقد انقسم الفقه حول مدى مشروعية الوسائل في التعبير عن الإرادة إلى رأيين أولهما يقر بمشروعيتها والثاني يرفض ذلك.

أ- القائلون بمشروعية الوسائل الإلكترونية الحديثة للتعبير عن الإرادة

يعتقد أصحاب هذا الرأي بأن مشروعية الوسائل الإلكترونية الحديثة يمكن استخلاصها من القواعد العامة الواردة في القانون المدني ومنها:

-الأصل في التعاقد حرية التراضي وفقا لما يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة الذي كرسته المادة 60 من القانون المدني التي تعطي للمتعاقدين الحرية الكاملة في إختيار الكيفية التي يعبران بها عن إراداتهما، ولا مانع من إمتداد هذه الحرية للتعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية.

- بما أنه أصبح للكتابة في الشكل الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني مكانا ضمن قواعد الإثبات في القانون المدني الجزائري من خلال نصي المادتين 323 مكرر 01 و 327 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري، وبالتالي والأولى أن تجد لها موقعا في انعقاد العقد.

- من خلال نص المادة 64 من القانون المدني الجزائري والتي 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 ".

وعليه يتضح من خلال هذا النص وبالتحديد عبارة " بأي طريق مماثل " تشير إلى أية وسيلة تقترب فنيا من الهاتف، كما أن هذا النص يمتد ليشمل التعاقد بالوسائل الإلكترونية خاصة منها الأنترنت.

ب- 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 مستندا في ذلك إلى[1]:

- إن القانون المدني الجزائري لا ينص صراحة على استعمال الوسائل الإلكترونية للتعبير عن الإرادة ولا يجب تفسير نصوصه تفسيرا واسعا منها ما جاء في نص المادة 64 فقرة 02 المتعلقة بالتعاقد بطريق

[1]- عبد الفتاح حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص60.

الهاتف أو أية وسيلة متشابهة، فلو أراد المشرع استعمال صور إلكترونية حديثة لنص عليها صراحة كما فعلت التشريعات المقارنة.

– إن استعمال الوسائل الإلكترونية للتعبير عن الإرادة لا يخلو من المخاطر كون هذه الوسائل لا تسمح من توثق كل طرف من أطراف العقد من وجود وصفة الطرف الآخر وهذا ناجم من طبيعة هذه الوسائل، كما أنه لا أحد يضمن حقيقة الموقع ووجوده على الشبكة، خاصة إذا أخذنا بعين الإعتبار إساءة إستعمال أسماء الغير في الأنشطة الجرمية.

– إن تكريس المشرع الجزائري من خلال المادة 323 مكرر 1 للكتابة في الشكل الإلكتروني في الإثبات لا يعني أنه يقر بها كوسيلة للتعبير عن الإرادة بين المتعاقدين، فهي أداة للإثبات فقط، كما أن كتابة بنود العقد على دعامة إلكترونية لا يعني بالضرورة أن المشرع قد أعطى الشرعية لهذه الوسائل للتعير عن الإرادة.

وعليه يبقى عدم الإعتراف الصريح لشرعية الوسائل الإلكترونية كأداة للتعبير عن الإرادة وعدم تنظيمه بالشكل الكافي يتسبب في عدم حماية المتعاقدين حماية كافية من مخاطر التعاقد بهذه الوسائل، إضافة إلى إعاقة التجارة الإلكترونية في بلادنا.

الفرع الثاني: تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني

إن المقصود بتوافق الإرادتين هو اقتران الإيجاب بقبول مطابق له ، حيث أنه يلزم لقيام العقد وفقا للمادة 59 من القانون المدني أن يصدر تعبير عن إرادة شخص هو الإيجاب الذي يتضمن عرضا منه، وأن يصدرا تعبيرا يقابله عن إرادة شخص آخر هو القبول الذي يأتي مطابقا للإيجاب.

أولا: الإيجاب في العقد الإلكتروني

يعرف الإيجاب بأنه العرض الذي يتقدم به الشخص ليعبر به عن إرادته في إبرام عقد معين، وينعقد العقد بمجرد صدور القبول، ويكون التعبير عن الإرادة إيجابا متى توفر الشرطان بمعنى أن يكون الإيجاب دقيقا ومحددا، وأن يكون باتا، ومن أهم صور الإيجاب عبر شبكة الأنترنت نجد[1]:

– **الإيجاب عبر البريد الإلكتروني:** والذي يكون موجها من شخص إلى آخر حيث يكون الموجب بحاجة لفترة زمنية فاصلة لاستلام الإجابة.

[1]– عبد الفتاح حجازي، مرجع سابق، ص62.

– **الإيجاب عبر شبكة المواقع:** إن الإيجاب عبر شبكة المواقع لا يختلف عن الإيجاب الصادر عبر الصحف والمجلات والقنوات التليفزيونية المخصصة بعرض السلع وتوصيلها إلى المنازل، حيث يتميز بأنه إيجاب مستمر على مدار الساعة، ويكون موجه إلى الجمهور بالإعلان والإشهار لبيع السلع وتقديم الخدمات، وعادة ما يكون محدد بزمن أو معلق على شرط عدم نفاذ السلعة.

– **الإيجاب عبر المحادثة والمشاهدة:** يستطيع المتعامل عبر الأنترنت أن يرى المتصل معه ويتحدث معه، فنكون في هذه الحالة أمام حضور إفتراضي في مجلس عقد واحد، فيكون الإيجاب صادر مباشرة بالكلام أو الكتابة أو المشاهدة، حيث ينطبق على هذا النوع من الإيجاب القواعد العامة في التعاقد بين حاضرين زمانا المنصوص عليها في المادة 64 من القانون المدني.

ثانيا: القبول في العقد الإلكتروني

يعتبر القبول التعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب في إبرام العقد على أساس هذا الإيجاب، كما أن القبول هو العنصر الثاني في العقد، وحتى ينتج القبول أثرا في انعقاد العقد لا بد أن يتطابق مع الإيجاب، أما إذا اختلف القبول عن الإيجاب اعتبر إيجابا جديدا وليس قبولا.

أ– الطرق الخاصة بالقبول في العقد الإلكتروني

يتم التعبير عن القبول الإلكتروني بعدة طرق منها الكتابة بما يفيد الموافقة أو استخدام التوقيع الإلكتروني عبر البريد الإلكتروني، أو عن طريق اللفظ من خلال المحادثة، أو التنزيل عن بعد من خلال تنزيل البرنامج أو المنتج أو السلعة عبر الأنترنت وتحميلها عبر الأنترنت.

ومن طرق القبول أيضا النقر مرة واحدة بالموافقة على العلامة الخاصة بذلك – الأيقونة – حيث نجد عبارة " أنا موافق " وتستخدم مواقع الويب التي تتعامل باللغة الفرنسية في الغالب عبارات تدل على الموافقة كعبار D'accord أو J'accepte، أما مواقع الويب باللغة الإنجليزية فتستخدم عبارة OK.

ومع ذلك فقد يشترط الموجب في إيجابه وبغرض التأكد من صحة إجراء القبول أن يتم عن طريق النقر مرتين على الأيقونة المخصصة للقبول والموجودة على الشاشة، وذلك للتأكد من موافقة القابل على التعاقد.

وقد يتخذ الموجب بعض الإجراءات اللاحقة لصدور القبول كالإجابة على بعض الأسئلة التي توجه إلى القابل كتحديد محل إقامته الذي يتعين إرسال المنتج إلأيه، أو كتابة بعض البيانات الخاصة التي

تظهر على شاشة الحاسوب كرقم ونوع البطاقة الإئتمانية، والغرض من هذه الإجراءات هو تأكيد القبول وجعله في صورة أكثر فاعلية بمنح القابل فرصة للتروي والتأكد من رغبته في القبول وإبرام العقد[1].

وإذا كان الأصل العام أن القبول يمكن أن يتم صراحة أو ضمنا فمن المتصور إمكانية ذلك في القبول الإلكتروني، حيث يتم التعبير صراحة عن القبول عبر الوسائط الإلكترونية المتعددة وقد يكون ضمنيا كأن يقوم من وجه إليه الإيجاب بتنفيذ العقد الذي اقترح الموجب إبرامه كالدفع عن طريق بطاقات الإئتمان بإعطاء الموجب رقم البطاقة السري دون أن يعلن صراحة قبوله فيتم العقد وفق هذا القبول الضمني.

إضافة إلى ذلك نجد المعاملات الإلكترونية المؤتمتة وهي تلك المعاملات لا تقبل التدخل البشري فيها كقيام أحد الأشخاص بمخاطبة شخص آخر عن طريق شبكة الويب من أجل شراء عدد معين السيارات من أحد المعارض وكان هذا المعرض يتعامل عن طريق حاسوب آلي بحيث يرد على الزبائن بمجرد تلقي الطلب، وفي حالة تحديد الزبون لطلبه يقوم البرنامج بمخاطبته بقبول الشراء وإبرام عقد البيع.

ب- مدى صلاحية السكوت للتعبير الإلكتروني عن القبول

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 تصريحا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب.

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

الأصل أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا أو ضمنيا ولا يعتبر الساكت معبرا عن إرادته إلا أن هناك توجد حالات يكون فيها السكوت تعبيرا عن القبول في العقود الإلكترونية وذلك في حالة العرف وإذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين كاعتياد الزبون على شراء بعض السلع من أحد المتاجر الإفتراضية سواء بالبريد أو عن طريق صفحات الويب، أو كان الإيجاب في مصلحة من وجه إليه.

المطلب الثاني: المحل والسبب في العقد الإلكتروني

يعتبر المحل الركن الثاني الذي يشترط القانون توافره في الإلتزام العقدي، وقد تغير مفهوم المحل في التجارة الإلكترونية من المبيع الذي يشتمل على الأشياء والحقوق المالية إلى المنتوج والخدمة في إطار

[1]- سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2007، ص75.

الرقمنة التي أوجدت سلع وخدمات رقمية حلت محل السلع والخدمات المادية، وقد عرف المشرع الجزائري المحل في المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات[1] بأنه " المنتوج هو كل ما يقتينه المستهلك من منتوج مادي أو خدمة"، كما أنه وفقا للقواعد العامة لا بد أن يكون محل التعاقد معينا أو قابل للتعيين أو موجود وقابل للوجود وأن يكون مشروعا.

أما بالنسبة للسبب فهو الركن الثالث الذي اشترطه القانون في العقد ويعرف بأنه العرض المباشر الذي يقص الوصول إليه من وراء إلتزامه، فكل إلتزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سببا مشروعا في التعاقد، فإذا كان السبب غير مشروع فإن العقد الإلكتروني يكون باطلا.

