وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة محمد خيضر – بسكرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

عنوان المذكرة

النظام القانوني للعقد التجاري الإلكتروني

مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص : قانون أعمال

من إعداد:

أميـر أيـــوبي

تحت إشراف الأستاذة:

أ.د لشهب حورية

الموسم الجامعي: 2017-2018

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الفصل التمهيدي : بيئة العقد التجاري الإلكتروني

المبحث الأول: ماهية التجارة الإلكترونية

المطلب الأول : مفهوم التجارة الإلكترونية

الفرع الأول : تعريف التجارة الإلكترونية

الفرع الثاني : خصائص التجارة الإلكترونية

الفرع الثالث : نشأة و تطور التاريخي لتجارة الإلكترونية

المطلب الثاني: مزايا و عيوب التجارة الإلكترونية

الفرع الأول : مزايا التجارة الإلكترونية

الفرع الثانية : عيوب اللتجارة الإلكترونية

المبحث الثاني : الوسائط الإلكترونية و استعمالها في انعقاد العقد الإلكتروني

المطلب الأول: وسائل ابرام عقود التجارة الإلكترونية قبل ظهور الانترنت

الفرع الأول : التلغراف: Télégraphe

الفرع الثاني: التلفون Téléphone :

الفرع الثالث: الفاكسFax

الفرع الرابع : التلكس و التلكس : (Téléx,Télétex)

الفرع الخامس: البث الإذاعي (Diffusion de la radio)

الفرع السادس : البث التلفزيون

الفرع السابع: الميني تل

الفرع الثامن: البيجر:

المطلب الثاني : وسائل ابرام عقود التجارة الإلكترونية بعد ظهور الانترنت

الفرع الأول: تعريف الحاسوب

الفرع الثاني: شبكة الأنترنت

الفصل الأول : ماهية العقد التجاري الإلكتروني و انعقاده

المبحث الأول: مفهوم العقد التجاري الإلكتروني

المطلب الأول: تعريف العقد التجاري الإلكتروني

الفرع الأول: تعريف العقد التجاري الإلكتروني

المطلب الثاني: خصائص العقد الإلكتروني

الفرع الأول: العقد الالكتروني هو تعاقد عن بعد

الفرع الثاني: العقد الإلكتروني له طابع دولي

الفرع الثالث: عقد الإلكتروني يغلب عليه الطابع التجاري

الفرع الرابع : العقد الإلكتروني منشئ لآثار قانونية لالتقاء إرادتين:

الفرع الخامس : وجود الوسيط الإلكتروني

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية لعقد التجاري الإلكتروني

الفرع الأول: العقد التجاري الإلكتروني هو عقد مساومة

الفرع الثاني: العقد التجاري الإلكتروني هو عقد إذعان

المبحث الثاني: انعقاد العقد التجاري الإلكتروني

المطلب الأول: التراضي في عقد التجاري الإلكترونية

الفرع الأول : الإيجاب في العقد التجاري الإلكتروني

الفرع الثاني: القبول في العقد التجاري الإلكتروني

الفرع الثالث: صحة التراضي في عقود التجارة الإلكترونية

المطلب الثاني: المحل و السبب في عقد التجاري الإلكتروني

الفرع الأول: المحل في العقد التجاري الإلكتروني

الفرع الثاني: السبب في العقد التجاري الإلكتروني

المطلب الثالث: زمان و مكان إنعقاد العقد التجاري الإلكتروني

الفرع الأول: زمان إبرام عقد التجارة الإلكترونية

الفرع الثاني: مكان انعقاد عقد التجارة الإلكترونية

الفصل الثاني: الآثار المترتبة على انعقاد العقد التجاري الإلكتروني

المبحث الأول: تنفيذ العقد التجاري الإلكتروني

المطلب الأول: التزامات البائع في العقد التجاري الإلكتروني

الفرع الأول: الالتزام بالتسليم

الفرع الثاني: إلتزام البائع بنقل الملكية

المطلب الثاني: التزامات المشتري في العقد التجاري الإلكتروني

الفرع الأول: التزام المشتري بالدفع الإلكتروني

الفرع الثاني: التزام المشتري بالاستلام

المبحث الثاني: التوثيق و الإثبات في عقد التجاري الإلكتروني

المطلب الأول: مفهوم التوثيق الإلكتروني

الفرع الأول: تعريف جهة التوثيق الإلكتروني

الفرع الثاني: دور جهات التوثيق الإلكتروني

المطلب الثاني: الإثبات في العقود التجارة الإلكترونية

الفرع الأول: الكتابة الإلكترونية

الفرع الثاني: التوقيع الإلكتروني

الفرع الثالث: السجل الإلكتروني

خاتمة

قائمة المراجع

الفهرس

مقدمـــــــة

مقدمـــــــة

نعيش اليوم عصرا جديدا يمكن تسميته بعصر الاتصالات، لانتشار تكنولوجيا الاتصالات بصورة كبيرة و ما ترتب عليها من انتشار المعلومات حتى صار العالم قرية صغيرة يمكن لأي شخص في أقصاها أن يخاطب أخر في أدناها خلال ثوان معدودة، و لم يقتصر لأمر على ذلك بل إمتد إلى عقد اتفاقيات بين الأطراف المتباعدة في المكان و لكن وسائل الاتصال الحديثة جعلتهم مجتمعين في الزمان، وكان من ثمرة وسائل الاتصال الحديثة ظهور ما يعرف بالتجارة الإلكترونية.

فالتجارة الإلكترونية في الوقت الحالي هي التجارة المسيطرة على الاقتصاد العالمي 90 %من حجم التجارة العالمية و خاصة في الولايات المتحدة الأمريكية و باقي الدول الآسيوية و اوروبا و إفريقيا و أمريكا اللاتينية. ومن أجل تنظيم هذا النوع الجديد من التجارة فقد أعطي اهتمام الجمعية العامة للأمم المتحدة حيث أصدرت القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية.

وقد أفرزت التجارة الإلكترونية موضوعات قانونية عديدة تتعلق بفروع مختلفة في القانون مثل وسائل الإثبات الإلكترونية حجية الرسائل الإلكترونية و التوقيع الإلكتروني و موضوع التحكيم الإلكتروني و تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية و أدوات الدفع الإلكترونية و مدى قبولها في المعاملات التجارية و المالية و أحكام الضرائب على المعاملات الإلكترونية و موضوع العقود الإلكترونية.

و العقود الإلكترونية هي العقود التي تتم بوسائط إلكترونية و هذه الأخيرة هي التي أعطت خصوصية لهذا العقد. كما أنه غالبا ما يكون محررا دعامات غير ورقية مخزنة داخل الأنظمة المعلوماتية وهذه الخصائص تثير الكثير من التساؤلات حول مدى إمكانية استيعاب القواعد الكلاسيكية المنظمة للعقد في القانون المدني لهذه الأنماط الجديدة في التعاقد، خاصة ما تعلق منها بالإبرام و التنفيذ و الإثبات؟ .

ففي مثل هذه النوع من التعاقد تثور مجموعة من الأسئلة الهامشية و المحورية في نفس الوقت من قبيل مدى اعتبار ما يتم تدوينه على الدعامات غير الورقية، هو من قبيل الكتابة المعتد بها في الإثبات، و مدى حجية هذه الكتابة، و يزداد الوضع تعقيدا فيما لو أراد أطراف العقد التمسك بالمحرر الإلكتروني كدليل كتابي كامل، وهل أن إثباته يتم بطريق التوقيع الإلكتروني باعتباره وليد مثل هذا النوع من المعاملات بدوره؟.

وهل العقد الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني منتجا للآثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق و المستندات الخطية و التوقيع الخطي. بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامها لأطرافها أو صلاحيتها في الإثبات؟ .

و بإعتبار أن النظام القانوني هو تدخل المشرع للاعتراف بالعقد التجاري الإلكتروني و تنظيمه، من كل جوانبه سواء من حيث إبرامه و من حيث تنفيذه و يمتد كذلك إلى حل النزاعات القائمة بشأنه، و على هذا الأساس فإننا نطرح الإشكالية التالية :

مدى تدخل المشرع في تنظيم أحكام العقد التجاري الإلكتروني في ظل التجارة الإلكترونية؟

<u>الأسئلة الفرعية:</u>

- ماهي الآثار المترتبة على إبرام العقد التجاري الإلكتروني؟
- كيف يتم تحديد زمان و مكان اقتران الإيجاب و القبول في العقد التجاري الإلكتروني؟.
- أما في ما يخص تنفيذ المتعاقدين التزاماتهما فإن هذا العقد يثير مشكلات التخلف عن التسليم أو تأخر تسليم المحل، وهي مشكلات لا تختلف عن المشكلات الحاصلة في ميدان العقود التقليدية، فكيف يتم التسليم في العقد التجاري الإلكتروني؟.

- أما في ما يخص تسديد الثمن فإنه يثير إشكالية وسائل الدفع التقنية كالدفع بموجب بطاقات الائتمان أو تزويد رقم البطاقة على الخط، وقد نشأ هذا المشكل في البيئة التقنية و هو وليدها. فما مقصود بالدفع الإلكتروني؟.

كما يثير هذا النوع من العقود مشكل حجية العقد الإلكتروني و القوة الإلزامية لوسيلة التعاقد و هذه تضمنها في العقود التقليدية توقيع الشخص على العقد المكتوب، فما مدى حجية الكتابة و التوقيع الإلكتروني في اثبات العقد التجاري الإلكتروني؟.

أهمية الموضوع :

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

1-أهمية العلمية : إن الأهمية العلمية و القانونية للموضوع تساعد المتعاملين في هذا المجال بتوعيتهم بالأثار القانونية للتعامل عبر الوسائل الحديثة .

2 – الأهمية العملية : تكمن الأهمية العملية للموضوع في جانبه الاقتصادي ، من خلال ما يوفره للشركات من تسويق لمنتجاتها و ربح للوقت وكذا تقليل لتكاليف التسويق نتيجة الاتصال المباشر بين الشركات و المستهلكين حيث لا يوجد وسطاء في التعامل، و انخفاض التكاليف يؤدي إلى انخفاض الأسعار للمستهلك الذي هو الآخر يوفر عناء التنقل و مشكل المواصلات و الانتظار لشراء منتوج لأن ذلك سيختصره النقر على الأيقونة الموجودة على شاشة الكومبيوتر، وكذلك الحصول على جودة و أفضل الأسعار بفضل حدة المنافسة التي تكتسي بعدا عالميا ، فالانترنت جعلت من التجارة سوقا عالميا، مما يدفع برجال القانون إحاطته بسياج قانوني لأن ما قد يعوق تقدم التجارة الإلكترونية تخلف الآليات القانونية التقليدية عن التعامل معها.

و الهدف من دراسة هذا الموضوع هو مقاربة القانونية ما بين التعاقد الإلكتروني عبر شبكات الاتصال و المعلومات و أهمها الانترنت، مع النظرية العامة للعقد.

أسباب اختيار الموضوع:

نظر الظهور ما يسمى بالعقد التجاري الالكتروني ولأهمية الموضوع وحداثته، أصبحت الحاجة ملحة لظهور دراسات قانونية حول ماهية هذا الموضوع المستجد في القانون لمعرفة مدى الاستجابة لمعطيات الحداثة وتكنولوجيا المعلومات في التجارة والمعاملات وما تثيره علاقة القانون مع تكنولوجيا المعلومات وهل يتبع القانون التكنولوجيا ويستجيب بطريقة تبعية، أم أنه ينبغي تبني أسلوب مختلف للتقارب وما يستلزم ذلك من إيجاد بيئة تشريعية مناسبة وقوانين متطورة لتنظيم المعاملات الإلكترونية لمعالجة هذا النوع وما ينجم عنه من إشكاليات ومنازعات وأساليب غير مألوفة في استحقاق الحقوق وانتهاكها فضلا عن نقص الثقافة القانونية لدى المتعاملين في التجارة الالكترونية، خاصة في الدول النامية مما يؤدي التخوف وتردد التجار والمستهلكين على التعامل بهذا النمط من العقود، خاصة في ظلال فراغ التشريعي الذي تعاني منه غالبية الدول في مجال المعاملات الإلكترونية.

صعوبات البحث

تتمثل صعوبة هذا البحث العلمي في أنه يتعلق بالتجارة الإلكترونية، و التي و إن لم تكن حديثة في دول أخرى، فإنها حديثة العهد في الدول العربية إن لم نقل غير موجودة في بعض الدول.
كما أن موضوع البحث أقتضى اللجوء إلى أكثر من نظام قانوني من الأنظمة الداخلية للدول المختلفة مثل القانون المدني و التجاري و القوانين المتعلقة بالإثبات، و استوجب اللجوء إلى العديد من القوانين النموذجية و التوجيهات الأوروبية.

كذلك بعض المصطلحات التي تسهل إيجاد مصطلح عربي واحد يعكس المضمون الحقيقي لها و من أمثلة ذلك الانترنت ، فضلا عن الطابع التقني للموضوع أثر على مسار البحث و خلق صعوبات جمة في ربط هذه المفاهيم و الآليات بوحدة البحث القانونية.
عدم وجود أحكام قضائية يمكن الاستئناس بها في الاهتداء إلى الحل المناسب للمشكلات القانونية التي تطرحها الدراسة، أو الاستعانة بها في التعرف على حقيقة المعنى المقصود من بعض القواعد التشريعية التي ينقصها الوضوح.

الدراسات السابقة

لقد سبقني في هذه الدراسة العديدة من الباحثين سواء في رسالات الدكتوراه أو مذكرات الماجستير، أو كتب متخصص نذكر البعض منها و هيكالاتي:

الأستاذ عبد الوهاب مخلوفي، التجارة الإلكترونية، جامعة الحاج لخضر باتنة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية.

الأستاذ بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، جامعة الحاج لخضر باتنة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية.

الأستاذ لزهر بن السعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية.

الأستاذة الزهرة صولي ، النظام القانوني للعقد الإلكتروني، جامعة محمد خيضر بسكرة كلية الحقوق و العلوم السياسية.

منهج الدراسة:

نظرا لخصوصية الموضوع، و أهميته، و تشعب القضايا التي يتطرق لها، فقد اعتمدنا على عدة مناهج عملية فيما بينها بهدف الإلمام بمختف جوانب الموضوع وهي :

1-المنهج التحليلي :

ويأتي اعتمادنا على هذا المنهج في سيبل استعراض مختلف الاتفاقيات الدولية، و القوانين النموذجية والتشريعات الوطنية، وجهود المنظمات الدولية المتعلقة بموضوع البحث، و تحليل الأسباب التي دعت إلى صدورها، و الأهداف التي تدعو إلى تحقيقها.

2-المنهج الوصفي:

و اعتمادنا على هذا المنهج يأتي في إطار استقراء الوضع الراهن للتجارة الإلكترونية في الدول العربية خاصة تلك التي لم تصدر بعد تشريعات تنظيم معلومات التجارة الإلكترونية.

3-المنهج المقارن:

فاعتمدنا على المنهج المقارن في هذه الدراسة، سبيل الاستئناس، وذلك من خلال مقارنة النموذجية و التشريعات الدولية مع القوانين الوطنية .

تقسيم البحث:

لعرض كافة الأفكار التي تتعلق بموضوع البحث، فقد تم تقسيمه إلى ثلاثة فصول رئيسة، بعد الفصل التمهيدي، وذلك على النحو التالي:

الفصل التمهيدي: بيئة العقد التجاري الإلكتروني

الفصل الأول: ماهية العقد التجاري الإلكتروني و انعقاده

الفصل الثاني: الآثار المترتبة على انعقاد العقد التجاري الإلكتروني

خاتمة :

الفصل التمهيدي

بيئة العقد التجاري الإلكتروني

الفصـــل التمهيـــــــدي:

بيئـة العقد التجـاري الإلكتـرونـــي

يشـهد العـالم الآن ثـورة صـناعية هـي ثـورة المعلومـات، فـي عـالم أزالـت فيـه تقنيـات الاتصـال الحـدود بـين الـدول و سـادت فيـه ثقافـة العولمـة فـي مجـالات عديـدة للأنشـطة الاقتصـادية ممـا أدى إلـى زيـادة التـرابط بـين الأسـواق الخارجيـة و أضـفى علـى المعـاملات التجارية صفة العالمية. كما ترتكز هذه الثورة التكنولوجية على العديد من المقومات منها، استحداث طرق تخزين البيانات، و الصور و الأصوات و بسط قدرات الإرسال عبر الفضاء عن طريق الأقمار الصناعية. و نتيجة لهذا لتطور ظهرت شبكة الاتصال و تسمى بشبكة الانترنت، التي أدت إلى ظهور ما يسمى التجارة الإلكترونية[1].

ترتبط التجارة الإلكترونية بمستوى متطور من التقنيات الخاصة بالحاسب الآلي وملحقاته، وبقدر تقدم الدول في المجال التقني يكون دورها في هذه التجارة بوصفها منتجا أو بائعا، ولهذا ترتبط بالتقدم العلمي ارتباطا وثيقا، و التطور التشريعي بحيث تحتاج إلى قواعد قانونية خاصة لحماية كافة معاملاتها، وضمان تطورها وازدهارها على المستويات الدولية والإقليمية والوطنية[2].

وعليه فإن الجوانب القانونية لتجارة سواء كانت تقليدية أم إلكترونية تعتبر العمود الفقري، لذا سعت الكثير من الدول و المؤسسات الخاصة و الحكومية لإيجاد قواعد و أنظمة القانونية تحكم التجارة الإلكترونية، نظرا إلى الطبيعة الخاصة التي تتسم بها هذه من حيث انعدام الحدود الجغرافية، و الوجود المادي للمتعاقدين.

---

[1] سلطان عبد الله محمود الجواري ، **عقود التجارة الإلكترونية و القانون الواجب التطبيق – دراسة مقارنة –** ، الطبعة الأولى ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت،2010 ص09

[2] فاتح بهلولي، **النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في ظل التشريع الجزائري** ، أطروحة دكتورة ، جامعة مولود معمري – تيزي وزو ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق ، 2017 ، ص 02

لذا نقسم هذا الفصل التمهيدي إلى مبحثين كمايلي :

المبحث الأول: ماهية التجارة الإلكترونية

المبحث الثاني: الوسائط الإلكترونية و استعمالها في انعقاد العقد الإلكتروني

المبحث الأول : ماهية التجارة الإلكترونية

إن التجارة الإلكترونية واحدة من الأنشطة الاقتصادية المرتبطة بثورة تكنولوجيا الاتصالات و المعلومات، فهي تولي اهتماما بالغا بتنفيذ كل ما يتصل بعمليات الشراء و البيع و الخدمات والمعلومات عبر شبكة الانترنت و الشبكات التجارية العالمية الأخرى.

يرتكز تحديد ماهية التجارة الإلكترونية على تحديد الفئة القانونية المطبقة عليها أو بالبحث عن طبيعتها، وتحديد مفهومها لإدخالها في فئة سبق تطبيق قواعدها على علاقات إدماجها في فئة وضع لها نظام قانوني معين، ولاشك أن التجارة الإلكترونية وبكافة أشكالها قد أصبحت وسيلة عالمية، تذوب فيها الفوارق بين الأفراد والشعوب والدول وأن تشعبها يفترض ضرورة تنظيمها محليا ودوليا، وذلك يتطلب تضافر الجهود بين عدة أطراف وتعاونها سواء كان محليا أو دوليا، من أجل سن قوانين جديدة تعالج تلك الجوانب التي لم تتعرض لها القوانين القائمة أو تتطلب إعادة تقييم للقواعد القانونية القائمة للتواؤم مع طبيعة التجارة الإلكترونية، لذا يجب الوقوف على الجهود التي بذلتها المؤسسات الدولية والإقليمية والوطنية في تنظيم التجارة الإلكترونية .

فموضوع التجارة الإلكترونية من أكثر المواضيع رواجا في عصرنا الحالي لأهميته البالغة في حياة المتعاملين الاقتصاديين على الصعيد الدولي و الإقليمي، والذي جذب بدوره العديد من الباحثين و المهتمين لوضع تعريفات مختلفة، ومن أجل إبراز ماهية التجارة الإلكترونية فإننا قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، أولهما نبين فيه مفهوم التجارة الإلكترونية و ثانيهما نبرز مزايا و عيوب التجارة الإلكترونية.

المطلب الأول : مفهـــوم التجـــارة الإلكترونيـــة

التجارة الإلكترونية هي نظام يتيح عبر الانترنت حركات بيع و شراء السلع و تقديم الخدمات و المعلومات، كما يتيح أيضا الحركات الإلكترونية التي تدعم توليد العوائد مثل عمليات تعزيز الطلب على تلك السلع و الخدمات و المعلومات، و يمكن تشبيه التجارة الإلكترونية بسوق الإلكتروني يتواصل فيه البائعون (الموردون، أو الشركات، أو محلات)، ووسطاء و مشترون ، وتقدم فيه المنتجات و الخدمات في صيغة افتراضية أو رقمية، كما يدفع ثمنها بالطرق الإلكترونية .

و باعتبار أن مصطلح التجارة الإلكترونية حديث النشأة، فيصعب تحديد تعريفه بصفة دقيقة و بالتالي فإننا قسمنا هذا المطلب إلى ثلاثة فروع حيث نتناول في الفرع الأول تعريف التجارة الإلكترونية، و في الفرع الثاني نتطرق إلى خصائصها، ونشأة و تطور التاريخي لتجارة الإلكترونية في الفرع الثالث .

الفرع الأول: تعريف التجارة الإلكترونية

لا يزال مفهوم للتجارة الإلكترونية غامضا إلى حد ما رغم مضي سنوات عديدة على استخدام تقنيات هذه التجارة، و رغم انتشار الأعمال التجارية الهائل عبر الانترنت، حيث تظهر كل يوم مفاهيم موازية و جديدة مثل السوق الإلكتروني، و الأعمال الإلكترونية و مقدمي الخدمات، و غيرها من المفاهيم التي تدخل جميعها تحت مظلة التجارة الإلكترونية.

ومن أجل تقريب مجمل التعارف حول التجارة الإلكترونية فلا بد أن نعرف بأن مفهوم التجارة الإلكترونية يتكون من مقطعيين:

الأول: التجارة: Commerce

هذا المقطع يعبر عن نشاط تجاري* و اقتصادي معروف لدينا، بحيث تتم من خلالها تبادل السلع و الخدمات، و يقوم بهذا العمل شخص مخول له قانونا من أجل مباشرة العمل التجاري.[1]

الثاني: إلكترونية Electronic

وتعني القيام بأداء النشاط الاقتصادي التجاري باستخدام تكنولوجيا الاتصال الحديثة مثل شبكة الانترنت و الشبكات و الأساليب الإلكترونية و آليات الاتصال الحديثة مثل شبكة الانترنت و الشبكات و الأساليب الإلكترونية و آليات الاتصال عن بعد Télé Communication مثل التليفون و الفاكس و شبكات تربط بين أعضائها في مجالات محددة وهي شبكات الاتصال.

و يتبين مما تم ذكره أن التجارة الإلكترونية تعتبر نشاطا من الأنشطة التي تمارس من خلال الانترنت و ما يتبعها من الوسائل الخاصة بالبنية التحتية كالحواسيب أو الشبكات الدولية، و تشمل أنشطة مختلفة، كالإعلان و الترويج و التسويق و تبادل رسائل البيانات الخاصة بعقد الصفقات و غيرها.[2]

[1] نصار محمد الحلالمة ،**التجارة الإلكترونية في القانون**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع ،عمان 2012،ص 53

[2] سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص 27.

*يقصد بالنشاط التجاري، الأعمال التجارية التي وردت في القانون التجاري الجزائري بالأمر رقم:59/75

و ترتكز التجارة الإلكترونية على عدة أمور أساسية هي :

أولا: فكرة النشاط التجاري الذي يعتبر الركيزة الأساسية لها، فلا تختلف في مضمونها كثيرا عن مفهوم التجارة بصفة عامة، سواء من حيث مضمونها أو محترفيها أو مجالاتها، أما وجه الخصوصية فيها فيتمثل في وسائل مباشرتها .

ثانيا : اللامادية التي تتطلب المعالجة الآلية للمعلومات، مما يؤدي إلى استبدال الوسائط الورقية بالوسائط الإلكترونية، إذ يتم إبرام العقود عن طريق وسيط إلكتروني ، و مؤدي ذلك أن التوقيع بين المتعاقدين يكون توقيعا إلكترونيا، كما أن الوفاء يتم عن طريق الدفع الإلكتروني.

ثالثا : إمكانية التفاعل بين البائع و المشتري من خلال المرئي و المسموع.

رابعا: فكرة العولمة أو التداول، فالتجارة الإلكترونية تطبق لفكرة العولمة، فالعلاقات القانونية الناشئة عن هذه التجارة ليست مقيدة ببلد معين لكنها تنساب عبر الدول، بل هي علاقات عابرة للقارات[1].

و الواقع أنه ليس هناك تعريف محدد للتجارة الإلكترونية حتى الآن، وذلك بسبب تعدد الجهات و المنظمات التي أوردت عدة تعريفات لها، ومنها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي UNCITRAL (الأونيسترال) و أيضا منظمة التجارة العالمية و غيرها، كما عرفتها بعض التشريعات الصادر من الدول، كما اختلف الفقه في تعريفها.

[1] يوسفي نور الدين، **تطبيق منهج قاعدة التنازع الدولية على عقود التجارة الإلكترونية**، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر بسكرة العدد 13 ، السنة 2016 ص2

[2] عبد الوهاب مخلوفي، **التجارة الإلكترونية عبر الانترنت**، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر – باتنة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق،2011-2012 ، ص 15.

أولا : تعريف التجارة الإلكترونية في المنظمات الدولية و الإقليمية

من أهم هذه الكيانات على المستوى العالمي جهود منظمة الأمم المتحدة، و منظمة التجارة العالمية، ومنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، كذلك الإتحاد الأوروبي[1].

1/- منظمة الأمم المتحدة :

تعتبر لجنة الأونيسترال أولى الجهات الدولية التي اهتمت بالتنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية،حيث اعتمدت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري بتاريخ 16 ديسمبر 1996 تعريفا للتجارة الإلكترونية، حيث عرفته في نص المادة الأولى بأنه : " **ينطبق هذا القانون على أي نوع من المعلومات التي تكون في شكل بيانات مستخدمة في سياق أنشطة تجارية**"[2]

فلجنة الأونيسترال لم تعرف مصطلح التجارة الإلكترونية، إلا أنها حرصت على ترك تعريف هذه التجارة مفتوحا بحيث لا يقتصر فقط على الأنشطة التجارية التي تتم عبر الشبكة الانترنت، بل من الممكن إتمام صفقات هذه التجارة بأي وسيلة إلكترونية أخرى كالفاكس و التلكس[3]. حيث نصت على ذلك المادة 2/أ منه على أنه " **يراد بمصطلح تبادل البيانات نقل لمعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي**". وعرفت في الفقرة "ب" المقصود بمصطلح "**تبادل البيانات الإلكترونية**" **بأنه** " **نقل المعلومات إلكترونيا من حاسوب إلى حاسوب أخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات**"[4]

[1] عبد الوهاب مخلوفي ، المرجع السابق ، ص 16

[2] المادة الأولى **من قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية** لسنة 1996.

[3] لزهر بن السعيد، **النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية**، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2012، ص 21

[4] المادة الثانية ، **من قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية** لسنة 1996.

2/- منظمة التجارة العالمية:

أنشأت منظمة التجارة العالمية بموجب(اتفاقية مراكش) التي تم التوقيع عليها في15 فريل 1994 من قبل ممثلي 118 دولة في مدينة مراكش، فتم إنهاء إجراءات التصديق وأصبحت في حيز الوجود في أوائل سنة 1995، أصدرت بخصوص التجارة الالكترونية دراسة في مارس 1998 قد عرفتها بأنها" عبارة عن عملية إنتاج وترويج وبيع وتوزيع المنتجات من خلال شبكة اتصال"، من هذا التعريف يتضح أن التجارة الالكترونية تشمل جميع الأنشطة الناشئة عن العلاقات ذات الطابع التجاري سواء كانت تعاقديَة أم لا، ونلاحظ هذا التعريف أنه قصر الأنشطة على المنتجات دون الخدمات على الرغم من أهمية الدور الذي ساهمت فيه منظمة التجارة العالمية بخصوص التجارة الالكترونية إلا أنه لم يزل محدودا ولم يرتقي بعد إلى مستوى الاهتمام المطلوب من منظمة عالمية اكتفت بإجراء دراسة انتهت فيها لمجرد وضع تعريف وتحديد بعض الممارسات لمواءمتها بالنسبة للتنظيم القائم، دون التطرق إلى تنظيمها بشكل مستقل، رغم أن هذه التجارة بحاجة إلى تنظيم ذي خصوصية معينة يتماشى مع طبيعتها[1].

3/- منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية:

حاولت بعض الهيئات والمنظمات الدولية وضع تعريف للتجارة الإلكترونية ومنها التعريف الذي قدمته منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OCDE) حيث جاء في تعريفها "**أن التجارة الإلكترونية تشير عموما إلى جميع أشكال المعاملات المتعلقة بالنشاطات التجارية المنظمة والفردية التي تتم بالاستناد على تبادل ونقل البيانات الرقمية بما فيها النصوص والأصوات والصور الضوئية**" يلاحظ من هذا التعريف أنه جاء شاملا يحتوى الأنشطة التجارية، وغير التجارية التي تتم عبر وسائل الاتصال الحديثة بالاعتماد على[2].

[1] بلقاسم حامدي، **إبرم العقد الإلكتروني**، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، 2015/2014 ، ص 13

[2] فاتح بهلولي، المرجع السابق، ص 25

4/- على مستوى الإتحاد الأوروبي :

تفاعل الاتحاد الأوروبي مع مقتضيات التجارة الإلكترونية، حيث أصدر المجلس الأوروبي في عام 1981 توصياته في هذا الشأن مؤكدا على الدول الأعضاء ضرورة تعديل تشريعاتها، والتنسيق فيما بينها في شأن الإثبات المعلوماتي، كما أوصى بضرورة مراجعة المعلومات المسجلة إلكترونيا كل خمس سنوات على الأقل، إضافة إلى ضرورة الحفظ الإلزامي لهذه المعلومات لمدة عشر سنوات على الأقل، كما تولت لجنة الاتحادات الأوروبية (CCE) إعداد اتفاق أوروبي نموذجي للتبادل الإلكتروني للبيانات، حيث أصدرت توصياتها بتاريخ 19 أكتوبر 1994 بشأن الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية

دعت فيها المنظمات الدولية، ورجال الأعمال إلى استخدام نموذج العقد الذي أصدرته[1].

فعرف الاتحاد الأوروبي التجارة الالكترونية بأنها " كل الأنشطة التي تتم بوسائل الكترونية سواء تمت بين المشروعات التجارية والمستهلكين، أو بين كل منهما على حدى وبين الإدارات الحكومية"[2].

نلاحظ بأن التعريف قد جاء عاما حيث يشمل كافة الأنشطة التجارية والثقافية والإدارية والاجتماعية، إذ أن استخدام هذه الأجهزة الإلكترونية في نقل المعلومات ليس قاصرا على مجالات التجارة المختلفة، بل تستخدمه الأجهزة الإدارية والأمنية وكذلك الأفراد في علاقاتهم الخاصة، ومن ثم يبدو من الصعب قصر عمليات نقل المعلومات إلكترونيا على الجوانب التجارية وحدها فقط [3].

[1] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص ص 35، 36

[2] بلقاسم حامدي، المرجع نفسه، ص: 14

[3] فاتح بهلولي، المرجع السابق، ص: 26

ثانيا : تعريف التجارة الإلكترونية في النظم المقارنة : نظرا لأهمية موضوع التجارة الإلكترونية على المستوى الدولي و المحلي، اهتمت كثير من دول العالم بإصدار تشريعات منظمة لها، و بيان أحكام المعاملات التي تتم من خلالها ، ومن حيث هذه الدول، الولايات المتحدة الأمريكية و فرنسا و إيطاليا و لوكسمبورغ، و المملكة المتحدة، و تونس و الإمارات العربية المتحدة و الأردن و مصر .

أولا: التشريعات الأجنبية :

1/- **الولايات المتحدة الأمريكية:**

تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية من أولى الدول التي تعمل على تشجيع ممارسة الأنشطة التجارية إلكترونيا، حيث لم يضع تعريفا للتجارة الإلكترونية إلا أنه بين في المادة الثانية منه الأعمال التجارية الإلكترونية، و أجاز أن تتم هذه المعاملات بأي وسيلة إلكترونية مماثلة، كما أصدر كذلك في 30 يونيو 2000 القانون الخاص بالتوقيع الإلكتروني.

