مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الحاج لخضر باتنة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

إبرام العقد الإلكتروني

أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية

تخصص: قانون الأعمال

إعداد الطالب:

بلقاسم حامدي

إشراف الدكتور:

علي قريشي

لجنة المناقشة

أ.د.رقية عواشرية	أستاذة التعليم العالي	جامعة باتنة	رئيساً
د.علي قريشي	أستاذ محاضر أ	جامعة باتنة	مشرفًا ومقرراً
أ.د.سليم بشير	أستاذ محاضر أ	جامعة باتنة	عضواً ممتحناً
د.عصام نجاح	أستاذ محاضر أ	جامعة قالمة	عضواً ممتحناً
د.ابراهيم ملاوي	أستاذ محاضر أ	جامعة أم البواقي	عضواً ممتحناً
د.مجاجي منصور	أستاذ محاضر أ	جامعة لمدية	عضواً ممتحناً

السنة الجامعية: 2014-2015

كلمة شكر

الشكر لله العلي العظيم الذي لا إله سواه بشكره فوز الشاكرين وفي ذكره شرف الذاكرين ولطلبه مجيب السائلين والذي بفضله وفقني لإتمام هذا العمل المتواضع.

أتقدم بالشكر الجزيل للمشرف الذي أمتزج فيه العلم بالخلق الرفيع وقدم لي الإرشاد والنصح الوفير وأعطاني من وقته الكثير وله مني تحية وتقدير والذي رافقني في عملي إلى أن خرجت هذه الأطروحة إلى النور.

أتقدم بالشكر والامتنان وبالتقدير والعرفان إلى أعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم بمناقشة هذه الأطروحة وإفادتهم بملاحظاتهم القيمة وتوجيهاتهم السديدة ولهم مني تحية خاصة وخالصة.

وأخيرا فإن الشكر موصول لكل من مد يد العون والمساعدة من قريب أو من بعيد في إتمام هذا الجهد المتواضع.

إهداء

إلى روح والدتي التي عاجلتها المنية قبل أن تراني على ما كانت تتمنى أن تراني عليه رحمها الله وأسكنها فسيح جناته.

إلى من تنحني هامتي له خجلاً

والدي

إلى من ينتشي الفؤاد للقائهم أملاً

أسرتي

مقدمة

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

يشهد هذا العصر ثورة معلوماتية لم يسبق لها مثيل في التكنولوجيا وما صاحبها من تطور بشكل كبير ومتسارع في شبكة الاتصالات الرقمية، قربت المكان واختصرت الزمان وألغت الحدود الجغرافية بين الدول وهذه الوسيلة ألقت بظلالها على كافة جوانب الحياة، بعد أن كانت مقتصرة على أغراض عسكرية وأكاديمية في الولايات المتحدة الأمريكية عام 1969، ثم تحولت لتستخدم لأغراض مدنية واقتصادية، وفتحت المجال واسعاً لإبرام العقود بمختلف أنواعها، مما أدى إلى ظهور نوع جديد من التبادل التجاري يسمى بالتجارة الالكترونية عبر شبكة الانترنت "تجارة العصر والمستقبل" وكان ذلك عام1993، وأصبحت السلعة والخدمة معروضة بطريقة منظورة غير ملموسة حيث يتفاوض الأطراف المتعاقدون عن بعد فيتبادلون المعلومات وسائر البيانات بسرعة فائقة في مجلس عقد افتراضي ويثير التعامل عبر الانترنت العديد من التساؤلات حول هذه الوسيلة التي لا تعترف بالكثير من المسلمات التقليدية كالسلطة المالكة لها والحدود الجغرافية والكتابة على الورق.

وبات من الضروري البحث عن وسائل معالجتها وضبطها في اطارها المشروع مما خلق تحدياً أمام النظم القانونية، ومن أبرزها التعاقد عن بعد عبر شبكة الانترنت وقانونية المعاملات الالكترونية كالتعبير عن الارادة وتطابقها عن طريق تبادل رسائل البيانات، نظام الوفاء، الإثبات، وقد أدت أشكال الانتهاكات والجرائم اليومية في بيئة التجارة الإلكترونية إلى تزايد المنازعات الناجمة عن هذه المعاملات مما يستدعي البحث عن القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة للنظر في النزاع، ومدى مواءمة النصوص القانونية القائمة مع ما أفرزته وسائل الاتصال الحديثة من اشكاليات وتحديات، مما يتطلب دراسة مسحية لكافة التشريعات دون استثناء لضمان عدم تناقض أحكامها.

لذا برزت العديد من المحاولات القانونية على الصعيد الفقهي والقضائي والتشريعي للوقوف على مشكلات هذا التعامل وأشكال النزاعات التي تثار بسبب التعامل بالوسائط الإلكترونية واقتراح الحلول المناسبة بشأنها من أجل تنظيمها وتأطيرها.

وأدى ازدياد معاملات التجارة الإلكترونية التي أصبحت واقعاً عملياً فرض نفسه على المؤسسات الدولية والداخلية المهتمة بتسهيل وتوحيد القواعد القانونية التي تطبق على التجارة الإلكترونية في جميع دول العالم والاهتمام بمختلف الجوانب المتعلقة بالتبادل الإلكتروني للمعاملات.

وبعد دراسة مضنية جاءت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اليونسترال (UNCITRAL) بإصدار القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996 الذي يحتوي على مجموعة من القواعد والإرشادات التي تهدف إلى تهيئة بيئة قانونية أكثر ملائمة للتجارة الالكترونية ،كما صدر أيضا قانون اليونستيرال النموذجي للتوقيع الإلكتروني لسنة 2001 بهدف الاعتراف بحجيته وبيان شروطه والمتطلبات اللازمة لذلك، متضمنا دعوة الدول الأعضاء في الامم المتحدة للأخذ به، سواء بإصدار تشريعات مستقلة و بإجراء تعديلات على قوانينها الداخلية، واستجابت العديد من التنظيمات الدولية والاقليمية كالاتحاد الاوروبي الذي بادر بوضع مشروع قانون نموذجي لدول الاتحاد الأوروبي مستوحياً من دراسة الامم المتحدة السابقة، وتلا ذلك العديد من المبادرات الداخلية، إلى أن أصبحت هذه الأطر القانونية للمعاملات الالكترونية حقيقة وواقعاً تشريعياً غربياً

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

ر فيه الفقه والقضاء اجتهاداته، أما على المستوى العربي فإن التشريعات التي أقرتها كثير من الدول لم تكن سوى ترجمة وتقليد لم يسبقها سوى القليل من الاجتهاد والتحليل.