المطلب الثالث: زمان ومكان تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني

إن تحديد زمان ومكان إبرام العقد له أهمية لما يترتب على ذلك من نتائج قانونية هامة فتحديد زمان إبرام العقد يترتب عليه معرفة الوقت الذي يحق فيه للمستهلك العدول عن التعاقد، وتحديد وقت انتقال الملكية وتحمل تبعة الهلاك، أما مكان إبرام العقد فيترتب عليه تحديد القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بالفصل في النزاع.

الفرع الأول: زمان انعقاد العقد

إن أهمية تحديد زمان انعقاد العقد تبرز في أن القول بانعقاده في لحظة معينة يمنع على أي من طرفيه نقضه أو التحلل منه، وحق الموجب في العدول عن إيجابه بعد انقضاء الأجل المحدد للقبول، كما أن الإيجاب يسقط في بعض الحالات بالوفاة أو فقدان الأهلية فإذا توفي الموجب قبل انعقاد العقد يسقط الإيجاب.

جدير بالذكر بالذكر بأن التعاقد بين حاضرين يكون من خلال علم الموجب بالقبول في الوقت الذي يصدر فيه، ففي التعاقد بين غائبين فإن هناك فترة زمنية ملحوظة تفصل بين وقت صدور القبول وعلم الموجب به، وعليه ففي التعاقد عبر البريد الإلكتروني في حالة وجود فاصل زمني بين الإيجاب والقبول فيكون هنا تعاقد بين غائبين، أما إذا صدر الإيجاب والقبول في نفس الوقت فهنا نقترب من التعاقد عبر الهاتف فيكون تعاقد بين حاضرين، أما بالنسبة للتعاقد عبر شبكة المواقع الويب إذا دخل شخص إلى أحد

[1]- المرسوم التنفيذي رقم 90-266 الموافق لـ 15 سبتمبر سنة 1990 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، جريدة رسمية عدد 40.

المواقع وأرسل إيجابه وانتظر فترة من الزمن لتلقي القبول فنكون أمام تعاقد بين غائبين، وإذا صدر الإيجاب والقبول في نفس الوقت فنكون أمام تعاقد بين حاضرين[1].

* تجدر الإشارة بأنه قد اختلفت الآراء في تحديد لحظة أو وقت انعقد العقد ومن أهم هذه النظريات[2]:

– **نظرية إعلان القبول:** إن لحظة إعلان القبول التي تعتمدها هذه النظرية هي اللحظة التي يحرر فيها من وجه إليه الإيجاب رسالة إلكترونية تعبر عن قبوله 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.

– **نظرية تصدير القبول:** تتأخر اللحظة التي ينعقد فيها العقد إلى الوقت الذي يقوم فيه القابل بتصدير قبوله، أي بإرساله إلى الموجب بحيث لا يمكن أن يسترده، كأن يقوم بإرسال القبول عن طريق الفاكس أو التليكس أو عن طريق قيامه بالضغط على زر الكمبيوتر لإرسال قبوله إلى الموجب.

– **نظرية تسلم القبول:** إن مقتضى هذه النظرية هي 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 لجهاز الكمبيوتر الخاص بالموجب ولو لم يقم هذا الأخير بفتح صندوق بريده، فالعبرة بتسلم القبول.

– **نظرية العلم بالقبول:** يذهب أنصار هذه النظرية بأن صدور القبول لا يكفي وحده لنشوء العقد فلا بد للموجب أن يعلم به، أي يعلم الموجب بقبول الطرف الآخر بمعنى العلم الحقيقي والفعلي بالإيجاب، وقد أخذ المشرع الجزائري بهذه النظرية من خلال نص المادة 67 من القانون المدني " يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك، ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول ".

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

---

[1]– سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص76.

[2]– سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص77.

جامعة تبسة المجلس العلمي كلية الحقوق

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

الفرع الثاني: مكان انعقاد العقد الإلكتروني

من خلال نص المادة 67 المذكورة أعلاه يتبين بأنها وضعت قاعدة عامة مفادها 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 ذلك.

وعليه فتطبيق هذه النظرية بالنسبة للعقود التقليدية التي تتم بين غائبين بواسطة تبادل الوثائق يبدو سهلا نظرا للطبيعة المادية، في حين أن تطبيقها على العقود الإلكترونية يثير الكثير من التساؤلات كون محاولة تركيز هذا العقد في دولة معينة أمر صعب التحقيق نظرا للطبيعة الدولية للأنترنت بوصفها متصلة بجميع الدول في آن واحد وكذا احتوائها على عدد هائل من المواقع الإفتراضية.

وجدير بالذكر بأن مجلس العقد ينقسم حسب تواجد الأطراف أو غياب أحدهما إلى مجلس عقد حقيقي أو مجلس عقد إفتراضي " حكمي "، فالمجلس العقد الحقيقي هو مكان وزمان التعاقد الذي يبدأ بالإنشغال البات بالصيغة وينفض بانتهاء الإنشغال بالتعاقد "، فهذا التعريف يشمل بداية مجلس العقد ونهايته.

أما مجلس العقد الإفتراضي فهو يكون فيه المتعاقدين في مكانين مختلفين.

المطلب الرابع: دور قانون الإرادة في تحديد قانون العقد

تعتبر قاعدة قانون الإرادة وسيلة من الوسائل الفعالة في ميدان العقود الإلكترونية، كونها تساعد في التغلب على أحد مشكلات التجارة الإلكترونية المتمثلة في معرفة القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية التي تنشأ في الفضاء الإلكتروني، وعليه سنتطرق في هذه المحاضرة إلى مفهوم قانون الإرادة وكذا معايير تحديد هذا القانون وذلك وفق النقاط التالية.

الفرع الأول: مفهوم قانون الارادة

تقوم فكرة قانون الإرادة على الإعتراف لطرفي العقد بحقهما في اختيار وتحديد القانون واجب التطبيق على العقود المبرمة وبالذات على العقود الدولية التي يكون أحد طرفيها عنصرا أجنبيا، هذا الإعتراف الذي يطلق حرية الإرادة في تحديد جميع الآثار القانونية الناشئة عن العقد التي من بينها تحديد قانون العقد، والمقصود بالإرادة هي الإرادة المشتركة للمتعاقدين وليس الإرادة المنفردة لأحدهما، والتساؤل الذي

يثار هنا هل أن قانون الإرادة يتناسب وخصوصية العقود الإلكترونية المبرمة عبر الأنترنيت؟[1] ذلك أن هذه العقود أقرب ما تكون إلى العقود الدولية وذلك لاتسام الشبكة بصفة الدولية ولعدم تبعيتها لأية دولة ويحق للكافة الدخول لها.

نصت المادة 18 من القانون رقم 05-10 المتضمن القانون المدني على أنه" : يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم إمكان 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 ضابط أول أساسي والمتمثل في قانون إرادة المتعاقدين، وآخران احتياطيان، وهما قانون الموطن المشترك، والجنسية المشتركة وقانون محل إبرام العقد، واشترط في قانون الإرادة أن تكون له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، فلم يترك بالتالي لطرفي العقد الحرية الكاملة لاختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما، والسبب في هذا التقدير القانوني هو ضرورة إقامة توازن بين إطلاق حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد من ناحية، وضرورة خضوع هذه الرابطة العقدية للأحكام الآمرة للدولة القريبة للعقد واختصاص قضائها الوطني منعا للغش وحماية للطرف الضعيف في العقد، الذي يكون عادة المستهلك، وبذلك تتفق آراء الفقهاء مع رغبة المشرع في حمايته خاصة في العقود التي تبرم بالطرق الإلكترونية[2].

ويمكن أن يتم اختيار للقانون الواجب التطبيق من طرف المتعاقدين على شبكة الويب وذلك من خلال الرسائل المتبادلة بالبريد الإلكتروني بعد الإتفاق على البنود العقدية الأخرى، ومن ثمة فإن مشاكل قانون الإرادة المتعارف عليها في العقود التقليدية تطرح نفسها هنا أيضا بما يتفق مع طبيعة شبكة الأنترنيت، فالعلاقة التي اشترطتها المادة 18 من القانون المدني بين قانون الإرادة والعقد قد تتمثل في مكان إبرام العقد أو في مكان تنفيذه، ولكن هذين المعيارين لا يعبران في جميع الأحوال عن علاقة جدية

---

[1]- صالح جاد المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص82.

[2] - بشار طلال مومني، مشكلات التعاقد عبر الأنترنت، الطبعة الأولى، عالم الكتب الحديث للنشر والتوزيع، الأردن، 2004، ص130.

بالعقد في التعاقد الذي يبرم من خلال الأنترنيت الذي يفترض اتصال العقد بجميع الدول نظرا لاتصال الأنترنيت بها في آن واحد نتيجة انفتاح هذه الشبكة على العالم كله، فالأنترنيت وسط غير مادي يتم فيه إبرام العقد من دون أن يكون مركزا في إقليم دولة معينة، لأنه فضاء إلكتروني مستقل غير خاضع لدولة بعينها، بحيث يمكن القول بتطبيق قانونها، كما أن مكان تنفيذ العقد لا يخلو من الصعوبة، خاصة بالنسبة للعقود التي تبرم وتنفذ على شبكة الأنترنيت دون حاجة للرجوع إلى الفضاء المادي الخارجي، ومن هنا لا يوجد إقليم دولة معينة يتم فيه تنفيذ العقد، بل نحن إزاء بيئة غير مادية يتم تنفيذ العقد من خلالها[1].

ومن الأمثلة التي أعطاها الفقه لارتباط العقد بقانون دولة معينة، العقود الإلكترونية التي يتم فيها عرض السلعة أو الخدمة عن طريق البريد الإلكتروني، فالعرض يتم استقباله في دولة من وجه إليه، متى كان هذا الأخير قد دخل إلى موقع البريد المعلن به عرض السلعة أو الخدمة، ويتصور حصول هذا الفرض حين يقوم مورد السلعة أو الخدمة بإرسال رسالة إلكترونية ذات طبيعة دعائية لذات بلد الموجه إليه الإيجاب، أو يصمم صفحة إعلانية توجه تحديدا إلى البلد الذي يقيم فيه من وجه إليه الإيجاب، ويعد ذلك النوع من العقود وثيق الصلة بقانون دولة محل الإقامة العادية لمن وجه إليه الإيجاب إذا كان الموجب قد قام بالأعمال الضرورية واللازمة لإبرام العقد في هذه الدولة، كأن يسجل طلبه على شبكة الأنترنيت أو يقبل إيجاب البائع عن طريق البريد الإلكتروني، ففي هذا المثال تعد أفعال القبول الصادرة ممن وجه إليه الإيجاب ذات علاقة بقانون الدولة محل إقامته العادية، وبالتالي يمكن اتفاق المتعاقدين على تطبيقه.