وكان المشرع الأمريكي قد أصدر قبل ذلك قانون التجارة الإلكترونية الموحد، و الذي نصت عليه المادة الرابعة منه على أن تحويل الأموال الإلكترونية سواء البنوك أو سداد المدفوعات و الالتزامات بطريقة إلكترونية أو ذلك بالاستخدام نظام المقاصة الإلكترونية أو بطاقة الائتمان أو الصرف الآلي أو نقود الإلكترونية. [1]

[1] عبد الوهاب مخلوفي ، المرجع السابق ، ص 23

2/- **فرنســـــا:**

أصدر المشرع الفرنسي عدة قوانين ومراسيم تنظم التجارة الإلكترونية، والمتمثلة أساسا في التشريع الفرنسي الصادر في 06 يناير 1978 الخاص بالمعلوماتية والحريات والقانون رقم 230/2000 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني، والمرسوم رقم 741/2001 المتعلق بحماية المستهلك في التعاقد عن بعد، والقانون رقم 1062/2001 المتعلق بالسلامة اليومية، كما أصدر في 21 يوليو 2004 قانونا يتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي ، والذي عرف التجارة الإلكترونية في المادة 14 الفقرة الأولى أنها " النشاط الاقتصادي الذي يقوم شخص بموجبه بعرض السلع والخدمات عن بعد بوسيلة إلكترونية." تبنى هذا النص مفهوما موسعا جدا للتجارة الإلكترونية، بحيث يشمل التبادلات الإلكترونية المتصلة بالأنشطة التجارية والثقافية والصناعية والبنكية، باعتبارها تساهم في إبرام المعاملات التجارية عن طريق أنظمة الدفع الإلكتروني، وكما أعطى مفهوما واسعا لأطراف التجارة الإلكترونية، معتبرا أن أي عملية عرض للسلع والخدمات تدخل ضمن التجارة الإلكترونية، سواء كان من يمارس هذه التجارة تجار مقيدين في السجل التجاري أو المهنيين أم أشخاص عاديين و كما يشمل التعريف بعض معاملات غير التعاقدية مثل تبادل المعلومات عبر الشبكة حتى و ان كانت بدون مقابل، ولم يحدد المقصود بالنشاط الاقتصادي. قد استبعدت المادة 16 من القانون رقم 575 لسنة 2004 ألعاب القمار واليانصيب المسموح بها قانونا في بعض البلدان، وكذلك خدمات المحاماة والتوثيق من نطاق التجارة الإلكترونية [1].

3/- إيطاليا :

سار المشرع الإيطالي مسار التوجيه الأوروبي رقم 97/7 CE/فيما يتعلق بحماية المستهلكين في مجال العقود المبرمة عن بعد، وذلك بإصدار القرار المتعلق بالتجارة الإلكترونية لسنة 1999، ويكون المشرع الإيطالي بذلك قد خالف الرأي الغالب في الفقه

[1] عبد الوهاب مخلوفي، المرجع السابق ، ص23

الإيطالي، الذي يرى أن التجارة الإلكترونية تختلف عن البيع عن بعد، كون أن المستهلك الإلكتروني يلعب دور إيجابيا في عقود التجارة الإلكترونية، حيث يقوم هو بحد ذاته بالبحث عن السلع والخدمات عبر الخط مباشرة، ويساهم مباشرة في إعداد العقد عكس ما هو الحال عليه في العقود التي تتم عن بعد التي يقف فيها المستهلك موقفا سلبيا.

4/- لوكسمبورج:

عرف مشروع قانون التجارة الإلكترونية لدوقية لوكسمبورج في المادة الأولى منه التجارة الإلكترونية بأنها "كل استعمال لوسيلة من وسائل الاتصال الإلكترونية لتجارة السلع والخدمات باستثناء العقود المبرمة بطريق اتصال تليفوني شفهي أو باستخدام التصوير". وقد أتى هذا المشروع بتعريف مبسط للتجارة الإلكترونية ليتضمن تجارة السلع والخدمات وكما استثنى التعريف، العقود التي يستخدم في إبرامها المكالمات الهاتفية الشفوية، وكذا التي يستخدم فيها التصوير، وربما يعود السبب في ذلك إلى رغبة المشرع في حماية الأطراف المتعاقدة، خاصة في ظل غياب أدلة تثبت قيام مثل هذه العقود، وبعد صدور القانون النهائي بتاريخ 12 جويلية 2000 لم يتضمن في نصوصه أي مادة تعرف التجارة الإلكترونية[1].

5/- المملكة المتحدة :

نظم المشرع البريطاني التجارة الإلكترونية من خلال إصدار لقانون الاتصالات عام 2000 و الذي خصص قسم الثاني منه بعنوان تسهيل التجارة الإلكترونية و تخزين المعلومات، فقد نصت المادة رقم 7 الفقرة 1 على أنه " في أي من الإجراءات القانونية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية يعتبر كل التوقيع الإلكتروني و شهادة المصادقة على هذا التوقيع، دليل إثبات مقبول قانونا في أي نزاع بشأن صحة الاتصالات أو البيانات".

[1] خالد ممدوح إبراهيم، **إبرام العقد الإلكتروني – دراسة مقارنة**، دار الفكر الجامعي، الطبعة الثانية، الإسكندرية، 2011، ص 52
2 أنظر الموقع.http / www.uk.legislation.hmso.uk/acts2000/2000

2/- **في القوانين العربية** :

تعد تونس أول دولة عربية أصدرت قانون خاص بالتجارة الإلكترونية، وهو القانون رقم 83 الصادر في 9 أوت لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، وقد أورد في الفصل الأول من الباب الأول تعريفا للمبادلات الإلكترونية والتجارة الإلكترونية، وذلك في المادة الثانية التي تنص على أنه " يقصد بالمصطلحات الآتية في مفهوم القانون ما يلي :المبادلات الإلكترونية: المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية.

التجارة الإلكترونية: "هي العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية." [1] بالنظر إلى هذا التعريف نجد أن المشرع التونسي ركز على نقطتين في تعريفه وتتمثل النقطة الأولى في تعريف التجارة الإلكترونية، بأنها أي عملية تجارية تشمل كل النشاطات التجارية، مهما كان موضوعها سواء تعلق بسلع أو خدمات أو أداء عمل، والتي تتم عبر المبادلات التجارية، مع العلم أن كل عملية تجارية هي مبادلة ما بين سلعة وثمنها أو خدمة وقيمتها أو أداء عمل بمقابل تتم عبر الوسائل الإلكترونية، دون أن يحدد في ذلك نوع هذه الوسائل التي يتم من خلالها التعاقد عن بعد، والنقطة الثانية تتمثل في وضع شرط قيام هذه المبادلات التي تتم بوسائل إلكترونية في الوثائق الإلكترونية ، وذلك رغبة من المشرع التونسي، في حماية الأطراف المتعاقدة من خلال إفراغ التعاقد في وثائق إلكترونية التي يتم إعدادها مقدما قبل حدوث النزاع.[2]

أما بالنسبة لدولة الإمارات العربية المتحدة، فقد أصدر حاكم إمارة دبي القانون رقم 2 الصادر في 12 فبراير لسنة 2002 المتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية، وأشار في الفصل الأول المخصص للتعريفات وفي المادة 2 منه إلى ما يلي –المراسلة لإلكترونية :"

(1) [1]فاتح بهلولي، المرجع السابق، ص: 31

[2]خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق ، ص 53

إرسال واستلام الرسائل الإلكترونية :الرسالة الإلكترونية: معلومات إلكترونية ترسل أو تستلم بوسائل إلكترونية أيا كانت وسيلة استخراجها في المكان المستلمة فيه.

– التجارة الإلكترونية : المعاملات التجارية التي تباشر بواسطة المراسلات الإلكترونية .

– المعاملات الإلكترونية : أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية ."يلاحظ أن هذه المادة، جاءت بمجموعة من المفاهيم أتت على شكل عبارات تتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية، التي تتم بوسائل الاتصال الحديثة وتكون مثبته في قالب شكلي خاص، وذلك بأن يكون في شكل رسائل إلكترونية يتم إرسالها واستقبالها بوسيلة إلكترونية أيا كانت وسيلة استخراجها في المكان المستلمة فيه، ولعل السبب الذي دفع المشرع لأمارة دبي لتفصيل جميع مفردات ومقومات التجارة الإلكترونية في عبارات مختصرة إلى صعوبة وضع تعريف جامع ومانع للتجارة الإلكترونية.[1]

أما قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 فقد عرف المعاملات الإلكترونية بدلا من تعريف التجارة الإلكترونية في المادة 2 فقرة 2 بأنها "المعاملات التي تنفذ إلكترونا". وهذا التعريف جاء عاما ليشمل كل مراحل العقد بما فيها الإجراءات التمهيدية السابقة على إتمام العملية التجارية التي تتم عبر الحاسوب، دون أن يأخذ بعين الاعتبار إتمام وتنفيذ العقد النهائي، ويعتبر ذلك أمر غير منطقي لو أخذنا بهذا التعريف لأنه لا يمكن اعتبار، مرحلة التفاوض ومناقشة بنود العقد تدخل في نطاق التجارة الإلكترونية، التي يدخل في نطاقها فقط العمليات التجارية التي تم إنجازها بالفعل فالحديث عن التجارة الإلكترونية، لا يكون باستخدام الحاسوب ووسائل الاتصال الحديثة في العملية العقدية، بل لابد وأن ينتج عن هذا الاستخدام عملية تجارية كاملة ومتكاملة حتى نتمكن من القول أن هناك تجارة إلكترونية.

[1] فاتح بهلولي، المرجع نفسه، ص:32

بالنسبة لجمهورية مصر العربية عرف مشروع قانون التجارة الإلكترونية في مادته الأولى الخاصة بالتعريفات التجارة الإلكترونية بأنها " تبادل السلع والخدمات عن طريق وسيط إلكتروني أي كل معاملة تجارية تتم عن بعد باستخدام وسيلة إلكترونية ." ويلاحظ على هذا التعريف أنه لم يحدد وسائل التجارة الإلكترونية، وبالتالي لم يحصرها في شبكة الإنترنت، ويرى غالبية الفقه المصري في ذلك أن المشرع حسنا فعل لأن له نظرة مستقبلية يسمح فيها لهذا التعريف احتواء ما قد تكتشفه العلوم من الوسائل التكنولوجية التي تمكن من إجراء المعاملات التجارية.

هذا و لم يعرف المشرع الجزائري، حتى بعد صدور القانون رقم 04-15 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، فلم يتضمن في نصوصه أي تعريف للتجارة الإلكترونية، التي تعتبر التوقيع الإلكتروني أحد الأذرع الحامية لهذه التجارة، التي لم تحظى بالاهتمام اللازم بالنظر إلى أهميتها الاقتصادية والاجتماعية، ولمواجهة التأخر الذي يعرفه التشريع الجزائري، اكتفى المشرع بتعديل بعض النصوص في مجموعة من القوانين التي سنتعرض إليها في أوانها[1].

ثالثا التعريف الفقهي للتجارة الإلكترونية : وضعت الكثير من التعريفات من قبل الفقه للتجارة الإلكترونية، وجاء البعض منها مركزا على عملية البيع والشراء التي تتم من خلال وسائل الاتصال الحديثة، ويكون بذلك قد ضيق هذا الاتجاه مفهوم التجارة الإلكترونية ، وهناك اتجاه أخر من الفقه وسع في مفهوم التجارة الإلكترونية، ليشمل جميع التعاملات التي تتم من خلال وسائل الاتصال الحديثة، بدون إصباغ الصفة التجارية لتلك المعاملات، ومنه سنتعرض لمختلف هذه التعريفات من خلال الاتجاهات المختلفة التي تناولت تعريف التجارة الإلكترونية.

[1] فاتح بهلولي، المرجع نفسه، ص: 33

1/- التعريف الضيق للتجارة الإلكترونية :

قدم الكثير من التعريفات أصحاب هذا الاتجاه من الفقه، بحيث تنحصر كلها في إطار ضيق، وقد جاء في تقرير صادر عن الجمعية الفرنسية لمجموعة التقنيات والخدمات التي تجمع الوسائل المعلوماتية والوسائط المتعددة (AFTEL) سنة 1998، تعريفا ضيقا للتجارة الإلكترونية على الشكل التالي: "مجموعة المعاملات التجارية التي يتم الشراء فيها عن طريق وسائل الاتصال، وبالتالي فهي تشمل عملية تلقي الطلب وكذلك الشراء مع الدفع سواء كانت المشتريات أموالا أو خدمات، وفي نفس الوقت يتم الحصول عليها مباشرة على الإنترنت (en ligne) مثل خدمات المعلومات، الألعاب الإلكترونية "...كما قدمت جمعية (AFTEL) تعريفا موسعا نوعا ما جاء فيه " (التجارة الإلكترونية) مجموعة الاستعمالات التجارية للشبكات، ويدخل في تلك الاستعمالات الشركة التي لا تقدم سوى عرض لمنتجاتها، أما التسليم فيتم خارج الخط "(hors ligne) .

كما عرفها البعض الآخر بأنها "العملية التي تتم بين طرفين – بائع ومشترى أو أكثر –عن طريق استخدام الكمبيوتر عبر شبكة الإنترنت[1]

من التعريفات الضيقة ما أشار إليه الأستاذ أبو الحسن مجاهد أنها : " تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية في السلع والخدمات التي تتم بين مشروع تجاري وآخر، أو بين مشروع تجاري ومستهلك وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات."

مما سبق، تجتمع وتتفق كل التعريفات التي قدمها أنصار الاتجاه الضيق إلى حصر التجارة الإلكترونية، ووضعها في رواق العمليات التي لا تتعدى البيع والشراء باستخدام وسائل الاتصال الحديثة، والمتمثلة في الغالب في شبكة الإنترنت، وبالتالي تم نقد هذا الاتجاه في عدة نقاط التي يمكن حصرها في ما يلي:

[1] بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 18

– كون أن هذا الاتجاه يعتبر أن التجارة الإلكترونية لا تعدو أن تكون إلا مجرد نوع جديد من أنواع الدعاية التجارية للسلع والخدمات، التي أفرزتها التكنولوجيا المتطورة، والحقيقة أن التجارة الإلكترونية تمتد لتشمل أعمال الدعاية، وما يتبع ذلك من المعاملات التي قد تجذبها هذه الدعاية.

أغفل هذا الاتجاه جوانب كثيرة للتجارة الإلكترونية حيث يعتبرون أنها بيعا وشرا ء عبر شبكة الإنترنت، وهذا يتنافى مع واقع التجارة الإلكترونية الذي تتنوع الأعمال ِ التجارية التي تتم في محيطها، ومنها مثلا نشاء المواقع الإعلان عن السلع والخدمات، أو المتاجر الافتراضية، تقديم خدمات الاتصال والدفع الإلكتروني والتعاملات المصرفيةٍ[1].

التجارة الإلكترونية لا تتم فقط عبر شبكة الإنترنت مثل ما ذهب إليه الاتجاه الضيق في تعريفه، و انما يمكن أن تتم عقود التجارة الإلكترونية، عن طريق وسائل الاتصال الأخرى كالمينيتال في فرنسا أو في هولندا أو في إنجلترا، التي يمكن أن تشكل سوقا لانعقاد عقود التجارة الإلكترونية [2].

2/ – التعريف الموسع للتجارة الإلكترونية :

ذهب جانب آخر من الفقه إلى تقديم تعريف واسع للتجارة الإلكترونية، وذلك نظرا للاستناد في تعريفهم إلى تمديد المعاملات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، لتشمل كافة الأنشطة مهما كانت طبيعتها تجارية أم لا، والتي تتم باستخدام الوسائل الإلكترونية .نبدأ بذكر التعرف المقدم من طرف مجموعة العمل التي أشرف عليها (LORENTZ) M er وزير الاقتصاد الفرنسي في يناير 1998 ، والخاص بالتجارة الإلكترونية حيث عرفها بأنها " تشمل مجموعة المبادلات الرقمية المتصلة بالنشاطات التجارية بين المشروعات ببعضها البعض وبين المشروعات والأفراد وبين المشروعات والإدارة ". يعد هذا التعريف موسعا للتجارة الإلكترونية، ذلك أنه يعتبر المعاملات الرقمية ذات الصلة بالأنشطة التجارية، تحتوي على

[1] بلقاسم حامدي، المرجع نفسه، ص 19

[2] فاتح بهلولي، المرجع السابق، ص 34

كل الوظائف والأعمال المرتبطة بالغايات التجارية التي تشمل، على الاتصالات مع الزبائن والموردين من مشروعات أخرى ومستهلكين والشركاء التجاريين. ومن أنصار هذا الاتجاه من عرفوها بأنها "جميع المعاملات التي تتم عبر شبكة الإنترنت حتى ولو لم تتمتع بالصفة التجارية، وإن كان الغالب أن تتمتع بهذه الصفة جانب مقدم السلعة أو الخدمة على الأقل، والذي غالبا ما يكون تاجرا .ومنهم كذلك من عرفها بأنها "عبارة عن تبادل المعلومات بطريقة آلية ترتكز على التكنولوجيا الحديثة البريد الإلكتروني، من خلال أو بدون الاستعانة بالإنترنت، و النقل أو التحويل الإلكتروني للأموال لدى البنوك والنقود الرقمية والبطاقات الذكية والبريد الإلكتروني، واستخدام التلكس والفاكس في العمليات التجارية المختلفة . "

في نفس الإطار قدم تعريف آخر للتجارة الإلكترونية جاء بالشكل التالي "التجارة التي تشتمل على أنواع ثلاثة مختلفة من الصفقات هي تقديم خدمات شبكة الإنترنت والتسليم الإلكتروني للخدمات، أي تسليم صفقات المنتجات الخدمية للمستهلك في شكل معلومات رقمية، واستخدام شبكة الإنترنت كقناة لتوزيع الخدمات، وعن طريقها يتم شرا ء السلع عبر الشبكة، ولكن يتم تسليمها بعد ذلك للمستهلك في شكل غير إلكتروني." [1]

بالنظر إلى هذه التعريفات نجد أنها تمثل توسعا غير مبرر لمفهوم التجارة الإلكترونية حيث اعتبروها عملا تجاريا، وبالرجوع إلى تعريف العمل التجاري نجد أنه يقوم على أربعة معايير تسمح بضبطه وتعريفه وتتمثل في المضاربة، وقصد الربح، والتداول أو المقاولة، وكذا الاحتراف ، والتعريفات المقدمة أعلاه تجاوزت هذه المعايير وذلك بإدخال أي نشاط تجاري كان أو غير تجاري، ضمن التجارة الإلكترونية التي أصبحت تستغرق كل ما يتعلق بالدعاية والإعلان عن السلع والخدمات، إنشاء وتسجيل المواقع الإلكترونية، تبادل البيانات ، والتوزيع ِ الإلكترونية، والتفاوض على الصفقات التجارية بالوسائل الإلكترونية وإبرام العقد للسلع والخدمات، والوفاء بطرق الدفع الحديثة وكل ذلك عبر الخط مباشرة .في تعريف أخر الذي جاء كما يلي: "شكل من أشكال الصفقات التجارية التي يتصل أطرافها

[1] فاتح بهلولي، المرجع نفسه، ص ص 36-37

(البائع والمشتري) يبعضهم البعض عبر شبكة المعلومات الدولية "الإنترنت" سواء على المستوى المحلي أو الدولي ." فهذا التعريف قد جانبه الصواب ذلك لأن تعبير الأعمال الإلكترونية، أشمل مما قد يتم من عمليات تجارية من خلال التجارة الإلكترونية فتدخل في دائرته الأعمال التجارية، وغيرها من الأعمال كالصحة والتعليم والإدارة، إذن يجب قدر الإمكان تجنب إصباغ صفة الأعمال المنجزة، على وسائط متعددة إلكترونية على التجارة الإلكترونية لأن ذلك يبتعد عن الصحيح[1].

الفرع الثاني

خصائص التجارة الإلكترونية

إن وصل أي كومبيوتر إلى شبكة الانترنت لم يعد صعبا، لأن هذه العملية لم تعد تتطلب خبرة كبيرة، أن الشركات التي تقوم بتزويد الخدمات الانترنت تقدم إرشادات و تعليمات مفصلة عن كيفية تركيب و إعداد برامج الاتصال على وفق نظم التشغيل، وعموما تتميز التجارة الإلكترونية بعدة خصائص تميزها عن التجارة التقليدية و يمكن بيان هذه الخصائص كالآتي:

1/- إحلال الدعائم الالكترونية محل الدعائم الورقية: إن الهدف من التجارة الالكترونية هو خلق مجتمع المعاملات بعد أن اللاورقية، ما يعني الاستغناء عن التعامل بالمستندات الورقية التقليدية ليحل محلها المستند الالكتروني .ظهرت سلبيات العمل بالمستندات الورقية، خاصة في ظل ثورة الاتصالات والمعلومات التي يشهدها العالم المعاصر، والتي من بينها؛ بطء حركة المستندات الورقية، احتمال تأخير إجراءات الجمارك وتعرض البضاعة لخطر الفساد والتلف، قابلية محفوظات المستندات الورقية للتضخم وشغلها مزيدا من غرف الحفظ والتخزين الو كميات الضخمة تؤدي حتما إلى تكاليف نقل وتداول مرتفعة، بسبب الكم الهائل من الأوراق يصعب الحصول على المعلومات بطريقة فورية بالإضافة إلى صعوبة تداولها.

[1] عبد الوهاب مخلوفي، المرجع السابق، ص 29

لهذا تتميز المعاملات التجارية الالكترونية بعدم وجود وثائق ورقية متبادلة في إجراء المعاملات، إذ أن معظم الإجراءات والمراسلات بين طرفي المعاملات تتم إلكترونيا، هذا ما يتفق مع الغرض من التجارة الالكترونية، هكذا يصبح المستند الالكتروني هو السند القانوني الوحيد المتاح لكلا الطرفين في حالة نشوء أي نزاع[1].

2/- السرعة في إنجاز العملية التجارية: إن الأمر المهم في التجارة الإلكترونية هو السرعة في إنجاز عملية البيع و الشراء و التنافس العالمي مما يدفع ذلك نحو تجويد الإنتاج، وكذلك بشكلٍ فعالٍ[2]في إتمام العمليات التجارية بين الطرفين وتنفيذها بسرعة ، إذ تتم الصفقات التجارية ابتداءً من مرحلة التفاوض وإبرام العقود حتى الدفع الالكتروني وانتهاءً بتسليم المنتجات والخدمات، دون الحاجة لانتقال الطرفين والتقائهما في مكان معين.[3]

3/- وجود وسيط الإلكتروني : هي عبارة عن أجهزة تكون مرتبطة بشبكة الاتصالات الدولية إلي تقوم بنقل التعبير عن الإرادة لكل من الطرفين المتعاقدين في نفس الوقت على الرغم من تباعد المكان و الموطن الذي يقيمون فيه.[4]

4/- اتساع الأسواق وطي المسافات: إن توسيع نطاق السوق التجارية يساعد على إلقاء الحدود والقيود أمام دخولها وعرض منتجا وخدمات في جميع دول العالم ، مما يمكِّن الشركات من الحصول على أرباح أكبر، إضافة إلى إمكانية الوصول إلى عدد كبير من الزبائن مما يزيد حجم التجارة بزيادة التعامل الالكتروني بين هذا من شأنه أن يؤدي إلى استغلال أسواق قد لا الشركات من جهة، والشركات والأفراد من جهة أخرى، يتاح الوصول إليها من خلال ممارسة التجارة التقليدية، بذلك تعتبر التجارة الالكترونية تطبيقًا حقيقيا لفكرة العولمة وأن العالم ما هو إلا قرية لا تتقيد بحواجز المكان ولا الزمان[5].

---

[1] بلقاسم حامدي، المرجع نفسه، ص 20

[2] عبد الله محمود الجواري سلطان، المرجع السابق، ص 29

[3] بلقاسم حامدي، المرجع السابق ، ص 20

[4] عبد الله محمود الجواري سلطان، المرجع السابق، ص 31

[5] جمال نادر، **أساسيات ومفاهيم التجارة الالكترونية**، دار الإسراء للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الاردن2005 ص 12

5/-اختفاء بعض أنواع الوساطة: إن تطور التجارة الالكترونية له أثار قد تؤدي إلى فقدان بعض الوظائف في القطاعات التقليدية للتوزيع والتجزئة خاصة وظائف الوسطاء؛ كالوكلاء والسماسرة، من جهة أخرى سيؤدي هذا النمو في التجارة الالكترونية إلى خلق وظائف جديدة في مجال الاتصالات والمعلومات، النظم والتطبيقات المختلفة؛ كنظم تأمين المعلومات التجارية، حماية الخصوصية وتوفير الأمان في طرق الدفع للمتعاملين من خلال الوسائط الالكترونية.[1]

المطلب الثاني

مزايا و عيوب التجارة الإلكترونية

حظيت التجارة الإلكترونية باهتمام كبير من جانب المشروعات التجارية، وأيضا من جانب المستهلكين، وذلك لاتسامها بالعديد من المزايا الواقعية، التي تساهم في سرعة تدفق البضائع و الخدمات و المعلومات عبر الحدود الوطنية للدول، وقد ترتب على ذلك تنامي التجارة الإلكترونية خلال سنوات قليلة، وفي نفس الوقت فإن طبيعة الانترنت كشبكة مفتوحة و ارتباطها بوجود العولمة الاقتصادية قد أدى إلى ظهور العديد من المخاطر.

[1] بلقاسم حامدي، المرجع السابق ، ص 21

الفرع الأول

مزايا التجارة الإلكترونية

إن لهذه التجارة مزايا متعددة يتعلق بعضها بالأطراف المتعاملين بها و البعض الآخر لعوامل الزمان و المكان ووسائل الإبرام المتاحة لها، و لبيان أهم المزايا نستعرض النقاط التالية :

إختفاء الوثائق الورقية في المعاملات التجارية :

يقوم الورق بدور رئيسي في التجارة و لا سيما الدولية منها، فالأوراق هي التي تحمل المعلومات و التعليمات و تستخدم في التوثيق و التصديق، فالورق له كثير من الخواص، فهو رخيص الثمن و يسهل استخدامه، ولكن يعيبه أنه يحتاج إلى حيز مكاني كبير لتخزينه، والكميات الضخمة من الأوراق المستخدمة في التجارة تؤدي حتما إلى تكاليف نقل و تداول مرتفعة، و بسبب هذا الكم الهائل من الأوراق فإنه يصعب الحصول على المعلومات بسرعة، وهذا التأخير لا يمكن قبوله في التجارة الدولية في عصر تزداد فيه الفائدة البنكية.

الهدف من التجارة الإلكترونية هو خلق مجتمع المعاملات اللاورقية، أي إحلال دعائم إلكترونية محل الورقية، و الاستغناء عن المستند الورقي بالمستند الإلكتروني للتغلب على سلبيات المستندات الورقية، ومن هذه السلبيات بطء حركة المستندات الورقية، و احتمال تأخير إجراءات الجمارك و تعرض البضاعة لخطر الفساد و التلف، و شغلها حيز كبير للحفظ .

و تتميز المعاملات الإلكترونية بعدم وجود أي وثائق ورقية، إذ أن كافة الإجراءات و المراسلات بين طرفي المعاملات تتم إلكترونيا، وهو ما يتفق مع الغرض من التجارة الإلكترونية .[1]

2/- التوفير اللازم للبيع و السوق :

تعزز التجارة الإلكترونية فرص التوسع في إمكانية الحوار بين المنتجين و المستهلكين، لأنها تقلل المسافة بينهما، و بالتالي يجد المستهلك حاجته دون جهد كبير أو عناء، وقد أدى ذلك إلى الارتقاء بجودة المنتجات أو الخدمات قبل البيع وبعده، ومن هنا تم تحسين فعالية و كفاءة السوق، وذلك من خلال التعامل على نحو مباشر دون تدخل الوسطاء التقليدين مثل المستوردين و المصدرين و تجار الجملة و التجزئة.

3/- توفير الوقت و حرية الاختيار:

تتسم التجارة الإلكترونية بالسرعة الفائقة أي سرعة التعاقد، و سرعة التسليم بالنسبة لكثير من الصفقات، ومن ثم فهي تختزل عنصر الوقت، فقد اعتدنا أن نذكر عند التفرقة بين التجارة المحلية و الدولية عاملي المسافة و الوقت، و الواقع أن التجارة الإلكترونية الدولية جاءت لتختزل هذين العاملين إذ هي تختزل الحدود و تتم في وقت قصير للغاية. و بهذا ألغيت المسافات و الحدود، بحيث أصبحت جميع أسواق العالم بفضل شبكة الأنترنت، و بغض النظر عن الموقع الجغرافي للبائع و المشتري.

كما توفر التجارة الإلكترونية فرصة رائعة لزيارة مختلف أنواع المحلات على الأنترنت، و بإضافة إلى ذلك فهي تزود الزبائن بالمعلومات الكاملة عن المنتوجات و مواصفاتها و أسعارها وصيانتها و مقارنتها بغيرها من السلع المتاحة، و إمكانية تجربة بعض السلع المعلن

[1] عبد الوهاب مخلوفي، المرجع السابق ، ص 32

عنها مثل برامج الكومبيوتر والألعاب، و إمكانية التواصل مع شركات عالمية خارج النطاق المحلي .[1]

4/- حد المنافسة و زيادة الإنتاجية :

كما أن التعامل إلكترونيا يفتح الباب الواسع لرفع درجة المنافسة لدى شركات العالم أجمع، الأمر الذي يؤدي إلى مواصلة المنافسة للوصول إلى العملاء، وذلك من خلال تحسين الإنتاج و زيادته و إبراز ما لدى هذه الشركات من قدرات إبداعية و مقومات تكنولوجية وصولا بالطاقة الإنتاجية لديها إلى درجة الاستغلال الكامل.

5/- تخفيض تكلفة التبادل التجاري :

إن مباشرة التجارة الإلكترونية عن طريق شبكة الإنترنت يتيح إمكانية التعامل بين أطراف العقود من خلالها، فهي تتم بتكلفة منخفضة خاصة عند إعلان عن الشركات و المنتجات بصفة عامة، وهذا يشجع المستهلكين الجدد على ممارسة الأنشطتهم التجارية أو بالإشراك من خلال هذه التجارة، و تتزايد بذلك القدرة الشرائية، و التجارة الإلكترونية تحد من بعض الاحتكاكات و المشاحنات التي تحدث داخل الأسواق التقليدية بين الموردين و المستهلكين، ذلك لأنها تجعل النشاط التجاري أقرب إلى المثالية و لاسيما بالنسبة للمستهلكين، حيث يكون بإمكان هؤلاء إبرام أكثر الصفقات بعد التفكير الهادئ وهم في موقعهم، دون أي مشاحنات.

[1] حورية لشهب ، **النظام القانوني للتجارة الإلكترونية، مجلة العلوم الإنسانية** ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، العدد 23 ، السنة 2011

6/- انخفاض أثمان شراء المتاجر و تكاليف العمل :

إن تكلفة إنشاء المتاجر الإلكترونية مقارنة بتكلفة المتاجر التقليدية تكون منخفضة، و ينسحب ذلك على تكاليف أداء مهام العمل الإلكترونية، حيث تكون مهام الأعمال التقليدية أكثر كلفة، ومن أمثلتها الاتصالات و مراقبة المخزون السلعي و إجراء الحسابات و التعامل مع المستهلكين. [1]

الفرع الثاني

عيوب التجارة الإلكترونية

على الرغم من كل هذه المزايا، هناك من العيوب التي يتميز بها هذا النوع من التجارة، ولذلك سنعرضها في النقاط التالية :

1/-صعوبة إثبات حجية المستندات الإلكترونية :

يعد إثبات المستندات الإلكترونية من أهم المعوقات التي تواجه التجارة الإلكترونية، وذلك لاختلاف طبيعة المحرر الإلكتروني عن مثيله التقليدي، ومن المعلوم أن قواعد الإثبات اثنان:

قواعد موضوعية و قواعد شكلية (إجرائية) ومن المتفق عليه أن قواعد الإثبات الإجرائية تعتبر من النظام العام لأنها تتعلق بنظام التقاضي، أما قواعد الإثبات الموضوعية فبعضها يتعلق بالنظام العام بينما غالبية تلك القواعد ليست من النظام العام ، لأنها موضوعة أصلا لحماية المتخاصمين، ولهذا يجوز الاتفاق مقدما على مخالفتها، و لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، و في كثير من التشريعات تم الإقرار لحجية المحررات الإلكترونية و مساواتها بالمحررات التقليدية في الإثبات من خلال مبدأ التناظر

[1] إبراهيم أحمد بختي ، **التجارة الإلكترونية ، مفاهيم و استراتيجيات التطبيق في المؤسسة** ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2005، ص67

الوظيفي ، و يقصد به المساواة في الحجية ما بين الكتابة الإلكترونية و الكتابة التقليدية، و مثال على ذلك ما ورد في القانون الفرنسي على أنه يعتد بالكتابة المتخذة شكل إلكتروني كدليل شأنها شأن الكتابة على الدعامة الورقية بشرط أن يكون في الإمكان ضرورة تعيين الشخص الذي صدرت منه أن تعد و تحفظ في ظروف من طبيعتها ضمان سلامتها [1]

2/- صعوبة الوثوق في هوية المتعاقدين و توقيعاتهم الإلكترونية :

يقصد بالوثوق في الهوية المتعاقدين، تلك العملية التي يمكن خلالها التحقق من هوية الشخص الذي يمارس نشاطه عبر شبكة الأنترنت مع شخص آخر.