أولاً: موضوع البحث

يتمثل موضوع هذه الأطروحة في :"ابرام العقد الالكتروني" الذي يتم من خلال شبكة الانترنت بين التجار، وبين التجار والمستهلكين لذى حاولنا بيان البيئة الالكترونية للعقد من خلال التعرض لشبكة الانترنت والتجارة الالكترونية وبيان ماهية العقد الالكتروني وتمييزه عن غيره من العقود، حيث يثور التساؤل حول التفاوض الالكتروني ووسائله ومدى جواز التعبير عن الارادة وتطابقها باستخدام رسائل البيانات الالكترونية، وعن زمان ومكان الايجاب والقبول وطريقة تنفيذ العقد، ومدى حجيته في الإثبات وطرق فض منازعاته.

ثانياً: أهمية موضوع البحث

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

1.الأهمية العملية: تكمن الأهمية العملية لموضوع البحث في ارتباطه بعقود أصبح التعامل بها يزداد يوما بعد يوم مما يستدعي إيجاد أساليب لحماية هذه العقود، فالتعامل من خلال شبكة الاتصالات الالكترونية في صورة عقود دولية أصبح من الأمور المفروضة على الدول والافراد بالنظر إلى ما تحققه من قيمة مادية واقتصادية وما توفره من جهد ووقت من الانتقال والسفر من بلد إلى آخر.

إن الاهتمام الوطني والدولي بهذا النوع من العقود أصبح متزايدا نظرًا لأهميتها الكبيرة في حياة الافراد والدول، ومن الهيئات التي تصب اهتمامها على هذه العقود لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي، ومنظمة التجارة العالمية ومنظمة التعاون والتنمية الاقتصادية، ومجلس أوروبا والمنظمة العالمية للملكية الفكرية، فضلا عن انظمة قانونية وطنية عديدة.

2.الأهمية العلمية: إن الأهمية العلمية والقانونية للبحث فإنها تساعد المتعاملين في هذا المجال بتوعيتهم بالآثار القانونية للتعامل عبر هذه الوسيلة الحديثة ومساعدة الدول في جهودها الساعية إلى استيعاب العمليات الالكترونية، التي تتم بواسطة الانترنت عبر دراسة ما يتعلق بانعقاد العقد الالكتروني والتركيز على الامور العلمية التي تشكل عقبة في طريق توسعة استخدام شبكة الانترنت في التعاقد وطرح الحلول المناسبة لها وتقديم الأطر القانونية الملائمة لتنظيم معاملات التجارة الالكترونية بالشكل الذي يحقق الثقة والآمان القانوني للطرفين المتعاقدين عبر الانترنت.

ثالثاً: أسباب اختيار الموضوع

نظرا لظهور ما يسمى بالعقد 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

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

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 الى تخوف وتردد التجار والمستهلكين على التعامل بهذا النمط من العقود، وخاصة في ظل الفراغ التشريعي الذي تعاني منه غالبية الدول في مجال المعاملات الإلكترونية.

رابعاً: صعوبات البحث

إن من بين الصعوبات التي واجهتنا في هذا الموضوع قد ترجع إلى ما يتسم به البحث من صبغة فنية حيث ينبغي عند معالجة موضوع البحث ضرورة الإلمام بالجوانب الفنية لتقنيات الاتصال الحديثة لاسيما الإنترنت، لأنه يهدف إلى إيجاد بعض الحلول للمشكلات القانونية التي تثيرها هذه التقنيات في مجال التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة سواء من حيث التفاوض على العقود أو إبرامها وتنفيذها في بعض الحالات، كما ترجع صعوبة البحث إلى ندرة الدراسات القانونية المتخصصة في الموضوع باللغة العربية وحتى الموجودة منها فلم تعطي العقد الالكتروني حقه من الدراسة والبحث، كما ترجع صعوبة البحث أيضا إلى عدم وجود قانون في الجزائر حتى الآن ينظم التجارة الالكترونية ويحدد المسؤولية القانونية في إطار العقود الالكترونية.

بالإضافة إلى حداثة الموضوع وتشعبه وسعته أوجب التطرق إلى فروع القانون المختلفة كالقانون المدني والقانون التجاري والقانون الدولي الخاص، واللجوء الى العديد من الأنظمة الوطنية لكثير من الدول والاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية والتوجهات الأوروبية.

ومن الصعوبات كذلك تلك الناجمة عن التطورات السريعة والمستمرة في مجال تقنيات الاتصال التي تتطلب المتابعات الدقيقة والمتأملة ادى الى استمرار الجدل الفقهي حول الكثير من السائل التي تناولناها في بحثنا هذا آملين أن يكون من بعده حسن الاستفادة المرجوة.

خامساً: إشكالية البحث

إن الإشكالية الرئيسة للبحث تتمثل في الإجابة على التساؤل التالي:

إلى أي مدى يمكن القول بكفاية ومسايرة النصوص القانونية التقليدية لتنظيم العقود المبرمة عبر شبكة الانترنت؟ وهل الأمر يتطلب إصدار تشريع جديد خاص بالمعاملات الإلكترونية أم تعديل وتطويع بعض التشريعات القائمة؟ وما مدى استجابة المشرع الجزائري لذلك؟.

وتندرج ضمن هذه الإشكالية أسئلة فرعية:

1. كيف ينعقد العقد الإلكتروني بالتراضي في مجلس افتراضي؟ وكيف يتم التحقق من هوية المتعاقدين وكمال أهليتهم من خلال شبكة الانترنت؟.
2. كيف يتم الوفاء بالالتزامات عبر الفضاء؟ وماهي التحديات التي تواجه اثبات ذلك؟.
3. كيف يتم حل المنازعات الإلكترونية؟ وماهي آليات تسويتها؟.

سادسا: مناهج البحث

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
تقتضي طبيعة موضوع الدراسة الاعتماد على العديد من المناهج، وذلك للإحاطة بالمسائل القانونية التي تناولتها الدراسة ومنها.

1. **المنهج التاريخي**: الذي يظهر جليًا في الفصل التمهيدي حيث تم من خلاله تتبع مراحل تطور وسائل الاتصال واستعمالها في التعاقد الأمر الذي يدلنا على فهم واستبصار التطورات المستقبلية، وحل المشكلات التي نواجهها في الحاضر في ضوء خبرات الماضي لان الحاضر وليد الماضي والمستقبل ابن الحاضر.
2. **المنهج التحليلي:** ونعرض من خلاله للنصوص القانونية المختلفة والمتعلقة بموضوع البحث ومدى ملاءمة النصوص القانونية الواردة في القواعد العامة لمشكلات التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة، ومدى الحاجة الى إصدار تشريعات متخصصة في هذا المجال، لسد أي فراغ تشريعي وذلك بتحليل تلك النصوص واستخلاص النتائج منها والأهداف التي تدعو إلى تحقيقها.
3. **المنهج المقارن**: فيظهر بدوره في جل موضوعات البحث من خلال عرض ومقارنة وتحليل مختلف التشريعات والاتفاقيات والتوجيهات الصادرة بشأن التجارة الإلكترونية، وتأثيرها وتأثرها في ظل المعاملات الإلكترونية والتطورات الحاصلة في ميدان المعلوماتية والاتصال.