وعليه فإن العقود الإلكترونية لا تختلف عن أغلب العقود من حيث أركانها والآثار المترتبة عليها، إلا أن الإختلاف بينها وبين العقود التقليدية يكون في وسيلة التعاقد، وبالتالي فإن العقود الإلكترونية لا تختلف عن مثيلتها بالنسبة لتفعيل قانون الإرادة بل نجد أن طبيعة هذه العقود ترتكز على إرادة المتعاقدين بدرجة عالية جدا، لأنه لا يتوافر النظام القانوني الكامل لمعالجة مثل هذه العقود، أما في حالة عدم تحديد القانون الواجب التطبيق فيتم إعمال النصوص المتعلقة بالتجارة الإلكترونية بما لا يخرج عن نطاق القواعد العامة لنظرية العقد.

[1] – الجواري سلطان عبد الله محمود، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق " دراسة قانونية مقارنة" ، منشورات الحلبي الحقوقية، الإسكندرية، 2010، ص120.

الفرع الثاني: معايير تحديد قانون الارادة

يمكن تحديد القانون الواجب التطبيق عن طريق الإرادة الحرة الصادرة من طرفي العقد، فقد تكون تلك الإرادة صريحة، وقد تكون تلك الإرادة ضمنية.

1 – التعيين الصريح

يسري مبدأ الإرادة على التجارة العادية والتجارة الإلكترونية، إلا أن هناك خصوصية مميزة للتجارة الإلكترونية على الرغم من أنها تتساوى مع التجارة العادية من ناحية تبادل السلع والخدمات مقابل مبلغ نقدي أو عيني، حيث تشمل التجارة الإلكترونية سواء من حيث تكوين العقد أو تنفيذه أو إنجازه على تقنيات نقل حديثة لبيانات التعاقد في إطار فضائي إلكتروني عن طريق شبكات المعلومات والإتصال مثل الأنترنيت.

ومن المألوف في التجارة الإلكترونية وجود عقود نموذجية يدرج فيها بند يحدد فيه الأطراف القانون الواجب التطبيق على عقدهم، وهو ما درج الفقه على تسميته بشرط الإختصاص التشريعي.

ويمكن أن يكون اختيار القانون الواجب التطبيق إختيارا صريحا من خلال الرسائل الإلكترونية المتبادلة، كما يمكن أن يتم أيضا بالبريد الإلكتروني وذلك بعد الإتفاق على البنود العقدية الأخرى كالمحل والثمن والتسليم والسعر والدفع والإحتفاظ بالملكية...إلخ، كما يمكن للمتعاقدين أن يختاروا قانونا ليحكم علاقتهم العقدية دون اشتراط وجود أية صلة حقيقية بين القانون المختار والعقد، مثال ذلك العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية الذي وضعته غرفة التجارة والصناعة بباريس في 30 أبريل 1998 ليحكم المعاملات التي تتم بين المهنيين والمستهلكين، فينص هذا العقد في أحد بنوده على أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الفرنسي بصرف النظر عن جنسية المتعاقدين أو موطنهم أو محل إبرام العقد أو محل تنفيذه، ونتيجة لذلك يمكن للمتعاقدين في مجال عقود التجارة الإلكترونية أن يقدروا بحرية تامة إخضاع عقدهم لقانون دولة تقر بصحة التوقيعات الإلكترونية دون اشتراط وجود أية صلة بين القانون المختار والعقد[1].

إن الإختيار لقانون محايد من جانب الأطراف دون استلزام توافر علاقة أو رابطة يعتبر تماشيا مع طبيعة هذا العالم الإفتراضي وإمكانية إطلاق حرية الأطراف في العقود الإلكترونية الدولية.

ومن ناحية أخرى نصت إتفاقية روما على إمكانية إختيار الأطراف قانونا آخر يخضع له العقد غير القانون الذي تم إختياره مسبقا، وذلك في المادة 2/3 لعام 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على

[1]– محمد نائل أبو قلبين، مدلولات تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي الإلكتروني في ضوء أحكام التشريع الاردني، المجلد 03، العدد 01، مجلة الأبحاث القانونية والسياسية، الأردن، 2021، ص07.

الإلتزامات التعاقدية حيث قضت على أنه:" يحق للأطراف في أي وقت الإتفاق على إخضاع العقد لقانون آخر غير الخاضع له من قبل، وسواء تم ذلك بإجراء إختيار لاحق يتم تبعا لنفس المادة أو بمقتضى نصوص أخرى"[1].

2- التعيين الضمني

إن التعيين الضمني هو اختيار حقيقي ولكنه غير معلن، يستخلصه القاضي من ظروف الحال، ويؤكد ذلك ما ذهبت إليه إتفاقية لاهاي عام 1986 في المادة 1/7 حيث نصت على أن: " اتفاق الأطراف فيما يتعلق باختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم يجب أن يكون صريحا أو يمكن استنتاجه بوضوح من نصوص العقد أو من سلوك الأطراف أو بالنظر إليهما معا"، كما أن إتفاقية روما لعام 1980 نصت في المادة 1/3 على أن: " يسري على العقد القانون الذي يختاره الأطراف، ويجب أن يكون هذا الإختيار صريحا أو مستمدا بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أو من ظروف التعاقد".

أما العلامات والمؤشرات التي تساعد القاضي على معرفة اتجاه الإرادة الضمنية للمتعاقدين بخصوص قانون العقد، فهي مثلا قرينة وجود نص في العقد يجعل الإختصاص بشأن المنازعات المتعلقة به من اختصاص محاكم دولة معينة، أو يتم إبرام عقد يرتبط بعقد آخر سبق إبرامه وتم إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق عليه، وقد ينظر إلى اللغة التي كتب بها العقد أو العملة التي اتفق على الوفاء بها، أو قد يتجه القاضي إلى النظر إلى جنسية المتعاقدين أو بمحل إقامتهم أو ينظر إلى مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه[2].

ولكن بعض العناصر التي أقرها الفقه والقضاء باعتبارها ضوابط لاستخلاص الإرادة الضمنية تتضح عدم أهميتها في مجال التجارة الإلكترونية فقد أصبحت اللغة الإنجليزية هي اللغة الرسمية في مجال الروابط العقدية التي تتم عبر شبكات الإتصال الإلكترونية، وفي حالة استخدام لغة أخرى غير اللغة الانجليزية فإنها تترجم بطريقة آلية إلى اللغة الانجليزية بواسطة برامج موجودة في الحواسيب الآلية.

وفي مجال عقود التجارة الإلكترونية فإن العقد إذا كان يتصل بدولتين أو أكثر في نفس الوقت " قانون مكان الإبرام وقانون محل التنفيذ مثلا " وكان قانون أحدهما يتضمن أحكاما لتنظيم هذا النوع من العقود

---

[1]- حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص88.

[2]- المرجع نفسه، ص90.

مثل العقود الإلكترونية خلافا لقانون الدولة الأخرى الذي لا يتضمن مثل هذه الأحكام، فمن المنطقي والطبيعي تطبيق قانون الدولة التي يتضمن قانونها أحكاما لمثل تلك العقود بوصفه قانون الإرادة[1].

خلاصة الفصل الأول

لقد تم التطرق من خلال هذا الفصل إلى الإطار المفاهيمي للعقد الإلكتروني ذلك أن هذا الأخير هو العقد الذي يتم إبرامه أو تنفيذه عبر شبكة الانترنت، كما أنه يغلب عليه الطابع التجاري كونه عقد عابر للحدود يتم بين شخصين كل منهما في دولتين مختلفتين وأن غالبا ما يكون على دعامات غير ورقية مخزنة داخل الأنظمة المعلوماتية، كما أن خصوصيته تكمن في الجانب الإلكتروني لهذا العقد، بمعنى آخر الوسيلة التي ينعقد بها هذا العقد كونه مبرم عبر الأنترنت، فله خصائص تميزه عن غيره من العقود الأخرى كون العقود التقليدية تتم في مجلس عقد واحد وبين حاضرين، ومن أهم الخصائص التي تميز العقد الإلكتروني كونه أحد العقود التي تبرم عن بعد، وفي كثير من المعاملات يأخذ الطابع الدولي.

كما أن قاعدة قانون الإرادة تعتبر من أول وأهم قواعد الإسناد التي يلجأ إليها القاضي لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، حيث أدت أهمية هذه القاعدة وضرورتها لتنظيم عقود التجارة الدولية إلى انتشارها والنص عليها في العديد من التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية، كما تعتبر هذه القاعدة من أكثر قواعد الإسناد ملائمة لحل مشكلة تنازع القوانين في مجال عقود التجارة الإلكترونية، ويمكن للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق إختيارا صريحا من خلال الرسائل الإلكترونية المتبادلة، كما يمكن أن يتم أيضا بالبريد الإلكتروني وذلك بعد الإتفاق على البنود العقدية الأخرى كالمحل والثمن والتسليم والسعر والدفع والإحتفاظ بالملكية...إلخ، كما يمكن للمتعاقدين أن يختاروا قانونا ليحكم علاقتهم العقدية دون اشتراط وجود أية صلة حقيقية بين القانون المختار والعقد.

[1]– الجواري سلطان عبد الله محمود، مرجع سابق، ص122.

الفصل الثاني: تنفيذ العقد الإلكتروني وإثباته

باعتبار العقد الإلكتروني هو ذلك العقد الذي يتم إبرامه بإحدى الوسائل الإلكترونية سواء كليا أو جزئيا متى كانت هذه الوسائل تحدث التفاعل المطلوب لإتمام العقد بين أطرافه، كما أن خصوصية العقد الإلكتروني تكمن في الجانب الإلكتروني لهذا العقد، بمعنى آخر الوسيلة التي ينعقد بها هذا العقد كونه مبرم عبر الأنترنت، فله خصائص تميزه عن غيره من العقود الأخرى كون العقود التقليدية تتم في مجلس عقد واحد وبين حاضرين، ومن أهم الخصائص التي تميز العقد الإلكتروني كونه أحد العقود التي تبرم عن بعد، وفي كثير من المعاملات يأخذ الطابع الدولي، وهذا ما جعل هذا العقد يرتب كغيره من العقود الأخرى إلتزامات على عاتق كل متعاقد في مواجهة المتعاقد الآخر، حيث تثير هذه الإلتزامات مسألتين أساسيتين الأولى تتعلق بكيفية تنفيذ طرفي العقد لالتزاماتهما، والثانية خاصة بإثبات العقد الإلكتروني في حالة ما إذا ثار نزاع حول تنفيذ هذه الإلتزامات وهذا ما سيتم دراسته من خلال العناصر الآتية.

المبحث الأول: تنفيذ العقد الإلكتروني

يوجد في العقود الإلكترونية ما يبرم عبر الأنترنت وينفذ خارجها، حيث يتمثل هذا النوع العقود التي يكون موضوعها الأشياء المادية التي تستوجب تسليمها في بيئة مادية، ونوع آخر ينفذ ويبرم عبر الأنترنت ويكون محلها أشياء غير مادية وتقديم الخدمات.