فالطبيعي أن تكون التجارة محاطة بالثقة عند إبرام العمل التجاري لتسهيل التحقق من هوية الأطراف و مدى حجيتها، إلا أن هذه الثقة قد تكون محدودة أو مهددة بعدم الصحة عبر الوسائل الإلكترونية، الأمر الذي قد يتشكك منه المستهلك، فيلجأ إلى البحث عن كل حماية للطمأنينة بشأن مدى إمكانية في تحقيق المصداقية ومن أهم سبل الوصول إلى هذه المصداقية موثوقة التوقيعات الإلكترونية لكافة الأطراف، على أساس أن هذه التوقيعات تعتبر بمثابة عنصر حيوي من عناصر نجاح التجارة الإلكترونية ، طالما أنها مؤهلة لاكتساب نفس الشروط التي يتطلبها القانون في التوقيعات اليدوية التقليدية.

3/- صعوبة المحافظة على سرية البيانات الشخصية:

فعلى مدى السنوات الماضية و منذ ظهور الإنترنت تزايدت عمليات نقل البيانات، و هو ما أثير معه مسألة كيفية توفير السرية لهذه البيانات و حمايتها، وهذه الصعوبة تتعلق بالنواحي الفنية الخاصة بتكنولوجيا المعلومات و الاتصالات و البرمجيات و أنظمة التشغيل

[1] عبد الوهاب مخلوفي ، المرجع السابق، ص 34

،وهناك نقص واضح في الأمان و البروتوكولات التي تنظم عمل التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، و أيضا أدوات تطوير البرمجيات في حالة تغيير مستمر. [1]

المبحث الثاني

الوسائط الإلكترونية واستعمالها في انعقاد العقد الإلكتروني

إن الوسائل المستخدمة في إبرام العقود في تطور مستمر ، نتيجة التطور التكنولوجي و كذا نظم الاتصالات السلكية واللاسلكية وظهور الأقمار الصناعية ، بحيث أصبح العالم عبارة عن قرية صغيرة، و لهذا سوف نقسم هذا المبحث على النحو التالي:

المطلب الأول : وسائل إبرام عقد التجارة الإلكترونية قبل ظهور الانترنت

المطلب الثاني : وسائل إبرام عقود التجارة الإلكترونية بعد ظهور الانترنت

المطلب الأول:

وسائل ابرام عقود التجارة الإلكترونية قبل ظهور الانترنت

لا شك في أن وسائل المراسلة هي من وسائل الاتصال القديمة العهد، التي كانت تستعمل بين التجار، و سواهم من أبناء البشر، و لا سيما في التعاقد بين غائبين، إلا أنها كانت تتم بطرق بدائية تستلزم وقتا لوصول الرسالة إلى المرسل إليه، ومن هذه الطرق: إرسال الرسالة بواسطة رسول ينقل إرادة أحد المتعاقدين إلى آخر، الذي يحمل منه رسالة جديدة إلى الأول ، و عبر البريد الذي تطورت وسائله ، مع الزمن ، من النقل بواسطة العربات حتى النقل بالطائرات.

[1] سلطان عبد الله محمود الجواري ، المرجع السابق ، ص 35

ولكن المراسلات، سواء تمت بواسطة رسول، أو عبر البريد، أو بوسائل أخرى كانت تحتاج إلى فترة زمنية، ولا ربما تطول هذه الفترة، مما يتعارض مع متطلبات التجارة، التي من صفاتها الأساسية، السرعة في التعامل .

ومع تقدم الزمن، و الثورة الصناعية في القرن الثامن عشر، و الاختراعات، و الفكر الإنساني المبدع، تطورت وسائل الاتصال، مرورا بالتلغراف و التلفون، و البث الإذاعي و التلفزيوني، والتلكس و التلتكس، و الميني تل ،قبل وصول الحاسوب و الانترنت.[1]

الفرع الأول : التلغـــــــراف

يعتبر التلغراف أول وسيلة اتصال سلكية عرفها العالم وهو عبارة عن جهاز جرى اختراعه على يد العالمين الألمانيين جاوس ووبير عام 1834م ثم تطور فيما بعد على يد علماء إنجليز وأمريكان وقد أدى استخدامه آنذاك إلى إحداث تطورات مذهلة في مجال التعامل والاتصال عن بعد.

الفرع الثاني: التلفـــــــون

يعرف التلفون بأنه وسيلة لنقل المكالمات الشخصية من خلال الأسلاك التي تربط بين نقطتين (المرسل والمستقبل) يمر فيها تيار كهربائي وفق ذبذبات صوت المتكلم .يعد جهاز التليفون من أكثر وسائل الاتصال الفوري فاعليةً وانتشار آن ذاك ،الذي يتميز بسرعة الاتصال وسهولة الاستعمال حيث جرى اختراعه على يد العالم الألماني فليب رايز عام 1870 ثم تطور فيما بعد على يد العالم الأمريكي ألكسندر جراها مبل عام 1877 والإيطالي ماركوس عام1896 وقد تطور التليفون العادي بإدخال بعض التعديلات التكنولوجيا عليه، حيث ظهر التلفون المرئي الذي أنتجته شركة الكاتيل الفرنسية منذ سنة1998، وكان الهدف من استخدام هذا الجهاز في الدخول إلى شبكة الانترنت ورخص

[1] عبد الوهاب مخلوفي، المرجع السابق ص ص 32،33،34

ثمنه ولكنه خرج من السوق بعد استخدام شكل آخر لهذا الجهاز يسمى "وبتنش" على افتراض أنه سوف يوفر هذه الإمكانية بشكل أسهل " .إذا صدر نص المشرع الجزائري على حالة الإيجاب عن طريق التليفون في المادة 64/1 من القانون المدني :الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريقة الهاتف أو بأي طريق مماثل."

الفرع الثالث: الفـــــــاكس

الفاكس جهاز يقوم بنقل الصور الثابتة من مكان إلى آخر عبر شبكة الهواتف، أي أنه عبارة عن جهاز استنساخ بالهاتف يمكن بواسطته نقل الرسائل والمستندات المخطوطة باليد والمطبعة بكامل محتويا ا نقلا مطابقا لأصلها، فتظهر المستندات والرسائل على جهاز فاكس آخر في حيازة المتلقي .أشار القانون النموذجي للأمم المتحدة CNUDCI الصادر عام 1996 في المادة 2/1 إلى الفاكس، باعتباره من الوسائل التي يمكن استخدامها في إبرام العقود عن بعد.

الفرع الرابع : التلكس و التلكس

يعتبر التلكس جهازا لإرسال المعلومات، عن طريق طباعتها و إرسالها مباشرة. إذ لا يوجد فاصل زمني ملحوظ بين إرسال المعلومات و إرسالها.[1]

الفـــرع الخامس: البث الإذاعـــــــي

البث الإذاعي نوع من وسائل الاتصال اللاسلكية المستعملة منذ 1919 على يد العلماء الألمان والكنديين، ثم تبعهم العلماء الأمريكيين في عام 1920 ويعتبر الراديو أول

[1] الياس ناصيف، **العقود الدولية العقد الإلكتروني في القانون المقارن**، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت – لبنان 2009 ، ص 12

جهاز الكتروني يقوم على فكرة الأنبوب ذي الفراغ، الذي يتم فيه السيطرة على حركة الجزئيات، انبعاث الالكترونات وتبادلها . أما الإذاعة فهي وسيلة اتصال سمعية، تعتمد على استخدام مزيج من التسجيلات السمعية كالأسطوانات، أشرطة البكرة والكاسيت بالإضافة إلى البث المباشر. ووفقا لنص المادة107 من قانون الملكية الفكرية والصناعية الأمر رقم 03/05 المؤرخ في 19جويلية 2003 المتعلق بحقوق المؤلف، فإنه يقصد بالإذاعة " هيئة للبث السمعي تنتج برامج إبلاغ هذه المصنفات إلى الجمهور."

الفرع السادس : البث التلفزيون

البث التلفزيوني نشر متزامن للبرامج والمعلومات الترفيهية أو التعليمية المصورة والموجهة لجمهور كبير من المشاهدين، عبر القنوات التلفزيونية المرئية محليا أو دوليا من خلال الأقمار، تطور البث التلفزيوني من نظام المسح الميكانيكي إلى النظام الرقمي، الذي يتم فيه تحويل الإشارة الصناعية الصوتية أو المرئية إلى سلسلة من الإشارات الالكترونية، التي تمتاز بمقاومة التشويش والتداخل بين الموجات والحفاظ على قوة الإشارة خلال مدة الاتصال، تم استخدام هذا الجهاز في تسويق السلع والمنتجات كان ذلك خلال عام 1987 بفرنسا، يرجع هذا النوع من التعاقد إلى الأهمية الكبيرة للتلفزيون كوسيلة اتصال مهمة، لما توفره من وقت ،جهد وعناء التنقل بين المحلات .وقد نظم المشرع الفرنسي البيع عن طريق التلفزيون بالقانون رقم 21 / 88 الصادر في 2 جانفي1988، الذي اعتبره نوعا من العقود التي تبرم عن بعد، و تتضمن رخصة رجوع المنتج المباع[1].

لقد عهد إلى اللجنة الوطنية للاتصال والحريات C.N.C.L بتنظيم بث برامج التسوق عن طريق التلفزيون من حيث تحديد الوقت والمدة الزمنية، ثم عهد بعد ذلك هذه المهمة إلى الس الأعلى للإذاعة والتلفزيون. C.S.A ،الذي حل محل اللجنة الوطنية للاتصال والحريات و أصدر قرارا بتاريخ 21 (4)أكتوبر 1992 فيما يتعلق بالخدمات التي يتعين أن يتم بث

[1] حامدي بلقاسم ، المرجع السابق ، ص 27

برامج مشتريات التلفزيون خلالها ولأوقات محددة .أما في الجزائر فقد بدأ التسوق عبر شاشة التلفزيون يجد مجالا خصبا، حيث يتم عرض المنتجات عبر الشاشة مع الدعاية التجارية لها وبيان استخداما ومزاياها المختلفة، بالرغم من ذلك فإن المشرع الجزائري لم يتدخل حتى الآن لتنظيمه[1].

الفرع السابع:

الميني تل:

ظهر جهاز الميني تل في فرنسا عام 1985 وهو جهاز قريب الشبه بجهاز الكمبيوتر المترلي، لكنه أصغر حجما، يتكون من شاشة صغيرة ولوحة مفاتيح تشمل على حروف وأرقام قريبة الشبه بلوحة مفاتيح الكمبيوتر، فهو وسيلة اتصال مرئية تنقل الكتابة على الشاشة دون الصوت والصورة، يكفي. بالرغم من ذلك لاستعماله أن يوصل بخط الهاتف، وقد أخذ مكانةً كبيرةً في عالم الاتصالات والمعلومات فقد استخدم هذا الجهاز على نطاق واسع في فرنسا للتفاوض على العقود وإبرامها، وقد أتاح لكل شخص مشترك في الخدمة أن يوجه من خلال طلباته بالشراء أو البيع وتقديم الخدمات على الخط، يعبر عنه في الفقه الفرنسي بعبارة خدمة الطلب عبر الميني تل. إلا أن استخدام هذا الجهاز لم يتمتع بثقة القضاء الفرنسي، الذي اعتبر ه غير كافي للتعبير عن الإرادة بشكل جازم، فضلاً عن أنه لا يقدم الضمانات الكافية للمتعاقدين لذا، تراجع استخدامه في كوسيلة للتعاقد.[2]

[1] لزهر بن السعيد ،**النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية**، دار هومة ،الطبعة الأولى ، الجزائر 2012، ص 61

[2] بلقاسم حامدي، المرجع السابق ، ص4

الفرع الثامن: البيجر

البيجر جهاز صغير الحجم مخصص لأغراض التتبع ، ظهر قبل الهاتف النقال ، غالبا ما يستخدم من قبل الأطباء ومهندسي الصيانة وغيرهم ممن تحتم عليهم طبيعة عملهم التواجد في أية لحظة ، يتيح هذا الجهاز معرفة أرقام المكالمات الهاتفية المتصلة في أية لحظة، وقد أدخلت عليه بعض التعديلات في منتصف الثمانينات ، بحيث أصبح قادرا على استقبال رسائل كتابية تظهر على شاشة الجهاز ، عن هذه الرسائل الكتابية يمكن الاتفاق على إبرام عقد من العقود عن طريق إرسال رسائل متبادلة بين حاملي هذا الجهاز .من خلال ما تطرقنا له من وسائل الاتصال التقليدية هذه، إلا أن لبعضها نوعا من البقاء في عصرنا الحالي، رغم تواجد الانترنت التي تعتبر الرائدة العصرية والتي سنتطرق إليها في مطلبنا اللاحق[1].

المطلب الثاني

وسائل ابرام عقود التجارة الإلكترونية بعد ظهور الانترنت

و الحقيقة هي أن مع اختراع جهاز الحاسوب، أو الحاسب الإلكتروني، و انتشاره، و استعماله في مختلف مناحي الحياة، و كافة الأصعدة ، و دمجه و تزاوجه بشبكة الاتصال الدولية الانترنت، تحققت ثورة حقيقية أطلق عليها تسمية ثورة المعلومات ، بدأ الحديث عنها عن مجتمع المعلومات و ما رافقه من مصطلحات جديدة، منها الأرشيف الإلكتروني، و معلوماتية الإدارة، و المعالجة عن بعد و الحكومة الإلكترونية و المحكمة الإلكترونية.

[1] الياس ناصيف، المرجع السابق ، ص 16

الفرع الأول:

تعريف الحاسوب

تتعدد مسميات الحاسب الآلي وقد ظهر أول الأمر كوسيلة لمعالجة البيانات ثم تخزينها وإعادة استرجاع:

تعريف الحاسوب: إن لفظ حاسوب مصطلح باللغة العربية المقابل لكلمة COMPUTER باللغة الإنجليزية و ORDINATEURباللغة الفرنسية. أطلق عليه في البداية تسمية العقل الإلكتروني، ثم سمي بعد ذلك الحاسب الآلي وفي عام 1987 صدر معجم الحاسبات عن مجمع اللغة العربية واستخدام اصطلاح الحاسب الآلي. أما لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي التجاري وكذلك المنظمة العربية للمواصفات والمقاييس فقد اعتمدتا مصطلح الحاسوب .

كما عرفه البعض الآخر بأنه جهاز الكتروني ، يستطيع أن يقوم بأداء العمليات الحسابية والمنطقية ا طبقً للتعليمات المعطاة بسرعة كبيرة تصل إلى عشرات الملايين من العمليات الحسابية في الثانية الواحدة ، بدرجة عالية الدقة وله القدرة على التعامل مع كمٍ هائل من البيانات وكذاك شغلها واسترجاعها عند الحاجة إليها.أما على الصعيد التشريعي يعرف قانون المعاملات والتجارة الالكترونية لإمارة دبي و مشروع قانون أحكام للمعاملات الالكترونية اللبناني الحاسب الآلي :بأنه جهاز الكتروني يتعامل مع المعلومات والبيانات بتحليلها، برمجتها، إظهارها، حفظها، إرسالها واستلامها بواسطة برامج وأنظمة معلومات الكترونية، يمكن أن يعمل بشكل مستقل أو بالاتصال مع أجهزة أو أنظمة الكترونية أخرى.أما نظام الكمبيوتر فهو جهاز أو مجموعة من الأجهزة الالكترونية، شبكات الاتصال، أنظمة المعلوماتية، أجهزة للطباعة، وغيرها من الأجهزة القادرة على حفظ، استرجاع، توصيل المعلومات والقيام بالعمليات الالكترونية. يعني مصطلح "وسائل الكمبيوتر" أنظمة معلوماتية أو أنظمة كمبيوتر أو أنظمة أمان أو أي وسائل أو أجهزة أو أوساط الكترونية مشاة[1].

[1] بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 4

الفرع الثاني

شبكة الأنترنت

أولا :تعريف شبكة الانترنت: هي محطة ربط آلاف الشبكات الخاصة والعامة بعضها ببعض، تتيح الاتصال على شكل تبادل للمعلومات الرقمية في إطار برتوكول يضمن الاتصال بين الحواسيب والشبكات الموجودة في جميع أنحاء العالم، والتي تعمل بلغات متنوعة، يمكن لأي شخص لديه كمبيوتر مزود بجهاز الذي يقوم بترجمة المعلومات الرقمية للحاسوب إلى إشارات يمكن إرسالها عبر خطوط الهاتف و اشتراك لدى أحد مقدمي خدمة الانترنت وخط تلفوني للدخول على الانترنت[1].

ثانيا :أهمية شبكة الانترنت في عقود التجارة الإلكترونية:

تعتبر شبكة الانترنت من المقومات الأساسية لإبرام العقود التجارة الإلكترونية ،وذلك من خلال تبادل البيانات عبر دائرة التسلسل، و التي هي عبارة عن وصلة يمكن إرسال، و استقبال البيانات عبر الشبكة.

ثالثا :خصائص شبكة الانترنت :

تتميز شبكة الانترنت بالخصائص الآتية:

الخاصية الأولى : شبكة مفتوحة أو غير مملوكة: وهذه الخاصية تميزها عن الشبكات المملوكة أو المغلقة، بحيث يقتصر استخدامها على طائفة محدودة من العملاء، كما هو الحال في المنظمة الدولية للاتصال.

[1] محمد فواز مطالقة ، **الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية**، دار الثقافة للنشر و التوزيع ،الطبعة الأولى، عمان 2006، ص 9

الخاصية الثانية : شبكة عالمية : أي لا تعرف الحدود بين الدول . لذلك وصفها البعض بأنها عالم متكامل، أو قرية كونية، سكانها عشرات الملايين من مستخدمي الانترنت ، يتبادلون الرسائل الإلكترونية، أو يعرضون السلع أو الخدمات .

الخاصية الثالثة : شبكة غير متخصصة : لا تتخصص شبكة الانترنت في نوع واحد من الخدمات من دون غيره، كما هو الحال في الشبكات المملوكة، التي تقتصر خدمات متخصصة، كالمعاملات المصرفية، ومعاملات حجز الأماكن في شركات الطيران.

بل إن شبكة الانترنت تتسع لتشمل التعامل بمختلف السلع و الخدمات .[1]

[1] الياس ناصيف، المرجع السابق ، ص 18

الفصل الأول

ماهية العقد التجاري الإلكتروني و انعقاده

الفصل الأول

ماهية العقد التجاري الإلكتروني و انعقاده

بعد ظهور التجارة الإلكترونية وما نتج عنها من تطورات في المعاملات التجارية، أدى إلى تطور التجارة في كافة نواحيها و سهل على التجار إدارة تجارتهم و إتمام معاملاتهم. فدخلت العقود الإلكترونية في كافة فروع الحياة حتى شملت الحياة الأسرية و التجارية، الأمر الذي جعلها تساعد كافة فئات المجتمع دون أي تحديد و لكي تؤدي التجارة الإلكترونية غايتها كان لابد من بيان ماهية العقود الإلكترونية بالرغم من الإشكالات العملية التي من الممكن أن تواجه هذه العقود، هذا بالإضافة لإلقاء نظرة على بعض العقود المتداولة لمحاولة بيان بعض السلبيات الإيجابية الموجودة فيها لمحاولة معالجة السلبيات أو الحد منها قدر الإمكان .

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

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

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

المبحث الأول

مفهوم العقد التجاري الإلكتروني

إن من صعوبة تحديد تعريف موحد للعقد الإلكتروني، وذلك راجع إلى عدة اعتبارات، فمن جهة تعدد الجهات و المحافل التي أوردت هذه تعاريف، ونوع التقنية التي تستعمل في إبرامه من جهة أخرى، وعليه سيتم عرض أهم تعريفات العقد التجاري الإلكتروني.

المطلب الأول

تعريف العقد التجاري الإلكتروني

من الأمور التي أثارت الجدل واختلفت عندها وجهات النظر، محاولة وضع تعريف التجارة الالكترونية بصفة عامة والعقود الالكترونية بصفة خاصة، ولعلى مرد ذلك الخلاف تشعب هذه التجارة وتنوع العقود التي تبرم من خلالها الأمر الذي أدى إلى اختلاف المفاهيم والتعريفات.

سوف نتطرق إلى التعريفات الواردة بشأن العقد الالكتروني في التشريع المقارن و التعريفات الخاصة ببعض الفقهاء .

الفرع الأول

تعريف العقد التجاري الإلكتروني

أولا: التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني :

لقد أورد الفقه عدة تعريفات للعقد الإلكتروني، فمنهم من عرفه بالاعتماد على إحدى وسائل إبرامه معتبر أن :

" العقد الإلكتروني هو العقد الذي يتم إبرامه عبر الانترنت "

النقد : الملاحظ من هذا التعريف أنه حصر وسيلة إبرام العقد الإلكتروني في شبكة الانترنت متجاهلا الوسائل الأخرى لإبرامه مثل التلكس و الفاكس و المنتيل.

وأيضا القائل بأن العقد الإلكتروني هو: " كل اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، وذلك بفضل التفاعل بين الموجب و القابل"

ويلاحظ أن هذا التعريف اشترط وسيلة مسموعة مرئية لكي يعتبر العقد إلكترونيا ، غير أنه يمكن إبرام العقود الإلكترونية بدون استعمال الوسائل المسموعة أو المرئية مثل التعاقد عبر البريد الإلكتروني، الذي فيه التعبير عن الإرادة بواسطة الكتابة، ومع ذلك يعتبر العقد إلكترونيا [1]

وقد عرف جانب من الفقه الأمريكي العقد الإلكتروني:

" هو ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع و المشتري و التي تكون قائمة على صيغ معدة سالفا ومعالجته إلكترونيا و تنشئ التزامات تعاقدية."

[1] أسامة عبد العليم الشيخ، **مجلس العقد و أثره في عقود التجارة الإلكترونية**، دار الجامعة الجديدة، ، الإسكندرية ، مصر 2005، ص14

ويعرف بعض الفقه اللاتيني العقد الإلكتروني بأنه :

" اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب و القبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد و ذلك بوسيلة مسموعة مرئية، و بفضل التفاعل بين الموجب و القابل."

و اهم الانتقادات التي وجهة لهذا التعريف أنه جاء ناقصا حيث لم يبين النتيجة المترتبة على التقاء الإيجاب و القبول، وهي إحداث أثر قانوني و إنشاء التزامات تعاقدية[1].

ولعل التعريف السائد عند معظم فقهاء القانون هو أن : " العقد توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أ, تعديله أو إنهائه". و من هذا المنطلق فإن العقد التجاري الإلكتروني ليس استثناءات من أحكام و قواعد النظرية العامة للعقد، فهو يتم بالاتفاق و التراضي بين الطرفين و بالتالي هو لا يخرج في بنائه و مضمونه عن السياق المشار إليه أنفا، غاية الأمر أنه: " يتميز بكونه عقدا يبرم عن بعد، بين غائبين، وذلك باستخدام وسائط الكترونية من أجهزة و برامج معلوماتية و غيرها من الوسائل التقنية الحديثة التي تعمل آليا و تلقائيا بمجرد إصدار أوامر التشغيل إليها.[2]

ثانيا: التعريف القانوني العقد الإلكتروني:

أ/ التشريعات الأجنبية :

توجد بعض التشريعات المقارنة التي تعرضت لتعريف عقود التجارة الإلكترونية بصفة غير مباشر وصريحة، فهي تبين أن هذه العقود ما هي إلا رسالة بيانات أو سجل أو وثيقة ، يتم إبرامها بين الأطراف من خلال وسيلة إلكترونية أقرها القانون.

[1] فراح مناني ، **العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري**، دار الهدى، الجزائر 2009، ص 24

[2] فراح مناني، المرجع نفسه ، ص 25

*التعريف الوارد في القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (uncitral)– الأونسترال – 1996:

فقد عرف العقد إلكتروني من خلال تعريفه لرسالة البيانات وذلك في المادة 2/أ بأنه : "المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها واستلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك تبادل البيانات الالكترونية أو البريد الالكتروني أو التلكس."[1]

وعرفت المادة2 / ب، تبادل البيانات الالكترونية" يراد بمصطلح تبادل البيانات الالكترونية نقل المعلومات من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات.

نجد أن قانون الأونيسترال عرف العقد الإلكتروني من خلال الوسائل المستخدمة في إبرامه كالفاكس و التلكس الأقل تطورا إلى البريد الإلكتروني و التبادل الإلكتروني للبيانات ، و يبقى التعريف مفتوحا ليستوعب التطورات التقنية المستخدمة في التجارة .

*فقد عرفت المادة الثانية من التوجيه الأوروبي الصادر في 20 ماي1997 المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد التعاقد عن بعد بأنها :

" أي عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد، الذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الالكترونية حتى إتمام التعاقد[2]."

[1] المادة الثانية فقرة ' أ ' من قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الالكترونية 1996 .

[2] الزهرة صولي ،**النظام القانوني للعقد الإلكتروني** ، مذكرة الماجيستير، جامعة محمد خيضر بسكرة ،كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق ،2007 – 2008 ، ص 10

*المشرع الكندي فقد عرف العقد الإلكتروني في القانون الخاص بولاية كبيك لحماية المستهلك بالقسم 20 منه، التعاقد عن بعد بأنه :

" تعاقد بين تاجر ومستهلك بدون تواجد مادي بينهما سواء في حالة الإيجاب أو القبول حال كون الإيجاب غير موجه لمستهلك معين[1]"

المشرع الأمريكي فقد أورد تعريفًا للسجل الالكتروني الذي هو بمثابة العقد الالكتروني الذي يتم إبرامه بين الأطراف بأنه :" ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل الرسائل بين البائع والمشتري والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفًا ومعالجة الكترونيا، تنشئ التزامات تعاقدية[2]."

المشرع الفرنسي :

Art 121/16 « :toute vente d'un bien ou toute fourniture d'une prestation de service conclue, sans la présence simultanée des parties , entre un consommateur et un professionnel qui, pour la conclusion de ce contrat, utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance. »

وقد فضل المشرع الفرنسي عدم تحديد وسائل الاتصال للتعاقد عن بعد، تحسبا لما يتم اكتشافه من وسائل جديدة في المستقبل، بالتالي استخدم الألفاظ بعمومية يسمح بإدراج الانترنت كوسيلة لإبرام العقد .[3]

[1] حامدي بلقاسم، المرجع السابق، ص 25

[2] لزهر بن السعيد، المرجع السابق، ص 41

[3] الزهرة صولي، المرجع السابق ، ص 11

ب/ التشريعات العربية :

*المشرع التونسي يعرف العقد الإلكتروني :

"ينشأ العقد الالكتروني بعنوان البائع وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة الكترونية ممضاة وموجهة للمستهلك ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك"[1]

يستفاد من ذلك أن المشرع التونسي عرف العقد الالكتروني بشكل ضمني حيث يعرف المبادلات الالكترونية التي يعد العقد لإلكتروني أحد آليا ويتبين في إطار هذا القانون أنه ذلك العقد الذي يتم إبرامه وتنفيذه الكترونيا.

*يعرف المشرع الأردني العقد الإلكتروني :

بأنه" الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية كليا أو جزئيا". فقد عرف المشرع الأردني العقد الإلكتروني بشكل صريح.

*المشرع الإماراتي:

يقصد بالمعاملات الالكترونية" أي تعامل، عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الالكترونية."

يتبين من خلال التعريف أن المشرع الإماراتي لم يعرف العقد الالكتروني، إنما عرف المبادلات الالكترونية، التي اعتبرها تشمل العقد واتفاقية التعامل الذي يتم إبرامه أو تنفيذه بشكل كلي أو جزئي عن طريق إرسال الرسائل الالكترونية واستلامها.[2]

[1] الفصل 28 من قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي رقم 83، لسنة 2000

[2] قانون رقم 2 المؤرخ في 12 فيفري 2002، المتعلق بالمعاملات و التجارة الإلكترونية، دولة الإمارات العربية المتحدة.

*أما عن المشرع الجزائري فيلاحظ أن القانون المدني الجزائري لم يتعرض للنظم القانونية التي تحكم العقد الالكتروني ولم يتناول تعريفه.

يمكن لنا أن نخلص إلى تعريف العقد الإلكتروني بأنه " تلاقي الإيجاب و القبول عبر تقنيات الاتصال الحديثة ومن بينها شبكة الانترنت، دون الوجود المادي لأطراف العقد.[1]

المطلب الثاني

خصائص العقد التجاري الإلكتروني

للعقد الإلكتروني خصائص تميزه عن غيره من العقود الأخرى، كون العقود التقليدية تتم في مجلس عقد واحد و بين حاضرين، ومن أهم هذه الخصائص كونه أحد العقود التي تبرم عن بعد، وفي كثير من المعاملات يأخذ الطابع الدولي، كما أن هذا العقد يمكن أن يشترك في بعض الخصائص الموجودة العقود التقليدية، فمهم من يصنفه ضمن عقود الإذعان، ومن يصنفه ضمن عقود المساومة، وذلك ما سنوضحه من خلال تبيان الخصائص التي يتميز بها العقد الإلكتروني .

الفرع الأول

العقد الالكتروني هو تعاقد عن بعد:

إن التعاقد التقليدي بين حاضرين يتطلب لانعقاده وجود طرفيه في مجلس العقد من أجل الاتفاق على تفاصيل العقد المزمع إبرامه، أما السمة الأساسية للتعاقد الالكتروني أنه يتم بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي حيث يتم التعاقد عن بعد بوسائل تكنولوجيا

[1] عبد الوهاب مخلوفي، المرجع السابق ص 52

مختلفة فتبادل التراضي يكون الكترونيا عبر شبكة الانترنت من خلال مجلس عقد حكمي افتراضي لذلك فهو فوري معاصر رغم أنه يتم عن بعد.

و التعاقد عن بعد قد يتم بالمراسلة مثل كتالوجات و النشرات، أو يتم بالمراسلة، ومن ذلك وسائل الاتصال الحديثة و السريعة مثل الهاتف و الفاكس و الكومبيوتر و الموقع الإلكتروني.

إضافة إلى ذلك فإنه يمكن تنفيذ العقد الإلكتروني عن بعد ودون انتقال أطرافه إلى مكان معين، أي أن طرفي العقد يقومان بتنفيذ التزاماتهما المتبادلة إلكترونيا، كعقود الخدمات المصرفية و التعليمية و الاستشارات، و برامج الحاسب الآلي.[1]

إن إبرام العقد إلكتروني عن بعد يرتب آثار قانونية مثل تجربة السلعة و تأكد من مدى انطباق المواصفات و المقاييس المتفق عليها في العقد، فإذا كانت هذه المواصفات و المقاييس مطابقة، فإن المستهلك ملزم بالوفاء بالتزامه لأن المزود قد وفى بالتزامه. أما في حالة عدم الوفاء بالالتزام بالإخلال بالمواصفات كلها، أو جزء منها، فيكون تحت المسؤولية القانونية وذلك حسب أحكام القانون و الاتفاق المبرم بين طرفي العقد، كما أن هناك آثارا أخرى و متعددة يرتبها إبرام العقد عن بعد و بوسائط إلكترونية.

ومما سبق القول أن العقد الإلكتروني هو عقد مبرم عن بعد و هذا ما أقره الفقه و نصوص القانون التي عالجت مثل هذه التعاقدات.[2]

[1] لزهر بن السعيد، المرجع السابق، ص44

[2] عبد الوهاب مخلوفي، المرجع السابق، ص 58

الفرع الثاني:

العقد التجاري الإلكتروني له طابع دولي:

العلاقات القانونية الناشئة عن التجارة الإلكترونية ليست قاصرة على مكان معين أو دولة محددة و لكنها تنساب عبر حدود الدولة في حرية، و ترفض الخضوع لأي سيطرة سياسية أو التقيد بحدود معينة، و العقد الإلكتروني يفترض انعدام الاتصال المادي بين طرفيه، إذ أن الموجب و الموجب له 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 و تنفيذه من خلال تبادل الرضا اللازم لذلك.

ولاشك أن انتشار ظاهرة الإنترنت في معظم دول العالم وربط هذه الدول بشبكة واحدة سهل على الأشخاص في كل هذه الدول إجراء التعاملات الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت.

وعلى الرغم من الطابع الدولي الذي تمتاز به كثير من العقود عبر الانترنت، إلا أن ذلك لا يمنع من جواز قيام التعاقد عبر شبكة الانترنت بين أطراف ينتمون إلى دولة واحدة، فيمكن أن يتم هذا التعاقد ضمن مفهوم وحكم العقد الداخلي، ولا يتسم بالطابع الدولي.

إن استخدام تقنيات الاتصال عن بعد غير متماثلة وتختلف من دولة إلى أخرى، فمثلًا يستخدم غالبية الإنجليز الانترنت لإبرام عقود البيع وتنفيذها، بينما يستخدمها غالبية الألمان لمراقبة ومعرفة أحوال حساباتهم في البنوك، في حين يستخدمها غالبية الفرنسيين لإجراء المناقشة والحوار.