سابعاً: خطة البحث

قسمنا موضوع البحث إلى ثلاثة أبواب رئيسية يسبقها فصل تمهيدي ينتهي بخاتمة وذلك كما يلي:

الفصل التمهيدي: بيئة العقد الإلكتروني

الباب الأول: انعقاد العقد الإلكتروني، وقسمناه إلى ثلاثة فصول

الفصل الأول: تكوين العقد الإلكتروني

الفصل الثاني: صحة العقد الإلكتروني

الفصل الثالث: تنفيذ العقد الإلكتروني

الباب الثاني: إثبات العقد الالكتروني، وقسمناه إلى ثلاثة فصول

الفصل الأول: الكتابة الإلكترونية

الفصل الثاني: التوقيع الإلكتروني

الفصل الثالث: التوثيق الالكتروني

الباب الثالث: منازعات العقد الإلكتروني وآليات تسويتها، وقسمناه إلى ثلاثة فصول

الفصل الأول: القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني

الفصل الثاني: القضاء المختص بنظر تلك المنازعات

الفصل الثالث: آليات تسوية المنازعات

خاتمة: تتضمن أهم ما توصلنا إليه من نتائج واقتراحات

الفصل التمهيدي

بيئة العقد الإلكتروني

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
تمهيد:

إن التطور التكنولوجي الرهيب الذي شهده العالم في وسائل الاتصالات والمعلومات المستخدمة في التعاقد عن بعد لم يكن معهودًا من قبل، نتيجة ظهور الأقمار الصناعية ودخولها مجال الاتصالات والإعلام، مما أدى إلى زيادة الترابط بين الأسواق الخارجية وأضفى على المعاملات التجارية صفة العالمية. كما ترتكز هذه الثورة التكنولوجية على العديد من المقومات منها؛ استحداث طرق لتخزين البيانات، الصور والأصوات وبسط قدرات الإرسال عبر الفضاء عن طريق الأقمار الصناعية. نتج عن هذا الاندماج بين تكنولوجيا الحاسبات الآلية وتكنولوجيا الاتصالات، تكوين شبكة اتصال مركبة تسمى بشبكة الانترنت، التي أدت إلى ظهور التجارة الالكترونية وذلك عن طريق الإعلانات عن المنتجات والتسويق أو التفاوض على إبرام العقود بالأساليب الحديثة بدلاً من المستندات الورقية والوسائل التقليدية. لذا نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث كما يلي:

المبحث الأول: تطور وسائل الاتصال عن بعد واستعمالها في التعاقد قبل زمن الانترنت وفي زمن الانترنت

المبحث الثاني: ظهور التجارة الالكترونية، أهميتها وماهيتها.

المبحث الثالث: ماهية العقد الالكتروني وتمييزه عن غيره من العقود

المبحث الأول: تطور وسائل الاتصال عن بعد واستعمالها في التعاقد قبل زمن الانترنت وفي زمن الانترنت

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

المطلب الأول: تطور وسائل الاتصال عن بعد واستعمالها في التعاقد قبل زمن الانترنت

المطلب الثاني: تطور وسائل الاتصال عن بعد واستعمالها في التعاقد في زمن الانترنت

المطلب الأول: تطور وسائل الاتصال عن بعد واستعمالها في التعاقد قبل زمن الانترنت

يشتمل هذا المطلب على مختلف الوسائل التي سبقت جهاز الحاسب الآلي ومحطة الانترنت والتي نذكر منها:

الفرع الأول: الرسالة: تعتبر الرسالة من وسائل المراسلة والاتصال قديمة العهد، كانت تستعمل بشكل كبير بين التجار، لاسيما في التعاقد بين غائبين، إلا أنها تتم بطريقة بدائية تستلزم وقتًا طويلاً لوصول الرسالة إلى المرسل إليه. من هذه الطرق؛ إرسالها بواسطة رسول ينقل إرادة أحد المتعاقدين إلى الآخر، هذا الأخير الذي يحمل منه رسالة جديدة إلى الأول. من ثم عبر البريد الذي تطورت وسائله مع الزمن من النقل بواسطة العربات حتى النقل بالطائرة.

إن المراسلات من هذا الشكل ومهما كانت وسائلها التقليدية، تحتاج إلى فترة زمنية طويلة مما يتعارض ومتطلبات التجارة التي من صفاتها الأساسية السرعة في التعامل[1].

الفرع الثاني: التلغراف: يعتبر التلغراف أول وسيلة اتصال سلكية عرفها العالم وهو عبارة عن جهاز جرى اختراعه على يد العالمين الألمانيين جاوس وويبر عام 1834م ثم تطور فيما بعد على يد علماء إنجليز وأمريكان

1- محمد أمين الرومي، التعاقد الالكتروني عبر الانترنت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2004، ص11.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

قد أدى استخدامه آنذاك إلى إحداث تطورات مذهلة في مجال التعامل والاتصال عن بعد.

الفرع الثالث: التلفون: يعرف التلفون بأنه وسيلة لنقل المكالمات الشخصية من خلال الأسلاك التي تربط بين نقطتين (المرسل والمستقبل) يمر فيها تيار كهربائي وفق ذبذبات صوت المتكلم[1]. يعد جهاز التليفون من أكثر وسائل الاتصال الفوري فاعليةً وانتشارًا 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 1877والإيطالي ماركوسي 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 ثمنه ولكنه خرج من السوق بعد استخدام شكل آخر لهذا الجهاز يسمى "وبتنش" على افتراض أنه سوف يوفر هذه الإمكانية بشكل أسهل[2].

نص المشرع الجزائري على حالة الإيجاب عن طريق التليفون في المادة 1/64من القانون المدني:[3] "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورًا وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريقة الهاتف أو بأي طريق مماثل".

الفرع الرابع: الفاكس: 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 محتوياتها نقلا مطابقا لأصلها[4]، فتظهر المستندات والرسائل على جهاز فاكس آخر في حيازة المتلقي.