وعليه قد يكون محل إلتزام المتعاقد على شبكة الأنترنت تسليم سلعة ما، وقد يلتزم بأداء خدمة، وهذا ما سيتم التطرق إليه من خلال العناصر الآتية.

المطلب الأول: كيفية تسليم السلعة في العقود الإلكترونية

يتم وضع 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.

غير أنه عندما يسلم المورد الإلكتروني منتوجا أو خدمة لم يتم طلبها من طرف المستهلك الإلكتروني لا يمكنه المطالبة بدفع الثمن أو مصاريف التسليم وهذا ما قضت به المادة 21 من القانون رقم 18-05.

والملاحظ بالنسبة للعقود المبرمة عن طريق الأنترنت فتسليم الأشياء ذات الطابع المعنوي فيقوم من خلالها البائع بتمكين المشتري من تحميل برامج الكمبيوتر محل العقد على القرص الصلب الخاص به أو قيامه بعرض الفيلم الذي يريد المتعاقد مشاهدته عبر الأنترنت حتى يتمكن من مشاهدته[1].

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

وفي حالة عدم إحترام المورد الإلكتروني لآجال التسليم يمكن للمستهلك الإلكتروني إعادة إرسال المنتوج على حالته في أجل أقصاه 04 أيام إبتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج دون المساس بحقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر، كما يجب على المورد الإلكتروني أن يرجع إلى المستهلك الإلكتروني المبلغ المدفوع والنفقات المتعلقة بإعادة إرسال المنتوج خلال أجل 15 يوما إبتداء من تاريخ استلامه المنتوج، وهذا ما نصت عليه المادة 22 من القانون رقم 18-05.

أما 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 إتفاق يخالف ذلك".

من خلال هذا النص يتضح بأن 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، ويمكن 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.

وإذا أخل البائع بالتزامه بتسليم المبيع وفقا لما اتفق عليه يجوز للمشتري أن يطلب فسخ البيع مع التعويض عن الضرر الذي لحقه جراء ذلك وهذا ما أقرته المادة 23 من القانون 18-05 السالف الذكر، كما يستطيع أن يطالب البائع بالتنفيذ العيني حيث يثير صعوبات كون المتعاقدين عادة ما تفصل بينهما مسافات بعيدة.

---

[1]- عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص50.

[2]- أسامة حسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص70.

وقد نص المشرع الجزائري في القانون رقم 18-05 في المواد من 16إلى 26 عن التزامات كل من المستهلك الإلكتروني وواجبات المورد الإلكتروني ومسؤولياته وذلك من خلال الفصل الرابع والفصل الخامس منه، حيث نص من خلال المادة 16 بأنه يجب على المستهلك الإلكتروني دفع الثمن المتفق عليه في العقد الإلكتروني بمجرد إبرامه، كما يجب على المود الإلكتروني أن يطلب من المستهلك الإلكتروني توقيع وصل استلام عند التسليم الفعلي للمنتوج أو تأدية الخدمة موضوع العقد الإلكتروني، ولا يمكن للمستهلك أن يرفض توقيع وصل الإستلام، كما أنه تسلم نسخة من وصل الإستلام وجوبا للمستهلك الإلكتروني وهذا ما نصت عليه المادة 17 من نفس القانون.

أما المادة 1/18 فقد نصت على أنه بعد إبرام العقد الإلكتروني يصبح المورد الإلكتروني مسؤولا بقوة القانون أمام المستهلك عن حسن تنفيذ الإلتزامات المترتبة على هذا العقد سواء تم تنفيذها من قبله أو من قبل مؤدي خدمات آخرين دون المساس بحقه في الرجوع ضدهم.

كما أنه بمجرد إبرام العقد يلزم المورد الإلكتروني بإرسال نسخة إلكترونية من العقد إلى المستهلك الإلكتروني وهذا ما نصت عليه المادة 19 من نفس القانون.

كما يتضح من خلال المادة 23 من القانون رقم 18-05 بأنه يجب على المورد الإلكتروني إستعادة سلعته في حالة تسليم غرض غير مطابق للطلبية أو في حالة ما إذا كان المنتوج معيبا، كما يجب على المستهلك الإلكتروني إعادة إرسال السلعة في غلافها الأصلي خلال مدة أقصاها أربعة أيام إبتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج مع الإشارة إلى سبب الرفض، حيث تكون تكاليف إعادة الإرسال على عاتق المورد الإلكتروني، ويلزم المورد بتسليم جديد موافق للطلبية، أو إصلاح المنتوج المعيب، أو إستبدال المنتوج بآخر مماثل، أو إلغاء الطلبية وإرجاع المبالغ المدفوعة دون الإخلال بإمكانية مطالبة المستهلك الإلكتروني بالتعويض في حالة وقوع ضرر، كما يجب على المورد الإلكتروني إرجاع المبالغ المدفوعة خلال 15 يوما من تاريخ استلامه المنتوج.

المطلب الثاني: إلتزام المتعاقد بتقديم الخدمة

هناك العديد من الخدمات التي تقدم عبر الأنترنت على غرار 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 الأنترنت لا يمكن تنفيذه في لحظة واحدة بل يكون تنفيذه متتابع على فترات زمنية مستمرة، وتتطلب مثل هذه العقود تعاون الزبون والمورد قصد الإستعلام لتلقي النصائح الفنية التي تمكنه من الحصول على أفضل خدمة يحتاج إليها كأن ينصح المتعاقد الزبون

بشراء المعدات اللازمة لإجراء عملية البحث في بنك المعلومات التي تسهل حدوث الإتصال والتفاعل بينه وبين بنك المعلومات، وكذا إعداد الزبون فنيا عن طريق بث دورات تعليمية عبر الأنترنت[1].

وعليه كقاعدة عامة إلتزام المورد بأداء خدمة هو إلتزام 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 المضرور أو خطأ الغير وهذا ما نصت عليه المادة 2/18 من القانون رقم 18-05 السالف الذكر " غير أنه يمكن للمورد الإلكتروني أن يتحلل من كامل مسؤوليته أو جزء منها إذا أثبت أن عدم التنفيذ أو سوءه يعود إلى المستهلك الإلكتروني أو إلى قوة قاهرة".

كما يلتزم مورد الخدمة بتوريد معلومات صحيحة شاملة مع إلتزامه بالحفاظ على سرية مطالب الزبون بشأن الخدمات الموردة له.

كما أنه يترتب على كل بيع لمنتوج أو تأدية خدمة عن طريق الإتصالات الإلكترونية إعداد فاتورة من قبل المورد الإلكتروني وتسلم للمستهلك الإلكتروني، كما يمكن للمستهلك أن يطلب الفاتورة في شكلها الورقي وهذا ما قضت به المادة 20 من القانون رقم 18-05 السالف الذكر.

كما نصت المادة 24 من القانون رقم 18-05 بأنه على المورد الإلكتروني عدم الموافقة على طلبية منتوج غير متوفر في مخزونه.

كما يجب على المورد الإلكتروني حفظ سجلات المعاملات التجارية المنجزة وتواريخها وإرسالها إلكترونيا إلى المركز الوطني للسجل التجاري وهذا ما قضت به المادة 25 من القانون رقم 18-05.

المطلب الثالث: الإلتزام بالوفاء إلكترونيا

يترتب عن إلتزام المنتج أو المورد بتسليم السلعة أو بتقديم الخدمة إلتزام المشتري أو الزبون بأداء ثمن مقابل السلعة أو الخدمة، وتكون وسائل الدفع التي يعتمد عليها هذا الأخير تتفق مع طبيعة التجارة الإلكترونية حيث ظهر ما يسمة بأنظمة الدفع والسداد الإلكتروني حيث عرف المشرع الجزائري من خلال القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية وسيلة الدفع بأنها" كل وسيلة دفع مرخص بها طبقا للتشريع المعمول به تمكن صاحبها من القيام بالدفع عن قرب أو عن بعد عبر منظومة إلكترونية".

جامعة تبسة المجلس العلمي كلية الحقوق

[1]- عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص55.

كما نص على الدفع في المعاملات الإلكترونية في الفصل السادس في المواد 27 و 28 و 29 من القانون رقم 18-05 السالف الذكر.

فقد نصت المادة 1/27 من هذا القانون على أن الدفع في المعاملات التجارية الإلكترونية يتم إما عن بعد أو عند تسليم المنتوج عن طريق وسائل الدفع المرخص بها.

الفرع الأول: خصائص الدفع الإلكتروني: يتميز الدفع الإلكتروني بأنه من بين وسائل الوفاء التي تتم عن بعد ويكون ذلك بإعطاء أمر الدفع عبر الأنترنت وفقا لمعطيات إلكترونية تسمح بالإتصال المباشر بين طرفي العقد، وبهذه الصفة يعتبر الدفع الإلكتروني وسيلة فعالة لتنفيذ الإلتزام بالوفاء في العقود الإلكترونية التي تقتضي تباعد أطراف العقد،

وكما أن الدفع يتم من خلال فضاء معلوماتي مفتوح فإن فرصة السطو على رقم البطاقة أثناء الدفع الإلكتروني تكون قائمة وهذا الخطر متواجد عند الدفع الإلكتروني بغير الأنترنت وأكثر حدوث على شبكة الأنترنت باعتبارها فضاء مفتوح لكل الأشخاص، ويكون ذلك باختراق البيانات المتواجدة في الشبكة واستخدامها بغرض الإضرار بصاحب البطاقة، ومن أجل تفادي هذا الخطر فإن الدفع يكون مصحوبا بوسائل وآليات أمان فنية باستعمال طريقة مشفرة من خلال برنامج معد لهذا الغرض بحيث لا يظهر الرقم البنكي على شبكة الويب، كما يتم عمل أرشيف للمبالغ التي يتم السحب عليها مما يسهل الرجوع إليه، وهذا من شأنه توفير الثقة بين أطراف التعامل وضمان فعاليتها الأكيدة كوسيلة من وسائل الدفع التي تيسر التجارة الإلكترونية[1].

عندما يكون الدفع إلكترونيا فإنه يتم من خلال منصات دفع مخصصة لهذا الغرض منشأة ومستغلة حصريا من طرف البنوك المعتمدة من قبل بنك الجزائر وبريد الجزائر وموصولة بأي نوع من محطات الدفع الإلكتروني عبر شبكة المتعامل العمومي للمواصلات السلكية واللاسلكية وهذا ما قضت به المادة 2/27 من القانون رقم 18-05، كما نصت المادة 29 من نفس القانون على أنه تخضع منصات الدفع الإلكتروني المنشأة والمستغلة طبقا للمادة 27 لرقابة بنك الجزائر لضمان استجابتها لمتطلبات سرية البيانات وسلامتها وأمن تبادلها.

الفرع الثاني: أنواع أو وسائل الدفع الإلكتروني

يمكن للمتعاقد من خلال شبكة الأنترنت أن يقوم بالوفاء بمقابل ما تلقاه من المورد مستخدما وسائل أو طرق للدفع الإلكتروني ومن أهمها:

[1]- أسامة حسن مجاهد، مرجع سابق، ص72.