العقد الالكتروني قد يكون عقدا داخليا إذا ما انعقد داخل إقليم الدولة وبين متعاقدين ينتمون اليها، كما قد يكون عقدا دوليا وفًقا لأحد المعيارين، القانوني والاقتصادي :فوفقا للمعيار القانوني يكون للعقد طابع دولي إذا كان المتعاقدون يتواجدون وينتمون إلى دول

مختلفة، كأن يكون أحد أطرافها مستخدما لشبكة الانترنت مقيما في دولة، ومورد خدمات الاشتراك في الشبكة مقيما في دولة ثانية وشركة تكنولوجيا معالجة لبيانات، إدخالها وتحميلها عبر الشبكة مقيما في دولة ثالثة .

أما وفقا للمعيار الاقتصادي فيكون للعقد طابع دولي إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية وذلك بأن يترتب عليه تدفق السلع والمنتجات والخدمات عبر الحدود.

بتوافر المعيارين (القانوني والاقتصادي) اللازمين لنعت أي معاملة بالطابع الدولي، على ضرورة تضافر الجهود سواء على الصعيد الدولي أو المحلي، لوضع القواعد القانونية المتعلقة بالعقد بشكل يضمن الانسجام وعدم التعارض بين القواعد القانونية المختلفة[1].

الفرع الثالث:

عقد الإلكتروني يغلب عليه الطابع التجاري:

يتسم العقد الإلكتروني بالطابع التجاري، و لذلك يطلق عليه عادة تسمية " عقد التجارة الإلكترونية ".

وهو غالبا يدور في نطاق عقود البيع أو تقديم الخدمات أو الإجارة، أو الوساطة أو السمسرة، أو الضمان أو القرض و سواها من العقود.

و لكن يمكن التساؤل، و تطبيقا لقواعد العامة في الصفة التجارية للعقد الإلكتروني عما إذا كان هذا العقد تجاريا في جميع الأحوال، بالنسبة إلى طرفيه، أو أن هذا العقد قد يكون مدنيا، أو مختلطا ؟.

بالنسبة إلى مقدم الخدمة يعتبر هذا العقد تجاريا، لأن مقدم الخدمة يبغي تحقيق الأرباح عن طريق التوسط بين فئتين من البشر، وهذا هو المعيار الأساسي لوصف العمل بكونه تجاريا.

[1] حامدي بلقاسم، المرجع السابق، ص 32

أما بالنسبة إلى العميل، فيختلف الأمر بين أن يكون تاجرا أو غير تاجر. فإذا كان تاجرا، يكون العقد بالنسبة إليه تجاريا بالتبعية، أما إذا لم يكن تاجرا، كما لو كان باحثا أو أستاذا جامعيا، أو محاميا مثلا فلا يكون هذا العقد تجاريا بل مدنيا. و بالتالي فإن عقد الدخول إلى الشبكة يعتبر عقدا مختلطا إذا تم التعاقد بين مقدم الخدمة التاجر، و العميل الذي يقوم بعمل مدني .[1]

و يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعرف العقود التجارية لكنه عرف العمل التجاري من خلال المواد 3،2 ، 4 من القانون التجاري، فلا تكون التجارة الإلكترونية سوى ممارسة تلك الأعمال بواسطة الوسائل الإلكترونية.

ومنه يمكن القول بأن التجارة الإلكترونية لا تختلف عن التجارة التقليدية من حيث مضمونها و محترفيها، أما وجه الخصوصية فيها فيتمثل في وسائل مباشرتها، و بصفة خاصة الطريقة التي ينعقد بها العقود ووسائل تنفيذها.

الفرع الرابع : العقد الإلكتروني منشئ للآثار قانونية:

ومن خصائص العقد الإلكتروني أيضا إنشاء آثار قانونية لالتقاء إرادتين بتحليل الالتزامات التي يولدها، و أنه بذلك يعتبر أداة لإرضاء حاجات الأفراد و الأشخاص المعنوية، و لكن ذلك لا يتم إلا في إطار النظام العام و الآداب العامة، فإن تم اتفاق بين الطرفين على توريد أحدهما للآخر برامج تهدد النظام العام و تضر بمصلحة العامة فإن هذا يجعل الاتفاق باطلا من أساسه و غير مشروع.[2]

الفرع الخامس : وجود الوسيط الإلكتروني :

يقصد بالوسيط الإلكتروني أجهزة الكومبيوتر المتصلة بشبكة الاتصال الدولية الانترنت و التي عبرها يتم نقل التعبير عن الإرادة لكل من طرفي العقد في ذات

[1] الياس ناصيف، المرجع السابق ، ص 43

[2] فراح مناني، المرجع السابق ، ص 44

اللحظة – في الغالب– على الرغم من تباعد المكانين اللذان يقيمان فيه، فوجود الوسيط الإلكتروني يقودنا إلى ترتب النتائج التالية: تنفيذ العقد الكترونيا بواسطة الدفع الإلكتروني و إثباته على دعائم الكترونية، فتغير الظروف و الأحوال يستتبع تغيير الأدوات و الوسائل التي تستخدم للتعامل معها، فلا يجوز استخدام وسائل تقليدية للتعامل مع هذه المستجدات ومن ثمة ظهرت طرق جديدة لتنفيذ العقد الإلكتروني و إثباته.[1]

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية لعقد التجاري الإلكتروني

إن ما يميز عقود التجارة الإلكترونية عن الكثير من العقود هي الوسيلة التي ينعقد بها فهو ينعقد بوسائل إلكترونية، ولعل هذه السمة تعتبر من أكثر خصوصيات هذا العقد، وتعتبر أيضا معيارا أساسيا لتمييزه عن غيره من العقود، فالعقد عبر شبكة الإنترنت ينشأ كغيره من العقود نتيجة تلاقي الإيجاب والقبول – كما سنرى لاحقا– فهو عقد عادي، إلا أنه يكتسب الطابع الإلكتروني من الوسيلة التي يتم إبرامه من خلالها وبالتالي، فإن تسمية هذا النوع من العقود بالعقد الإلكتروني أو عقد التجارة الإلكترونية جاءت نتيجة استخدام الوسائل الإلكترونية في إبرام هذه العقود. بناءا على ما تقدم، فإن البحث عن الطبيعة القانونية لعقود التجارة الإلكترونية يتطلب بيان موقع هذه العقود، من تقسيم العقود من حيث الانعقاد إلى عقود رضائية وشكلية وعينية، ومن بيان مدى اعتبار عقود التجارة موقع عقود التجارة الإلكترونية، مما يطلق عليه بالتعاقد عن بعد أي علاقة عقود التجارة الإلكترونية من قبيل عقود الإذعان، وكذلك البحث عن العقود التقليدية.

[1] الزهرة صولي، المرجع السابق، ص 42

الأصل في العقود سواء كانت تقليدية أو إلكترونية هو الرضائية ، والعقود الرضائية هي التي تنعقد بمجرد حصول اتفاق بين طرفين، بأية كيفية كانت ودون إتباع شكل أو صيغة معينة، وإن مبدأ الرضائية الذي يتمخض عن مبدأ سلطان الإرادة يترجم حرية المتعاقدين فيما يخص كيفية التعبير عن إرادتيهما، فالعقد الرضائي ينشأ بمجرد تلاقي إرادتين، سواء كان التعبير عنهما شفهيا أو حركيا أو كتابيا، فالعبرة بالاتفاق ذاته لا بالطريقة التي تم بها .

إذا كان العقد الالكتروني لا يختلف في تركيبه أو مضمونه عن العقد التقليدي إلا أن الأمر يدق بشأن طبيعة هذا العقد، حيث يثور التساؤل بشأنه هل هو عقد المساومة وعقد المساومة هو العقد الذي يتم عن طريق المناقشة بين المتعاقدين، حيث يضع كل منهما ما يحقق مصلحته من شروط، وتكون الإرادتان فيهما غالبا متساويتين ، أم هو عقد الإذعان فعقد الإذعان يختلف عن عقد المساومة، إذ أن أحد طرفي العقد فيه يستأثر بوضع شروط العقد، ولا ينتظر من الطرف الآخر سوى قبول العقد جملة أو رفضه جملة واحدة، فهل العقد الإلكتروني ذو طابع تساومي يقبل المناقشة من حيث مضمونه وشروطه، أم أنه ذو طابع إذعاني، يستلزم الحماية منه ؟.

اختلف الفقهاء بشأن هذه الطبيعة؛ فمنهم من رأى أن العقد الإلكتروني هو من عقود المساومة (المطلب الأول) في حين ذهب رأي ثاني إلى اعتباره من عقود الإذعان (المطلب الثاني). وفيما يلي نبين مضمون كل توجه وحججه.

الفرع الأول

العقد التجاري الإلكتروني هو عقد مساومة

اعتبر هذا الفريق أن العقد التجاري الإلكتروني هو عقد من عقود المساومة حيث تتساوى فيه إرادة كل طرف من إرادة الطرف الآخر ، وتتبادل فيه النقاشات بكل حرية ، وليس للمتعاقد فيه أن يطالب بأي حماية خاصة.

كما أن الموجب لا يتمتع بأي احتكار قانوني أو فعلى نظرا إلى عالمية الشبكة وطبيعتها، والخدمات المعروضة، بواسطتها يصعب القول بشأنها إنها تتعلق بعقود تكون المنافسة فيها محدودة النطاق. كما أن عنصر المناقشة لا يزال يسود العقود إلكترونية على اختلاف أنواعها، فدور المتعاقد الموجب له لا يقتصر على مجرد الموافقة على شروط العقد المعدة سلفا؛ إذ له مطلق الحرية في التعاقد مع أي منتج أو مورد آخر إذا لم تعجبه الشروط المعروضة على شاشة إنترنت، ويستطيع الانتقال من موقع إلى آخر واختيار ، ما يشاء وترك ما يشاء ،وقد يبدو من الوهلة الأولى أن العقد إلكتروني ذو طبيعة إذعانيه ، حيث لا يملك المستهلك سوى الضغط على خانة الموافقة الموجود في موقع الموجب، ولا يملك المناقشة أو التفاوض على شروط العقد [1].

ويخلص هذا الاتجاه إلى القول بأن العقد إلكتروني ليس الضرورة من تطبيقات عقود الإذعان، بل هو من عقود المساومة باستثناء العقود إلكترونية التي تعد في الواقع عقود إذعان، كالعقود المبرمة إلكترونيا للحصول على الخدمات الضرورية كالماء، والكهرباء، والهاتف، وخدمات الاشتراك في شبكة انترنت. ويزيد أنصار هذا الرأي أن التشريعات المنظمة للتجارة الالكترونية ليس فيها ما يدل على

[1] لزهر بن السعيد ، لبمرجع السابق ، ص 46

اعتبار العقود الالكترونية من عقود الإذعان رغم اعترافهم بأن هذه التشريعات توفر حماية خاصة للمتعاقد حينما يكون طرفا ضعيفا في العلاقة التعاقدية.

الفرع الثاني

العقد التجاري الإلكتروني هو عقد إذعان

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأن عقود التجارة الالكترونية عقود إذعان، ويمكن تعريف عقد الإذعان بأنه :" العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب و لا يسمح بمناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلع ، أو مرافق ضرورية تكون محل احتكار قانوني أو فعلى، أو تكون المناقشة محدودة النطاق بشأنها.[1]

ومقتضى هذا التعريف أن عقد الإذعان يستلزم أن تتوافر فيه ثلاثة شروط مجتمعة وهي أن يتعلق العقد بسلعة ضرورية تمس مصلحة حقيقية، وتقدم خدمة لا يستطيع المستهلك الاستغناء عنها بسهولة، و أن تكون محل احتكار سواء محتكر وحيد، أو من عدد قليل من المحتكرين لهذه السلعة، الذين يقومون بتحديد سعر بيعها بالإضافة إلى شرط أن تسلم أحد الطرفين بشروط الأخرى دون مناقشته.[2]

طبًقا للمفهوم الموسع للإذعان ذهب البعض إلى اعتبار العقد الالكتروني عقد إذعان بالنسبة للمستهلك، باعتباره الطرف الضعيف دائما ا وأنه بحاجة إلى الحماية وذلك برفع مظاهر الإذعان التي قد يكون قد تعرض لها.

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، **نظرية العقد**، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، الطبعة الثانية منقحة، لبنان 1997 ، ص 293

[2] لزهر بن السعيد المرجع السابق ، ص 48

القانون الفرنسي تطرق إلى هذه المسألة في نص المادة 1/132 من قانون الاستهلاك الفرنسي التي اعتبرت الشروط التي تنشئ من حيث موضوعها أو الآثار المترتبة عليها اختلالا عقديا مبناه عدم توازن الحقوق والالتزامات ضد مصلحة المستهلك وبما يحقق مصلحة المعني[1].

وينضم الرأي السابق إلى بعض الفقه في القانون الانجليزي إذ يرى أن العقد الالكتروني هو بمثابة عقد إذعان، لأن الموجب إليه لا يملك إلا أن يضغط على عدد من الخانات المفتوحة أمامه في موقع الموجب على المواصفات التي يرغب فيها من السلعة وعلى الثمن المحدد سلًفا، الذي لا يملك مناقشته أو تعديله أو المفاوضة عليه مع المتعاقد الآخر وكل ما يتاح له هو إما قبول العقد برمته أو رفضه كلية، فيؤخذ على هذا الرأي أنه تجاهل أمرا هاما، هو أن التفاوض قائم وخاصة في حالة التعاقد على البريد الالكتروني، حيث نجد الموجب على سبيل المثال يرسل عرض يتضمن سلعة معينة ومبلغا محددا، فيرد عليه الموجب له بأنه يوافق بشروط معينة وهو مثالا، الحصول على نسبة خصم معينة، أو الحصول على قطعة إضافية مجانية من المنتج المباع، فتبدأ عملية المساومة بين الطرفين ويتشابه مع الرأي السابق رأي آخر، يرى أن العقد الالكتروني يعتبر من عقود الإذعان إذا الغالب أن يكون عقدا نمطيا أو نموذجيا يعد مسبًقا من أحد طرفيه، الذي سينقل وينفرد بفرض شروطه وبنوده ويقتصر دور الطرف الآخر على مجرد قبول هذه الشروط كما هي دون تعديل، فلا يملك مناقشتها فتنعدم بذلك المفاوضة والمساومة بين طرفي العقد.

يبدو أن هذا الرأي وإن كان يذهب إلى أن العقد الالكتروني يقترب من عقود الإذعان، إذا تم عن طريق العقود النمطية، إلا أنه لم يبين طبيعته إذا تم بواسطة طرق التعاقد الالكترونية الأخرى كالبريد الالكتروني أو غيرها[2].

[1] الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 55

[2] حامدي بلقاسم المرجع السابق ، ص 37

مما سبق نخلص بالقول أن العقود الالكترونية تستمد أحكامها في الأساس من قانون المعاملات الالكترونية بشكل خاص ومن القواعد العامة لنظرية العقد بشكل عام، ويتم إخضاع العقد للأحكام المغايرة التي تأخذ في الاعتبار الحضور الافتراضي المعاصر، تتوافر هذه الخصوصية في العقود المبرمة عن بعد لأن التعاصر ما بين الإيجاب والقبول يكون من الناحية الزمنية، أما البعد المكاني فيبقى واقعا مؤثرا لا يجوز إنكاره بحيث يعتبر منعقد في غير مجلس العقد بالنسبة لمكانه، فمجلس العقد له دور أساسي في انعقاد العقد من حيث التأكد من أهلية المتعاقدين، توافر السلعة ومدى دقة المواصفات التي يتم ذكرها في المرحلة السابقة لإبرام العقد، ومن ذلك فإن العقد الالكتروني نوع جديد من العقود، فهو وليد التقدم التكنولوجي، وهو عقد له خصوصيته وذاتيته المستقلة التي تميزه عن أنظمة التعاقد الأخرى التي تتم باستخدام وسائل الاتصال الحديثة.

المبحث الثاني

انعقاد العقد التجاري الإلكتروني

ينشأ العقد عموما بتوافر أركان أساسية لا بد منها ولا فرق بين ضرورة توافر هذه الأركان مجتمعة في العقد المبرم عبر الوسائل الالكترونية وبين العقود التقليدية إلا من حيث تدخل الوسيلة الالكترونية.

بما أن العقود الالكترونية المبرمة عبر شبكة الانترنت لا تختلف في جوهرها عن العقود التقليدية، فإنها لا تخرج عن إطار القواعد العامة المنظمة لأحكام العقد عموما وإن كانت هذه العقود في بعض جوانبها تحتاج إلى قواعد قانونية خاصة لمعالجتها، فما ينبغي تناوله هو بعض أوجه الخصوصية التي يتعين

على لأطراف أخذها بعين الاعتبار عند إبرام مثل هذه العقود، هذا ما نريد تبيانه في هذا المبحث بالتالي يكون تقسيمه كالتالي:

المطلب الأول : التراضي في عقد التجاري الإلكتروني

المطلب الثاني : المحل و السبب في عقد التجاري الإلكتروني

المطلب الثالث : زمان و مكان إبرام عقد التجاري الإلكتروني

المطلب الأول

التراضي في العقد التجاري الإلكترونية

يشترط القانون لقيام العقد وجود التراضي وتوافق إرادتا المتعاقدين على إحداث الأثر القانوني المقصود من العقد [1]، فالإرادة باعتبارها مكونة للرضا ليس لها أية قيمة قانونية إلا إذا تم التعبير عنها بفعل خارجي ظاهر.

فالعقد يتم بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد[2].

و التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، و بالكتابة، و بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على الحقيقة المقصودة.[3]

وعلى ذلك يصح أن يتم التعبير عن الإرادة التعاقدية عبر وسائل الاتصال الإلكتروني و بخاصة عبر شبكة الانترنت، وعليه فإن الرضا في العقد الإلكتروني يتحقق عندما يتم تبادل رسائل البيانات الالكترونية أو الخطابات الإلكترونية، فهي صور التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني .

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع سابق ، ص 172

[2] تنص المادة 59 ق م ج على أنه ((**يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية**)).

[3] المادة 60 من قانون المدني الجزائري

إذا فالتعبير عن الإرادة يكون من خلال الإيجاب و القبول وعلى هذا الأساس فإننا قسمنا هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، حيث نتناول في الفرع الأول الإيجاب الإلكتروني وفي الفرع الثاني نتناول فيه القبول الإلكتروني، وفي الفرع الثالث نتطرق فيه إلى صحة التراضي في عقد التجاري الإلكتروني.

الفرع الأول :

الإيجاب في العقد التجاري الإلكتروني

يعرف الإيجاب عموما بأنه التعبير البات المنجز الصادر من أحد المتعاقدين و الموجه إلى الطرف الآخر بقصد إحداث أثر قانوني[1]. والتعبير عن الإرادة حتى يكون إيجابا يجب أن يكون جازما و باتا و كاملا.[2]

أولا :مفهوم الإيجاب الإلكتروني:

الخوض في دراسة مسألة الإيجاب لا يقتضي بحثه بمعناه التقليدي بشكل مفصل، فقد سبق شرحه في كتابات عديدة، لذا سنركز على دراسة الإيجاب في مجال البيئة الإلكترونية خاصة أمام طبيعة التجارة الإلكترونية، التي تقوم على التبادل الإلكتروني للبيانات والمعلومات، وما ارتبط بها من تكنولوجيا الاتصالات المتطورة، التي تعطي صورة مغايرة لمحل العقد مما قد يؤدي إلى تغليط المستهلك الإلكتروني، باعتباره الطرف الضعيف في مثل هذه العقود.

الإيجاب في لغة الالتزام و الإثبات، و في اصطلاح فقهاء المذهب الحنفي هو كلام أو فعل من يتكلم من المتعاقدين حال إنشاء العقد.

---

[1] نضال سليم برهم ، **أحكام عقود التجارة الإلكترونية**، دار الثقافة للنشر و التوزيع، طبعة الاولى 2009، عمان، ص 52

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص67

يعـرف التوجيـه الأوروبـي الخـاص بحمايـة المسـتهلك الإيجـاب فـي العقـود المبرمـة عـن بعـد بأنـه اتصـال عـن بعـد يتضـمن كـل العناصـر اللازمـة، بحيـث يسـتطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة و يستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان.[1]

لا يختلف الإيجاب الإلكتروني عن الإيجاب التقليدي، إلا من حيث الوسيلة في التعبير عن الإرادة إلكترونيا مع بقاء الجوهر نفسه، فالإيجاب الإلكتروني هو تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد، ويتضمن كل العناصر اللازمة لإبرام العقد بحيث يستطيع من وجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ويتم إرسال الإيجاب عن طريق الاتصالات الإلكترونية بواسطة البريد الإلكتروني أو موقع إلكتروني على الشبكة أو غرف المحادثة الفورية. [2]

وتعرف الغرفة التجارية والصناعية لباريس عرض التعاقد أو الإيجاب الإلكتروني على النحو التالي:

"كل اتصال عن بعد، يحتوي على كل العناصر اللازمة التي تمكن المرسل إليه من الموافقة مباشرة على الدخول في عقد".

عرف بعض الفقه الإيجاب الإلكتروني بأنه" تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد، حيث يتم من خلال شبكة دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية، ويتضمن كل العناصر اللازمة لإبرام العقد، بحيث يستطيع من يوجه إليه الإيجاب أن يقبل التعاقد مباشرة.

مما سبق يمكن تعريف الإيجاب الإلكتروني على أنه" كل ما يصدر أولا من أحد المتعاقدين سواء قول أو فعل أو كتابة أو غيره، عن طريق استخدام أحد وسائل

[1] نضال سليم برهم، المرجع السابق، ص 52

[2] فضيل بهلولي، المرجع السابق ، ص 133

الاتصال الحديثة، متضمنا كافة العناصر الأساسية للعقد، بما يدل على انصراف إ رادته إلى إنشاء وانعقاد العقد بمجرد القبول[1]."

ثانيا: شروط الإيجاب الإلكتروني:

يتضح من النصوص القانونية، والتعريفات الفقهية السابق الإشارة إليها، أنه يشترط في الإيجاب الإلكتروني كما في الإيجاب التقليدي، مجموعة من العناصر لكي يكون ملزم قانونا، وفي الحقيقة هناك ثلاثة عناصر ضرورية للعرض ليكون إيجابا قانونيا فعالا وهي :

1- أن يكون جازما: ويقصد بذلك أن يكون صادرا عن نية باتة في التعاقد، فإذا كان من وجه العرض لم يعقد عزمه نهائيا على التعاقد، فإننا لا نكون بصدد إيجاب بل تجاه مجرد دعوة إلى التفاوض بشأن العقد، وينطبق ذلك على الإيجاب الإلكتروني من خلال عبارات الإيجاب أو صيغته.

2- يجب أن ينطوي الإيجاب على عرض بات، غير معلق على شرط ومحددا بوضوح وقاطعا لا يحتمل التأويل أو الغموض، فالإيجاب إذن هو العرض الذي يعبر به الشخص على وجه جازم، عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث إذا اقترن به قبول مطابق له انعقد به العقد، وينطبق ذلك على جميع العقود سواء تمت من خلال الوسائل التقليدية أو الإلكترونية.

3- اتصال الإيجاب بعلم من وجه إليه، إذ أن التعبير عن الإرادة طبقا للقواعد العامة لا ينتج أثره بمجرد صدوره، وإنما باتصاله بعلم من وجه إليه، فأما قبل اتصال الإيجاب بعلم من وجه إليه فإننا نكون بصدد إيجاب واقعي، أما الإيجاب القانوني فلا يقوم إلا باتصاله بعلم من وجه إليه.[2]

---

[1] فضيل بهلولي، المرجع نفسه، ص 135

[2] فادي محمد عماد الدين توكل، **عقد التجارة الإلكترونية** ، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2010، بيروت ، لبنان،ص ص 72،73

الواقع أنه في مجال التجارة الإلكترونية، لا يوجه الإيجاب إلى شخص معين بالذات و إنما يهدف إلى إقامة علاقة عقدية، مع أي شخص بصرف النظر عن جنسيته ومكان وجوده، حيث يمكن أن يكون العرض موجها للجمهور ويكون إيجابا صحيحا ينطوي على نية التعاقد مع أي شخص يبدي إرادته في قبوله.

يتبين من ذلك أن الإيجاب الإلكتروني ينقسم إلى نوعين، فيمكن أن يكون موجها إلى مجموعة من أشخاص غير معينين، ويسمى بالإيجاب العام، وكما يمكن أن يكون موجها إلى شخص معين، ويسمى بالإيجاب الخاص.

فالإيجاب العام الإلكتروني، هو ذلك العرض الموجه إلى جميع زائري الموقع عبر التجارية، المنتشرة على شبكة الإنترنت التي تكون في أغلب الأحوال (web) صفحات الويب مفتوحة للجمهور عامة، ويكون عادة غير محدد بفترة زمنية، ولا تكون شخصية القابل ذات اعتبار شخصي بالنسبة للموجب، و إذا ما صادف الإيجاب قبول صادر من أي شخص من الجمهور، فينتهي مفعول هذا الإيجاب بالنسبة للأشخاص الآخرين.

أما الإيجاب الخاص، فهو الذي يتم عادة من خلال البريد الإلكتروني أو من خلال المحادثة المباشرة عن طريق كاميرا خاصة توصل بجهاز الحاسوب لدى الطرفين، ومنه فإنه لا يمكن أن يكون إلا موجها إلى شخص محدد، أو أشخاص معينين دون غيرهم وهو يكون في العادة محددا بفترة زمنية، وبالتالي يسقط هذا الإيجاب بمجرد انتهاء تلك الفترة.[1]

[1] فضيل بهلولي، المرجع السابق، ص 137

الفرع الثاني:

القبول في العقد التجاري الإلكتروني

يعرف القبول بأنه : هو التعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب و بناء على هذا التعبير يمكن أن ينعقد العقد، فبلقبول تتوافق الإرادتان أو تتلاقى الإرادتين من أجل إحداث أثر قانوني معين، و القبول يجب أن يكون مطابقا للإيجاب، فلا يزيد عليه و لا ينقص عنه، و إلا يعد ذلك إيجابا جديدا.

أما عن القبول في عقد التجارة الإلكترونية لا يخرج عن مضمون هذا التعريف سوى أنه يتم عبر وسائط إلكترونية، فهو قبول عن بعد، لذلك فهو يخضع لذات القواعد و الأحكام التي تنظم القبول التقليدي، و إن كان يتميز ببعض الخصوصية التي ترجع إلى طبيعته الإلكترونية.[1]

أولا: مفهوم القبول في عقد التجارة الإلكترونية:

يعرف الفقه القبول عموما، بأنه" تعبير بات يصدر ممن وجه إليه الإيجاب ويترتب عليه إذا تطابق مع الإيجاب أن ينعقد العقد". وقد عرف كذلك بأنه" تعبير عن إرادة حقيقية وأكيدة ويمثل موافقة تامة لإيجاب سابق بمقتضاه يكتمل العقد. ويرى البعض الأخر القبول بأنه "التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب بارتضائه العرض الذي تقدم به الموجب".

لقد عرف قانون المبادلات الإلكتروني التونسي القبول في العقد التجاري الإلكتروني أنه هو التعبير عن الإرادة، إزاء الموجب الذي وجه القابل تعبيرا معينا عن إرادته في إحداث أثر قانوني معيين، فإذا قبل من وجه إليه هذا التعبير توافر القبول، و ما يميز القبول في عقد التجارة الإلكترونية أنه يتم عبر وسائل إلكترونية

[1] فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص 87

و خاصة و أن المبادلات الإلكترونية هي المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية.[1]

تعرض العقد النموذجي للمعاملات الإلكترونية الصادر عن اليونيسترال للقبول في المادة (423) فنص القبول على أنه "يعتبر القبول مقبولا إذا تسلم مرسل هذا الإيجاب قبولا غير مشروط للإيجاب خلال التوقيت المحدد."

أما قانون لجنة الأمم المتحدة للتجارة الإلكترونية (اليونيسترال) لم يورد أي تعريف للقبول في المعاملات الالكترونية إنما ترك هذه المسالة للقوانين الوطنية، واكتفى بالنص على جواز التعبير عن الإيجاب والقبول عبر رسائل المعلومات

وعلى هذا النهج سار المشرع الأردني في قانون المعاملات الالكترونية بنصه في المادة (13)على أن تعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانونا لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي.

بالتالي فان القبول وفقًا للتشريع الأردني يمكن أن يتم عبر شبكات الانترنيت من خلال رسالة المعلومات، هذه الأخيرة عبارة عن المعلومات التي يتم إنشاؤها، إرسالها، تسليمها وتخزينها بوسائل الكترونية أو بوسائل مشاة بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الالكتروني.[2]

ثانيا: طرق القبول في العقد التجاري الإلكتروني:

قد يتم القبول الإلكتروني عبر تقنيات الاتصال وهذا ما يضفي على العقد نوعا من الثقة و الطمأنينة للمتعاقدين، حيث يمكن إثبات هذا القبول بورقة مكتوبة. كما قد يتم القبول عبر الفاكس، و غالبا ما يتم القبول عن طريق ملء استمارة تتخذ

[1] الفصل الثاني من التشريع التونسي قانون المعاملات الإلكترونية التونسي الصادر 2000

[2] بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 79

شكل نموذج طلب معروض على انترنت، ويقوم الشخص الموجه إليه الإيجاب بتدوين المعطيات الخاصة به والتي تعتبر ضرورية للعقد المزمع إبرامه.

ويعبر المعروض عليه عن قبوله باستخدام فارة الحاسوب (Mous)،وذلك بالضغط على خانة القبول المعروضة ضمن الطلب على شاشة الحاسوب (Ok). كذلك يتم القبول بكبسة مزدوجة (Double clic).

أو أن يقوم العميل بتدوين طلب الشراء على شاشة الحاسوب، تأكيدا للقبول الضمني، أو إرسال رسالة عبر البريد الإلكتروني.[1]

يعتبر القبول باستخدام التوقيع الإلكتروني، من أهم وسائل التعبير عن الإرادة بصفة ضمنية حيث يقوم الموجب مباشرة بالوفاء الإلكتروني، من دون التعبير الصريح عن قبوله فيقدم إلى الموجب الرقم السري لبطاقة الائتمان الخاصة به ، لدفع ثمن السلع أو الخدمة التي اقتناها على موقع الموجب الإلكتروني، وقد يتم التعبير عن القبول كذلك عن طريق غرفة المحادثة ويجتمع فيه الصوت والصورة، وكذا عن طريق الكتابة الإلكترونية لمن يريد أن يحتفظ له بدليل يثبت فيه تمام تبادل الرضا[2].

ثالثا: شروط القبول في العقد التجاري الإلكتروني:

* يجب أن يكون القبول حرا، بمعنى أن يكون للموجه إليه الإيجاب و أن يقبله أو يرفضه، و بدون أن يلتزم بعرض بواعث رفضه. وبالتالي فلا يجوز أن يكون الموجه اليه مكرهها على القبول، لأن ذلك يناقض جوهر العقد.

[1] ناصيف الياس، المرجع السابق، ص 105

[2] فضيل بهلولي،المرجع السابق، ص 158

*و يشترط أن يكون القبول مطابقا للإيجاب في جميع المسائل التي تناولهاكما يشترط أن يقترن القبول بإيجاب.[1]

* كذلك يجب أن يتم القبول قبل سقوط إيجاب.[2]

رابعا: السكوت في العقد الإلكتروني :

قد يحدث و عند فتح البريد الإلكتروني للشخص أن يجد عرضا تجاريا، فهل يفسر سكوته قبولا ؟.

طبقا للقواعد العامة فإنه لا ينسب لساكت قول، غير أنه إذا أحاطت به ظروف ملابسة من خلالها يستدل على الرضا فتعتبر قبولا – السكوت الملابس – وهي :

- ✓ – طبيعة المعاملة أو العرف التجاري.
- ✓ – التعامل السابق بين المتعاقدين.
- ✓ – تضمن الإيجاب منفعة لمن وجه إليه.[3]

[1] الياس نصيف، المرجع السابق، ص 97

[2] فراح مناني، المرجع السابق ، ص 89

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 75

الفرع الثالث

صحة التراضي في عقود التجارة الإلكترونية

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

أولا- الأهليـــــة: يقصد بالأهلية صلاحية الشخص لكسب الحقوق ، و تحمل الالتزامات، ومباشرة التصرفات القانونية. و قد نظم المشرع الجزائري أحكام الأهلية من المواد (109 – 119) من القانون المدني، وتنقسم الأهلية إلى نوعين:

- **أهليـه الوجـوب:** و يقصد بها صلاحية الشخص لأن تثبت له حقوق، و تقرر عليه التزامات، و هي تثبت للشخص بمجرد ولادته، وبالتالي تثبت أهلية الوجوب طالما تثبت الشخصية القانونية
- **أهليـــة الأداء** : و يقصد بها صلاحية الشخص لاستعمال الحق، وهي تتأثر كقاعدة عامة بسن الإنسان، و درجة تمييزه، و تفترض أهلية الأداء توافر أهلية الوجوب.[1]

باعتبار العقد الإلكتروني يتم عن بعد دون حضور مادي للأطراف المتعاقدة، و بالتالي يصعب على كل من المتعاقدين، التأكد من شخصية المتعاقدة الآخر و خصوصا أهليته، كما أن عددا كبيرا من مستخدمي الانترنت هم المراهقين و صغار السن، فقد يستخدم الشخص ناقص الأهلية البطاقة المصرفية لأحد والديه في التعاقد مع متجر إلكتروني ، فهنا تثور مشكلة حول إبرام هذا العقد ،فبعض التشريعات والفقه تطرق إلى حل هذه المسألة.