أشار القانون النموذجي للأمم المتحدة CNUDCI الصادر عام 1996 في المادة 1/2 إلى الفاكس، باعتباره من الوسائل التي يمكن استخدامها في إبرام العقود عن بعد.

الفرع الخامس: التلكس والتل تكس: يعتبر التلكس جهازًا لإرسال المعلومات، عن طريق طباعتها وإرسالها مباشرة، إذ لا يوجد فاصل زمني ملحوظ بين إرسال المعلومات واستقبالها . تطورت خدمة التلكس باعتبارها وسيلة اتصال واسعة الانتشار بإدخال بعض الملامح الإلكترونية عليها يمكن الاعتماد عليها في الكتابة والطباعة عن بعد. في عام 1983 أنشأت خدمة جديدة تسمى تلي تكس ،ذلك بعد تزايد الطلب على توفير خطوط ربط عديدة، في هذا النظام يمكن تجميع النصوص وتخزينها واستخدام هذه الخدمة في أداء وظائف محلية مستقلة عن نظام إرسال واستقبال الرسائل، يستغرق نقل صفحة النصوص في حدود خمس ثواني، إلا أن جهاز التلكس لا تتوفر فيه إمكانية إرسال التوقيع والرسوم التوضيحية والهوامش[5].

الفرع السادس: البث الإذاعي: البث الإذاعي نوع من وسائل الاتصال اللاسلكية المستعملة منذ 1919 على

1-سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2006، ص:17.

2- هند محمد حامد، التجارة الالكترونية في المجال السياحي، سنة 2003، بدون ناشر، ص:18.

3- الصادر بموجب الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر1975 المعدل والمتمم، ج. ر. ع 78، المؤرخ في30سبتمبر1975. كما نظمه القانون الفرنسي بموجب القانون الصادر في06جانفي1988 والمرسوم المؤرخ في 01 سبتمبر 1992.

4- سهيل إدريس، المنهل قاموس فرنسي عربي، دار الأدب، بيروت، الطبعة الثلاثون، 2002، ص: 512.

5- بشار أحمد موني، مشكلات التعاقد عبر الانترنت، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2003، ص: 11.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

العلماء الألمان والكنديين، ثم تبعهم العلماء الأمريكيين في عام 1920 ويعتبر الراديو أول 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 05/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، فإنه يقصد بالإذاعة "هيئة للبث السمعي تنتج برامج إبلاغ هذه المصنفات إلى الجمهور".[1]

الفرع السابعً: البث التلفزيون: البث التلفزيوني نشر متزامن للبرامج والمعلومات الترفيهية أو التعليمية المصورة والموجهة لجمهور كبير من المشاهدين، عبر القنوات التلفزيونية المرئية محليًا أو دوليًا من خلال الأقمار الصناعية[2]. تطور البث التلفزيوني من نظام المسح الميكانيكي إلى النظام الرقمي، الذي يتم فيه تحويل الإشارة 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[3]. وقد نظم المشرع الفرنسي البيع عن طريق التلفزيون بالقانون رقم 88 /21 الصادر في 2 جانفي1988، الذي اعتبره نوعًا من العقود التي تبرم عن بعد، و تتضمن رخصة رجوع المنتج المباع. 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 بهذه المهمة إلى المجلس الأعلى للإذاعة والتلفزيون C.S.A ،الذي حل محل اللجنة الوطنية للاتصال والحريات و أصدر قرارًا بتاريخ 21 أكتوبر 1992 فيما يتعلق بالخدمات التي يتعين أن يتم بث برامج مشتريات التلفزيون خلالها ولأوقات محددة[4].

أما في الجزائر فقد بدأ التسوق عبر شاشة التلفزيون يجد مجالا خصبًا، حيث يتم عرض المنتجات عبر الشاشة مع الدعاية التجارية لها وبيان استخداماتها ومزاياها المختلفة، بالرغم من ذلك فإن المشرع الجزائري لم يتدخل حتى الآن لتنظيمه.

الفرع الثامن: الميني تل: ظهر جهاز الميني تل في فرنسا عام 1985 وهو جهاز قريب الشبه بجهاز الكمبيوتر المترلي، لكنه أصغر حجمًا، 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 لاستعماله أن يوصل بخط الهاتف، وقد أخذ مكانةً كبيرةً في عالم الاتصالات والمعلومات[5] . بالرغم من ذلك فقد استخدم هذا الجهاز على نطاق واسع في فرنسا للتفاوض على العقود وإبرامها، وقد أتاح لكل شخص

1- تم نشر هذا القانون بالجريدة الرسمية العدد 44 المؤرخة في 2003/07/23.

2- ماهر إسماعيل صبري، الموسوعة العربية لمصطلحات التربية والتكنولوجيا التعليم. مكتبة الرشيد، الرياض. الطبعة الأولى 2002 ص 102

3- عماد الدين خلف الحسيني. عالم الاتصالات بين الماضي والحاضر والمستقبل. مركز الأهرام للترجمة والنشر. القاهرة. الطبعة الأولى 2000 ص 52

4- محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة (مع التركيز على البيع عبر المسافات والبيع بالتلفزيون) جامعة الكويت الطبعة الأولى 1996ص20

5-أسامة أبو الحسن مجاهد، استخدام الحاسب الآلي في المجال القضائي بمحكمة باريس الابتدائية. مجلة القضاة. عدد جانفي، جوان. 1990 ص 61

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

الفرنسي بعبارة خدمة الطلب عبر الميني تل. إلا أن استخدام هذا الجهاز لم يتمتع بثقة القضاء الفرنسي، الذي اعتبره غير كافي للتعبير عن الإرادة بشكل جازم، فضلاً عن أنه لا يقدم الضمانات الكافية للمتعاقدين، لذا تراجع استخدامه في كوسيلة للتعاقد.

الفرع التاسع: البيجر: البيجر جهاز صغير الحجم مخصص لأغراض التتبع، ظهر قبل الهاتف النقال، غالبًا 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 قادرًا 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 نوعًا من البقاء في عصرنا الحالي، رغم تواجد الانترنت التي تعتبر الرائدة العصرية والتي سنتطرق إليها في مطلبنا اللاحق.

المطلب الثاني: تطور وسائل الاتصال عن بعد في زمن الانترنت

تتمثل تقنية المعلومات في اختراع وتطوير الحاسب الآلي الذي أضاف للإنسان قدرات هائلة على الاحتفاظ بالمعلومات ومعالجتها بسرعة خيالية.

الفرع الأول: تعريف الحاسوب وتطوره: تتعدد مسميات الحاسب الآلي وقد ظهر أول الأمر كوسيلة لمعالجة البيانات ثم تخزينها واعادة استرجاعها.