– **الدفع عن طريق التحويل الإلكتروني:** يتم تحويل مبلغ معين من حساب المدين إلى الدائن دون اللجوء إلى استعمال بطاقات الدفع، فالعملية تتم بطريقة مباشرة عبر الأنترنت، وأمر الدفع تملكه الجهة التي تقوم على إدارة عملية الدفع الإلكتروني، كاستعمال الوسائط الإلكترونية المصرفية التي يستطيع من خلالها الزبون أن يطلب من البنك تحويل مبلغ من المال إلى رصيد البائع مقابل السلعة أو الخدمة التي اشتراها عبر الأنترنت ويتم الإتصال بالبنك بواسطة الهاتف.

– **الدفع بالبطاقات المصرفية:** هي عبارة عن بطاقات بلاستيكية ومغناطيسية " كالكارط الشخصي.." ويستطيع حاملها استخدامها في شراء معظم إحتياجاته أو أداء مقابل ما يحصل عليه من خدمات دون الحاجة لحمل مبالغ كبيرة من الأموال والتي قد تتعرض لمخاطر السرقة والضياع أو التلف، بالإضافة إلى إمكانية حصوله على النقد من خلال آلات الصرف الذاتي، وبإمكان الزبون إرسال رقم البطاقة البنكية عن طريق البريد الإلكتروني أو من خلال فاكس أو إرسال البيانات المتعلقة بحسابه البنكي مما يمكن المورد من إقتطاع الثمن من حساب الزبون، ومن أهم هذه البطاقات نجد[1]:

* **بطاقات الوفاء " Carte de Payement "**: تخول هذه البطاقة لحاملها سداد مقابل مشترياته من سلع وخدمات، ويتم تحويل ذلك المقابل من حسابه إلى حساب التاجر، وهذه البطاقات لا تعد إئتمانية إنما تحمل تعهد من البنك بتسوية الدين بين حامل البطاقة والتاجر[2].

* **بطاقات الإئتمان " Carte de crédit "**: هي التي تصدرها المصارف في حدود مبالغ معينة، ويتم استخدامها كأداة ضمان، وتتميز بأنها توفر كلا من الوقت والجهد لحاملها، حيث يقدمها للتاجر ويحصل بموجبها على السلع والخدمات، وتسدد قيمتها من الجهة مصدرة البطاقة، ويجب على حاملها سداد القيمة للجهة المصدرة خلال الأجل المتفق عليه، كما أن الجهة المصدرة لهذه البطاقة تحصل على

---

[1]– عبد الله ذيب محمود، مرجع سابق، ص80.

[2]– ويتم ذلك بطريقتين أحدها مباشرة والأخرى غير مباشرة، ففي الطريقة المباشرة يقدم الزبون بطاقته التي تحتوي على بياناته وبيانات البنك المصدر لها إلى التاجر الذي يدون بيانات مفصلة عن المشتري وبطاقته، ويوقع هذا الأخير على فاتورة من عدة نسخ بحيث ترسل نسخة منها إلى البنك الخاص بالزبون أو الجهة المصدرة للبطاقة لسداد قيمة المشتريات ويتم 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...للتفصيل أنظر: إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص160.

فوائد مقابل توفير إعتماد لحاملها، ولا تمنح المصارف هذه البطاقات إلى عملائها إلا بعد التأكد من ملاءة الزبون أو الحصول منه على ضمانات شخصية أو عينية كافية.

* **بطاقات الشيكات** " **Chéque garante card** ": تصدر البنوك هذا النوع من البطاقات لزبائنها من حاملي الشيكات ويضمن البنك في حدود معينة بقيمة الشيك الذي يصدره حاملها، ويتعين على حامل البطاقة عند سحب الشيك لأحد التجار من إبراز البطاقة وتدوين رقمها على ظهر الشيك، كما أن على التاجر أن يتحقق من البيانات المدونة على البطاقة مع البيانات المدونة على الشيك[1].

* **الدفع بالنقود الإلكترونية** " **Monnaie électronique** ": يصطلح عليها أيضا النقود الرقمية أو القيمية، وتعرف بأنها سلسلة الأرقام التي تعبر عن قيم معينة تصدرها البنوك التقليدية أو الإفتراضية لمودعيها، حيث يحصل هؤلاء على بطاقة ذكية ويستخدمونها لتسوية معاملاتهم، وترتكز هذه التقنية على تجميع وحدات قيمية في أداة مستقلة عن الحسابات المصرفية وتتمثل في فكرتي حافظة النقود الإلكترونية وحافظة النقود الإفتراضي، حيث يتم شحنهم مسبقا بوحدات لها قيمة مالية عن طريق البنك ويتم تسجيل هذا الرصيد في حافظة النقود الإلكترونية أو على القرص الصلب لجهاز الحاسوب الخاص بمستعمل الشبكة في حالة النقود الإفتراضية، وبهذه الطريقة يستطيع الزبون أن يشتري أي سلعة أو خدمة عبر الأنترنت عن طريق إصدار أمر إلى الكمبيوتر الخاص به بدفع قيمة مشترياته بالنقود الإلكترونية المسجلة على القرص الصلب للكمبيوتر الخاص به، 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.

* **الدفع عبر الهاتف المحمول:** تتم عملية الدفع بواسطة الهاتف المحمول بإحدى الطرق الآتية:

– **الطريقة الأولى:** أن يقوم الزبون بالإتصال بالبنك المتعامل معه من خلال تحويل المبلغ المطلوب مقابل السلعة أو الخدمة المشتراة إلى البائع، ثم يقوم البنك بإتمام المعاملة المالية بعد التأكد من هوية الزبون.

---

[1]– تختلف هذه الشيكات عن ما يسمى الشيك الإلكتروني أو الشيك الإفتراضي " Chéque Virtuel " والذي هو عبارة عن بيانات يرسلها المشتري إلى البائع عن طريق البريد الإلكتروني، حيث تتضمن البيانات التي يحتويها الشيك البنكي من تحديد مبلغ الشيك وإسم المستفيد وإسم من أصدر الشيك وتوقيع مصدره، حيث يعتمد هذا النوع من الشيكات على وجود وسيط بين المتعاملين، كما يتم استخدام هذا الشيك في عمليات الوفاء بأن يقوم كل من البائع والمشتري بفتح حساب لدى بنك محدد ويقوم المشتري بتحرير الشيك الإلكتروني وتوقيعه إلكترونيا....للتفصيل أنظر: إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص167.

– **الطريقة الثانية:** أن يقوم المشتري بإرسالة رسالة " SMS " بواسطة هاتفه المحمول إلى البنك المتعامل معه، حيث يطلب الزبون من البنك تحويل المبلغ المطلوب، فيقوم هذا الأخير بعملية التحويل بعد التأكد من هوية الزبون عن طريق التعرف على الرقم الخاص بهاتفه وكذلك بعد إدخال الزبون للرقم السري الخاص به والمقدم من قبل البنك، ويستطيع الزبون الكشف عن حسابه الخاص أو السحب من رصيده أو الإضافة إليه، ويقوم البنك بالرد عليه بعد التأكد من هويته عن طريق إرسال رسالة مكتوبة أو صوتية تحمل الرد على طلبه، وإذا لم يتأكد البنك من هوية الزبون كما لو أدخل رقما سريا خاطئا فإن البنك يرد عليه عن طريق رسالة مثلا " نأسف هذا الرقم غير صحيح ".

وتعتبر طريقة إستخدام الرسائل للدفع عبر الهاتف المحمول طريقة سهلة وقليلة التكلفة ومتوفرة لجميع حاملي الهواتف المحمولة، لذلك من المتوقع سرعة انتشار هذه الطريقة.

– **الطريقة الثالثة:** استخدام الهاتف المحمول كوسيلة للدخول إلى شبكة الأنترنت، حيث يقوم المشتري بإجراء المعاملة التجارية بأكملها عن طريق استخدام هاتفه المحمول كوسيلة للدخول إلى الموقع التجاري الذي يريد شراء السلعة أو الخدمة منه عبر الأنترنت، حيث يقوم باختيار طريقة الدفع الملائمة له للتسديد عن طريقها كاستخدام بطاقة الإئتمان على سبيل المثال أو أي طريقة أخرى من الطرق المشار إليها سابقا.

– **الطريقة الرابعة:** قيام المشتري بشراء السلعة أو الخدمة وإضافة حسابها على فاتورة هاتفه المحمول، ففي هذه الطريقة تتولى شركة الإتصالات التي يتعامل معها الزبون أو المشتري بدفع مقابل السلعة أو الخدمة التي اشتراها من أحد البائعين بدلا منه، ثم تقوم هذه الشركة بإضافة المبلغ المدفوع مقابل السلعة على فاتورة المكالمات الخاصة بهاتف المشتري وتحصل على المبلغ منه بهذه الطريقة.

غير أن البعض يرى أن انتشار هذه الطريقة قد تؤدي إلى تقليص دور المصارف باعتبار أن شركات الإتصال والهاتف المحمول قد تحل محلها في بعض المهمات.

المبحث الثاني: إثبات العقد الإلكتروني

إن وسائل الإثبات هي أساليب جاءت وليدة الواقع العملي وتعبيرا عما تعارف عليه الناس في معاملاتهم لم يفرضها عليهم المشرع بل إكتفى بتقريرها وتقنينها في كل عهد مر به تطور طرق الإثبات، فالإنتقال من مرحلة التعامل الورقي إلى مرحلة التعامل الإلكتروني في مجال التجارة دون تهيئة بيئة قانونية ملائمة للمعطيات التقنية في التبادل الآلي للبيانات من شأنه تهديد حقوق المتعاملين وتقليل فرص الإستفادة من التطور التقني خصوصا في ظل تشخيص الكثير من الدول والهيئات الدولية قصور قواعد الإثبات التقليدية عن إتاحة الحلول الشاملة لهذه المتطلبات التقنية وتداعيتها في الميدان القانوني،

واستجابة لذلك صدرت العديد من القوانين سواء على المستوى الدولي، الإقليمي أو الوطني بهدف التوسع في مفهوم الكتابة والإعتراف بالحجية القانونية للمحررات الإلكترونية، هذا الأخير مع تعدد التشريعات المنظمة للإثبات الإلكتروني تعددت تسمياته وأصبح من الصعب معها استنباط المعنى الدقيق لمقصود المشرع.

المطلب الأول: المحرر الإلكتروني

يعتبر الدليل الكتابي من أهم الأدلة القانونية في الإثبات، حيث يقوم على 3 أفكار رئيسية هي محرر وكتابة وتوقيع.

وقد أورد المشرع الجزائري ضمن نصوص القانون المدني من خلال المادة 323 مكرر تعريفا للدليل الكتابي أو الإثبات بالكتابة ولم يقم بوضع تعريف خاص للمحرر الإلكتروني بل إكتفى بالتوسع في مفهوم الكتابة معتبرا إياها ناتجة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها.