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، ص 344

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

يرى جانب من الفقه الفرنسي أنه يجب التوسع في الأخذ بنظرية الظاهر، بحيث إذا استخدم القاصر البطاقة الائتمانية لأحد والديه و استخدمها في إبرام عقد مع تاجر ، فيجوز للتاجر متى كان حسن النية أن يتمسك بأن هذا القاصر باستخدامهم هذه البطاقة قد ظهر بمظهر صاحبها، و بالتالي فإنه من مصلحة الآباء الحفاظ على بطاقاتهم المصرفية و مراقبة أبنائهم القصر.[2]

ثانيا: عيوب الإرادة في العقد التجاري الإلكتروني :

و تتمثل عيوب الإرادة التي حصرتها التشريعات المدنية في أربعة عيوب كالإكراه و الغلط و الاستغلال و التدليس .[3]

[1] فضيل بهلولي، المرجع السابق، ص 167

[2] الزهرة صولى، المرجع السابق، ص ص 60 ، 61

[3] أنظر المواد المتعلقة بعيوب الإرادة

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

1-**الغلط :**

يعرف الغلط بأنه وهم يقوم في ذهن الشخص يجعله يتصور الواقع في خلاف حقيقة[1]. وهو يؤدي إلى بطلان العقد إذا انصب على ماهيته، أو على شرط من شروط الانعقاد أو على محل العقد.

و يشترط في الغلط الذي يصيب الرضا أن يبلغ الحد الذي يصير معه هو الدافع إلى التعاقد، و يكون الغلط جوهريا إذا كان في صفة جوهرية في الشيء، أو في شخص المتعاقد، كما يشترط اتصال المتعاقد الآخر بالغلط.[2]

و الغلط الذي نقصده في التعاقد الإلكتروني هو الغلط الذي لا يؤثر في وجود الإرادة و إنما يعيبها فقط ، و يخرج عن نطاق الغلط الذي يعيب الإرادة كالغلط المانع و الغلط المادي ، وقد يثور التساؤل بشأن الغلط في إبلاغ الرسالة إلكترونية أو في الإعلان عبر شبكة الانترنت – كأن يعرض التاجر في إعلانه أنه يبيع سيارات من نوع معين بمبلغ 1000000 دج للسيارة الواحدة و لكن يقع تحريف في الرسالة الإلكترونية فيظهر الإعلان على موقع الانترنت مبلغ 100000دج ،وإن كان يبدو هذا الغلط ماديا و بالتالي لا يكون له أي دور في تكوين الإرادة إذ طرأ

[1]لزهر بن السعيد، المرجع السابق، ص 99

[2]الزهرة صولي، المرجع السابق ، ص 61

بعد تكوينها و إنما يلزم تصحيحه، ولكن في حقيقة الأمر أن هذا الغلط المادي رتب غلطا آخر طرأ بعد تكوين الإرادة و هو وجود تحريف في نقل الإرادة و في هذه الحالة لا ينعقد العقد لعدم تطابق الإرادتين، إلا أن ذلك لا يمنع الموجب من الرجوع على مقدم الخدمة الانترنت بالتعويض لأن الغلط أو التحريف في نقل الإرادة راجع إلى خطأ منه أو لعيب في أجهزة الربط التي يستخدمها.[1]

2- التدليس:

هو استعمال طرق احتيالية بقصد إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد، و طرق التدليس و الغش في العقود الإلكترونية كثيرة و متنوعة و ذلك بسبب أن المستهلك لا يمكنه معاينة الشيء المبيع كما ليس له خيار الرؤية أيضا، ومن أهم أشكال التدليس استعمال العلامات التجارية لشخص آخر، بحيث يعتمد على نشر المعلومات و البيانات الغير الصحيحة على الموقع وعن السلع والخدمات بقصد الترويج عنها، بالإضافة إلى إنشاء مواقع وهمية [2]، و يمكن الحد من ظاهرة الغش و التدليس عن طريق تنشيط دور الجهات التي تتعقب المواقع التجارية عبر الانترنت للتحري عن جديتها و مصداقيتها في التعامل، حيث ترسل رسائل تحذيرية للمتعاملين عبر الشبكة إذا تبين لها عدم مصداقية الموقع أو أنه وهمي أو غير مسجل لدى المنظمة العالمية للملكية الفكرية ، أو غير مقيد لدى إحدى الشركات المكلفة بالتسجيل.[3]

[1] الزهرة صولي، المرجع السابق، ص 62

[2] محمود عبد الرحيم الشريفات، **التراضي في تكوين العقد عبر الأنترنت**، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الثانية 2011، الأردن، ص 213

[3] الزهرة صولى، المرجع السابق، ص 61

3- الاستغلال :

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

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

4-الإكراه:

يعرف الإكراه بأنه إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملا دون رضاه، و يكون ماديا أو معنويا، أو هو التعاقد تحت سلطان رهبة تولدت نتيجة تهديد بخطر، و يشترط في الإكراه الاعتبار عيب يشوب الرضا أن يتم تحت سلطان بعثت في نفس المتعاقد الآخر دون وجه حق، و أن تكون هذه الرهبة قد بعثت في نفس المتعاقد الآخر، أو على الأقل يكون المتعاقد الآخر عالما بها كما يشترط أن نكون هذه الرهبة هي الدافعة إلى التعاقد.

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

[1] لزهر بن السعيد المرجع السابق، ص ص 106 ، 107

ثالثا : حق العدول في عقود التجارة الإلكترونية :

لا يختلف حق العدول مع نظرية عيوب الإرادة فلكن منهما مجال إعماله و قواعده و أحكامه الخاصة ، بحيث يهدف العدول إلى جعل رضا المتعاقد متمهلا غير متسرع فيه، أما عيوب الإرادة فتحمى رضا متعاقد بكونه رضا صحيح و على هذا أساس إذا وقع المستهلك في غش و تحايل مع البائع مثلا لتأثير على إرادته و يكون المستهلك في هذه الحالة له حق العدول ، كما يكون له أيضا طلب إبطال العقد على أساس نظرية عيوب الإرادة.

أ/ مفهوم حق العدول في عقود التجارة الإلكترونية:

هناك من يعرف الحق في العدول بأنه" سلطة القابل في الرجوع عن قبوله، والذي انعقد به العقد ولو كان العقد قد تم تنفيذه بشكل كامل .وحق العدول هو استثناء عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، ولقد قامت العديد من التشريعات بتقنين هذا الاستثناء، ومن بين هذه التشريعات نجد المشرع الفرنسي الذي نظم حق العدول في المادة 20 من قانون الاستهلاك الفرنسي المضافة بالمرسوم رقم2001 – الصادر في 23 أوت– 2001 التي تنص على ما يلي " يحق للمشتري في كل عملية بيع عن بعد إعادة المنتوج خلال مدة سبعة أيام كاملة، تبدأ من تاريخ تسليمه سواء لاستبداله أو لاسترداد ثمنه دون مسئولية أو نفقات فيما عدا تكاليف الرد". [1]

[1] [1] بخالد عجالي، **النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري**، أطروحة دكتورة، جامعة مولود معمري- تيزي وزو ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2014 ، ص ص 245

نلاحظ في هذا النص، أنه يمكن للمشتري في البيع عن بعد أن يمارس حقه في العدول بالنسبة للمنتجات دون الخدمات، سواء بطلب استبدال المنتوج المشترى بمنتوج أخر، أو يقوم برد المبيع إلى البائع واسترداد الثمن، ويجب أن يتم ذلك خلال المدة المحددة بسبعة أيام.

كما نظم التوجيه الأوروبي الصادر في 20 مايو 1997 رقم 97/7/CE الحق في العدول، وذلك في في نص المادة 1/6 التي تنص على أن" كل عقد عن بعد يجب أن ينص فيه على أحقية المستهلك في العدول خلال مدة لا تقل عن سبعة أيام، تبدأ من تاريخ إبرام العقد أو من تاريخ كتابة المورد الإقرار الخطي، وتصل هذه المدة إلى ثلاثة أشهر إذا تخلف المورد، عن القيام بالتزامه بإرسال إقرار مكتوب يتضمن العناصر الرئيسية للعقد."[1]

نلاحظ أن التوجيه الأوروبي المتعلق بالبيع عن بعد كان أحسن تنظيما لمسألة حق العدول، حيث جاء هذا الحق شاملا لكل من السلع والخدمات، عكس ما هو عليه الحال في من قانون الاستهلاك الفرنسي، كما يلزم التوجيه الأوروبي لكي –121.ـانص المادة يكون القبول صحيحا ومنتجا لآثاره، أن يتبع إعلان القبول الصادر من القابل إرسال رسالة20 مع إشعار بالوصول من طرف الموجب، بينما قانون الاستهلاك الفرنسي ينص فقط على حق العدول بالنسبة للسلع دون الخدمات، حتى وإن كانا يتفقان من حيث مدة العد ول وهي سبعة أيام، إلا أن التوجيه الأوروبي يمدد هذه المدة إلى ثلاث أشهر إذا لم يقم الموجب بإرسال إقرار إلكتروني عبر البريد الإلكتروني للقابل يتضمن العناصر الرئيسية للعقد.

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي، **حماية المستهلك عبر شبكة الأنترنت** ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، 2006، ص 225
[2] كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الالكتروني ، دار الجامعية الجديدة ، الإسكندرية 2011، ص 508

بالرجوع إلى التشريعات العربية نجد أن المشرع التونسي قام بدوره بمنح حق العدول، للقابل حتى يتمكن من العدول عن قبوله، وذلك في قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية، رقم 73 لسنة 2000 فنص الفصل الثلاثون منه على ما يلي : "مع مراعاة مقتضيات الفصل الخامس والعشرون من هذا القانون يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في أجل عشرة أيام عمل تحسب:

-بالنسبة إلى البضائع بداية من تاريخ تسليمها من قبل المستهلك.

-بالنسبة إلى الخدمات من تاريخ إبرام العقد."

لكي لا يتعسف القابل في استعمال حقه في العدول عن القبول، تم تقييد هذا الحق في بعض التشريعات، فهناك من قرر سقوط هذا الحق بمجرد أن يقوم القابل بفك الأختام ونزع الغلاف إذا ما تم إرسال السلع عن طريق البريد العادي، أو دخول السلعة في ذاكرة الحاسب الآلي الخاص بالقابل إذا كان التسليم على الخط مباشرة وبالتالي يقع عليه عبء إثبات ذلك حتى يقبل منه هذا الدفع[1].

ب/- آثار ممارسة الحق في العدول على أطراف العقد:

إذا مارس المتعاقد حقه في العدول في المهلة المحددة ترتبت على ذلك آثار بالنسبة إليه وآثار بالنسبة إلى الطرف الثاني فبالنسبة للمشتري المستهلك فإنه متى تمسك بحقه في العدول زال العقد وأعتبر كأن لم يكن منذ لحظة إبرامه و هذا ما يعني التزامه برد السلعة أو المنتوج للبائع أو التنازل عن الاستفادة من الخدمة، ويجب أن يعيد البضاعة أو المنتوج بالحالة التي تسلمها عليها فإن أصابها تلف أو هلاك تحمله هو باعتباره كان مالكا لها.[2]

[1] فضيل بهلولي، المرجع السابق، ص ص 173 – 174

[2] خالد عبد المنعم إبراهيم مصطفى، **حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني** ، رسالة مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق عين الشمس ، القاهرة ، 2011، ص 316

وطبقا لنص الفقرة الأولى من المادة121-20 من تقنين الاستهلاك الفرنسي وهي تقابل المادة 412 مكرر 6 من مشروع قانون تعديل التقنين المدني الجزائري، فإن المشتري متى مارس حقه فالعدول فإنه لا يتحمل أية جزاءات أو مصاريف ماعدا مصاريف الإرجاع إن وجدت، وهذا ما دفع ببعض الفقه إلى التعليق على هذا الحق بأنه بالإضافة إلى كونه حقا مطلقا وتقديريا فإنه أيضا حق مجاني.

لا يوجد ما يمنع اتفاق الطرفين على إعفاء المشتري حتى من مصاريف الإرجاع أما الاتفاق على تحمل المشتري أية نفقات إضافية فمصيره البطلان لمخالفته قواعد حماية المستهلك.

وإذا انقضت مهلة العدول دون أن يتمسك المشتري بحقه فالعدول عن العقد، فإن صفة اللزوم تلحق بالعقد و يصير باتا ويستقر نهائيا ولا يكون للمشتري ممارسة هذا الحق مرة أخرى.

غير أن سقوط الحق في العدول بانقضاء المهلة لا يمنع المشتري من الاستفادة بالقواعد العامة فلتقنين المدني الخاصة بضمان العيوب الخفية أو الاستناد إلى نظرية عيوب الإرادة إذا تبين أن إرادته كانت معيبة، وذلك أن الحق فالعدول هو وجه من أوجه الحماية الخاصة التي لا تسقط الحماية العامة المقررة في التقنين المدني .

أما بالنسبة للبائع فيلتزم في حالة ممارسة الحق في العدول من قبل المشتري، برد ما قبضه من ثمن، كما يترتب بالنسبة إليه فسخ عقد القرض الذي يكون قد أبرمه مع المشتري لتمويل شراء البضاعة أو الاستفادة من الخدمة. [1]

[1] ناصر جليل ، **الأساس القانوني لعدول المستهلك عن العقود المبرمة عن بعد** ، أنظر الموقع التالي:
www.Lawjo.net/Vb/

فوفقا لنص الفقرة الأولى من المادة121 -20من تقنين الاستهلاك الفرنسي الموافقة للمادة412 مكرر07 من التقنين المدني الجزائري فإنه يجب على البائع المهني أن يقوم برد الثمن خلال ثلاثين يوما من اليوم الذي أعلن فيه المشتري تمسكه بالعدول، وفي حالة تجاوز البائع هذا الأجل دون أن يرد الثمن فإنه يتعرض لزيادة في الثمن على سبيل الغرامة وهي الغرامة التي يعود تقديرها للقانون الذي ينظم الفوائد القانونية في فرنسا، أما في الجزائر فقد حدده مشروع التعديل من ثمن المبيع عن كل يوم تأخير.[1]

بالإضافة إلى ذلك، فإن المشرع الفرنسي قد نص على جزاء جنائي يوقع على البائع في حالة رفضه إرجاع ثمن البيع إلى المشتري، حيث جاء في المادة121 - 20 فقرة 02 على أن توقع عقوبة جزائية على كل بائع رفض رد المبالغ التي دفعها المستهلك خلال ثلاثين يوما من إعلان المستهلك عدول له عن العقد، ويلاحظ أن هذه العقوبة التي تطبق على البائع هي العقوبات المطبقة في مجال المنافسة وقمع الغش، وهي قد تصل إلى الحبس 6 أشهر وغرامة قدرها7500 أورو .

وإذا كان ثمن البيع ممولا كليا أو جزئيا بقرض ممنوح من البائع أومن الغير باتفاق مع البائع، فإنه يترتب قانونا على تمسك المشتري بحقه في العدول فسخ عقد القرض وذلك دون تعويض ولا مصاريف باستثناء تلك المتعلقة بفتح الاعتماد ،وهذا ما نصت عليهالمادة311 -25 في فقرتها الأولى والتي أضيفت إلى تقنين الاستهلاك الفرنسي بمقتضىالمرسوم2001 / 714 الذي سبقت الإشارة إليه والذي صدر إعمالا لأحكام التوجيه الأوروبي لاسيما المادة06 فقرة 04 من التوجيه رقم 97/ 04 وهذا النص مطابقا للمادة 412 مكرر12 من التقنين المدني الجزائري وبذلك يكون المشرع قد نظر إلى العقدين، العقد المبرم عن بعد والعقد المبرم تمويلا له ،باعتبارهما كلا لا يتجزأ فقرر أن زوال الأصلي منها يستتبع زوال التابع.

[1] بخالد عجالي، المرجع السابق، ص 246

فالمشتري لم يبرم عقد القرض إلا لتمويل شراء المنتوج أو الاستفادة من الخدمة فإن تمسك بحقه في العدول فلم يبق مجال للقرض.

ومن خلال استعراض مظاهر الحماية الخاصة للمتعاقدين في العقد الإلكتروني، فإنه يمكن القول بأن حماية المستهلك في العقد الإلكتروني قد ألقت بظلالها الكثيفة على عدد من المبادئ التقليدية التي تحكم النظرية العامة للعقد ،إما لحظة إبرام العقد بهدف حماية رضا المتعاقد المستهلك، وإما بالتدخل في مضمون العقد بهدف إعادة التوازن إلى الرابطة العقدية، أو حتى بالنسبة لآثار العقد بزيادة التزامات المهني المنتج ،الموزع ،البائع أو التوسع في حقوق المستهلك، بتقرير حق العدول* عن العقد الذي أبرم صحيحا ، وإعفاءه من إبداء الأسباب أو تحمل المصاريف ،بل وبلغت الحماية إلى تدخل التشريع الجزائي لفرض عقوبات جزائية على عدم تنفيذ التزامات مدنية.[1]

[1] بخالد عجالي، المرجع نفسه، ص ص 247 – 248

* على رغم من قدم حق العدول في التعاقد في كثير من الأنظمة القانونية ، منها النظام الفرنسي ، الأمريكي ، الإنجليزي ...، الى أن حق العدول لا يقتصر على الوضعية الحديثة، بل نجد له تنظيما دقيقا في الفقه الإسلامي يقوم على نظرية العقد غير اللازم، و التي تستند أساسا إلى نظرية الخيارات التي اشتهر بها الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني

المحل و السبب في عقد التجاري الإلكتروني

لكي ينعقد العقد الإلكتروني صحيحا يجب أن تتوافر ثلاثة أركان، وهي الرضا والمحل والسبب، وقد انتهينا من الكلام عن ركن الرضا، سندرس على ماذا يجب أن يتم التراضي؟ وهو ركن المحل (الفرع الأول) والسبب (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

المحل في العقد التجاري الإلكتروني

يقصد بمحل العقد الالتزامات التي يولدها أو يرد عليها، وهو بهذه المثابة يعتبر ركنا في الالتزام، ولكنه ليس غريبا عن العقد، فالعقد يولد الالتزام، وبالتالي فإن ما يعتبر محلا مباشرا للالتزام يعتبر في نفس الوقت محلا مباشر للعقد الذي يولده.

والمحل في العقود الالكترونية لا يختلف كثيرا عن المحل في العقود التقليدية وبالرجوع إلى التقنين المدني يتضح أن المشرع الجزائري أشار في الأحكام المتعلقة بمحل العقد باعتباره الركن الثاني في العقد إلى محل الالتزام بنصه في المادة (92) مدني على أنه" لا يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو كان برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون."

أولا: مفهوم المحل في العقد التجاري الإلكتروني:

يعرف محل العقد الالكتروني بأنه ":العملية القانونية التي أرادها طرفا العقد سواء بأداء شيء معين كبضاعة أو معدات أو برامج حاسوب، أو أداء عمل معين كتقديم الخدمات، ويقوم العقد الإلكتروني على نوعين من التجارة وعليه فإن محله يتخذ صورتين هما[1]:

[1] بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص141

أ/ : تجارة السلع : ويقصد بها التجارة التي محلها بضائع وكلمة بضائع استقر الفقه والقضاء على أنها تشمل المنقولات المادية أو المعنوية على السواء.و وفقا للمادة الثانية (02) من اتفاقية فيينا لسنة1980 تستبعد البضائع التي يتم شراؤها للاستهلاك الشخصي أو العائلي من نطاق الاتفاقية ويرجع ذلك لاختلاف التشريعات في نظرها لحماية المستهلك، وتتعدد أنواع البضائع محل عقد التجارة الإلكترونية فمنها السلع الاستهلاكية مثل المنتجات الغذائية أو الملابس، وهناك سلع متعلقة بالصحة وسلع متعلقة بالثقافة[1].

ب :تجارة الخدمات :يقصد بها التجارة التي يكون محلها توريد خدمات، ويعتبر مجالها من المشروعات التي لا تحتاج إلى رأس مال فهي تعتمد بالأساس على الفكر والمؤهلات العلمية وجمع المعلومات وقليل من الجهد
البدني، وتعتبر تجارة الخدمات من أنواع التجارة الإلكترونية التي تتم وتنفذ على الخط، وتتعدد المجالات التي يمكن ممارستها من خلال التجارة الإلكترونية وهي الخدمات المصرفية والتي تعتبر من أقدم المجالات التي تتم فيها التجارة الإلكترونية، وكذا الخدمات المالية وتشتمل الأعمال المصرفية والتأمين والاستثمار، والخدمات المهنية كالمحاماة والاستشارات القانونية والهندسية والتعليمية والرعاية الصحية وحجز الفنادق والمطاعم وزيارة المتاحف الكترونيا، وخدمات شركات البورصة وشركات الاستثمار وخدمات الصحافة على الخط وخدمات .التأمين على الخط وخدمات التسويق عن بعد.[2]

[1]لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 123
[2]بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص142

ثانيا: شروط المحل في العقد التجاري الإلكتروني:

1/- شرط الوجوب أو قابلية للوجود:

يشترط في السلعة أو الخدمة التي يتم الاتفاق عليها أن تكون موجودة فعلا أثناء الاتفاق أو قابلة للوجود فيما بعد فإن كان التعاقد عن طريق الانترنت مثلا فيكفي عرض السلعة أو الخدمة على الشبكة أو عرض صورة السلعة [1].

2/- شرط التعيين أو القابلية للتعيين:

ويقصد به تحديد مواصفات السلعة أو الخدمة، و يجب على المشتري أن يكون عالما بالمبيع علما كافيا و يعتبر العلم كافيا متى اشتمل على بيان المبيع أو أوصافه الأساسية بيانا يمكن من خلاله التعرف عليه.

3/- شرط المشروعية:

يشترط في محل العقد الالكتروني أن يكون مشروعا و أن لا يكون مخالفا للنظام العام و الآداب العامة و الأصل أنه لا يجوز التعامل في كافة السلع و الخدمات وفقا لمبدأ حرية التجارة ما لم يحضر القانون ذلك.

ولكن مفهوم النظام العام والآداب العامة في مجال التجارة الإلكترونية قد يسبب بعض المشاكل القانونية لاختلاف هذا المفهوم من مجتمع لآخر فما كان مشروعا في دولة ما قد قد يكون مشروعا في دولة أخرى.

وفي هذه الحالات يثور التساؤل عن تحديد القانون الواجب التطبيق فهل يطبق قانون البائع أم قانون المشتري حتى يتبين مدى مشروعية العقد من عدمه و هو فرض يثور عندما يكون طرفي العقد مختلفي الجنسية[2].

---

[1] محمد فواز مطالقة، المرجع السابق، ص 79

[2] فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع السابق ،ص 111

الفرع الثاني

السبب في العقد التجاري الإلكتروني

السبب هو الغاية أو الباعث الدافع للتعاقد، و يقصد به غاية الملتزم من التزامه، و يشترط أغلب الفقه أن يكون السبب صحيحا بمعنى ألا يكون وهميا أو صوريا فإذا كان السبب وهمي أو صوري كان العقد باطلا، و يجب لصحة السبب أن يكون موجودا. و أن يكون مشروعا و هو ما أجمع عليه الفقه و القضاء و القانون.

ولا يختلف الحال في العقد التجاري الإلكتروني عن العقد التجاري التقليدي حيث يكون السبب أحد أركان العقد و تخلفه يؤدي إلى بطلان العقد و يشترط في السبب أن يكون صحيحا بمعنى ألا يكون وهميا أو صوريا كما يشترط أن يكون مشروعا و يقصد بالمشروعية عدم مخالفة الباعث على التعاقد للآداب العامة أو النظام العام .

والنتيجة مما سبق هي أن السبب هو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء ارتضائه بتحمل الموجبات التي التزم بها، وهو متميز عن الإرادة ولكنه متلازم معها، فهو الغرض المقصود من العقد.

بالتالي فإن العقد الالكتروني المبرم عبر تقنيات الاتصال الحديثة لا يتمتع فيها ركن السبب بأية خصوصية عن ركن السبب في العقد المبرم بالصورة التقليدية، الذي يشترط أن يكون غير مخالف للنظام العام والآداب العامة وإلا كان باطلا لعدم المشروعية التي تختلف من دولة إلى أخرى وهو ما يتطلب ضرورة التنسيق بين الدول على المستويين الدولي والإقليمي حتى يتم تجنب الخلافات، وتفعيل دور العقد الإلكتروني بين الدول المختلفة[1].

[1] فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع السابق ،ص ص 112، 113

المطلب الثالث

زمان و مكان انعقاد العقد التجاري الإلكتروني

يحظى تحديد الزمان و المكان بأهمية خاصة في كل ما يتصل بالتعاقد، فمن تحديد مكان انعقاد العقد إلى زمان انعقاده، مسائل متنوعة نظمتها القواعد العامة في التعاقد في القانون المدني، و كان من الواجب تناولها في التنظيم هنا بما يتفق و البيئة الإلكترونية.

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

لا تثور مشكلة في تحديد زمان و مكان انعقاد العقد عندما يكون المتعاقدان حاضرين، حيث لا يوجد فاصل زمني بين قبول القابل و صدور القبول، فالقابل يصدر القبول فورا و ينعقد العقد من هذه اللحظة. ولكن عند الحديث عن العقود الإلكترونية و عدم وجود حضور مادي بين أطراف العقد يثور تساؤل عن زمان و مكان انعقاد العقد [1].

[1] نضال سليم برهم، المرجع السابق، ص 83

الفرع الأول

زمان إبرام عقد التجاري الإلكتروني

تكمن صعوبة تحديد وقت إبرام عقد التجارة الإلكترونية نتيجة لصعوبة تحديد زمان وصول القبول و الإيجاب إلى الطرف الآخر، ذلك أنه عندما يتم نقل التعبير عن الإرادة إلكترونيا عن طريق الضغط على أزرار لوحة مفاتيح جهاز الكومبيوتر فإن هذه الإرادة الإلكترونية تنقل عن طريق ترددات كهربائية يتم تشفيرها إلى ومضات تصل إلى جهاز الكمبيوتر لدى المرسل إليه، و يصعب تحديد تاريخ الوصول الومضات الإلكترونية إلى الطرف الآخر.

يتجه الفقه و الاجتهاد القضائي لتحديد وقت نشوء العقد بين غائبين، إلى أربعة مذاهب أو نظريات.

نظرية إعلان القبول:

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

يميز بعض الفقه، بين ما إذا كان إعلان القبول الإلكتروني من خلال البريد الإلكتروني، حيث ينعقد العقد بمجرد تحرير القابل للرسالة الإلكترونية المتضمنة للقبول دون قيامه، بالضغط على زر الإرسال أو في الوقت الذي يعلن فيه القبول على شاشة حاسوبه، سواء بكتابة عبارة معينة تدل على القبول، أو بالنقر على الإيقونة المخصصة للقبول على هذه الشاشة، ويحتفظ بها في جهاز الحاسوب الخاص به دون تصديرها. [1]

[1] بلقاسم حامدي ، المرجع السابق ، ص 103

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

أ- <u>نظرية تصدير القبول:</u>

لا تكتفي هذه النظرية بإعلان القبول، بل تشترط أن يكون القبول نهائيا لا رجوع فيه بخروجه فعلا، من حوزة القابل الذي يتعذر عليه استرداده، وهي اللحظة التي يرسل فيها القابل قبوله سواء عن طريق إرسال رسالته الإلكترونية المتضمنة قبوله، عن طريق البريد الإلكتروني أو عن طريق إرسال موافقته، سواء بكتابة عبارة القبول أو بالضغط على إيقونة القبول، وبعد ذلك لا يستطيع القابل استرجاعها ودخولها في سيطرة الوسيط الإلكتروني لمقدم خدمة الإنترنت، ولا يشترط وصول الرسالة إلى صندوق البريد الإلكتروني الموجود في موقع .الموجب على شبكة الإنترنت لا تختلف هذه النظرية عن سابقتها – إعلان القبول – سوى أنها تضيف واقعة مادية وهي واقعة تصدير القبول، الذي يمكن اعتباره دليلا على أن القبول قد صار نهائيا لا رجعة فيه. [1]

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق ، ص 239

لكن القول بذلك يجب عدم أخذه على إطلاقه، لأن هذه النظرية لا تزيد أي مفعول قانوني جديد للقبول، في عقد التجارة الإلكترونية طالما أن للقابل إمكانية استرداد رسالته التي تتضمن قبوله قبل أن تصل إلى الموجب.

ج : نظرية وصول القبول :

يذهب أنصار هذه النظرية إلى أن وقت انعقاد العقد هو وقت وصول الرسالة المتضمنة القبول إلى الموجب ، و المقصود بالوصول هنا السيطرة الفعلية للموجب على الرسالة المتضمنة للقبول بحيث تكون تحت تصرفه ، فالقبول هنا السيطرة الفعلية للموجب على الرسالة المتضمنة للقبول بحيث تكون تصرفه ، فالقبول بوصوله إلى مكان الموجب يصبح نهائيا لا يستطيع القابل استرداده، ومن ثم يعتبر العقد قد انعقد وذلك سواء أكان الموجب قد يعلم فعلا بالقبول أم لم يعلم به .[1]

د –نظرية العلم بالقبول

يرى أصحاب هذه النظرية أن العقد ينعقد في اللحظة التي يعلم فيها الموجب بالقبول فعلا، ويتحقق ذلك في عقود التجارة الإلكترونية، باسترجاع الموجب للمعلومات الموجودة في رسالة البيانات، التي أرسلها القابل إليه، حيث يقوم بفتح بريده الإلكتروني والاطلاع على رسالة القابل(532)، كون أن الأمر يتعلق بالتعبير عن الإ ا ردة التي لا ينتج أثرها إلا إذا اتصل القبول بعلم من وجه إليه .ولما كان العلم الفعلي بالقبول من جانب الموجب، واقعة مادية محضة يصعب معها في الغالب إثباتها، وبالتالي يعتبر وصول رسالة القبول إلى البريد الإلكتروني الخاص بالموجب قرينة على علمه بالقبول، ولكنها قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس بكافة طرق الإثبات المتاحة في القانون.

[1] فضيل بهلولي،المرجع السابق، ص ص 187، 188

يقول بعض الفقه، بشأن هذه النظرية أنها تتيح للموجب التلاعب بالإثبات عند جعل وصول القبول قرينة على العلم، إذ يكفي للموجب لدحض هذه القرينة أن يدفع بالإنكار أي يدعى أنه لا يعلم بالقبول، بسبب أي ظرف خاص حال دون علمه بالقبول أصلا أو علمه به وقت وصوله، وبالتالي فهي نظرية يصعب الأخذ بها في مجال عقود التجارة الإلكترونية أخذ المشرع الجزائري بنظرية العلم بالقبول في المادة 67 من القانون المدني التي جاء فيها" يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير . و يفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول."

هـ –نظرية تأكيد وصول القبول:

بالإضافة إلى النظريات الأربعة سابق ذكرها، فإن هناك نظرية خامسة ظهرت مع ظهور نظام التعاقد الإلكتروني، وهي نظرية تأكيد وصول القبول، فبموجب هذه النظرية فإن لحظة انعقاد العقد الإلكتروني هي لحظة تأكيد القبول، من قبل من وجه إليه الإيجاب بعد تمكينه من مراجعة قبوله، وعرض الموجب وتصحيح الأخطاء المحتملة، وإذا كان القبول مجردا من تأكيد الواجب تصديره لصاحب العرض، فإنه لا يترتب عليه أثر بشأن انعقاد العقد.[1]

[1] بهلولي فضيل،المرجع نفسه، ص193

الفرع الثاني

مكان انعقاد عقد التجاري الإلكتروني

إن مكان إبرام عقد التجارة الإلكترونية يتخذ أهمية خاصة، نظرا لتعلق المسألة بطبيعة الوسيط الإلكتروني من جهة، و بالصفة الدولية الغالبة على التعاملات التجارية الإلكترونية من جهة أخرى. و يترتب على ذلك كثير من الصعوبات التي تبرز عند تحديد المحكمة المختصة بنظر المنازعات الناشئة عن هذا العقد، أو القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة، و مسألة تحديد الموقع وثيق الصلة بالصفقات التجارية الإلكترونية، هل مكان المرسل أو المستلم أو مكان نظام معالجة المعلومات.

وذلك تحرص بروتوكولات و اتفاقيات نقل رسائل البيانات الإلكترونية بين أنظمة المعلومات المختلفة على تسجيل اللحظة التي سلمت فيها الرسالة من نظام المعلومات إلى آخر، أو اللحظة التي يتم فيها تسليمها، أو قراءتها من قبل المرسل إليه، و لكن هذه الاتفاقيات لا تبين عادة المكان الجغرافي لشبكات الاتصال، وهو ما يعوق تقدم التجارة الإلكترونية و ازدهارها ، ولذلك وضع القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، مكان إبرام عقد التجارة الإلكترونية في المادة (4/15) حيث قرر " أن مكان إرسال الرسالة الإلكترونية يتحدد بالمكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، و أن مكان استلامها هو مكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه ،ما لم يتفق المنشئ و المرسل إليه على ذلك".[1]

[1] فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص 124

و إذا كان المنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد، فإن مقر العمل هو المكان الذي يكون له أكثر صلة بالمعاملة المعينة، أو مقر العمل الرئيسي، أما إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل اعتبر محل الإقامة المعتاد هو مقر عمل كل منهما.