أولاً: تعريف الحاسوب: إن لفظ حاسوب مصطلح باللغة العربية المقابل لكلمة COMPUTER باللغة الإنجليزية و ORDINATEUR باللغة 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.[1]

وقد عرف البعض الحاسوب بأنه جهاز الكتروني له القدرة على تقبل كم هائل من البيانات وتخزينها واسترجاعها عند الحاجة وإجراء العمليات الحسابية بسرعة فائقة وبدقة متناهية.[2]

كما عرفه البعض الآخر بأنه جهاز الكتروني، يستطيع أن يقوم بأداء العمليات الحسابية والمنطقية طبقًا 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 وكذا تشغيلها واسترجاعها عند الحاجة إليها.[3]

أما على الصعيد التشريعي يعرف قانون المعاملات والتجارة الالكترونية لإمارة دبي و مشروع قانون أحكام

1- عزه محمود احمد إسماعيل، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب. أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق. جامعة القاهرة 1994ص 18

2- أشرف احمد حامد. عالم الكمبيوتر والانترنت. مكتبة جزيرة الورد. المنصورة بدون تاريخ ص 09

3- محمد أمين الرومي، جرائم الكمبيوتر والانترنت، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر2003 ص 13 .

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822 J.A.S.R

املات 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.[1]

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 مشابهة.

ثانياً: تاريخ الحاسوب: وضع تصميم الحاسوب في الفترة الواقعة ما بين خريف عام 1944وصيف عام 1945 وكان الهدف منه بادئ الأمر استخدامه في بعض المهمات العسكرية.[2] تطور منذ ظهوره وحتى اليوم بصورة هائلة، ففي سنة 1946 كان الحاسوب كبير الحجم وإمكاناته محدودة، وبطيء التشغيل ويحتاج إلى تكلفة مرتفعة، وفي عام 1958 بدأ استخدام الترانزستور، مما أدى إلى صغر حجم الحاسوب، سرعة تشغيله وزيادة طاقته التخزينية. أما عام 1964 بدأ الاعتماد على الدوائر الالكترونية المتكاملة، مما أدى إلى صغر حجم الحاسوب مجددًا وزادت سعة ذاكرته وسرعته وتطورت برامج التشغيل.

في بداية الثمانينات ظهرت ثورة علمية في مجال الحاسوب بظهور الحاسب الشخصي الذي يتميز بصغر حجمه، سهولة تشغيله، ربطه بوسائل الاتصال المختلفة وإمكانية حمله ونقله من مكان لآخر، منذ ذلك الحين حتى اليوم، ما يزال الحاسوب يتطور بإمكانات مذهلة وسريعة.

ثالثاً: أهمية الحاسوب: لم يعد استخدام الحاسوب في الوقت الحاضر مقتصرًا على المهمات العسكرية، بل انتشر استخدامه في شتى المجالات، لاسيما في المصارف، المكاتب، الجامعات، المعاهد العلمية، المدارس والمهن الحرة و الأعمال الصناعية، التجارية والزراعية... وجميع اتجاهات الحياة الخاصة، فضلاً عن انتشاره في الإدارات الرسمية والمؤسسات الخاصة، حتى أن العصر نسب إليه "عصر الكمبيوتر" مما أضطر الأفراد مهما اختلفت أعمارهم إلى إتباع دورات خاصة للتدريب على الحاسوب، إلى درجة أن من يتأخر عن اللحاق بركبه، يكون كالأمي الذي تخلف عن عصره وعن مجالات التقدم.

يعد الحاسوب من أهم وأوسع الأجهزة انتشارًا واستخدامًا في التعاقد الالكتروني عبر الانترنت، إذ يمكن بواسطته الدخول إلى شبكة الانترنت، بالتالي إلى مواقع التسوق على الشبكة، طلب مشورة فنية، طبية، استشارة قانونية، التعاقد على شراء سلعة معينة عن طريق مشاهدتها على شاشة الكمبيوتر، بتركيب كاميرا تلفزيونية على جهاز الكمبيوتر الخاص بالبائع والمشتري...

نتيجة استعمال الحاسوب في مختلف الحياة بشكل واسع، فقد دعت الحاجة إلى توفير حماية مدنية وجزائية لبرامج الكمبيوتر وأنظمة الاتصال الخاصة به على الصعيد المدني والتجاري.

4- أشرف احمد حامد. عالم الكمبيوتر والانترنت. مرجع سابق، ص 09

2- فيليب بروتون، وسيرج بروه، ثورة الاتصال. نشأة أيديولوجية جديدة. ترجمة هالة عبد الرؤوف مراد. دار المستقبل العربي. القاهرة 1993 ص16

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

ثانياً: مكونات الحاسوب : يتكون الحاسوب من مكونات مادية، معنوية وكذا العنصر البشري.

1. **المكونات المادية** (hard ware) تتمثل في وحدة التشغيل (المعالج)، وحدة الإدخال و الإخراج. [1]
2. **المكونات المعنوية** (Soft ware) تتمثل في البرامج التي يمكن تعريفها بأنها "مجموعة من الأوامر والتعليمات المكتوبة بلغة ما والموجهة إلى جهاز تقني معقد، بغرض الوصول إلى نتيجة محددة، أو إنجاز عمليات معينة". [2]

لقد عرف قانون المعاملات والتجارة الالكترونية لإمارة دبي رقم 2 لسنة 2002، في المادة 2 منه برنامج الحاسب الآلي على الشكل الآتي:" مجموعة بيانات أو تعليمات تستعمل بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، في نظام معالجة معلومات الكترونية، بغرض إيجاد أو الوصول إلى نتائج محددة ".

وتقسم البرامج إلى برامج نظم وتطبيقات، يمكن عن طريقها توصيل جهاز الكمبيوتر بخط تلفون، بالإضافة إلى تركيب جهاز المودم وطلب رقم معين أن يتم الاتصال بشبكة الانترنت.

3. **العنصر البشري:** يتمثل في الأفراد المتعاملين مع جهاز الحاسوب بمهمات مختلفة؛ كالمستخدم، مدخل البيانات، المبرمج أو محلل الأنظمة. [3]

أنشأ مجال الاتصال والمعلوماتية نسيجًا من العلاقات بين الأفراد، تتعدد خطوطه وتتلون خيوطه، فقد ألغى الحدود الجغرافية بين الدول المختلفة، قد حسن هذا المجال طرق المعاملات التجارية، دون تقيد بحدود أو قيود، فيه تتخذ الأسواق شكل سوق افتراضي كبير دائم وغير مادي. [4] ترتب على استخدام الحاسوب وانتشاره على نحو واسع إلى ظهور التجارة الالكترونية، تعتمد على وسائل الكترونية أهمها الحاسوب وما يتعلق به. [5]

الفرع الثاني: تعريف الانترنت وتطورها: الانترنت شبكة عنكبوتية متصلة بالهاتف، توفر للبشرية اختزال الزمن وتقريب المسافات في مختلف ميادين الحياة من اتصالات، تبادلٍ تجاريٍ، تسويقٍ، إبرام العقود...