وعليه فقد عرف المشرع من خلال هذا النص الكتابة التي يمكن استعمالها كوسيلة إثبات للتصرفات القانونية بصفة عامة والتصرفات الإلكترونية بصفة خاصة بأية دعامة كانت عليها الكتابة سواء كانت على الورق أو على القرص المضغوط أو المرن، والمتتبع للنصوص التشريعية الحديثة المتعلقة بتنظيم التجارة الإلكترونية بصفة خاصة يصل إلى أن مصطلح المحرر الإلكتروني له مفهوم واسع وله أكثر من مدلول شأنه في ذلك شأن الدليل الكتابي في القواعد التقليدية[1].

إن عدم بلورة مصطلحات موحدة في هذا الشأن يعد أهم عائق أمام إيجاد تعريف محدد، فمنهم من ساوى في المعاملة بين الوثيقة، السجل، المحرر، السند، معتبرا المحرر الإلكتروني " وثيقة إلكترونية تنشأ وتستخدم في المقام الأول لإثبات التصرفات الإلكترونية ".

ومنهم من ذهب إلى أبعد من ذلك وعامل المحرر معاملة البريد الإلكتروني، كما أن هناك من ساواه بالوسيلة الإلكترونية المستخدمة واعتبره " كل وسيلة إلكترونية تستخدم في المعاملات ويمكن الإحتجاج بها أو اللجوء إليها لأغراض الإثبات فيشمل الرسائل الإلكترونية، السجلات الإلكترونية، العقود الإلكترونية .

وبالتالي فالمحرر الإلكتروني يعد وسيلة لإثبات التصرف القانوني.

[1]– قاشي علال وعشير جيلالي، النظام القانوني لإثبات العقد الإلكتروني، المجلد السابع، العدد الأول، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، 2023، ص1810

ومن التعريف الذي أورده المشرع الجزائري نجد أنه وسع من مفهوم الكتابة المعدة للإثبات ملغيا بذلك كل تدرج بين الدعائم التي تحمل الكتابة " مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها" أي لم يحدد نوع الوسيلة، وهذا ما يظهر أن عناصر المحرر موحدة بين جميع أشكاله من كتابة دعامة ووسيلة تداول.

وجدير الذكر بأن البعض من الفقهاء نفى كل فارق بين السند والمستند رادين على من اعتبروا أن المستند هو الدليل الذي يُستند إليه عند حدوث أو قيام نزاع، أما السند فهو أصل الحق أو مصدره.

ولهذا من الأفضل إستعمال لفظ محرر بدلا من السند كونه شامل وكافي لاستيعاب كل الأدلة الكتابية، ولا يوجد في الأصل اللغوي ولا في الواقع العملي ما يُقصر معنى المحرر على ما هو مكتوب على نوع محرر على دعامات سواء ورق أو غير ذلك فأي دعامة تصلح طالما أمكن الكتابة عليها.

وبالتالي فالمحرر الإلكتروني هو رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تندمج أو تُخزن أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو أي وسيلة أخرى مشابهة.

*** التمييز بين المحرر الإلكتروني والمحرر التقليدي**

بعد التعرف على مفهوم المحررات الإلكترونية نجد أن المحرر الإلكتروني يتشابه مع المحرر التقليدي في عدة أمور ويختلف في أمور أخرى، فكل منهما يحتوي على مجموعة من الرموز هذه الأخيرة تعبر عن مجموعة مترابطة من الأفكار والمعاني الإنسانية يسعى المشرع لحمايتها.

أما أوجه الإختلاف بين الشكلين فهي كثيرة ولا يمكن حصرها لتعدد زوايا إحداث الفروقات، فقد يكون التمييز من باب الدعامة، الشروط، وعناصر الدليل الكتابي، وفيما يلي بعض الفروقات على سبيل المثال لا الحصر:

– تعتمد فكرة المحرر الورقي على تسطير محتواه في صورة كتابية المعاني والأفكار على مادة ورقية، بينما المحرر الإلكتروني يحمل على دعامات إلكترونية.

– يعتبر المحرر الورقي من الأشياء المادية التي يمكن حسها ماديا، بينما المحرر الإلكتروني يحمل الطابع الإفتراضي للأشياء.

– المحرر الورقي يمكن الإطلاع على محتواه بمجرد النظر إليه، أما المحرر الإلكتروني يلزم وضعه في وسيط إلكتروني قابل لقراءته وفك رموزه.

– المحرر الورقي له أصل ورقي حتى وإن تم إرساله عبر شبكات الحاسب الآلي، بينما المحرر الإلكتروني مخزن ومحفوظ إلكترونيا فهو موجود على دعامة إلكترونية.

فرغم هذا الإختلاف الظاهر في تحديد التعاريف إلا أنه لا يخرج عن نطاق التباين الشكلي فقط مع بقاء الجوهر والمسمى واحد.

المطلب الثاني: العلاقة بين المحرر الإلكتروني والكتابة الإلكترونية في القانون الجزائري

أصبح للكتابة في الشكل الإلكتروني مكان ضمن قواعد الإثبات في القانون المدني الجزائري من خلال نص المادة 323 مكرر، حيث يعد أول نص عرف من خلاله المشرع الكتابة كوسيلة إثبات للتصرفات القانونية بصفة عامة والإلكترونية بصفة خاصة كالمعلومات والبيانات التي تحتويها الأقراص الصلبة والمرنة أو تلك التي يتم كتابتها بواسطة الكمبيوتر وإرسالها ونشرها عبر شبكة الأنترنت.

وبالتالي فالمشرع لم يفصل بين الكتابة الإلكترونية والمحرر الإلكتروني وهذا الموقف نفس مسلك المشرع الفرنسي الذي يعتبر تقنينه المدني أكثر القوانين تطورا ووضوحا في تحديد معنى الكتابة الرقمية، حيث أطلق مصطلح الكتابة دون تحديد نوعها يدوية كانت أو رقمية ودون الإلتفات لنوع الدعامة أو الوسيلة المستخدمة في تثبيتها آخذا في ذلك بمبدأ الحياد التقني.

كما نص المشرع الجزائري من خلال نص المادة 323 مكرر 01 على الكتابة في الشكل الإلكتروني وجعلها معادلة في حجيتها للوثيقة المخطوطة على دعامة ورقية آخذا في ذلك بمبدأ التعادل الوظيفي غير أنه لم يأخذ على إطلاقه بل قيده بشرطين حتى يعتد بالمحرر الإلكتروني كدليل كامل في الإثبات هما: إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي صدرت عنه الكتابة بمعنى إمكانية تأكد المتعاقد من هوية المتعاقد معه أي توثقه من أن الشخص الذي يخاطبه هو فعلا ذلك الذي قدم له إسمه وعنوان بريده الإلكتروني...، كما أنه من الذي يضمن للقاضي أن الوثيقة الإلكترونية المقدمة له كدليل إثبات صادرة أو متعلقة بذلك الشخص فمن هذا التساؤل نبع هذا الشرط المنصوص عليه في المادة، وبالتالي فإن توقيع الشخص على المحرر الإلكتروني هو شرط لا مناص منه، فمن الممكن أن يكون المشرع الجزائري قد إستهدف من النص عليه توضيح أن المحرر الإلكتروني لن يكون له حجية في الإثبات إلا إذا كان ممهور بتوقيع إلكتروني حيث يمكن بذلك تحديد هوية مُصدر هذا المحرر[1].

أما الشرط الثاني أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها فعبارة حفظ المحرر يقصد بها ضرورة حفظ الوثيقة الإلكترونية وكذا وقايتها من أي تدخل أو تعديل فترة من الزمن حتى يمكن تقديمه للقضاء عند حدوث نزاع من أجل الحفاظ على حقوق الأفراد الذين يتعاملون بها، ويمكن حفظها على

[1]– أبو الهيجاء محمد إبراهيم عرسان، مرجع سابق، ص70.

حامل إلكتروني كأن تحفظ في ذاكرة الحاسب الآلي نفسه أو على الموقع في شبكة الأنترنت أو على شبكة داخلية تخص صاحب الشأن.

أما معدة في ظروف تضمن سلامتها فكلاهما معنى واحد وهو الحفاظ على مضمون المحرر بحالته التي تم إنشاؤه عليها منذ صدوره من منشئه إلى حين وصوله إلى المرسل إليه وهو المتعاقد الآخر.

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

يطلق على هذا المبدأ عدة تسميات مبدأ التعادل الوظيفي، أو التنظير الوظيفي، أو المعادل الوظيفي، أو التكافئ الوظيفي، النظير الوظيفي، المعادلات الوظيفية، ذلك أن الإعتراف بالمستند حتى وإن اتخذ شكل رسالة بيانات أو سجلات إلكترونية بمدى قيامه بوظائف المستند الورقي من حيث إمكانية قراءته، فهمه، إستنساخه أو إحتفاظه الدائم بمادته الأصلية.

فإذا ما استوفت رسالة البيانات الإلكترونية " محرر إلكتروني، رسالة معلومات "، الوظائف الأساسية لاشتراطات الشكل الورقي فإنها تحصل على نفس القيمة القانونية للمستند الورقي.

عُرف هذا المبدأ بصيغ كثيرة لكنها تشترك في الجوهر " هو البحث عن الوظائف والمهام التي تحوزها وتملكها وسيلة قانونية، ونقلها أو إعادة تطبيقها على كل حامل أو دعامة قادرة على أداء نفس المهام"[1].

وعليه فهذا المبدأ يقوم على تحليل الأهداف والوظائف التي تتطلبها وتهدف إليها الكتابة على الورق للوصول إلى الطريقة التي من خلالها يتم إدراك هذه الوظائف وتحقيقها عن طريق تقنيات التجارة الإلكترونية، فمبدأ التعادل الوظيفي لا يخرج عن كونه آلية أو تقنية تتخذ من وظيفة ودور الدليل معيارا للقبول وتحديدا للحجية، كما أنه التفسير المنطقي لنهج المشرع في إقرار حجية المحررات الإلكترونية.

نصت التشريعات تبعا لذلك على هذا المبدأ فالمشرع الجزائري من خلال نص المادة 323 مكرر 1 نص على المساواة في الإثبات بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الورق بعد أن نفى كل فرق بين أشكال الكتابة على أساس الدعامة أو طرق الإرسال من خلال المادة 323 مكرر، آخذا بذلك بمبدأ التعادل الوظيفي في المادة 323 مكرر 01، ومبدأ الحياد التقني من خلال المادة 323 مكرر.

– إن أساس مبدأ التعادل الوظيفي أو أصله فقد أجمع الفقه على أن أول إشارة حقيقية لمفهوم التعادل الوظيفي ظهرت من خلال إعتماد القانون النموذجي " قانون يونسترال للتجارة الإلكترونية " فهي التي

[1]– أسامة حسن مجاهد، مرجع سابق، ص75.