وقد ذهب البعض إلى اعتبار مقر عمل الموجب مكانا لإبرام العقد الإلكتروني، كما أنه يمكن اعتماد محل إقامة المستهلك كمكان لإبرام العقد الإلكتروني ما لم يتفق طرفا العقد على خلاف ذلك، ولا شأن ذلك يهدف إلى حمايته بصفته الطرف الضعيف في العقد .[1]

[1] الزهرة صولي، المرجع السابق ، ص 70

الفصل الثاني

الآثار المترتبة على انعقاد العقد التجاري الإلكتروني

الفصل الثاني

الآثار المترتبة على انعقاد العقد التجاري الإلكتروني

إذا كانت المعاملات التجارية في صورها المختلفة، سواء تقليدية أو الإلكترونية، ما هي إلا انعكاس لآليات الإنتاج و التوزيع الاقتصادي وما مدى تأثرها بالتقنيات السائدة في محيطها، فلا شك أن تتبع حركة القانون و تطوره يؤكد حقيقة ارتباطه الوثيق بالمستجدات الاقتصادية و الاجتماعية و التكنولوجية في المجتمع، لذا كان لابد من أن يستجيب القانون لكل مقتضى أو تطور اقتصادي أو تكنولوجي باعتباره أداء للتقدم و الرقي.

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

و تنفيذ العقد يرتب التزامات على الطرفين بغض النظر أكان العقد تقليديا أو إلكترونيا، فيلتزم المتعاقد بتقديم سلعة أو منتج أو خدمة نظير مقابل معين بتعين الوفاء به، هذا الوفاء يتسم في المعاملات الإلكترونية بطابع مميز، و يأخذ صور متعددة، مثل الدفع الإلكتروني، التسليم الإلكتروني في ما يخص البرامج و الخدمات.

وللتفصيل في ما يخص الآثار المترتبة على ابرام العقد الإلكتروني فإننا قسما هذا الفصل إلى مبحثين رئيسيين على النحو التالي:

المبحث الأول: تنفيذ العقد التجاري الإلكتروني

المبحث الثاني: التوثيق و الإثبات في العقد التجاري الإلكتروني

المبحث الأول

تنفيذ العقد التجاري الإلكتروني

يعتبر عقد البيع الإلكتروني أكثر العقود انتشارا في التعاملات عبر شبكة الإنترنت، فهو كسائر عقود البيع المتصورة، فإذا تم التراضي وتوافرت أركانه وشروط صحته انعقد العقد وانتقل طرفاه إلى مرحلة تنفيذه العقد هو إنشاء التزام واثر الالتزام هو تنفيذه طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ويترتب على تنفيذ عقد البيع الإلكتروني نفس آثار عقد البيع التقليدي وهي عدة التزامات تقع على عاتق كل من البائع التاجر (كالتزامه بالتسليم المبيع ، وضمان العيوب الخفية)، وأخرى تقع على عاتق المشتري المستهلك (كالتزامه بدفع الثمن والنفقات وتسلم المبيع) .

المطلب الأول: التزامات البائع في عقد التجاري الإلكتروني

المطلب الثاني: التزامات المشتري في عقد التجاري الإلكتروني

المطلب الأول

التزامـات البائع في العقد التجاري الإلكتروني

إن إعمال القواعد القانونية في تنفيذ العقد المبرم عن بعد يثير عدة تساؤلات تدور حول مدى إمكانية تطبيقها، على مثل هذا النوع من العقود، التي تعتمد أساسا لإبرامها على شبكة الانترنت .للإجابة على هذه التساؤلات نتعرض فيمايلي: التزامات البائع بالتسليم (الفرع الأول)، ثم نتبعه بدراسة التزام بنقل الملكية (الفرع الثاني) .

الفرع الأول الالتـــزام بالتسليـــــم

1/- تعريف الالتزام بالتسليم:

التسليم يعني تخلى البائع عن حيازة المبيع لصالح المشتري، بما يتفق مع العقد و القانون، أو هو وضع المبيع تحت تصرف المشتري، بحيث يمكن الأخير من حيازته والإنتفاع به [1] .و كذلك التسليم هو وضع المبيع تحت تصرف المشتري، بحيث يستطيع حيازته والانتفاع به بالكيفية المقصودة دون عائق ولا يستلزم ذلك أن تنتقل الحيازة المادية فعلا إلى المشتري وإنما يكفي أن يمكنه الحصول على هذه الحيازة[2].

وهذا التفسير يتجاوب مع المادة 1/367من ق م ج، التي تنص على ما يلي " يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به

[1] عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، الجزء الرابع، منشورات الحلبي بيروت، الطبعة الثالثة 1997، ص 586

[2] سليم برهم نضال، المرجع السابق، ص 98

دون عائق ولو لم يتسلمه تسليما ماديا ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع[1]."

يفهم من هذا النص، أنه لكي يتم التسليم يجب على البائع وضع المبيع تحت تصرف المشتري، وقد يتحقق ذلك حتى لو لم تنتقل حيازة المبيع إلى المشتري، إذ العبرة بكون المبيع موضوعا تحت تصرف المشتري، وليس شرط أن يقترن التسليم على هذا النحو بالحيازة، إذا المقصود بالتسليم في مفهوم هذا النص أعم من التسليم المادي، فيتحقق بوضع المبيع تحت تصرف المشتري مع تمكينه من الانتفاع به بدون أي عائق.

إلى جانب وضع المبيع تحت تصرف المشتري اشترط المشرع الجزائري وجوب علم المشتري، بأن المبيع موضوع تحت تصرفه حيث يخطره البائع بذلك، وليس لهذا الإخطار شكل خاص، حيث يمكن أن يكون مثلا عن طريق البريد الإلكتروني، ويقع على البائع عبء إثباته.

2/- أنواع التسليم:

يفترض تنفيذ عقود التجارة الإلكترونية وجود نوعين من التنفيذ في حالة إبرام العقد عبر الإنترنت، حيث يمكن أن يكون موضوعه إما سلع أو خدمات أو أشياء مادية أو معنوية، ومن ثم فالالتزام بالتسليم في العقد المبرم عن بعد يشمل، تسليم الأشياء المادية وكذا تسليم الأشياء المعنوية.

أ/ الالتزام بالتسليم الأشياء المادية:

لاشك أن غياب الدعامة المادية لعقود التجارة الإلكترونية، قد يثير بعض الصعوبات في تحديد زمان ومكان التسليم.

[1] المادة 367 فقرة 1 من قانون رقم 05-10.ج ر عدد 44

فيما يخص زمان التسليم تقتضي القواعد العامة أن التسليم يجب أن يتم فور إنشاء عقد البيع، فعلى المدين بالتسليم – وهو البائع – أن ينفذ التزامه فور نشوئه في ذمته، ولكن هذه القاعدة غير متعلقة بالنظام العام، وبالتالي يجوز الاتفاق على مخالفتها وذلك بإعمال الاتفاق الموجود بين البائع والمشتري والذي يحدد زمان التسليم جاء في البند الحادي عشر من العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية بأنه" يتم التسليم خلال ثلاثين يوما، وإلا جاز إنهاء العقد ورد المبالغ التي تم الوفاء بها ."ومن هنا تظهر أهمية زمان التسليم، كون أن التأخر في التنفيذ قد يؤدي إلى فسخ العقد إذا كان موعد التسليم أمرا جوهريا في التعاقد، كما أن بعض التشريعات المتعلقة بحماية المستهلك أين تجيز لهذا الأخير طلب فسخ العقد إذا تجاوز التأخير أجلا معينا.[1]

في ما يخص مكان التسليم فإن المادة 368 من ق م ج تنص على أنه " **إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك**[2]." يفهم من ذلك أنه إذا تم إرسال المبيع من مكان إلى أخر، فالتسليم لا يتم إلا في اللحظة التي يصل فيها المبيع للمشتري، وبالتالي لا يتم التسليم في عقود التجارة الإلكترونية إلا إذا وصل المبيع إلى مكان تواجد المشتري، وإلا إذا وجد اتفاق بين المتعاقدين على مكان معين فالعبرة تكون باتفاقهما، ويجب أن يتم التسليم في المكان المتفق عليه.

وفقا لما تقدم فإن البائع هو الطرف المدين بالتسليم، وبالتالي تقع نفقات التسليم على عاتقه إلا إذا وجد اتفاق على انتقال تبعة تحمل نفقات التسليم للمشتري.

[1] فاتح بهلولي، المرجع السابق، ص 202

[2] المادة 368 من قانون رقم 05-10 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو سنة 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني ،المعدل و المتمم.ج ر عدد44

ويبين له أيضا ما يترتب عليها من رسوم أو ضرائب وكذلك رسوم الشحن، وذلك كي لا يتفاجئ المشتري بالثمن المطلوب منه دفعه.[1]

ب/ الالتزام بتسليم الأشياء المعنوية

قد يتم تنفيذ العقد المبرم عن بعد بمجرد تسليم المنتوج أو الخدمة عن طريق شبكة الإنترنت مباشرة، بأن يتلقاها المتعاقد الأخر على برنامجه الإلكتروني بالموقع الخاص به على شبكة الإنترنت، وذلك بوضعها تحت تصرفه بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، ولو لم يستول عليها إستلاءا ماديا ما دام البائع أعلمه بذلك، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 367 فقرة 01 من ق م ج يتم التنفيذ في هذه الحالة بصورة كاملة عبر الوسائط الإلكترونية، ومثال ذلك اللجوء على شبكة الإنترنت أو برامج الحاسب الآلي أو (Site) إلى أحد المختصين لتصميم موقع وذلك من خلال تمكين المستخدم من (on–ligne) المعلومات، فإنه يتم تسليمها عبر الخط .الحصول على المعلومات بتنزيلها أو تحميلها أو نسخها من الموقع مباشرة، يجب الإشارة إلى أن الأشياء المعنوية التي يتم تسليمها عبر شبكة الإنترنت[2]، يمكن أن يتم التسليم فيها ماديا خارج شبكة الإنترنت، وذلك بأن يتم تحميل تلك المعلومات أو البرامج على دعامة مادية مثل القرص الصلب، ذاكرة الحاسوب وغيرها من الحوامل ا لإلكترونية الأخرى كما يمكن أن يتم تنفيذ العقد سواء بتسليم البضاعة أو دفع الثمن من خلال الهاتف النقال، وذلك بتحميل الأغاني أو الأخبار المهمة، ويرى بعض الفقهاء أنه يمكن استخدام الرسائل القصيرة لتنفيذ العقد أو تعديله، على أن لا يكون هذا التعديل جذري في العقد وذلك بالنظر إلى طبيعة الرسائل القصيرة، التي لا تسمح بإجراء

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 600.

[2] المادة 367 فقرة 1 من قانون رقم 05–10.ج ر عدد 44

تعديل يمس المسائل الجوهرية في العقد على كل فإن تنفيذ العقد من خلال الهاتف النقال، لا يمكن استعماله إلا في بعض العقود البسيطة كتحميل الأغاني مثلا، أما بالنسبة إلى تقديم بعض الخدمات الأخرى كحجز تذاكر السفر أو غرف الفندق، نرى أنه يمكن أن تتم عبر الهاتف النقال لكن يستوجب الأمر هنا إرسال رسالة قصيرة، من مقدم الخدمة للتأكيد على أنه تم الحجز وفقا للعرض المقدم، وهذا ما يسمح بإعداد الدليل مقدما كون أن الرسائل القصيرة المرسلة من هاتف النقال وإليه كذلك، تسجل تلقائيا في ذاكرته وهذا ما يسمح بتقديمها كوسيلة لإثبات عدم تنفيذ الالتزام.[1]

3/- كيفية التسليم:

تنص المادة 367 من القانون المدني الجزائري على أن التسليم:

" يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع.

وقد يتم التسليم بمجرد تراضي الطرفين على البيع إذا كان المبيع موجودا تحت يد المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر لا علاقة له بالملكية[2]"

يتبين من خلال النص أن للتسليم صورتين، إما أن يكون تسليما فعليا أو ماديا:

- التسليم القانوني فهو الذي يتوقف تنفيذه على القيام بأعمال قانونية وليس أفعالا مادية من جانب البائع ويكون هذا التسليم إما حكميا أو اتفاقيا.

[1] فاتح بهلولي، المرجع السابق، ص 205

[2] المادة 367 من القانون المدني، ج ر عدد 44

فالتسليم الحكمي يتم كأن يكون المبيع في يد المشتري قبل البيع لأي سبب كان كونه راهنا له أو مستأجرا أو مودعا لديه أو حتى غاصبا، فإذا تم البيع يكون المشتري قد تسلم المبيع حكما.

– أما التسليم الاتفاقي، فيكون بالاتفاق بين البائع و المشتري على أن يعدا المبيع في حكم المسلم. أو يقوم البائع باستئجار العقار محل البيع أو أن يبقى المبيع في يد البائع على سبيل الوديعة أو أن يكون مستعملا لهذا العقار أو راهنا له، بحيث يحتفظ بحيازته له، ففي هذه الحالة نلاحظ أن البائع تخلى عن ملكية المبيع مع احتفاظه بحيازته.

أما عن كيفية التسليم في العقود التجارة الإلكترونية فيتم بوضع المبيع تحت تصرف المتعاقد بحيث يتمكن من حيازته و الانتفاع به دون عائق و لو لم يتسلمه تسليما ماديا، ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه، و غالبا ما يتم ذلك عبر البريد الإلكتروني ، و الملاحظ بالنسبة للعقود المبرمة عن طريق الأنترنت أن تسليم الأشياء ذات الطابع المعنوي يتم بقيام البائع بتمكين المشتري من تحميل برامج الكومبيوتر محل العقد مثلا على القرص الخاص به أو قيامه بعرض الفيلم الذي ير يده المتعاقد مشاهدته على شبكة الأنترنت ، بحيث يتمكن هذا الأخير من مشاهدته.

أما زمان التسليم، فقد ترك القانون الحرية للمتعاقدين في تحديد زمان التسليم، فقد يكون ذلك فور إبرام العقد أو بعد إبرامه في أجل معين أو آجال متتالية، فإذا لم يوجد اتفاق على زمان التسليم، فيجب أن يتم التسليم فور الانتهاء من إبرام العقد، و يمكن أن يتأخر التسليم بعض الوقت بحسب ما يقضه به العرف و طبيعة المبيع.

و بخصوص مكان التسليم، فقد نصت المادة 368 من القانون المدني الجزائري على أنه " إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه

ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك" [1]، فطبقا لهذا النص فإن التسليم يتم حيث يوجد موطن البائع طبقا للقواعد العامة ، و يترتب على ذلك أن تبعة الهلاك أثناء الطريق تكون على البائع و ليس المشتري لأن التسليم لم يتم بعد، و يمكن أن يتم التسليم بالنسبة للعقود التسليم بالنسبة للعقود التي يكون محلها شيئا معنويا في صندوق البريد الإلكتروني، كمم يشتري كتابا أو مقالا أو قطعة موسيقية و يتم الاتفاق على أن التسليم يكون عن طريق تحميلها أو إرسالها في شكل الكتروني . وتكون نفقات تسليم المبيع عليه في الأصل إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك. فإذا أخل البائع بالتزامه بتسليم المبيع وفقا لما اتفق عليه، يجوز للمشتري أن يطلب فسخ البيع مع التعويض عن الضرر الذي لحقه جراء ذلك[2]

كما يستطيع أن يطالب البائع بالتنفيذ العيني، و الذي يثير بدوره صعوبات كبيرة كون المتعاقدين عادة ما تفصل بينهما مسافات بعيدة.[2]

الفرع الثاني : إلتـــزام البائـع بنقل الملكيـة

بمجرد إبرام العقد فيقع على عاتق البائع إلتزام بنقل الملكية ، وتبعا لذلك نصت المادة 361 من القانون المدني الجزائري بقولها" :يلتزم البائع بالقيام بكل ما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري، وأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا." [1]

فنقل الملكية هو جوهر البيع وغاياته، ويتحقق ذلك بأن يضع السلعة المباعة أو الخدمة تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من الانتفاع ا دون عائق، وهذا المبدأ

[1] المادة 368 من القانون المدني الجزائري ، ج ر عدد 44
2بلقاسم حامدي، المرجع السابق ص ص 153-158
[2] المادة 361 من القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم، ج ر العدد 44

عام ترد عليه استثناءات، منها ما هو مقرر بنص القانون ومنها ما هو مقرر بالاتفاق بين المتعاقدين.

أما الاستثناء المقرر بالقانون فيتصور في المبيع المنقول استنادا إلى طبيعته وبالنظر إليه فيما إذا كان معينا بذاته أم معينا بنوعه، أو في المنقول الذي له سجلات خاصة، أو في حالات انتقال ملكية العقار.

ولما كانت البيوع عبر الإنترنت تقتصر وتتمركز في جلها على الأموال المنقولة من السلع والخدمات فإن الحال يستوجب الاقتصار على نوع المنقولات المادية الوارد عليها البيع عبر الإنترنت فنتناول أو لا انتقال الملكية في المنقولات المعينة بنوعها وثانيا انتقال الملكية في المنقولات المعينة بذاتها، وأخيرًا انتقال الملكية في الأموال المعنوية وذلك على النحو التالي:

أولا :انتقال الملكية في الأموال المعينة بنوعها:

تتصرف معظم العقود المبرمة عبر الإنترنت على سلع تدخل في احتياجات الناس اليومية غير أن هذه السلع تختلف بطبيعتها فمنها ما هو معين بنوعه فلا تنتقل الملكية إلى المشتري إلا بعد أن يقوم البائع بإفرازه وهذا ما أكده نص المادة 166 من القانون المدني الجزائري بقولها" **:إذا أنصب الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه، فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء**"[1]

طبقا للقانون فلو تعاقد مستهلك الكتروني على شراء كمية من القمح المعلن عبر الشبكة، فإن ملكية المشتري لهذه الكمية لا تنقل بمجرد التعاقد، وإنما تنقل بعد أن يقوم البائع بإفراز هذه الكمية عن باقي الكمية التي لديه فإذا قام بإفرازها أصبحت منذ هذه اللحظة ملكا للمشتري ولو لم يقم بتحميلها إليه، ولو قام البائع ببيع هذه الكمية المفرزة، لوقع بيعه على ملك الغير وكان تصرفه موقوفا على إجازة المالك

[1] المادة 166 من القانون المدني، المعدل و المتمم ، ج ر العدد 44

(المشتري) فإذا أجازه أصبح نافذا في حقه من وقت التصرف، وإذا رفضه أصبح باطلان، وبالمقابل فإن من حق المشتري التصرف في المبيع بأي من التصرفات القانونية كأن يقوم ببيعها مرة أخرى ولو لم يكن قد استلم المبيع، ذلك أن الملكية تنتقل إليه ولو لم يقترن ذلك بالتسليم. أما الحالة التي يرفض فيها البائع أن يقوم بالإفراز طبقا للقانون، فيجوز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي أو حتى دون استئذانه في حالة الاستعجال كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال في الحالتين بحقه في التعويض.

ثانيا :انتقال الملكية في الأموال المعينة بذاتها :

تنتقل الملكية في المبيع المعين بذاته بمجرد تمام العقد دون لأي إجراء وهذا ما أوضحته صراحة المادة 165 من القانون المدني الجزائري والمقحمة في المقتضيات حاجة المتعلقة بالنظرية العامة للعقود بقولها:

"الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر، من شأنه أن ينقل بقوة القانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم.." ومنذ لحظة تمام العقد على المنقول المعين بذاته يصبح للمشتري الحق بأن يتصرف فيه بالبيع أو أي تصرف قانوني آخر.

المطلب الثاني

التزامات المشتري في العقد التجاري الإلكتروني

عقد البيع الالكتروني كأي عقد ملزم للجانبين يترتب عنه التزامات متقابلة في ذمة المتعاقدان فإذا كان البائع

ملزم بتسليم الشيء المبيع ونقل ملكيته إلى المشتري فهو بدوره ملزم بدفع الثمن وتسّلم الشيء المبيع وهما الالتزامان اللذان ستناولهما في هذا المطلب دون سواهما باعتبارهما تأثرا بالبيئة الافتراضية التي أبرم من خلالها العقد، وذلك في فرعين كما يلي:

الفرع الأول: التزام المشتري بالدفع الإلكتروني

يعد دفع الثمن الالتزام الرئيسي الذي يقع على عاتق المشتري، وهذا الالتزام يتميز بخصوصية في عقد البيع المبرم عبر الإنترنت من حيث طريقة الوفاء به، حيث أنه من الممكن أن ينعقد هذا العقد وينفذ في جميع

مراحله، عبر الانترنت، فهذا النوع من الوفاء يتلاءم مع التجارة الإلكترونية ، وتبقى وسائل الوفاء أيا كانت طبيعتها تحتكم إلى القواعد العامة في الوفاء بالإضافة إلى القواعد خاصة تتلاءم مع خصوصية الوسيلة التي يتم من خلالها الدفع.

أولا : تعريف الدفع الإلكتروني

يمكن أن نستشف تعريف الدفع الإلكتروني من خلال الوسائل المعدة لهذا الغرض:

جاء في المادة 25 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على أن : " تحويل الأموال بوسائل إلكترونية يعتبر وسيلة مقبولة لإجراء الدفع".

أما بالنسبة لقانون المبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي فقد عرف وسيلة الدفع الإلكترونية في الفصل الثاني منه أنها : " الوسيلة التي تمكن صاحبها من القيام بعمليات الدفع المباشر عن بعد عبر الشبكة العمومية للاتصال".[1]

كما نص العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية في البند العاشر بعنوان الوفاء إلى جواز الوفاء بطرق ثلاثة فإما أن يتم الوفاء ببطاقة مصرفية أو بواسطة حافظة نقود إلكترونية أو أن يؤجل الوفاء إلى التسليم.

بالرجوع إلى المشرع الجزائري نص قانون النقد و القرض على تعريف وسائل الدفع كمايلي: " تعتبر وسائل دفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل ".[2]

ثانيا: خصائص الدفع الإلكتروني:

يتميز الدفع الإلكتروني بعدة خصائص رئيسية هي :

- يتسم الدفع الإلكتروني بالطبيعة الدولية، أي أنه وسيلة مقبولة من جميع الدول، حي يتم استخدامه لتسوية الحساب في المعاملات التي تتم عبر فضاء الإلكتروني بين مستخدمين في كل أنحاء العالم.
- يتم الدفع من خلال استخدام النقود الإلكترونية، وهي قيمة النقدية يتضمنها كارت به ذاكرة رقمية أو الذاكرة الرئيسية للمؤسسة التي تهيمن على إدارة عمليات التبادل. [3]

[1] المادة 25 من قانون المعاملات الإلكتروني الكويتي

[2] الزهرة صولي، المرجع السابق، ص 78

[3] عبد الوهاب مخلوفي، المرجع السابق ص 145

ثالثا: نظام الدفع الإلكتروني :

إن وجود نظام الدفع الإلكتروني لتسوية المعاملات التي تتم عبر شبكة الانترنت يستلزم توافر شروط قانونية وفنية تتمثل فيمايلي:

- توفير بيئة تشريعية ملائمة تقر و تنظم أحكام الدفع الإلكتروني
- توفير نظام مصرفي لإتمام عمليات الدفع و تسهيلها، و يتوقف ذلك على توفير الأجهزة التي تقوم بإدارة مثل هذه العمليات.[1]

أ/ الدفع بالنقود الإلكترونية:

لقد اختلفت التعاريف حول النقود، فالفكر الاقتصادي عرفها على أنها: "أي شيء يتمتع بالقبول العام بالوفاء بالالتزامات أيا كان نوعه و أيا كانت صفاته".

ومن هذا التعريف يمكن القول أن أي شكل جديد للنقود مثل النقود الإلكترونية. يجب أن يشتمل على ثلاثة عناصر أساسية حتى تقوم بوظائف النقود:

1-قيمة النقدية: لا يشترط أن تكون النقود شيئا محددا دون غيره، فقد يكون هذا الشيء من المعادن النفيسة، كالذهب و الفضة، له قيمة ذاتية بالإضافة إلى قيمته كنقود. وقد لا يتمتع بقيمة ذاتية مثل أوراق البنكنوت التي تتمع فقط بقيمة نقدية، أو تكون تيارا من الإلكترونيات غير الملموسة تسجل رصيد الإلكترونية على بطاقة إلكترونية ممغنطة. أو بمعنى آخر مخزنة على وسيلة إلكترونية.

2-يجب أن يتمتع ذلك الشيء بالقبول العام حتى يعد نقودا بمعنى آخر أن يقبله جميع أفراد المجتمع في سداد الديون و الوفاء بالالتزامات، من هنا تحظى النقود الإلكترونية بقبول واسع من غير من قام بإصدارها كأداة للدفع وعلى

[1] فراح مناني، المرجع السابق، ص 211

هـذا تبـرز ضـرورة أن تعتـرف التشـريعات الاقتصـادية بصـفة إلزاميـة فـي الوفـاء بالالتزامات.

3-يشـترط فـي الأشـياء التـي تسـتخدم كنقـود أن تـؤدي الـوظيفتين الأساسـيتين للنقـود وهمـا وسـيط للتبـادل ومقيـاس للقيمـة بصـفة دائمـة و ليسـت مؤقتـة أو عارضـة وهذا ينطبق على النقود الإلكترونية.[1]

ب/- بطاقات الدفع:

وهـي التـي تعتمـد علـى وجـود أرصـدة فعليـة للعميـل لـدى البنـك فـي صـورة حسـابات جاريـة كمقابلـة المسـحوبات المتوقعـة للعميـل حامـل البطاقـة، وتتميـز هـذه البطاقـات بأنها توفر الوقت و الجهد للعملاء.

جـ/- البطاقات الائتمانية :

هـي التـي تصـدرها المصـارف فـي حـدود مبـالغ معينـة، ويـتم اسـتخدامها كـأداة ضـمان، وتتميـز بأنـا تـوفر كـلا مـن الوقـت و الجهـد لحاملهـا، ومـا يحصـل عليـه البنـك مـن رسـوم مقابـل الخـدمات أو الفوائـد عـن التـأخير فـي السـداد مـن أمثلـة هـذا النـوع (بطاقات الفيزا، الماستر كارد، أمريكان أكسبرس...).

د/- الشيك الإلكتروني:

هـو محـرر ثلاثـي الأطـراف معـالج الكترونيـا بشـكل كلـي أو جـزئ يتضـمن أمـرا صـادرا مـن شـخص يسـمى السـاحب إلـى البنـك المسـحوب عليـه بـأن يـدفع مبلغـا مـن النقـود لإذن شـخص ثالـث يسـمى المسـتفيد ولعـل الشـيك هـو أكثـر الأوراق التجاريـة التـي يمكـن الاسـتفادة منهـا فـي مجـال المواصـلات والمعالجـات الالكترونيـة ،فالشـيكات تعـد البنـوك طرفـا أساسـيا فـي الوفـاء بهـا بـل وتحصـلها ولمـا كانـت البنـوك

[1] نضال سليم برهم: المرجع السابق، ص 165

تستعمل دائما وسئل المعالجة الالكترونية فإن الشيك يعد أهم الاوراق التي تخضع لمثل هذه المعالجة ،وذلك فضلا على أن شيك لابد وأن يكون على نموذج بنكي وهذا ما يسمح للبنوك بوضع النموذج الذي يتلاءم مع المعالجة الالكترونية للبيانات[1].

هـ/- البطاقات الذكية:

هي رقيقة إلكترونية فائقة القدرة على تخزين جميع البيانات الخاصة بعمليات، فهي كمبيوتر متنقل، وتمثل حماية كبيرة ضد التزوير و سوء الاستخدام، حيث تتيح لأجهزة قراءة البطاقات التي توضع في المواقع التجارية لتدقيق في التفاصيل لحسابات المالية لصاحبها.[2]

و/- حافظة النقود الإلكترونية:

هي وسيلة وفاء أو دفع افتراضية تستخدم في سداد المبالغ قليلة القيمة بشكل أو غير مباشر. فهي بطاقة وفاء مصرفية مسبقة الدفع، حيث يتم تحميل مبلغ من المال عليها، وهذا المبلغ يسمح بالوفاء بقيمة أكثر من عملية التجارية أو خدمة ، و تمتاز هذه الوسيلة بأنها تحقق أمن تبادل النقد عبر الانترنت بفضل استخدام طريقة حسابية دقيقة للغاية، كما أنها تسمح في الوقت ذاته بتحديد شخص طرفي التعامل كما تسمح تلك الطريقة بسداد أي مبالغ و لو ضئيلة، كما أن تكلفتها أقل بكثير من طرق الدفع الأخرى.

---

[1] سليمة مغني، **وسائل الدفع الإلكترونية و انعكاساتها على الوطن العربي و الجزائر خاصة**، مذكرة الماستر

[2] عبد الوهاب مخلوفي، المرجع السابق،ص 159-160

و يرى البعض أن هذه الوسيلة من الوفاء الإلكتروني لا تخلو من المخاطر و ليست في مأمن من أي طارئ قد يقع على الجهاز كمسح الذاكرة الأمر الذي يفقد المستخدم نقوده أو في حالة إفلاس الجهة التي أصدرت هذه النقود. [1]

الفرع الثاني : التزام المشتري بالاستلام

التسليم يعني كقاعدة عامة القبول و مطابقة موضوع العقد للمواصفات المتفق عليها و يتأكد ذلك في حالة القبول الصريح بعد الفحص و إجراء التجارب السابقة.

و التسلم هو العملية المتممة للتسليم ويتم تسلم المبيع بالاستلاء عليه فعلا استيلاء ماديا، هذا بالطبع عندما يكون محل البيع سلع مادية أي بضائع، أما تسلم الخدمات فيتم بوصول الخدمة للمشتري سواء كانت عن طريق مكالمة هاتفية أو فاكس أو رسالة إلكترونية.

ويجب على المشتري أن يتسلم المبيع في المكان و الزمان المعينين لذلك، فإذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسلم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع و أن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من الزمن.

وتكون مصاريف تسلم المبيع على عاتق المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك، ويتحمل تبعة هلاك البضاعة إذا طلب البائع إرسالها إلى المكان غير المكان المعين لتسليمه من وقت تسليم البضاعة إلى من تولى نقله إلا إذا اتفق أو نص القانون على غير ذلك.

و إذا رفض المشتري تسلم المبيع جاز للبائع بعد إثباته حالة المبيع أن يطلب بأمر على عريضة من القاضي المختص الإذن في بيعه بعد انقضاء مدة يحددها

[1] محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص 91

ويخطر بها المشتري و يحدد القاضي كيفية إجراء البيع و له الأمر ببيع الأشياء القابلة للتلف دون تحديد مهاة أو إخطار و على البائع في هذه الحالة إيداع حصيلة البيع خزانة المحكمة حتى يسوي النزاع بينه و بين المشتري إذا كان المشتري قد دفع الثمن بكامله.

و التسلم في مجال التجارة الإلكترونية يتحقق بالنسبة للخدمات فوريا و مباشرا على الخط حسب وسيلة الاتصال و يكون زمان التسلم وقت دخول الخدمة لموقع المشتري بينما مكان التسلم هو مكان وصول رسالة البيانات الإلكترونية أو مكان وصول الرسالة حسب وسيلة الاتصال.

أما بالنسبة لتسلم في مجال السلع فيتم بطريقة مادية سواء وجها لوجه أو يدا بيد و يتم التسلم في مكان إقامة المشتري مالم يوجد اتفاق على غير ذلك.[1]

المبحث الثاني

التوثيق و الإثبات في العقد التجاري الإلكتروني

يتوقف ازدهار التجارة الإلكترونية على قدر ما تتمتع به من أمان، وثقة لدى مستخدمي وسائل و تقنيات الاتصال الحديثة، ولما كانت العقود الإلكترونية تتم عن بعد بين أطراف قد يجهل بعضهم البعض، وهو الأمر الذي يتطلب توفير ضمانات، ووسائل تكفل تحديد هوية المتعاقدين، و التعبير عن إرادتهم على نحو صحيح ، و بطريقة يمكن معها نسبة التصرف إلى صاحبه، وهذه المشكلة تتطلب إيجاد حلول تقنية لاسيما في ظل تنامي القرصنة الإلكترونية، وإساءة استخدام أسماء الغير في أنشطة غير مشروعة عبر الانترنت ، وتعتبر مرحلة التصديق على التوقيع الإلكتروني أهم مرحلة في إبرام العقد الإلكتروني، وذلك لما لهذه

[1] عبد الوهاب مخلوفي، المرجع السابق، ص 163

المرحلة دور بارز في إثبات انعقاد العقد، و التأكد من صحة ما ورد به من بيانات، وكذلك التحقق من صحة التوقيع الوارد عليه، و انتسابه لموقعه.