أولاً: تعريف الانترنت: هي محطة ربط آلاف الشبكات الخاصة والعامة بعضها ببعض، تتيح الاتصال على شكل تبادل للمعلومات الرقمية في إطار برتوكول[6] يضمن الاتصال بين الحواسيب والشبكات الموجودة في جميع أنحاء العالم، والتي تعمل بلغات متنوعة، يمكن لأي شخص لديه كمبيوتر مزود بجهاز Modem الذي يقوم بترجمة المعلومات الرقمية للحاسوب إلى إشارات يمكن إرسالها عبر خطوط الهاتف واشتراك لدى أحد مقدمي خدمة الانترنت وخط تلفوني للدخول على الانترنت.

ثانياً: نشأة الانترنت وتطورها: نشأت الانترنت في أمريكا عام 1968 عندما قامت وزارة الدفاع الأمريكية بتمويل مشروع أطلقت عليه تسمية ARPAN يهدف إلى إنشاء شبكة تستطيع أن تنقل المعلومات العسكرية والاتصال بالجنود على إقليم الولايات المتحدة والدول المختلفة وتحمل المعلومات العسكرية والحكومية تضمن

1- محمد المرسي زهرة، الحاسب الالكتروني والقانون، مكتبة سعيد عبد الله وهبه ، القاهرة 1992 ص 13

2- محمد حسام محمود لطفي: الحماية القانونية لبرامج الحاسب الالكتروني. دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة، 1987، ص 6.

3- علاء عبد الباسط خلاف، الحماية الجنائية لوسائل الاتصال الحديثة (الحاسب الالكتروني والانترنت)، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2002

4- عمر الفاروق الحسيني، المشكلات الهامة في الجرائم المتصلة بالحاسب الآلي وأبعادها الدولية، بدون ناشر، الطبعة الثانية 1995 ص 9

5- عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية 2002 ص 09

6- بروتوكول: مصطلح متعارف عليه في أنظمة برامج الحاسوب والبرتوكول عموما هي مجموعة القواعد المكتوبة بشكل فني لتنظيم كيفية العمل

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

استمرارية الاتصالات بين السلطات الأمريكية عند نشوب حرب نووية مباغتة.[1]

قد حدث أول ربط بين حاسوبين في نوفمبر1969، كان الحاسوب الأول يقع بمدينة لوس انجلوس والثاني في معهد ستانفورد للأبحاث داخل مدينة منلوبارك، وكلتا المدينتين تقعان في ولاية كاليفورنيا الأمريكية. في ديسمبر1969اتسعت الشبكة لتربط بين أربعة حواسيب تشمل بالإضافة إلى الحاسوبين السابقين حاسوبًا ثالثًا في مدينة سانتا بربرا ورابعًا في جامعة يوتاه[2].عام 1972 تطورت الانترنت لتغطي معظم الجامعات الأمريكية مما دعا الحكومة الأمريكية إلى أن تنشئ هذه الشبكة بصفة رسمية، وبدأ ظهور ما يعرف بشبكة المنطقة المحلية، التي تطورت فيما بعد، إلى خارج حدود الحكومات والجامعات، لتربط بين العديد من دول العالم، بحيث أصبحت شبكة الشبكات. بحلول أواخر الثمانينات أصبح هناك الملايين من أجهزة الحاسوب، وآلاف من الشبكات التي تستخدم مراسيم وبرتوكولات خاصة، نشأت الانترنت الحديثة من ترابط هذه الشبكات[3]،التي تعد بمثابة مستودعٍ معرفيٍ عالميٍ ضخمٍ، يكتنز المعلومات ويتيح لملايين المستخدمين الولوج إليه وتبادل المعلومات والرسائل فيما بينهم.

ما تزال الانترنت في تطورها المتصاعد وبسرعة ملحوظة، لتشمل العالم أجمع وتنشأ تيارًا جارفًا يشمل جميع الدول. بحيث يمكن القول أن التحول إلى النظام الالكتروني سيوفر شفافية أكبر بكثير للعمليات التجارية، ويصبح من السرعة والسهولة تلقي الرسائل والاتصالات عن بعد، و أن المعاملات الالكترونية تلعب دورًا محوريًا في التجارة الدولية، يكون ثمن هذا الدور المحوري إغلاق المحلات التجارية ذات الكلفة العالية، مع فروعها ومخازنها والاكتفاء بموقع واحد على الانترنت.

ثالثاً: أهداف الانترنت :نشأت الانترنت نتيجة عاملين مختلفين:

1. رغبة وزارة الدفاع الأمريكية في امتلاك شبكة اتصال، لا تعتمد على بنك تخزين معلوماتية مركزي يكون عرضة للتدمير الشامل، في حال نشوب حرب نووية.

2. رغبة الجامعيين والباحثين، في تَمَلُك أداة ميسرة لتبادل الأبحاث والآراء.

يلاحظ أن كلا الرغبتين متباينتين تمامًا، فالجامعيون يسعون إلى الحصول على أداة تمكنهم من الاطلاع الميسر على بنوك المعلومات الدولية، في حين أن وزارة الدفاع الأمريكية ترغب في تملك شبكة اتصالات غير مركزية.

رابعاً: أهمية الانترنت: بعدما كان ظهور واستخدام الانترنت مقتصرًا في بادئ الأمر على فئة محدودة من الأشخاص في مقدمتها المؤسسة العسكرية الأمريكية والأكاديميين وبعض الهواة والفضوليين. أدركت الشركات التجارية والصناعية الكبرى أهمية هذه التكنولوجيا فاعتمدتها ثم ما لبثت الشركات المتوسطة والصغرى أن اعتمدتها أيضا، إلى أن انتهى الأمر إلى تبني تكنولوجيا الانترنت من قبل العامة، ويرجع ازدهار الانترنت

1-Christophe Accordo, la dématérialisation des procédures de passation de marchés publique B E A de droit publique des affaires, université de paris, 13 sept 2001 p5 sur le site : http://www.glose.org/ memoo2 – htm/htm

2- عماد الدين خلف الحسيني، مرجع سابق، ص: 100.