وضعت الأسس الأولى للمبدأ وقدمت الكثير لنظرية المتعادلات الوظيفية، فالنص يعتبر من ناحية التسلسل الزمني هو الأول من نوعه خاصة بنصوص خاصة وصريحة.

وعليه فمبدأي التعادل الوظيفي والحياد التقني مستوحيان من أعمال لجنة اليونسترال، هذه اللجنة التي تجنبت إمكانية الوقوع في فخ الخلط بين المعايير والضوابط القانونية من جهة والوسائل التقنية من جهة أخرى، لأن الخلط بين هذين الجانبين قد يؤدي إلى إقامة نظم قانونية منفصلة وفقا لنوع الدعامة، فنجدها على سبيل المثال قد حافظت على نفس المفهوم القانوني للتوقيع مهما كانت دعامة المحرر[1].

الفرع الثاني: مبدأ الحياد التقني

يعتبر مبدأ الحياد التقني من المفاهيم الراسخة في أذهان واضعي ومنشئي أي قانون للتجارة الإلكترونية وذلك كمحاولة للمقاربة بين الدعامة الورقية والإلكترونية، فهو يتضمن عدم تحديد إلتزام المتعاقدين باستخدام وسيلة تكنولوجية دون أخرى بل إعطائهم الحرية في ذلك، وهنا يكمن الشبه بينه وبين التعادل الوظيفي فكلاهما يسعى لتحقيق قابلية التداول بين الدعامات، وضمان إعطاء المحررات قيمة قانونية بغض النظر عن نوع الدعامة، وبالتالي الحصول على محررات متعادلة وظيفيا، فالجمع بين المبدأين واجب من أجل الوصول إلى حيادية قانونية هذه الأخيرة التي تعتبر بحق المغزى من ذلك، إذ هي التي تسمح باستمرار تطبيق نفس قواعد القانون مهما كان نوع دعامة المحرر، وهذا ما أدى بالبعض إلى استعمال مفهوم المعادلة القانونية بين الإثبات الإلكتروني والكتابة التقليدية.

إن مبدأ الحياد التقني يظهر بشكل جلي في القوانين الخاصة بالتواقيع الإلكترونية لتعلقه بالتقنية المستعملة.

وبالتالي من الصعب الفصل بين المبدأين فالتعادل الوظيفي وُجد لتحقيق الحياد التقني وهما وجهان لعملة واحدة من أجل تحقيق التعادل القانوني.

وتأكيدا على التلازم بينهما وجدنا أنه من الضروري الإشارة إلى بعض النظريات التي تأخذ من الحياد التقني غطاءا لها لكنها في فحواها تتعلق بالتعادل الوظيفي، فهناك 3 نظريات للتعامل مع حجية التوقيع الإلكتروني[2]:

---

[1]– محمد فواز محمد المطالقة، مرجع سابق، ص50.

[2]– سامح عبد الواحد التهامي، مرجع سابق، ص80.

- **نظرية التكنولوجيا الخاصة:** تتبناها القوانين التي ذكرت صراحة في صلب تشريعاتها الخاصة بالتواقيع الإلكترونية وجوب إستخدام تقنية المفتاح العمومي، حيث تتصدرها ألمانيا.

- **نظرية الحد الأدنى:** هذه النظرية إعترفت بكل التكنولوجيات للتوقيع الإلكتروني فهي مُحايدة تكنولوجيا بشكل كامل دون شروط، وقوانين أغلب الدول تندرج تحت هذه الفئة كأستراليا، و.م.أ، كندا، المملكة المتحدة.

- **نظرية المستويين أو المعيار المتدرج:** أخذت هذه النظرية بمبدأ الحياد التكنولوجي ضمن حدود وشروط إذ فرقت في المعاملة بين الأشكال المتعددة للتواقيع الإلكترونية، فهي وإن كانت إعترفت بأن للتوقيع الإلكتروني حجية في الإثبات إلا أنها أعطت هذا التوقيع قوة كاملة إذا ما توفرت شروط خاصة به، ويدخل ضمن هذه الفئة توجيه الإتحاد الأوروبي، قانوني الأمم المتحدة النموذجين، والمشرع الجزائري.

المطلب الثالث: التوقيع الإلكتروني

سيتم التطرق إلى تعريف التوقيع الإلكتروني وكذا أنواعه وفق العناصر الآتية.

الفرع الأول: تعريف 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 لصحة الوثيقة سواء كانت إلكترونية أو ورقية.

ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 327 فقرة 02 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 أعلاه".

وعليه فقد اعترف المشرع صراحة بالتوقيع الإلكتروني إستكمالا باعترافه بحجية الكتابة في الشكل الإلكتروني، ويكون بذلك قد ساوى في الحجية بين التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني وهو ما يسمى بالتعادل الوظيفي بين التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني، أي أن التوقيع الإلكتروني يمكن أن يقوم بذات الوظائف التي يقوم بها التوقيع الخطي من حيث تحديد هوية صاحبه وإقرار بمضمون التعامل الذي استخدم هذا التوقيع في إنجازه، وذلك تماشيا مع إفرازات عهد المعلومات الذي أدخل وسائل حديثة في إبرام العقود والتوقيع عليها إلكترونيا.

وقد نص المشرع الجزائري من خلال القانون الجديد المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين رقم 15-04 [1] حيث عرف التوقيع الإلكتروني من خلال المادة 1/02 منه على أنه " بيانات في شكل إلكتروني مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى تستعمل كوسيلة توثيق ".

كما عرف بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني من خلال الفقرة 3 من نفس القانون " بأنها بيانات فريدة من نوعها كالرموز أو مفاتيح التشفير [2] الخاصة التي يستعملها الموقع لإنشاء التوقيع الإلكتروني ".

تجدر الإشارة أنه من خصائص التوقيع الإلكتروني أنه على العكس من التوقيع الكتابي فهو لا يقتصر على الإمضاء أو بصمة الأصابع بل يشمل صورا لا يمكن حصرها منها الحروف والأرقام والصور والرموز والإشارات وحتى الأصوات يسمح بتمييز الشخص صاحب التوقيع وتحديد هويته، كما أن التوقيع الإلكتروني يتميز بأنه لا يتم عبر وسيط مادي أي دعامة ورقية، وإنما يتم كليا أو جزئيا عبر وسيط إلكتروني بحيث يكون بإمكان أطراف العقد الإتصال ببعضهم البعض والإطلاع على وثائق العقد.

وقد نص المشرع في القانون رقم 15-04 من خلال المادة 06 على أن " التوقيع الإلكتروني يستعمل لتوثيق هوية الموقع وإثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني ".

وقد نص المشرع من خلال المادة 07 من القانون رقم 15-04 على التوقيع الإلكتروني الموصوف حيث يشبه ما نصت عليه قواعد القانون المدني من شروط، كما أن المشرع ينص على أن تكون هذه التقنية مصممة بآلية مؤمنة، حيث يملك الموقع حصريا التحكم فيها، وبالتالي يشترط في التوقيع الإلكتروني[3]:

- أن يكون خاصا بالموقّع ويكون منفردا بحيث لا يستطيع أي شخص الوصول إلى التوقيع سواء عند إنشائه أو استعماله.

- أن تكون هناك رابطة بين التوقيع الإلكتروني والموقّع من أجل إكتشاف أي تعديل لاحق على المحرر وهذه ميزة يتمتع بها التوقيع الإلكتروني الموصوف بخلاف التوقيع الإلكتروني العادي.

---

[1]- القانون رقم 15-04 الموافق لـ 01 فبراير لسنة 2015 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، جريدة رسمية عدد 06 المؤرخة في 10 فبراير سنة 2015.

[2]- لقد عرف مفتاح التشفير الخاص في الفقرة 8 من المادة الأولى من القانون رقم 15-04 السالف الذكر بأنه " عبارة عن سلسلة من الأعداد يحوزها حصريا الموقع فقط، وتستخدم لإنشاء التوقيع الإلكتروني...، أما مفتاح التشفير العمومي فقد عرف في المادة 01 من الفقرة 09 من نفس القانون بأنه " عبارة عن سلسلة من الأعداد تكون موضوعة في متناول الجمهور بهدف تمكينهم من التحقق من الإمضاء الإلكتروني وتدرج في شهادة التصديق الإلكتروني ".

[3]- قاشي علال، و عشير جيلالي مرجع سابق، ص1823.

الفرع الثاني: أنواع التواقيع الإلكترونية

للتوقيع الإلكتروني صورتان إحداهما توقيع رقمي وآخر بيومتري.

*** التوقيع الرقمي " La signature numérique "**

تقوم هذه التقنية بتزويد الوثيقة الإلكترونية بتوقيع مشفر يمكنه تحديد الشخص الذي قام بتوقيعها ومعلومات أخرى خاصة بصاحب التوقيع، ثم يسجل التوقيع بشكل رسمي لدى جهات تعرف بسلطات التوثيق، حيث يتم التوقيع بوجود مفتاحان، مفتاح عام يسمح لكل شخص بالقيام بقراءة رسالة البيانات عبر الأنترنت ، ولكن من دون أن يتمكن من إدخال أي تعديل عليه، ومفتاح خاص لا يملكه إلا صاحب التوقيع الرقمي حيث لا يمكن لأي شخص إجراء أي تعديل على الرقم لأنه لا يملك المفتاح الخاص بصاحب التوقيع، ويمكن بهذه الطريقة لأي شخص يملك المفتاح العام أن يرسل الرسائل المشفرة ولكن لا يستطيع أن يفك شفرة الرسالة إلا الشخص الذي لديه المفتاح الخاص، 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 أوو يبدي رغبته في صرف جزء من رصيده.

غير أن أكبر سلبية من سلبيات التوقيع الرقمي فتتمثل في أن احتمال تعرض الرقم السري 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، إلا إذا قام بالإبلاغ عن سرقته أو فقدانه إلى سلطات التوثيق أو البنك.

*** 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، ويتم التحقق من صحة هذا التوقيع عن طريق قيام نفس البرنامج الذي تم التوقيع بواسطته بفك رموز الشفرة البيومترية ومقارنة المعلومات مع التوقيع، ثم إرسالها إلى برنامج كمبيوتر الذي يعطي الإشارة فيما إذا كان التوقيع صحيحا أو لا.

الفرع الثالث: حجية التوقيع الإلكتروني

لقد ساوى المشرع الجزائري في الحجية بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع التقليدي من خلال المادة 323 مكرر 01 وهو ما يسمى بالتعادل الوظيفي بين التوقيعين، وهذا ما وضحه القانون النموذجي للتجارة

الإلكترونية لسنة 1996 عند معالجته لمسائل التواقيع الإلكترونية حيث أشار إلى إيجاد وسيلة تكنولوجية تحقق نفس المفهوم والغرض الذي تحققه التواقيع العادية.