و يتم التوثيق بالاستعانة بطرف ثالث محايد قد يتمثل في أفراد، أو شركات، أو جهات حكومية تسمى " مقدمي خدمات التصديق" وهي جهات ناشطة في ميدان توثيق المعاملات الإلكترونية، و تقوم بمنح شهادات تصديق إلكترونية لإثبات التصرفات التي تتم عبر الإنترنت.

لقد أعطى القانون المدني أفضلية الكتابة في الإثبات على باقي طرق الإثبات الأخرى، وبالتالي فإن ما يشترطه القانون لقيام سند كتابي حتى يتم قبوله في الإثبات يتمثل في أن يكون السند مكتوبا و موقعا.

ولا تعد الكتابة من الناحية القانونية دليلا كاملا في الإثبات إلا إذا كانت موقعة، فالتوقيع يعتبر العنصر الثاني من عناصر الدليل الكتابي المعد أصلا للإثبات، وكذلك تكمن أهمية التوقع الإلكتروني في الحد من مشكلة الأمن و الخصوصية على شبكة الانترنت ، فتوافر الأمن يزيد من ثقة و الائتمان في التجارة الإلكترونية .وعلى هذا الأساس فإننا إرتئينا إلى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول: مفهوم التوثيق الإلكتروني

المطلب الثاني: الإثبات في العقود التجارة الإلكترونية

المطلب الأول

مفهوم التوثيق الإلكتروني

مما لا شك أن العقود الإلكترونية التي تبرم بين الأطراف يستلزم تسجيلها و حفظها عبر وسائل الحفظ و التوثيق و التسجيل الرقمي، الذي تقوم به جهة ثالثة أو جهة محايدة يطلق عليها جهة التوثيق أو مقدم خدمات التصديق.

و جهة التوثيق هذه أو مقدم خدمات التصديق، هي هيئة عامة أو خاصة تعمل تحت إشراف السلطة التنفيذية، و تتكون غالبا من ثلاثة مستويات مختلفة من السلطة تأتي في المرتبة العليا " السلطة الرئيسية" و هي تختص بالتصديق على تكنولوجيا و ممارسات جميع الأطراف المرخص لهم بإصدار أزواج مفاتيح التشفير أو شهادات تتعلق باستخدام تلك المفاتيح، و تليها في المرتبة " سلطة التصديق " و هي جهة خاصة بعملية التصديق على أن المفتاح العام لأحد المستخدمين يناظر بالفعل المفتاح الخاص لذلك المستخدم، وفي مستوى أدنى تأتي " سلطة تسجيل محلية " ومهمتها تلقى الطلبات من الأشخاص الراغبين في الحصول على أزواج مفاتيح التشفير – العام و الخاص – و التأكد من هوية و شخصية هؤلاء المستخدمين ومنح شهادات تصديق تفيد صحة توقيع العملاء.[1]

الفرع الأول: تعريف جهة التوثيق الإلكتروني

يعرف مقدم خدمة التوثيق بأنه " جهة، أو منظمة عامة، أو منظمة خاصة مستقلة محايدة تقوم بدور الوسيط بين المتعاملين لتوثيق تعاملاتهم الإلكترونية بإصدار شهادات إلكترونية، ويطلق على الغير الذي يتولى عملية التصديق " مقدم

[1] لزهر بن السعيد ، المرجع السابق، ص 172

خدمات التصديق " ، ويتم تدخل الموثق الإلكتروني بناء على طلب شخصين، أو أكثر بهدف إنشاء و حفظ، و إثبات الرسائل الإلكترونية.[1]

وقد عرفت قواعد قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية مقدم خدمات التصديق في المادة (2 / E) بأنه شخص يصدر شهادات، و يجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الإلكترونية.[2]

و قد عرف التوجيه الأوربي هذه الجهات بالمادة 2 فقرة 11 بأنها " كل شخص قانوني طبيعي، أو معنوي يصدر شهادات توثيق التوقيع الإلكتروني ، أو يتولى خدمات أخرى مرتبطة بالتوقيع الإلكتروني".[3]

كما ذهب القانون الإماراتي إلى ذات التعريف، حيث عرفها بأنها أي شخص، أو جهة معتمدة أو معترف بها تقوم بإصدار شهادات تصديق إلكتروني ، أو أية خدمات، أو مهمات متعلقة بها، أو بالتوقيع الإلكتروني ، و المقصود بالخدمات المرتبطة بالتوقيع الإلكتروني التقنيات التي تسمح بإصدار توقيع مؤرخ، وخدمات النشر، والاطلاع، و الخدمات المعلوماتية الأخرى كالحفظ في الأرشيف.[4]

كما عرف الفصل الثاني من القانون رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي مقدم خدمات التصديق بأنه : " كل شخص طبيعي أو معنوي يحدث، و يسلم و يتصرف في الشهادات المصادقة، و يسدي خدمات أخرى ذات علاقة بالإمضاء الإلكتروني.[5]

---

[1] عادل أبو هيشمة محمود حوته ، **عقود خدمات المعلومات في القانون الدولي الخاص** ،دار النهضة العربية، 2004 ، ص 196

[2] المادة 2 / E من قانون الأونيسترال بشأن التوقيعات الإلكترونية.

[3] لزهر بن السعيد بن السعيد، المرجع السابق، ص 173.

[4] المادة 20/2 من قانون المعاملات و التجارة الإلكترونية الإماراتي رقم 2 لسنة 2002.

[5] الفصل الثاني من قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000.

كما عرف المشرع المصري في مشروع قانون التوقيع الإلكتروني جهة التصديق بأنها الشخص الطبيعي، أو الإعتباري المرخص له من جهة الترخيص بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني، أو تقديم أي خدمات متعلقة بالتوقيع الإلكتروني، إلا أن القانون جاء خاليا من أي تعريف لها، إلا أن اللائحة التنفيذية للقانون عرفت في المادة 6/1 جهات التصديق بأنها الجهات المرخص لها بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني، و تقديم خدمات تتعلق بالتوقيع الإلكتروني.[1]

أما المشرع الجزائري فقد عرفها في نص المادة الثانية فقرة 12 من قانون 15-04 المتعلق بالتوقيع و التصديق الإلكتروني " **مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني:** شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق الإلكتروني موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني".[2]

ونظرا لإهتمام المشرع لجزائري لتجارة الإلكترونية، فقد سن مجموعة من المراسيم منها:

- المرسوم التنفيذي رقم 16/ 142 المؤرخ في 5 ماي 2016 يحدد كيفيات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا الجريدة الرسمية العدد 28.
- المرسوم التنفيذي رقم 16 /134 المؤرخ في 25 أفريل 2016 يحدد تنظيم المصالح التقنية و الإدارية لسلطة الوطنية لتصديق الإلكتروني و سيرها و مهامها، الجريدة الر سمية العدد 26.
- المرسوم التنفيذي رقم 16/ 135 المؤرخ في 25 أفريل 2016 يحدد طبيعة السلطة الحكومية لتصديق الإلكتروني و تشكيلها و تنظيمها سيرها، الجريدة الرسمية العدد 26.

و بتالي فالتصديق أو التوثيق الإلكتروني هي وسيلة فنية آمنة للتحقق من صحة التوقيع أو المحرر،حيث يتم نسبته إلى شخص معين أو جهة معينة من طرف محايد يطلق عليه مقدم خدمات التصديق.

[1] المادة 19 فقرة ب من قانون التوقيع الإلكتروني المصري.

[2] المادة الثانية فقرة 12 من قانون رقم 15-04 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق لـ أول فيبراير لسنة 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكتروني، ج ر عدد 6.

الفرع الثاني دور جهات التوثيق الإلكتروني

استحداث جهة التوثيق الإلكتروني لم يكن بغرض تسهيل و مراقبة التعاملات الإلكترونية فحسب، بل يعتبر من أولوياتها ضمان الأمن القانوني و حماية التعاملات الإلكترونية و خاصة التوقيع الإلكتروني من الأخطار التي قد تواجهه بسبب طبيعة هذه المعاملات التي تتم عبر وسائط إلكترونية و بين أشخاص و متعاملين يجمعهما مجلس عقد افتراضي، و يعتبر من أهم الضمانات القانونية لحماية و المحافظة على سلامة التوقيع الإلكتروني هي إصدار شهادة التصديق الإلكتروني التي تثبت ذلك ، و العمل على التحقق من هوية الشخص الموقع، بالإضافة إلى إثبات مضمون البيانات الإلكترونية، و إصدار مفاتيح التشفير.

أولا: التحقق من هوية شخص الموقع

ويتمثل الالتزام الرئيسي لهذه الجهات في القيام بالتحقق من هوية الشخص الموقع، حيث تقوم بإصدار شهادة توثيق إلكترونية تفيد التصديق على التوقيع الإلكتروني في تعاقد معين، تشهد بموجبها بصحته، ونسبته إلى من صدر عنه، و قد نص المشرع الجزائري في قانون 15-04 على أنه يجب على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني و قبل منح شهادة التصديق الإلكتروني أن يتحقق من تكامل بيانات الإنشاء مع بيانات التحقق من التوقيع، و يمنح مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني شهادة أو أكثر لكل شخص يقدم طلبا و ذلك بعد التحقق من هويته و عند الاقتضاء التحقق من صفاته الخاصة، أما في حالة الأشخاص المعنوية فإن مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني يحتفظ بسجل يدون فيه هوية و صفة الممثل القانوني للشخص المعنوي المستعمل للتوقيع المتعلق بشهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة.[1]

[1] المادة 44 من القانون 15-04، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكتروني المرجع السابق.

ثانيا: إثبات مضمون التبادل الإلكتروني

تتولى جهة التوثيق كذلك التحقق من مضمون التبادل الإلكتروني بين الأطراف، وسلامته وبعده عن الغش و الاحتيال[1]، فقد نص المشرع الجزائري على أنه " يلغي مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة عندما يتبين أنه قد تم منحها بناء على معلومات خاطئة أو مزورة أو إذا تم إنهاك سرية بيانات إنشاء التوقيع.[2]

يعتبر من مهام جهة التوثيق التحقق من مضمون التبادل الإلكتروني بين الأطراف و سلامته و بعده عن أي غش أو احتيال، فضلا عن إثبات وجوده و مضمونه، حيث تعمل جهة التوثيق على تعقب المواقع التجارية و التحري عن وجودها الفعلي، و مصداقيتها، فإذا اتضح لها ان تلك المواقع غير حقيقية، أو غير جدية فإنها تقوم بتحذير المتعاملين، و يجوز اللجوء إلى هذه الجهات قبل إبرام العقد للتحقق من أمر الشركة التي سيتم التعاقد معها.

و بتالي فإن هدف جهة التصديق هو ضمان سلامة و تأمين التعامل عبر الوسائط الإلكترونية، من حيث أطرافه ومضمونه و محله وتاريخه.

ثالثا: إصدار شهادة التصديق الإلكتروني

ميز المشرع الجزائري بين الشهادة الإلكترونية البسيطة و الشهادة الإلكترونية الموصوفة في نص المادة 3 مكرر من المرسوم التنفيذي 07-162 ،وعرف الأولى بأنها :" وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين معطيات فحص التوقيع الإلكتروني و الموقع." أما ثانية فهي " شهادة إلكترونية تستجيب للمتطلبات

[1] لزهر بن السعيد،المرجع السابق، ص 176

[2] المادة 45 من القانون 15-04 ، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكتروني المرجع نفسه.

المحـددة."[1] ، ثـم عـاد المشـرع الجزائـري فـي القـانون رقـم 15- 04 ، ليبـين بـأكثر تفصـيل الفـرق بـين الشـهادتين، فـأبقى علـى نفـس التعريـف تقريبـا لشـهادة التصـديق فـي نـص المـادة 7/2 فـي حـين اسـهب فـي تعريـف شـهادة التصـديق الإلكترونـي الموصـوفة بقولـه أن" شـهادة التصـديق الإلكترونيـة الموصـوفة هـي شـهادة تصـديق إلكترونـي تتوفر فيها المتطلبات الآتية:

1-أن تمـنح مـن طـرف ثالـث موثـوق، أو مـن قبـل مـؤدي خـدمات تصـديق إلكتروني طبقا لسياسة التصديق الإلكتروني الموافق عليها.

2-أن تمنح للموقع دون سواه

3-يجب أن تتضمن على الخصوص:

أ- إشـارة علـى أنهـتم مـنح هـذه الشـهادة علـى أسـاس أنهـا شـهادة تصـديق إلكتروني موصوفة.

ب/تحديـد هويـة الطـرف الثالـث الموثـوق، أو مـؤدي خـدمات التصـديق الإلكترونـي المـرخص لـه المصـدر لشـهادة التصـديق الإلكترونـي، وكـذا البلـد الذي يقيم فيه.

ج-اسم الموقع، أو الاسم المستعار الذي يسمح بتحديد هويته.

د- إمكانيـة إدراج صـفة خاصـة للموقـع عنـد الاقتضـاء، وذلـك حسـب الغـرض من استعمال شهادة التصديق الإلكتروني.

ذ- بيانـات تتعلـق بـالتحقق مـن التوقيـع الإلكترونـي و تكـون موافقـة لبيانـات إنشاء التوقيع الإلكتروني.

ر-الإشارة إلى بداية و نهاية مدة صلاحية شهادة التصديق الإلكتروني.

ز-رمز تعريف شهادة التصديق الإلكتروني.

[1] المرسوم التنفيذي رقم: 07-162، يعدل و يتمم المرسوم التنفيذي رقم: 01-123، **المتعلق بنظام الإستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية و اللاسلكية.**

ح-التوقيع الإلكتروني الموصوف لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، أو للطرف الثالث الموثوق الذي يمنح شهادة التصديق الإلكتروني.

ط-حدود استعمال شهادة التصديق الإلكتروني عند الاقتضاء.

ظ-حدود قيمة المعاملات التي تستعمل من أجلها شهادة التصديق الإلكتروني عند الإقتضاء.

ع-الإشارة إلى الوثيقة التي تثبت شخص طبيعي أو معنوى آخر عند الإقتضاء.

عند استقصاء النصوص المذكورة أعلاه يتبين لنا أن الشهادة الإلكترونية البسيطة تتطلب إجراءات ترتبط بمعطيات و معلومات تتعلق بالتحقق من شخص معين، و تؤكد هوية هذا الشخص، أما شهادة التصديق الإلكترونية الموصوفة، فإنها ترتبط بإصدار الشهادة النوعية وفق شروط حددها المشرع من بينها أن تتضمن على الخصوص التوقيع الإلكتروني الموصوف.

ويتم التحقق من المعلومات الواردة بالشهادة عن طريق استخدام المفتاح العام لمن صدرت عنه شهادة التصديق ، حيث تحتوي هذه الشهادة على المفتاح العام وغيرها من التفاصيل التي تؤكد أ ن الموقع المحدد بالشهادة حائز للمفتاح الخاص المناظر للمفتاح العام الوارد في الشهادة، الأمر الذي يمكن متلقي الشهادة بان يستخدم المفتاح العام المذكور فيها ؛ للتأكد من أن التوقيع الإلكتروني استحدث من المفتاح الخاص المقابل له وأن الرسالة لم تتغير منذ التوقيع عليها[1].

[1] آلاء احمد محمد حاج علي، **التنظيم القانوني لجهات التصديق على التوقيع الإلكتروني**، أطروحة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، 2013، ص 57.

رابعا: اصدار المفاتيح الإلكترونية

تتولى هذه الجهات إصدار المفاتيح الإلكترونية، سواء المفتاح الخاص الذي من خلاله يتم تشفير المعاملة الإلكترونية أو المفتاح العام الذي يتم بواسطته فك هذا التشفير، و بالتالي تضمن هذه الجهات أن المفتاح العام هو المناظر حيث تتحقق من تطابقه و صلاحيته.

فقد عرف المشرع الجزائري في قانون 15-04 مفاتيح التشفير، حيث نصت المادة الثانية فقرة 8 على مفتاح التشفير الخاص بأنه " **مفتاح التشفير الخاص :** هو عبارة عن سلسلة من الأعداد يحوزها حصريا الموقع فقط، وتستخدم لإنشاء التوقيع الإلكتروني، و يرتبط هذا المفتاح بمفتاح عمومي ". أما مفتاح العام فقد نصت عليه نفس المادة في الفقرة 9 بأنه " **مفتاح التشفير العمومي :** هو عبارة عن سلسلة من الأعداد تكون موضوعة في متناول الجمهور بهدف تمكينهم من التحقق من الإمضاء الإلكتروني، وتدرج في شهادة التصديق الإلكتروني".[1]

ويرتبط التوقيع الإلكتروني بالتشفير ارتباطا عضويا، فالتوقيع الرقمي هو ختم رقمي مشفر، يملك مفتاحه صاحب الختم. ويعني تطابق المفتاح مع التوقيع الرقمي على الرسالة الإلكترونية أن مرسل الرسالة هو من أرسلها فعلا، وليست مرسلة من قبل شخص آخر ، ويضمن التوقيع الرقمي عدم تعرض الرسالة لأي نوع من أنواع التعديل و بأي طريقة.

[1] المادة الثانية من القانون 15-04 ، **يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين**، المرجع السابق.

المطلب الثاني

الإثبات في العقود التجارة الإلكترونية

أتاح التطور التقني في وسائل الاتصال الحديثة إبرام العقود عبر شبكة الانترنت مما أدى الى ظهور نوع جديد من الكتابة والتوقيع اللذين يتميزان بالطابع الإلكتروني، حيث يتم تبادل رسائل البيانات عبر شبكة الانترنت وتحميلها على دعامات الكترونية فإن الواقع العملي فرض ضرورة إعادة النظر في المبادئ التقليدية للإثبات، خاصة ما يتعلق منها بالتوقيع في الشكل التقليدي، حيث أن عملية التحول من الدعامة المادية إلى الدعامة الالكترونية.

الفـــرع الأول

الكتابـــــة الإلكترونيـــــة

تلعب الكتابة دورا مهما في إثبات التصرفات القانونية، والكتابة التي يعتد بها في الإثبات تكون إما في صورة محرر رسمي يثبته موظف رسمي (عامر)، و تكون له حجية في مواجهة الناس كافة، وقد تكون في صورة محرر عرفي لا يحرره موظف رسمي، و إنما يكون موقعا عليه من طرف أطراف التعاقد، و لا يحتج به، إلا في مواجهة من وقع عليه.

و إختيار الكتابة كوسيلة إثبات ليس اختيارا تحكميا، بل يستند إلى أمر منطقي مؤاده أن هذا الطريق من طرق الإثبات يقدم أعلى درجات الأمان.

و ترتبط الكتابة بالدعامة الورقية المحرر بخط اليد، والآلة، و التي يفرغ فيها تلاقي الإرادات، وقد ظلت العلاقة بين الكتابة، و الدعامة الورقية التي تدون عليها علاقة وثيقة لفترة طويلة من الزمن.

إلا أنه مع ظهور المعاملات التي تتم عبر تقنيات الاتصال الحديثة، و التي تتم بصورة غير مادية عن بعد، وفي ظل غياب الدعامة الورقية، و هو الأمر الذي يطرح ضرورة بحث هذا النوع الجديد، و الذي يفرض نفسه بقوة في ظل ازدهار التجارة الإلكترونية، و انتشار استخدام تقنيات الاتصال الحديثة في التفاوض بشأن العقود الإلكترونية و إبرامها.

أولا: تعريف الكتابة الإلكترونية

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

حيث نصت المادة الخامسة منه على أنه لا تفقد المعلومات مفعولها القانوني أو صحتها لمجرد أنها في رسالة بيانات، كما نصت المواد (8،7،6) منه على تحديد المعيار الأساسي الذي يجب توفره في رسالة البيانات حتى تستوفي الوظائف التي تقوم بها الكتابة التقليدية من حيث قبول أطرافها بالالتزام الوارد بها، و ضمان سلامة المعلومات من التعديل و التحريف.

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

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

ويتضح لنا من هذا النص أن المشرع الفرنسي قد تبنى تعريفا موسعا للإثبات عن طريق الكتابة ليشمل كل أنواع الكتابة، وهي نوعان، الكتابة على الدعامة الورقية و الكتابة على الدعامة الإلكترونية.[1]

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

كما ساوى المشرع الجزائري في نص المادة 323 مكرر 1 بين الإثبات بالكتابة على دعامة ورقية، و الكتابة على الدعامة إلكترونية بشروط، عند قوله: " يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني، كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، و أن تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها ".[2]

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

وجاء قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم : 15 لسنة 2004، بتعريف الكتابة الإلكترونية بالقول أنها:" كل حروف، أو أرقام، أو رموز، أو أية علامات أخرى

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

تثبت على الدعامات إلكترونية، أو الرقمية، أو صوتية، أو أية وسائل أخرى مشابهة و تعطي دلالة قابلة للإدراك".[1]

ثانيا : الشروط المطلوب توافرها في الكتابة الإلكترونية

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

أ/- أن تكون الكتابة مقروءة:

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

يرى جانب من الفقه أن شرط إمكانية قراءة و فهم المحرر، ينطبق على المحررات الإلكترونية التي يتم تدوينها عبر الوسائط الإلكترونية بلغة الآلة التي لا يمكن أن يقرأها الإنسان بشكل مباشر، بل لابد من إيصال المعلومات إلى الحاسب الآلي الذي يتم تغذيته ببرامج لها القدرة الكافية على ترجمة لغة الآلة إلى اللغة المقروءة للإنسان.[2]

ب/- إستمرارية الكتابة و دوامها:

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

---

[1] المادة 1/أ من القانون رقم: 15، لسنة 2004، **الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني المصري**.

[2] بلقاسم حامدي، الرجع السابق، ص 185.

و تتـاول قـانون اليونيسـترال النمـوذجي للتجـارة الإلكترونيـة هـذه الشـروط الواجـب توافرهـا فـي المسـتند الإلكترونـي بنصـه علـى مـايلي : " الإطـلاع علـى المعلومـات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقا".[1]

ج/- عدم قابلية الكتابة للتعديل:

يقصـد بـه حفـظ المسـتند الكتـابي دون أي تعـديل أو تغييـر مـن حـذف، أو محـو، أو حشـو، حتـى يمكـن الاعتـداد بـالمحرر الكتـابي ، فقيمـة المحـرر فـي الإثبـات تقـرر بمـدى سـلامته مـن عيـب يصـيب شـكله الخـارجي، وهـذا مـا قضـت بـه المـادة 1/40/ب مـن قـانون اليونسـيترال النمـوذجي بنصـها علـى أن " الاحتفـاظ برسـالة البيانـات بالشـكل الـذي أنشـئت، أو أرسـلت ، أو اسـتلمت بـه ، أو بشـكل يمكـن إثبـات أنـه يمثـل بدقـة المعلومات التي أنشئت، أو أرسلت، أو استلمت." [2]

مـن خـلال تعـداد الشـروط المـذكورة أعـلاه لـم يبقـى أدنـى شـك فـي اعتبـار المحـررات الإلكترونيـة مـن الأدلـة الكتابيـة للإثبـات، و لا تختلـف عـن الكتابـة التقليديـة فـي القـوة الثبوتيـة ، بحيـث تتـوفر علـى إمكانيـة القـراءة و الاسـتمرارية و الثبـات، و إمكانيـة الرجـوع إليهـا عنـد الاقتضـاء، وعـدم قابليتهـا للتعـديل، إلا بتـرك أثـر واضـح يـدل علـى ذلـك. وعليـه فـإن اخـتلاف الأداة المسـتخدمة و الوسـيط المسـتعمل لا يـؤثر علـى قيمـة الوثيقة الإلكترونية في الإثبات.

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

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

ثالثا: حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات:

لقد سارت تشريعات أغلب الدول في اتجاه المساواة بين الكتابة الإلكترونية، و الكتابة التقليدية و منحها الحجية القانونية الكاملة في الإثبات.

فقد نصت المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي بالفقرة الثالثة على أن الكتابة على دعامات إلكترونية لها نفس القوة الثابتة للكتابة على دعامات ورقية، فالمشرع الفرنسي ساوى بين الدعامات الإلكترونية، و الدعامات الورقية في حجية الإثبات.

يضاف إلى ذلك أنه بالنسبة للأعمال الملزمة لجانب واحد نجد أن المادة 1326 من القانون المدني الفرنسي كانت تنص على كتابة المبالغ يدويا بالحروف ، و الأرقام، وبعد التعديل تم استبدال مصطلح " بواسطة اليد" لتصبح " بواسطة الشخص نفسه"، أي أنها سمحت للأفراد بكتابة المبلغ بأية وسيلة عن طريق الشخص مما يعني جواز الكتابة بالوسائل الإلكترونية.

وفي مصر أعطى مشروع قانون التجارة الإلكترونية المستند الإلكتروني قوة في الإثبات حيث نصت المادة العاشرة من المشروع على أن تتمتع المحررات الإلكترونية بالحجية المقررة للمحررات العرفية في قانون الإثبات في شأن ما يرد في هذه المحررات من حقوق و التزامات بعد استيفائها الشروط و الأوضاع المقررة في اللائحة التنفيذية.

و بصدور قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 نجده قد منح الكتابة الإلكترونية الحجية القانونية الكاملة، حيث نص بالمادة الخامسة عشر على أن الكتابة الإلكترونية و للمحررات الإلكترونية في نطاق المعاملات المدنية و التجارية و الإدارية ذات الحجية المقررة للكتابة، و المحررات الرسمية و العرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للضوابط الفنية، و التقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون" كما نص كذلك بالمادة السادسة عشرة على أن " .[1]

[1] توفيق حسن فرج ، **قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية** ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،2006، ص 79

للصورة المنسوخة على الورق من المحرر الإلكتروني الرسمي حجية على الكافة بالقدر الذي تكون فيها مطابقة لأصل هذا المحرر، وذلك ما دام المحرر الإلكتروني الرسمي، و التوقيع الإلكتروني موجودين على الدعامة الإلكترونية.[1]

من جهته أعطى المشرع الجزائري للكتابة الإلكترونية نفس حجية الكتابة التقليدية في الإثبات حيث تنص المادة 323 مكرر من القانون المدني على أنه " ينتج الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، و أن تكون معدة، ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".[2]

الفـــرع الثـــانـــي

التوقيـــــع الإلكتـــرونـــــي

إن ظهور التوقيع الإلكتروني كمصطلح جديد يقتضي محاولة بيان مقصود بهذا المصطلح، و الذي نشأ لاستخدام الحاسوب الآلي في تنظيم العلاقات بين الأفراد سواء كانوا تجارا أو أفرادا وكذا بينهم و بين المؤسسات، والذي جاء بعد استخدام وسائل الاتصال الحديثة و الانترنت، والذي أقام ثورة في مجال المعلوماتية و الاتصالات، و بذلك انعكس على تعاملات الأفراد في إمكانية إبرام عقود و تبادل بيانات عبر هذه الوسائل، و الذي أدى إلى الاتجاه نحو التوقيع الإلكتروني لكي يتماشى مع هذه الوسائل الحديثة.

و يعد التوقيع الإلكتروني عنصرا فعالا في المعاملات الدولية و المحلية عبر شبكة الانترنت، و التي أضحت تستحوذ على نصيب كبير من التجارة الدولية و المحلية، ولقد بدأ استخراج هذه التقنية في الولايات المتحدة الأمريكية و

[1] لزهر بن السعيد، المرجع السابق، ص 150

[2] المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري رقم 05-10، المرجع السابق

ايرلنـدا و ألمانيـا، ثـم طبـق فـي فرنسـا و مصـر و الجزائـر و تـونس وغيرهـا مـن الدول.

و للإلمـام بهـذا الفـرع سـوف نتطـرق إلـى تعريـف التوقيـع الإلكترونـي (أولا) ، و تبيـان بعـض صـوره (ثانيـا)، ثـم نتعـرف علـى الشـروط الواجـب توفرهـا للإعتـراف بحجية التوقيع الإلكتروني (ثالثا).

أولا : تعريف التوقيع الإلكتروني

التوقيـع لغتـا مشـتق مـن وقـع و التوقيـع مـا يوقـع فـي الكتـاب، و هـو إلحـاق شـئ فيـه بعـد الفراغ منه. [1]

1/- التعاريف الفقهية لتوقيع الإلكتروني :

أ/- يعـرف الفقـه الفرنسـي التوقيـع الإلكترونـي بأنـه: " عبـارة عـن مجموعـة مـن الأوراق التي تنجم عن عملية حسابية مفتوحة باستخدام الكود السري الخاص ".

ب/- يعـرف الفقـه بالولايـات المتحـدة الأمريكيـة التوقيـع الإلكترونـي بأنـه:" وحـدة قصـيرة البيانات التي تحمل علاقة رياضية مع البيانات الموجودة في محتوى الوثيقة ".

ج/- كمـا عـرف بعضـهم التوقيـع الإلكترونـي بأنـه:" مجموعـة مـن الإجـراءات و الوسـائل التـي يتبـع اسـتخدامها عـن طريـق رمـوز أو أرقـام لإخـراج رسـالة إلكترونيـة تتضـمن علامـة مميـزة لصـاحب الرسـالة المنقولـة إلكترونيـا يجـري تشـفيرها باسـتخدام زوج من المفاتيح واحد معلن و الآخر خاص بصاحب الرسالة ".

د/- كمـا عـرف الـبعض الآخـر التوقيـع الإلكترونـي بأنـه " بيـان مكتـوب بشـكل إلكترونـي يتمثـل بحـرف أو رقـم أو رمـز أو إشـارة أو صـوت أو شـفرة خاصـة و

---

[1] حميدان الهادي، **النظام القانوني للتوقيع الإلكترونية- دراسة مقارنة** -، مذكرة الماجستير، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، 2010-2011 ، ص 8

مميـزة1، ينـتج عـن إتبـاع وسـيلة آمنـة، و هـذا بيـان يلحـق أو يـرتبط منطقيـا ببيانـات المحرر الإلكتروني للدلالة على هوية الموقع على المحرر و الرضى بمضمونه ".

2/- التعاريف القضائية لتوقيع الإلكتروني:

أ/- قـررت محكمـة الـنقض الفرنسـية الأخـذ بمـا جـاء بـه التشـريع الفرنسـي، إلا أنهـا أضـفت علـى التوقيـع الإلكترونـي الحجيـة فـي إلحاقـه بصـاحبه انطلاقـا مـن الـرقم السري.

ب/- القضـاء الأمريكـي الفيـدرالي حـاول التركيـز علـى أن وسـائل التعامـل فـي الشـكل الإلكترونـي متعـددة و متنوعـة وذلـك بتطـور ظهـور وسـائل جديـدة للتعاقـد فـي الشـكل الإلكتروني.

3/- التعريف التشريعي:

أ/- المشـرع الفرنسـي : لـم يحـدد بشـكل واضـح للتوقيـع الإلكترونـي فـي القـانون رقـم 2000/230 الصـادر فـي 2000/03/13 ، بـل ركـز علـى التعريـف مـن خـلال الوظيفـة، إذ تطـرق المشـرع الفرنسـي فـي المـادة 07 الجـزء الثـاني مـن القـانون إلـى كـون التوقيـع الإلكترونـي هـو " الوسـيلة الممكنـة لكشـف هويـة الموقـع، و تضـمن إرتباطـه مـع العقـد المتصـل بـه التوقيـع "، ثـم تـلاه المرسـوم 2001/272 الصـادر فـي 2001/03/30 تطبيقـا للمـادة 04/1316 مـن القـانون المـدني الفرنسـي، و الخـاص بالتوقيع الإلكتروني.[1]

ب/- المشـرع الأمريكـي: يعـرف التشـريع الأمريكـي التوقيـع الإلكترونـي كونـه رمـز أو وسيلة يصرف النظر عن التكنولوجية الخاصة المستخدمة.

[1] حميدان الهادي، المرجع السابق ، ص 9

إذ عرف القانون الفيدرالي المتعلق بالتوقيعات الإلكترونية في التجارة الداخلية لسنة 2000 (القسم 05/106) التوقيع الإلكتروني بأنه " صوت أو رمز أو إجراء يقع في شكل إلكتروني، يلحق بعقد أو سجل آخر ينفذ أو يصدر من شخص يقصد التوقيع على السجل" كما عرف قانون المعاملات الموحد (08/102) التوقيع الإلكتروني بأنه " التوقيع الذي يصدر في شكل الكتروني و يرتبط بسجل إلكتروني".