3- أحمد حامد، عالم الكمبيوتر والانترنت، مرجع سابق، ص: 117.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J. A. S. R

انتشارها إلى عدة عوامل أهمها:

العامل الأول (عامل فني): استحدث في عام 1973 إذ تمكن الباحثان Vinçoncerf – Balham من وضع لغة موحدة أطلق عليها تسمية بروتوكول Protocol تسمح لأي جهاز أيًا كانت اللغة التي يستخدمها بإمكان تبادل المعلومات مع الأجهزة الأخرى المتواجدة على الشبكة ،ويربط الشبكات ببعضها البعض من خلال قنوات وصل Passerelles بحيث أصبح من الممكن نقل معلومات كل شبكة فردية إلى الشبكات الأخرى، من أهم الجوانب الملموسة لهذه اللغة الموحدة بروتوكول الانترنت (IP) وبروتوكول نقل المعلومات (TCP) تنحصر مهمة بروتوكولTCP في نقل المعلومات ما بين جهازين متواجدين على شبكة الانترنت إذ يقوم بتقسيم هذه المعلومات إلى أجزاء Paquets تسمى Datagram ويعطي لكل جزءٍ رقمًا على نمط الخطاب البريدي ويحتوي كل جزء معلومات على بطاقة هوية تتضمن عدة معلومات، من بينها عنوان جهاز المرسل إليه، هكذا يقوم مستخدم شبكة الانترنت بتوجيه طلب معلومات عبر جهازه، فيقوم الجهاز المعني بالطلب بإعداد المعلومات وبثها عبر الشبكة فتسلك هذه المعلومات أو كل جزء من المعلوماتية أقصر الطرق وأسرعها لتصب في مصدرها النهائي، لتأخذ شكلها البدائي أي قبل التجزئة.

أما مهمة بروتوكول الانترنت IP فتنحصر في تحديد الطريق الذي تسلكه أجزاء المعلوماتية Routage من جهة وتحديد السرعة القصوى لنقل المعلومات من جهة أخرى. فهذا البروتوكول هو الذي يعطي لكل جزء معلومات بطاقة الهوية التي تشتمل على عنوان جهاز الإرسال وعنوان جهاز الاستقبال.[1]

تجدر الإشارة إلى أن التجارة الالكترونية، ترتبط بتقنية نقل المعلومات، لذلك فإن الوقوف على أهم الجوانب القانونية والاقتصادية للتجارة الالكترونية، يتطلب حدًا أدنى من الإلمام بالجانب الفني لهذه التكنولوجيا، فالقاعدة القانونية كما يقول أحد الباحثين الفرنسيين تفقد الكثير من فاعليتها إذا أغفلت الجانب الفني.[2]

العامل الثاني: يرجع تطور الانترنت إلى تصميم شبكة www عام 1989 من قبل فريق من الباحثين على رأسهم (Tin Bergers–Leeو Robert Cailla) من جهة وتصميم برنامج الملاحة Mosaic عام 1993 من جهة أخرى فيعتبران العاملين الجوهريين الذين حولا أداة الانترنت إلى أداة شعبية سهلة الاستعمال، مما ساعد على انتشارها عبر العالم بصورة تجاوزت كل التوقعات.

خامساً: خصائص الانترنت : تتميز شبكة الانترنت بالخصائص الآتية:

الخاصية الأولى: هي شبكة مفتوحة أو غير مملوكة: وهذه الخاصية تميزها عن الشبكات المملوكة أو المغلقة، فهذه الأخيرة يقتصر استخدامها على طائفة محدودة من العملاء، كما هو الحال في المنظمة الدولية للاتصال: Société internationale de télécommunication وهي شبكة أنشأتها جمعية بلجيكية عام 1973 وتضم معظم المؤسسات المالية عبر العالم ويتم عبر هذه الشبكة تبادل المعلومات المصرفية، وهي شبكة تضم ما يزيد على 600 شركة طيران، ويتم عن طريقها الحجز للركاب ، وعلى العكس من ذلك، فقد صممت شبكة الانترنت

1- جابر عبد العزيز سلامة، العقد الالكتروني، الطبعة 2005 ص 7

2- SORIEUL. (R) le commerce international électronique, vers l'émergence de règles transnationales, J. D. I, Chr. 1994, p 117

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

تكون شبكة مفتوحة، أو غير مملوكة لشخص معين بالذات أو لجهة ما، بل هي ملك الجميع لأنها في الواقع محصلة ربط عدد من الشبكات العامة والخاصة ببعضها البعض لتكون ما يشبه بيت العنكبوت. تعد هذه الخاصية أحد العوامل التي كانت وراء نجاح الانترنت وازدهارها.[1]

الخاصية الثانية: الانترنت شبكة عالمية، يعني ذلك أنها لا تعرف الحدود بين الدول، هذا ما يميزها عن بعض الشبكات في فرنسا مثلا، لذلك وصف البعض شبكة الانترنت بأنها عالم متكامل ، أو قرية كونية [2]، سكانها عشرات الملايين من مستخدمي الانترنت الذين يتواجدون في آن واحد على الشبكة، أو يتبادلون الحديث سوياً أو الرسائل الالكترونية أو المستندات، حيث يعرض البعض سلعة أو خدمة في الانترنت فيتلقى البعض الآخر هذا العرض ويستفسر عما هو غامض ويسأل عما يريد معرفته من السلع المعروضة، فإذا وجد ما يحتاجه خطى الخطوة الأولى نحو التعاقد.

الخاصية الثالثة: (شبكة غير متخصصة) لا تختص شبكة الانترنت في نوع واحد من الخدمات من دون غيره، كما هو الحال في الشبكات المملوكة، التي تقتصر على خدمات متخصصة، كالمعاملات المصرفية، ومعاملات حجز الأماكن في شركات الطيران، بل إن شبكة الانترنت تتسع لتشمل التعامل بمختلف السلع والخدمات.