غير أن وجود التوقيع الإلكتروني ضمن المحرر على وسيط إلكتروني غير عادي وانفصاله عن شخص الموقّع قد يثير الشك حول مصداقيته في تمييز هوية صاحبه وضمان ارتباطه بالتصرف القانوني، مما يمكن القراصنة من اختراق نظام المعلومات وفك الشفرة واستخدامه دون إذن من صاحبه، على خلاف التوقيع العادي الذي يتطلب الحضور المادي للأطراف، مما يسهل التحقق منه كما يتم الإحتفاظ بنسخة من المحرر تكون غير قابلة للتغيير والعبث[1].

وبالرغم من هذه المخاطر إلا أنه قد وجدت جهات التوثيق الإلكتروني حيث تقوم بمنح شهادات بصحة التوقيع الإلكتروني بعد التحقق من هوية الأطراف واتباع أساليب الأمان التقنية التي تضفي حماية وسرية لهذا التوقيع.

[1]– قاشي علال، عشير جيلالي، مرجع سابق، ص1826.

خلاصة الفصل الثاني

لقد تم التطرق من خلال هذا الفصل إلى تنفيذ العقد الإلكتروني وإثباته، ذلك أنه يوجد في هذه العقود ما يبرم عبر الأنترنت وينفذ خارجها، حيث يتمثل هذا النوع العقود التي يكون موضوعها الأشياء المادية التي تستوجب تسليمها في بيئة مادية، ونوع آخر ينفذ ويبرم عبر الأنترنت ويكون محلها أشياء غير مادية وتقديم الخدمات.

ونظرا لتطور وسائل التكنولوجيا أصبح من الضروري التعاقد إلكترونيا عبر الأنترنت كدعامة غير ورقية مصحوبة بالتوقيع الإلكتروني، كما أن كتابة المحررات الإلكترونية والتوقيع عليها إلكترونيا يعتبر وسيلة إثبات للتصرفات القانونية.

الخاتمة

وختاما يمكن القول بأن العقد الإلكتروني هو ذلك العقد الذي يتم إبرامه بإحدى الوسائل الإلكترونية سواء كليا أو جزئيا متى كانت هذه الوسائل تحدث التفاعل المطلوب لإتمام العقد بين أطرافه ويرتب إلتزامات على عاتقهم، كما أن خصوصيته تكمن في الجانب الإلكتروني لهذا العقد، بمعنى آخر الوسيلة التي ينعقد بها هذا العقد كونه مبرم عبر الأنترنت، فله خصائص تميزه عن غيره من العقود الأخرى كون العقود التقليدية تتم في مجلس عقد واحد وبين حاضرين، كما أن العقد الإلكتروني ليس هو الوحيد الذي يتم إبرامه في بيئة إلكترونية، فهناك عقود أخرى تهتم في هذا المحيط وتكون مرتبطة بالعقد الإلكتروني ومتلازمة معه، بحيث تكون هي الأساس الذي يرتكز عليه هذا العقد، وبالتالي يمكن القول بأنها تلك العلاقات العقدية المتنوعة التي تنشأ لتحقيق عقد التجارة الإلكترونية دون أن تكون محلا له، ويطلق عليها البعض بعقود الخدمات الإلكترونية والتي يقصد بها العقود الخاصة بتقديم خدمات الأنترنت والمستفيدين منها.

إضافة إلى ذلك فإن تكييف العقد الإلكتروني أمر مهم من الناحية القانونية نظرا لكونه مبرما عن بعد بالإضافة إلى الطبيعة التقنية لبعض العقود التي ظهرت بازدهار التجارة عبر الأنترنت، ومحاولة وضع هذه الأحكام في سياق العقود المسماة توفر نوعا من الأمان القانوني من خلال الأحكام العامة للعقد أو الأحكام الخاصة بعقد معين مع مراعاة كونه إلكترونيا، كما أن أحكام الإثبات الإلكترونية أحكام نوعية والتي تتمثل في الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني وكلاهما يعتبران الدليلين الكفيلين بالعقود الإلكترونية طبقا للشروط القانونية والتقنية المتفق عليها في معظم التشريعات.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

1- قانون الأنسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل التشريع 1996.

2- قانون التوجيه الأوروبي رقم 97-07 الصادر في 20-05-1997 المتعلق بالتعاقد عن بعد وحماية المستهلك.

3- قانون 83-2000 المؤرخ في 9 أوت 2000 الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي.

4- القانون رقم 85-2000 المؤرخ في 11 ديسمبر 2000 المتعلق بالمعاملات الإلكترونية الأردنية.

5- قانون إمارة دبي رقم 02 لسنة 2002 الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية.

6- قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004.

7- القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 44 مؤرخة في 26 جوان 2005.

8- القانون رقم 15-04 الموافق لـ 01 فبراير لسنة 2015 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، جريدة رسمية عدد 06 المؤرخة في 10 فبراير سنة 2015.

9- القانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، جريدة رسمية عدد 28، المؤرخة في 16 ماي لسنة 2018.

10- المرسوم التنفيذي رقم 90-266 الموافق لـ 15 سبتمبر سنة 1990 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، جريدة رسمية عدد 40.

ثانيا: المراجع

1- الكتب

1- أحمد شرف الدين، عقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.

2- أسامة حسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.

3- إلياس ناصيف، العقود الدولية" العقد الإلكتروني في القانون المقارن "، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.

4- أبو الهيجاء محمد إبراهيم عرسان، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع: عمان، 2005.

5- الجواري سلطان عبد الله محمود، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق " دراسة قانونية مقارنة" ، منشورات الحلبي الحقوقية: الإسكندرية، 2010.
6- بشار طلال مومني، مشكلات التعاقد عبر الأنترنت، الطبعة الأولى، عالم الكتب الحديث للنشر والتوزيع، الأردن، 2004.
7- توفيق حسن توفيق سليمان، معاملات التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، مركز أبو سليم، 2008.
8- حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012.
9- خالد إبراهيم ممدوح، إبرام العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
10- سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الأنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.
11- سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2007.
12- شحاتة غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
13- صالح جاد المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
14- عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012.
15- عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009.
16- عبد الفتاح حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.
17- فادي محمد عماد الدين، عقد التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.
18- محمد سعيد أحمد اسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
19- محمد فواز محمد المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية " دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع: عمان، 2008.

17- مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2009.

2- المقالات

1- الخامسة مذكور، أحكام العقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، العدد التاسع، مجلة العلوم الإجتماعية والإنسانية، جامعة باتنة.

2- بعداش سعد، العقد الإلكتروني، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 32، عدد 02 جوان 2021، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 01، الجزائر، 2021.

3- قاشي علال وعشير جيلالي، النظام القانوني لإثبات العقد الإلكتروني، المجلد السابع، العدد الأول، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، 2023.

4- محمد نائل أبو قلبين، مدلولات تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي الإلكتروني في ضوء أحكام التشريع الاردني، المجلد 03، العدد 01، مجلة الأبحاث القانونية والسياسية، الأردن، 2021.

قائمة المحتويات

العنـــوان	الصفحة
مقدمة.....	1
الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للعقد الإلكتروني.....	2
المبحث الأول: مفهوم العقد الإلكتروني.....	2
المطلب الأول: تعريف العقد الإلكتروني.....	2
الفرع الأول: تعريف الفقه للعقد الإلكتروني.....	3
الفرع الثاني: التعريف الوارد في المواثيق الدولية الإقليمية.....	5
الفرع الثالث: التعريف الوارد في القوانين المقارنة للعقد الإلكتروني.....	6
المطلب الثاني: أنواع العقود الإلكترونية وتمييزها عن غيرها من العقود.....	9
الفرع الأول: أنواع العقود الإلكترونية.....	9
الفرع الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود.....	11
المطلب الثالث: خصائص العقد الإلكتروني.....	13
الفرع الأول: العقد الإلكتروني عقد مبرم بوسيلة إلكترونية.....	14
الفرع الثاني: العقد الإلكتروني عبر الأنترنت أحد العقود التي تبرم عن بعد.....	14
الفرع الثالث: العقد الإلكتروني عبر الأنترنت له طابع دولي وتجاري.....	15
الفرع الرابع: العقد الإلكتروني يبرم وينفذ عبر الأنترنت.....	16
الفرع الخامس: العقد الإلكتروني عقد له حجية إثبات.....	16
الفرع السادس: الوفاء في العقد الإلكتروني يتم إلكترونيا.....	17
المطلب الرابع: تحديد الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني.....	18
الفرع الأول: التكييف القانوني للعقد الإلكتروني.....	18
الفرع الثاني: نطاق إبرام العقد الإلكتروني.....	19
المبحث الثاني: إنعقاد العقد الإلكتروني.....	21
المطلب الأول: التراضي في العقد الإلكتروني.....	21
الفرع الأول: التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني.....	22

الفرع الثاني: تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني.....	25
المطلب الثاني: المحل والسبب في العقد الإلكتروني.....	27
المطلب الثالث: زمان ومكان تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني.....	28
الفرع الأول: زمان انعقاد العقد.....	28
الفرع الثاني: مكان انعقاد العقد الإلكتروني.....	30
المطلب الرابع: دور قانون الإرادة في تحديد قانون العقد.....	30
الفرع الأول: مفهوم قانون الإرادة.....	30
الفرع الثاني: معايير تحديد قانون الإرادة.....	33
خلاصة الفصل الأول.....	35
الفصل الثاني: تنفيذ العقد الإلكتروني وإثباته.....	36
المبحث الأول: تنفيذ العقد الإلكتروني.....	36
المطلب الأول: كيفية تسليم السلعة في العقود الإلكترونية.....	36
المطلب الثاني: إلتزام المتعاقد بتقديم الخدمة.....	38
المطلب الثالث: الإلتزام بالوفاء إلكترونيا.....	39
الفرع الأول: خصائص الدفع الإلكتروني.....	40
الفرع الثاني: أنواع أو وسائل الدفع الإلكتروني	40
المبحث الثاني: إثبات العقد الإلكتروني.....	43
المطلب الأول: المحرر الإلكتروني.....	44
المطلب الثاني: العلاقة بين المحرر الإلكتروني والكتابة الإلكترونية في القانون الجزائري.....	46
الفرع الأول: مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الورق.....	47
الفرع الثاني: مبدأ الحياد التقني.....	48
المطلب الثالث: التوقيع الإلكتروني.....	49
الفرع الأول: تعريف التوقيع الإلكتروني.....	49

الفرع الثاني: أنواع التواقيع الإلكترونية.....	**51**
الفرع الثالث: حجية التوقيع الإلكتروني.....	**51**
خلاصة الفصل الثاني.....	**53**
الخاتمة.....	**54**
قائمة المصادر والمراجع.....	**55**
قائمة المحتويات.....	**60-58**