ج/-المشرع المصري :

لقد عرف القانون المصري رقم 15 لسنة 2004 التوقيع الإلكتروني بأنه " ما يوضع على محرر إلكتروني و يتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها، و يكون له طابع متفرد، يسمح بتحديد شخص صاحب التوقيع و يميزه عن غيره".[1]

د/- المشرع الجزائري:

تناول المشرع الجزائري التوقيع الإلكتروني لأول مرة دون التطرق إلى تعريفه في نص الفقرة الثانية من المادة 2/327، من القانون المدني المعدل بالقانون 10/05 ، و التي تنص على مايلي :" يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 ..."، و عرف المشرع التوقيع الإلكتروني في المرسوم التنفيذي رقم :07-162، بالقول أنه معطى ينجم عن استخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر و 323 مكرر1 من القانون المدني، ثم عاد المشرع الجزائري على غرار معظم التشريعات ليعيد تنظيم النصوص المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني، التي عملت على إيضاح مفهوم التوقيع

[1] حميدان الهادي، المرجع نفسه، ص 8

الإلكتروني في القانون رقم : 15-04 ، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين، والذي عرفته المادة 1/2 على أنه " بيانات في شكل إلكتروني مرفقة، أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى تستعمل كوسيلة توثيق "، كما عرف المشرع بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني في نفس المادة، 3 بأنها :" بيانات فريدة مثل الرموز أو مفاتيح التشفير الخاصة التي يستعملها الموقع لإنشاء التوقيع الإلكتروني.[1]

هـ /- التوجيه الأوربي:

فقد سماه بالتوقيع المتقدم أو المعزز في نص المادة 1/5 منه ، التي تقضي بمايلي:" يجب على الدول الأعضاء أن تعمل على أن يكون التوقيع الإلكتروني المتقدم أو المعزز و المبني على شهادة تصديق معتمدة و تم إنشاؤه بأداة آمنة."[2]

ثانيا: صور التوقيع الإلكتروني

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

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

ومما لاشك فيه أن لكل تقنية يتم اعتمادها في تشغيل منظومة إشارات أو حروف، ومنها ما يعتمد فيها على الخواص أن لكل تقنية يتم اعتمادها ففي تشغيل منظومة

[1] القانون رقم 15-04، **يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين**، المرجع السابق

[2] محمد فواز مطالقة، المرجع السابق ، ص 179

التوقيع درجة ثقة و أمان قانونيتين مساوية للتوقيع التقليدي أو حجية تفوق هذا الأخير.

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

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

1/- التوقيع بالرقم السري (البطاقة الممغنطة):

وتعرف أيضا بالتوقيع باستخدام السحب الآلي.

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

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

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

الثـاني: إدخـال الـرقم السـري (الـذي يعـد بمثابـة التوقيـع) وذلـك بكاتبـة بواسـطة لوحـة المفاتيح الموجودة على الجهاز الآلي. [1]

الثالـث: إعطـاء الأمـر للجهـاز الآلـي: وذلـك مـن أجـل سـحب النقـود أو إيـداعها أو لتسديد ثمن السلعة أو الخدمة.[2]

2/- التوقيع بالقلم الإلكتروني

يسـتخدم فـي هـذه الصـورة قلـم يمكنـه الكتابـة علـى شـاة الحاسـوب، عـن طريـق برنـامج معلومـاتي يتـيح التقـاط التوقيـع و التحقـق مـن صـحته. وعنـدما يقـوم المسـتخدم بتحريـك القلـم علـى الشاشـة و كتابـة توقيعـه، يلـتقط البرنـامج حركـة اليـد، و يظهـر التوقيـع علـى الشاشـة بسـماته الخاصـة، التـي تميـز صـفات الموقـع، كمـا هـو الأمـر فـي الكتابة العادية.

وتـوفر هـذه الصـورة مـن صـور التوقيـع الإلكترونـي، مزايـا مهمـة نظـرا لسـهولة اسـتعمالها. إلا أن اسـتعمال هـذه الطريقـة محفـوف بالعديـد مـن المشـكلات، ومـن أهمهـا : مشـكلة إثبـات العلاقـة بـين التوقيـع و المحـرر، حيـث لا توجـد طريقـة تمكـن مـن إثبـات هـذه الرابطـة، إذ بإمكـان المرسـل إليـه الاحتفـاظ بنسـخة مـن التوقيـع الـذي وصله على أحد

المحـررات الإلكترونيـة، ومـن ثـم يعيـد وضـعه علـى أي محـرر آخـر مـا قـد ينشـأ عنه انعدام الثقة و الأمان في هذه الصورة من التوقيع الإلكتروني.

يـرى بعـض الفقـه أن التوقيـع بـالقلم الإلكترونـي تـور مزايـا لا يمكـن إنكارهـا، بسـبب أنهـا عمليـة سـهلت الاسـتعمال، بحيـث يـتم تحـول التوقيـع التقليـدي إلـى شـكل إلكترونـي . غيـر أنـه مـا يعـاب علـى هـا النـوع مـن التوقيـع أنـه يحتـاج إلـى جهـاز كمبيـوتر لـه

[1] فاتح بهلولي، المرجع السابق، ص: 26

[2] حميدان الهادي، المرجع السابق،ص 23

مواصفات خاصة، كما يحتاج إلى جهة توثيق إضافية لإتمام عملية التوقيع بشكل صحيح.[1]

3/- التوقيع البيومتري:

يتم هذا التوقيع عن طريق استخدام الخواص الذاتية للشخص، مثل بصمة العين، بصمة الصوت، أو بصمة الإصبع، و يتم تخزين هذه البصمات بصورة رقمية مضغوطة، بحيث يكون العمل بها من خلال إدخال العميل للمعلومات للحاسب أو الوسائل الحديثة، مثل التقاط صورة دقيقة لعين المستخدم، أو صوته،أو يده، و يتم تخزينها بطريقة مشفرة في ذاكرة جهاز الكومبيوتر ليقوم بعد ذلك بالمقارنة بين الصفة الذاتية للشخص مع تلك المخزنة به. بحيث لا يتم إصدار أمر بفتح القفل المغلق، إلا بعد أن تتطابق هذه البصمة على البصمة المخزنة و المبرمجة في ذاكرة الكومبيوتر.[2]

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

يرى بعض الفقه أنه نظرا لأن الخصائص الذاتية لكل شخص من شأنها أن تميزه عن شخص آخر، فإن التوقيع البيو متري يعتبر وسيلة موثوقا بها لتمييزه الشخص و تحديد هويته.

[1] إلياس نصيف، المرجع السابق: ص 246

[2] محمد فواز مطالقة، المرجع السابق ، ص180

غير أن البعض الآخر يرى ضعف التوقيع البيو ميتري، من حيث درجة الثقة و الأمان. وذلك لأنه يتيح لقراصنة الحاسوب، أو عن طريق فك رموز التشفير، تقليد بصمات الأصابع باستخدام بصمات بلاستيكية مقلدة.

ولذلك يستحسن وضع نظام معلوماتي آمن يوفر الحماية و الأمان لهذا التوقيع، عن طريق التصديق عليه من جهات معتمدة مرخص لها بممارسة هذا العمل، وتخضع لرقابة الدولة.[1]

ثالثا: الشروط الواجب توافرها في التوقيع الإلكتروني

حتى يكون للتوقيع الالكتروني أثر قانوني فيجب توافر بعض الشروط التي تضمن قيامه بالدور المنوط بالتوقيع بصفة عامة، وبالتالي فإذا لم تتوافر في التوقيع الالكتروني هذه الشروط فإنه لا يكون له أثر قانوني في الإثبات .إن الشروط الواجب توافرها في التوقيع الالكتروني نصت عليها كل القوانين التي نظمت حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات.

فقد نصت المادة 5 من القانون النموذجي اليونيسترال لعام 1996 على أنه" :لا تفقد المعلومات مفعولها القانوني أو صحتها أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها في شكل رسالة بيانات." مؤدى ذلك أنه لا يمكن رفض التوقيع الالكتروني لمجرد كونه قدم في شكل الكتروني.

فقانون اليونسترال النموذجي للتوقيع الالكتروني والصادر عام 2001 فقد أورد شروطا متقاربة للشروط السابقة فوفقا للمادة 6 /1 منه يشترط للاحتجاج بالتوقيع الالكتروني أن يكون موثوقا به، وقد أوضحت المادة 3/6 من ذات القانون أن التوقيع يكون موثوقا به إذا توافرت به أربعة شروط وهي:

[1] لزهر بن السعيد، المرجع السابق، ص 160

*أن تكون بيانات إنشاء التوقيع الالكتروني مرتبطة بالشخص الموقع.

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

*إمكان اكتشاف أي تغيير في التوقيع الالكتروني.

*أن يكون الغرض من التوقيع تأكيد سلامة المعلومات التي يتعلق بها وإمكان اكتشاف أي تغيير يجري بتلك المعلومات بعد التوقيع عليها[1].

من الواضح تأثر المشرع الجزائري بقانون اليونيسترال النموذجي الخاص بالتوقيع الإلكتروني و إقراره لنفس الشروط تقريبا، حيث عمل من خلال القانون 15-04، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين على تحديد هذه الشروط، أين نص على أنه يجب أن تتوافر في التوقيع الإلكتروني الموصوف، أن تكون مبني على أساس شهادة تصديق موصوفة، كما يجب أن يرتبط بالموقع دون سواه، وذلك من خلال تحديد هوية الموقع.

كما أكد المشرع الجزائري أن يكون التوقيع الإلكتروني مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكترونية، وأن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع، بالإضافة إلى أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به، بحيث يمكن الكشف عن أي تغيير لاحق لهذه البيانات[2].لأن التوقيع الإلكتروني يحدد شخصية الموقع دون غيره من الأشخاص، وعلى هذا الأساس يجب أن يبقى مضمون إحداث هذا التوقيع سرا على غيره من الأشخاص حتى لا يستغل و يستعمل من قبل الآخرين، فتنعس على الآثار و التبعات القانونية للتوقيع في مواجهة الغير.

[1] المادة 5 و 6 من **القانون اليونيسترال النموذجي الخاص بالتوقيع الإلكتروني**، المرجع السابق.

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

رابعا: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

يؤدي التوقيع في شكل الكتابي مجموعة متنوعة من الوظائف حسب الذي يخمل التوقيع، فمثلا التوقيع يمكن أن يكون دليلا على نية الموقع لإقراره بتحرير نص مستند و أيضا كدليل للإثبات في حالة قيام نزاع مستقبلي بين الأطراف، و يعد أيضا أداة للتعبير عن إرادة الشخص في قبوله الالتزام بمضمون العقد، ووسيلة لتوثيق العقد و تأمينه من التعديل كما أنه يميز شخصية صاحبه و يحدد هويته.

أما التوقيع الإلكتروني فعلى خلاف قيامه بالوظائف السابقة فهو يختلف عن التوقيع التقليدي بالنظر إلى أن الإستيثاق من شخصية صاحب التوقيع يتم بشكل روتيني في كل مرة يتم فيها استخدام الرقم السري أو المفتاح الخاص، و بالتالي فإنه لا مجال للانتظار حتى ينشب النزاع للبحث في مدى صحة التوقيع كما هو الشأن في معظم الأحوال بخصوص المحررات الموقعة بخط اليد، أضف إلى ذلك ما توفره تقنية الحديثة في تأمين التوقيع الإلكتروني عن طريق ما يسمى نظام المعاملات الإلكترونية الآمنة، حيث يحقق هذا النظام عنصر التحقق من شخصية صاحب التوقيع.

كما يوجد نظام تأمين أخر يستخدمه الأشخاص في حال زيارة مواقع الويب عبر الانترنت يسمى بروتوكول تأمين طبقة المقياس، و يهدف إلى نقل المعلومات و البيانات بين العميل و الوحدات التجارية، و بصفة خاصة تأمين بيانات بطاقات الدفع البنكية، وقد تم تطوير هذا البروتوكول بواسطة إحدى الشركات التي تعمل في مجال برامج التصفح عبر مواقع الويب المنتشرة على انترنت، وهي شركة نت سكيب.

لقد أوضح القانون النموذجي للتوقيع الإلكتروني سنة 2001 الشروط التي يتعين توافرها في التوقيع الإلكتروني حتى يؤدي دوره في الإثبات، كما تناول هذا القانون أيضا تحديد سلوك مقدم خدمات التوثيق ،كل هذا من أجل توفير الحماية اللازمة للمستند الإلكتروني و بالتالي منحه الحجية الكاملة مما يترتب عليه ثقة المتعاملين عبر الانترنت به.

ونص القانون الفيدرالي الأمريكي الصادر في 2000/6/30 على أنه لا يجب إنكار الأثر القانوني للتوقيع الإلكتروني، ولا إنكار صلاحيته أو تنفيذه فقط لأنه في شكل توقيع إلكتروني.

أما في فرنسا فقد حسم المشرع الأمر بمنح التوقيع الإلكتروني الحجية اللازمة في الإثبات المطلوب للمحررات الإلكترونية كمحررات عادية معدة للإثبات، كما يلاحظ أنه اعترف للتوقيع الإلكتروني من خلال اعترافه بوظائفه من حيث تحديد شخص الموقع وصحة إرادته.[1]

كما اعترف التوجيه الأوربي الصادر في 13 ديسمبر 1999 بالتوقيع الإلكتروني، و حث الدول الأعضاء في الاتحاد الأوربي على منحة الحجية القانونية في التعاملات الإلكترونية، وقد ميز هذا التوجيه بين نوعين من التوقيع الإلكتروني، هما التوقيع الإلكتروني المتقدم أو المعزز و التوقيع البسيط.

و لثبوت حجية التوقيع الإلكتروني نجد أن المشرع الإماراتي قد أشار في المادة 1/10 اشترط وجود التوقيع على مستند، ونص على ترتيب نتائج معينة، و في غياب ذلك فإن التوقيع الإلكتروني الذي يعول عليه في إطار المعنى الوارد في المادة 21 من نفس القانون يستوفي الشرط.

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

أما القانون المصري فقد استجاب لمتطلبات المعاملات الإلكترونية بصدور قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 الذي تضمن نصوصا تضمن مبدأ المساواة بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع الخطي التقليدي من حيث الحجية المقررة للتوقيعات التي تتم على الوسائط الورقية، شريطة أن يستوفي التوقيع الشروط و الضوابط الفنية المطلوبة وفق اللائحة التنفيذية و التي منها اعتماد التوقيع من جهة التصديق المرخص لها اعتماد التوقيعات الإلكترونية.[1]

كما أن المشرع الجزائري أعطى للإثبات في الشكل الإلكتروني نفس حجية في الإثبات للكتابة على الورق، شرط إمكانية التأكيد من هوية الشخص الذي أصدرها و أن تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها.[2]

كما أن القانون التونسي جرم الاعتداء على التوقيع الإلكتروني بالمادة 48 التي نصت على أن "يعاقب كل من استعمل بصفة غير مشروعة عناصر تشفير شخصية، المتعلقة بإمضاء غيره بالسجن لمدة تتراوح بين ستة أشهر و عامين و بغرامة تتراوح بين 1000 و 10000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين".

ومما سبق يتضح أن التوقيع الإلكتروني وإن كان يناظر التوقيع الخطي التقليدي من حيث الشكل إلا أنه يناظره من حيث الوظيفة و الهدف و الحجية، ويبقى الاختلاف الجوهري بينهما في الوسيلة المستخدمة، حيث يتم التوقيع الإلكتروني باستخدام وسائط إلكترونية.[3]

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

[2] المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني رقم : 05-10،المرجع السابق

[3] لزهر بن السعيد، المرجع السابق، ص 148

الفرع الثالث

السجل الإلكتروني

كان من نتائج التطور الهائل في التكنولوجيا التبادل الإلكتروني للبيانات ظهور الحاجة إلى البحث عن وسيلة لحفظ، و توثيق و تخزين هذه البيانات، والمعلومات مم أدى إلى ظهور السجل الإلكتروني.

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

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

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

أولا: تعريف السجل الإلكتروني

عرف القانون الأردني للمعاملات الإلكترونية السجل الإلكتروني في المادة 2 منه بأنه " القيد أو العقد أو رسالة المعلومات التي يتم إنشاؤها و إرسالها أو تسليمها أو تخزينها بوسائل إلكترونية . [1]

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

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

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

[1] المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 58 لسنة 2001 -1

ثانيا: مزايا السجل الإلكتروني

للسجل الإلكتروني مجموعة من الإيجابيات التي نذكر أهمها:

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

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

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

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

ثالثا: حجية السجل الإلكتروني في الإثبات

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

[1] لزهر بن السعيد ، المرجع السابق ، ص 136

1-قانون إمارة دبي للمعاملات و التجارة الإلكترونية:

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

*أن يتم حفظ البيانات حسب الأصل الذي أنشئت أو أرسلت أو استقبلت به ، أو بأي شكل آخر يثبت أن السجل الإلكتروني يحتوي على نفس المعلومات الأصلية عند إرسالها ، أو استلامها، وذلك دون أي تعديل أو تغيير أو تحريف.

*أن يتم حفظ السجل في شكل يمكن للأشخاص المخول لهم من الرجوع بسهولة إلى البيانات و المعلومات المحفوظة به.

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

2-القانون الأردني للمعاملات الإلكترونية

أعطى المشرع الأردني للسجل الإلكتروني نفس الآثار القانونية المترتبة على الدفاتر التجارية التقليدية بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامها لأطرافها ،أو صلاحيتها في الإثبات ، وأنه لا يجوز إنكار الأثر القانوني للسجلات الإلكترونية لمجرد أنها أجريت بوسائل إلكترونية.

كما نص على أن السجل الإلكتروني يكتسب أثره القانوني، و يكون لهذا السجل صفة النسخة الأصلية إذا توافرت فيه عدة شروط تتمثل في أن تكون المعلومات

[1] المادة (8 / 1 / أ) ، **من قانون إمارة دبي للمعاملات و التجارة الإلكترونية**

الواردة في ذلك السجل قابلة للاحتفاظ بها ، و تخزينها بحيث يمكن في أي وقت الرجوع إليها ، و أن يتم الاحتفاظ بالسجل الإلكتروني بالشكل الذي تم به إنشاؤه أو إرساله أو تسلمه، و أن تدل المعطيات الواردة في السجل على المنشئ، و المستلم و تاريخ، ووقت إرسالها و استلامها .

وإذا توافرت الشروط السابقة يمكن لأحد طرفي المعاملة الإلكترونية أن يقدم سجلاته الإلكترونية كوسيلة لإثبات طلبه، أو دفوعه إذا اكتملت في هذه السجلات الشروط المحددة أعلاه.

ونخلص إلى أن حجية السجل الإلكتروني في الإثبات ترتبط بحفظه بطرقة تكفل سلامته حتى يمكن التمسك به كدليل أمام القضاء، أي في حالة إذا ما قام نزاع بين طرفي المعاملة الإلكترونية.

كما تبرز ضرورة تعيين جهة محايدة تتولى مباشرة مراقبة، و متابع السجلات الإلكترونية، باعتبار أن هذه الجهات ذات طابع تكنولوجي، فالاحتجاج بالسجل الإلكتروني في الإثبات يقتضي أن تكون المعاملات الإلكترونية التي تمت بين الطرفين قد تم حفظها و تخزينها بدقة، وهو ما يقتضي من الناحية العملية خضوعها لرقابة جهة ثالثة موثوق بها وذات طابع تقني مستقلة، وغير خاضعة لسيطرة أي من الطرفين .[1]

[1] عبد الوهاب مخلوفي، المرجع السابق ، ص ص 257-258

الخـــاتمـــــــــة

خاتمـــة

إن التجـارة فـي العـالم إختصـر فيهـا الزمـان و قـرب فيهـا المكـان، ممـا جعـل لنـا مولـودا كبيـرا يعـرف باسـم التجـارة الإلكترونيـة التـي أفـرزت بـدورها وسـيلة للتعاقـد عـن بعـد عرفـت بالعقـد الإلكترونـي والـذي يعـد مـن أهـم موضـوعات الوقـت الـراهن و لـذلك و بعـد أن أكملـت – بفضـل مـن الله سـبحانه و تعـالى و بحمـده – هـذه الدراسـة فإنـه يمكن القول في نهايتها أنني توصلت للآتي:

النتائـــــج :

1-نظـر للعلاقـة الوثيقـة بـين شـبكة الانترنـت و التجـارة الإلكترونيـة، فقـد سـعينا مـن خـلال هـذه الدراسـة إلقـاء الضـوء علـى تلـك الظـاهرة التـي غـزت عـالم المعـاملات التجاريـة، ومنهـا التجـارة الإلكترونيـة التـي خلقـت مجتمـع المعـاملات اللاورقيـة حيـث تقـوم أساسـا علـى شـبكات الاتصـال و المعلومـات والتـي مـن أهمهـا الانترنت.

2-و تناولنـا العقـد التجـاري الإلكترونـي مـن ناحيـة التعريـف بـه بيـان أهـم خصـائص المميـزة لـه، و قـد تبـين لنـا أن أهـم مـا يميـزه عـن غيـره مـن العقـود، هـو الطـابع غيـر المـادي فـي إبرامـه و /أو تنفيـذه عبـر شـبكة الانترنـت وهـو التعريـف الإجرائـي الـذي خلصـنا إليـه فـي ظـل غيـاب تعريـف جـامع مـانع للعقـد الإلكترونـي، وهـذا بالاعتمـاد علـى النصـوص القانونيـة الدوليـة و القـوانين المقارنـة، و كـذلك الاسـتعانة بـالآراء الفقهيـة، فهـو عقـد عـادي إلا أنـه ينشـأ مـن خـلال تلاقـي الإيجـاب و القبـول عبـر شـبكة دوليـة مفتوحـة الاتصـال عـن بعـد " الانترنت".

3-فـي مـا يخـص التعبيـر الإلكترونـي عـن الإرادة خلصـنا إلـى أن القواعـد العامـة الـواردة فـي القـانون المـدني أجـازت التعبيـر عـن الإرادة إلكترونيـة متـى تحققـت شـروط صـحة الإرادة لتعبيـر عنهـا، وصـلاحية السـكوت للتعبيـر الإلكترونـي عـن الإرادة قبـولا أو رفضـا فـي التعاقـد الإلكترونـي بحسـب الأحـوال. وذلـك إذا كانـت طبيعـة التعامـل أو العـرف التجـاري تـدل علـى ذلـك أو كـان تعامـل سـابق بـين المتعاقدين أو اتفاق صريح بينهم.

4-أمـا فـي مـا يتعلـق بـالأثر البيئـة الإلكترونيـة علـى سـلامة الإرادة فقـد بينـا أن عيـوب الإرادة الـواردة فـي القـانون المـدني جـاءت علـى سـبيل الحصـر وهـي التـدليس و الغلـط و الاسـتغلال و الغـبن و الإكـراه، يمكـن أن تـؤثر علـى العقـد الإلكتروني ولكن في حالات و شروط محددة.

5-ومـن خـلال استعراضـنا للإيجـاب الإلكترونـي أوضـحنا الخصوصـية التـي يتميـز بهـا حيـث يـتم اسـتخدام وسـيط إلكترونـي مـن خـلال شـبكة الاتصـالات و المعلومات، و ميزنا بينه و بين مجرد الدعوى للتعاقد

6-و قـد تناولنـا كـذلك القبـول الإلكترونـي وطـرق التعبيـر عنـه سـواء بواسـطة البريـد الإلكترونـي، أو بـالتعبير عنـه بـالنقر علـى الأيقونـة المخصصـة للقبـول، و مـلء العقـد الموجـود علـى موقـع التـاجر و المعـد سـابقا. وخلصـنا إلـى أحقيـت المسـتهلك فـي العـدول عـن القبـول فـي التعاقـد الإلكترونـي حمايـة لـه خلافـا للقواعد العامة، لأنه لا يملك خيار الرؤية.

7-كمـا انتهينـا إلـى أن مجلـس العقـد فـي التعاقـد الإلكترونـي هـو تعاقـد بـين حاضـرين زمانـا، و غـائبين مكانـا، إلا فـي حالـة التعاقـد غيـر اللحظـي يكـون بـين غائبين مكانا و زمانا.

8-بالنسبة لزمان إبرام عقد التجارة الإلكترونية وجب التفرقة بين التعاقد من خلال البريد الإلكتروني، حيث يتم تطبيق نظرية وصول القبول، و بين التعاقد المباشر، أو اللحظي، حيث ينعقد العقد منذ للحظة التي يوافق فيها القابل بالضغط على خانة القبول.

9-و بالنسبة لمكان إبرام عقد التجارة الإلكترونية، فقد تم الاعتداد بالمكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، و إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه فروع فإنه يعتد بالمقر العمل الأوثق صلة بالمعاملة المتعلقة بالعقد و تنفيذه، وفي حالة عدم وجوده مقر عمل للمنشئ، أو المرسل إليه اعتد بمحل الإقامة المعتادة.

10- أما في ما يخص الآثار المترتبة على إبرام العقد التجاري الإلكتروني، فإنه يرتب التزامات على عاتق الطرفين، فمن جهة البائع فطبقا للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني، فإنه يلتزم بوضع المبيع بحوزة المشتري ونقل الملكية و ضمان العيوب الخفية، و من جهة المشتري يقع على عاتقه تسلم المبيع و كذلك دفع الثمن إلكترونيا.

11- كما تعرضنا للتوثيق الإلكتروني من خلال تعريف جهة التوثيق، و دورها، و التزاماتها، ومسئولية مقدمي خدمات التصديق، و أخيرا شهادة التوثيق الإلكتروني وما يجب أن تحتويه من بيانات. و انتهينا إلى أهمية جهة التوثيق في توفير الثقة، الأمان في المعاملات الإلكترونية.

12- كما تطرقنا إلى الكتابة الإلكترونية، و بيان الشروط الواجب توافرها، و حجيتها في الإثبات، وخلصنا إلي أن غالبية التشريعات قد أقرت بالمساواة بين الكتابة التقليدية، و الكتابة الإلكترونية في الإثبات، و أعطتها نفس القوة بشرط أن تكون مقروءة، و مستمرة، ودائمة، و غير قابلة للتعديل.

13- أما في ما يخص التوقيع الإلكتروني، فقد بينا أن الغرض منه هو التأكد من سلامة رسالة البيانات، و أنها جاءت، أو سلمت من مصدرها دون أن تتعرض لأي تغيير، أو تعديل، أو تحريف في محتواها أثناء عملية النقل، فضلا عن تعريفه، و صوره، و شروط الواجب توافرها فيه حتى يمكن الاحتجاج به.

14- وأخيرا تعرضنا في بحثنا هذا للسجل الإلكتروني الذي يهدف إلى توثيق المعلومات بطريقة تضمن سلامتها و استرجاعها كاملة عند اللزوم لأطراف التعاقد أو للأشخاص المرخص لهم. وقد بينا أن أغلب التشريعات قد أقرت الحجية القانونية للسجلات الإلكترونية.

الاقتراحـــــات

1-إضفاء المزيد من الثقة و الأمان في معاملات التجارة الإلكترونية، وحمايتها من طرف الباحثين في مجال تكنولوجيا الاتصالات بذل المزيد من الجهد لإيجاد وسائل أكثر نجاعة لتأمين معاملات التجارة الإلكترونية وحمايتها من القراصنة.

2-ضرورة تطوير النظام المصرفي حتى يتلاءم مع شبكات الاتصال الحديثة، و يقبل التعامل من خلالها، ويقدم التسهيلات اللازمة لإنجاز معاملات التجارة الإلكترونية و التوسع في استخدام بطاقات الائتمان .

3-تعديل القوانين، و اللوائح الجمركية، والضريبية لتتناسب مع التجارة الإلكترونية، لأن قوانين الجمارك الحالية وضعت لتتعامل مع التجارة التقليدية، كما أن الواقع العملي أظهر صعوبة تطبيق أحكام الضرائب الحالية على المعاملات الإلكترونية.

قائمـــة المصادر والمـــراجـــع

أولا: قائمة المصادر:

1-القرآن الكريم

2-إبن منظور، لسان العرب، الجزء السادس، مطبعة مصر الحديثة، 2001.

*** النصوص القانونية:**

1-- قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996.

2-- قانون الأونيسترال التموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام 2001.

3- - قانون التوجيه الأوروبي رقم 99/93 بشأن التوقيع الإلكتروني لسنة 1999.

4- - قانون المبادلات و التجارة الالكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000.

5-- قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 58 لسنة 2001.

6-- قانون المعاملات و التجارة الإلكترونية رقم 2 المؤرخ في 12 فيفري 2002.

7-- قانون التوقيع الكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004.

8-- القانون المدني الجزائري رقم: 59/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

9-- القانون رقم: 15-04، المؤرخ في أول فيفري 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين.

***المراسيم التنفيذية:**

1-- المرسوم التنفيذي رقم : 07-162، المؤرخ في 30 ماي 2007، يعدل و يتمم المرسوم التنفيذي رقم 01-123، المؤرخ في 09 ماي 2001 و المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية و اللاسلكية.

2-- المرسوم التنفيذي رقم 16-142 المؤرخ في 5 ماي 2016 يحدد كيفيات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا.

3-المرسوم التنفيذي رقم 16-134 المؤرخ في 25 أفريل 2016 يحدد تنظيم المصالح التقنية و الإدارية لتصديق الإلكتروني، و سيرها و مهامها.

ثانيا: قائمة المراجع:

أ /- الكتب:

***الكتب العامة:**

1- المعجم ،مصطلحات التجارة الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية ،الطبعة الأولى ،لبنان،2008.

2- نصار محمد الحلالمة، التجارة الإلكترونية في القانون، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان.

3- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الثاني مصادر الالتزام، الكويت 1966.

4- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف الإسكندرية،2004.

5: سلطان عبد الله محمود الجواري، عقود التجارة الإلكترونية و القانون الواجب التطبيق – دراسة_مقارنة – ،منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى ،بيروت،2010 .

***الكتب الخاصة:**

1-أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد و أثره في عقود التجارة الإلكترونية،_دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2005 .

2-الياس ناصيف، العقود الدولية العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية،الطبعة الأولى، بيروت- لبنان 2009.

3-:جمال نادر، أساسيات ومفاهيم التجارة الالكترونية، دار الإسراء للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الاردن 2005.

4-توفيق حسن فرج ، **قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2006.

5-وليد الزيدي ،التجارة الإلكترونية عبر الأنترنت ، دار المناهج للنشر و التوزيع، الطبعة 1 ،الأردن2010.

6-لزهر بن السعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2012.

7-محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الأنترنت، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الثانية ،الجزائر.

8-محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت ، دار المطبوعات الجامعية ، ، الطبعة الأولى، الإسكندرية- مصر 2004.

9-محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى لبنان2010.

10- محمد فواز مطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر و التوزيع ،الطبعة الأولى عمان 2006.

11- نضال سليم برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، طبعة الاولى ، عمان2009.

12- عادل أبو هيشمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات في القانون الدولي الخاص دار النهضة العربية، 2004 .

13- عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الأنترنت ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، 2006.

14- عبد الفتاح بيومي حجازي ، التجارة الإلكترونية ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة الأولى ، مصر2009.

15- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، منشورات الحلبي بيروت، الطبعة الثالثة 1986.

16- على فيلالي ، الإلتزامات ، النظرية العامة للعقد ، مطبعة الكاهنة 1997

17- فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت ، لبنان2010.

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

19- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني- دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الطبعة الثانية،ا لإسكندرية2011.

20- كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الالكتروني ، دار الجامعية الجديدة ، الإسكندرية2011

ب / الرسائل الجامعية:

1- بلقاسم حامدي، إبرم العقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، 2015/2014 .

2- بخالد عجالي، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري،_أطروحة دكتورة، جامعة مولود معمري- تيزي وزو ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2014.

3- سردوك هيبة، الإثبات الإلكتروني في المعاملات الإدارية، أطروحة الدكتوراه، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق ، السنة الجامعية: 2014-2015.

4- عبد الوهاب مخلوفي، التجارة الإلكترونية عبر الانترنت، أطروحة دكتوراه ، جامعة الحاج لخضر – باتنة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق،2011-2012 .

5- : فاتح بهلولي، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في ظل التشريع الجزائري، أطروحة دكتورة ، جامعة مولود معمري – تيزي وزو ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق ، 2017 .

6- آلاء احمد محمد حاج علي، التنظيم القانوني لجهات التصديق على التوقيع الإلكتروني، أطروحة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، 2013.

7- الزهرة صولي، النظام القانوني للعقد الإلكتروني ، مذكرة الماجيستير، جامعة محمد خيضر بسكرة ،كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق.

8- حميدان الهادي، النظام القانوني للتوقيع الإلكترونية- دراسة مقارنة –، مذكرة ماجستير، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، 2010-2011.

9- سليمة مغني، وسائل الدفع الإلكترونية و انعكاساتها على الوطن العربي و الجزائر خاصة، مذكرة الماستر، جامعة خميس مليانة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، 2013-2014.

ج / مقالات و أبحاث

1-يوسفي نور الدين، تطبيق منهج قاعدة التنازع الدولية على عقود التجارة الإلكترونية، مجلة المفكر العدد 13، جامعة محمد خيضر بسكرة ،2016 .

2-محمد عقون، حجية التوقيع الإلكتروني، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 46 ،الجزء الأول، جامعة محمد خيضر بسكرة ، مارس 2017.

3-مصطفى بوادي، الدفع الإلكتروني كآلية لحماية المستهلك و مظاهر تطبيقه في **التشريع الجزائري**، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، العدد الرابع عشر 2017.

4-حورية لشهب، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الثالث والعشرون، 2011.

د / مواقع إلكترونية :

1-www.unicitral.org/unicitral/ar/unicitral-textes

2-www.unicitral.org/unicitral/ar/index.htm

3-www.uk.legislation.hmso.uk/acts2000/2000.

4-www.tashreaat.com/view

5-www.journal-officil.gow.fr

6-www.droit-téchnolgie.org