الخاصية الرابعة: (شبكة مجانية) بما أن شبكة الانترنت غير مملوكة من أحد معين، بل للجميع فهي شبكة مجانية، يستطيع الشخص استخدامها، كما يستخدم الطرقات والساحات، وفي واقع الأمر فإن كل عارض خدمة، يصل جهازه بالجهاز الآخر عن طريق قناة نقل يملكها جزئيًا وتربط القنوات ببعضها البعض وحتى يؤدي نظام شبكة الانترنت مهمته، فيكون كل شخص يستخدم الانترنت مضطرًا إلى استخدام قنوات الآخرين، لذلك قيل أن الانترنت تقوم على مبدأ تعاوني مقتضاه " دعني أمر، أدعك تمر".[3]

سادساً: خدمات الانترنت: تقدم الانترنت خدمات لا يمكن حصرها من أهمها:

البريد الالكتروني: le courrier électronique لعلى أكثر استخدامات الانترنت والويب رواجًا هي البريد الالكتروني المعروف باسم إي–ميل(E–mail) يخصص لكل مستخدم للأنترنت عنوان الكتروني يتم منه إرسال رسائل الكترونية [4]واستقبالها، تنقل الانترنت مئات الملايين من هذه الرسائل في كل يوم .[5]

يوفر مقدم خدمة الانترنت مجموعة من أرقام الهواتف المحلية، التي يمكن للشخص عن طريقها الاتصال بالأنترنت، باستخدام جهاز حاسوب ومودم ،يحافظ مقدم خدمة الانترنت على عناوين البريد الالكتروني الخاصة بعملائه ، ويوجه البريد الالكتروني وطلبات الحصول على المعلومات المرتكزة على الانترنت ، من وإلى مستخدميها، ويدير خطوط الاتصال السريع التي تؤدي إلى تسريع جلسات العمل على الانترنت، فالبريد

1– جابر عبد العزيز سلامة، نفس المرجع ص 9

2- Goutlier de droit applicable dans le (villope plonétaire) au titre de luspe matériel des oluvres : D1996, CHR131.

3– جابر عبد العزيز سلامة، نفس المرجع، ص:11.

4- BENSOUSSAN Alain : utilisation de d'outil informatique us Age professionnel.17 novembre 2000 p5 sur le site : http://www. Alain-Bensoussan. Com / base- de – d'années/ internet / suppl. art/ support 01 htm/

5– فاروق حسين، البريد الالكتروني، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة 1999. ص: 09.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

الكتروني لم يعد وسيلة لتبادل المعلومات والمراسلات، بل أصبح وسيلة لإبرام العقود بطريقة الكترونية [1] وأيضًا خدمة العملاء والمشاريع، بحيث يمكن استخدام الانترنت لتقديم أنماط جديدة من الخدمات عن بعد في مختلف المجالات منها التعليمية والسياحية، إجراء المناقصات، الاستثمار، البورصة والأبحاث العلمية والقانونية وسائر العلوم والمعارف وسواها.[2]

إن اتساع نطاق الأعمال والخدمات لشبكة الانترنت يتيح للشخص أن يطوف ويتجول العالم بأسره ليحصل على ما يريد من مصادر المعلومات المختلفة من دون أن يبرح مكانه،[3] الأمر الذي أدى إلى بزوغ عالم التجارة الالكترونية، التي تعد ثمرة للتطور التاريخي في مجالي نظم الاتصال والمعلومات، والخروج من إطار الأنشطة المادية إلى الأنشطة غير المادية، التي كونت العالم الافتراضي. الأمر الذي أدى إلى وجود نوع من التحدي للمعارف العلمية المستقرة لدى علماء الاقتصاد، الإدارة، فقهاء القانون وخبراء تقنيات الاتصال والمعلومات، ذلك بطرح مشكلات جديدة، والإلحاح على إيجاد حلول علمية لها.[4]

مما سبق نخلص إلى أن من مظاهر تطور الانترنت أنها أصبحت بمثابة سوق عالمي مفتوح لإجراء المعاملات التجارية على اختلاف أنواعها، وكذا تميز التعاقد عبرها عن التعاقد عن طريق الهاتف، لأن علاقة الحوار بين المتعاقدين تختفي، لتحل محلها البرمجة الكاملة لكافة عمليات السلع والخدمات وبيان الأسعار، والمواصفات، ذلك عن طريق (Code) رقم خاص بكل سلعة لتظهر أمامه كافة المواصفات الخاصة بالسلعة المطلوبة.[5]

المبحث الثاني: التجارة الالكترونية

إن موضوع التجارة الالكترونية من أكثر الموضوعات رواجًا في عصرنا الحالي لأهميته البالغة في حياة المتعاملين الاقتصاديين على الصعيد الدولي والإقليمي والذي جذب بدوره العديد من الباحثين والمهتمين لوضع تعريفات مختلفة. من جهة أخرى إن كانت التجارة الالكترونية الأداة الحديثة والسريعة المستخدمة في إبرام العقود كميزة ايجابية، إلا أنها من الممكن أن تصطدم بعوائق تمنع من نمو هذا النوع من التجارة. لهذا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين كالآتي:

المطلب الأول: ظهور التجارة الالكترونية وأهميتها

المطلب الثاني: ماهية التجارة الالكترونية وسماتها

المطلب الأول: ظهور التجارة الالكترونية وأهميتها

لعل ظهور التجارة الالكترونية في اعتقاد الكثير من المتعاملين الاقتصاديين حاليا خصوصا في دول العالم الثالث بأنه أمر حديث النشأة ولا يرجع لزمن أبعد، بالرغم من ذلك فإن الاهتمام بهذا النوع من التجارة لا

1- خالد ممدوح إبراهيم، ابرام العقد الالكتروني، الدار الجامعية، الاسكندرية،مصر2007 ص: 30

2- حيث تخصصت بعض الشركات في مجال السياحة الالكترونية، وقد بلغ حجم السياحة الالكترونية عام 2007 نحو 73 مليار دولار لمزيد من التفاصيل راجع عبر الانترنت موقع (بوابة التكنولوجيا والاتصالات) .htt://www. Gnome . com

3- محمد السعيد رشدي، الانترنت والجوانب القانونية لنظم المعلومات، مؤسسة دار الكتب للطباعة، النشر والتوزيع، الكويت،1997ص:3.

4- إبراهيم العيسوي، التجارة الالكترونية، المكتبة الأكاديمية، القاهرة، الطبعة الأولى 2003 ص 05

5- Jean–Rémi Gradueur, le logistique du commerce électronique hermès Science publication, paris, 2001 , p139

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822 J.A.S.R

أهمية عن التجارة التقليدية بل أنهم يفضلون التجارة الالكترونية على هذه الأخيرة لما في ذلك من مزايا، وسنتناول ظهور التجارة الالكترونية وأهميتها فيما يلي:

الفرع الأول: ظهور التجارة الالكترونية: يعتقد أغلبية المتعاملين بالتجارة الالكترونية أن هذا النوع من النشاط تمخض عن عقد التسعينات من القرن الحالي وأن أول موقع للتجارة وُجد على شبكة الانترنت في عام 1993كان ذلك نتيجة التقدم الهائل والمتزايد في تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، إلا أن منشأ التجارة الالكترونية كان من وراء المحيط الأطلنطي بالولايات المتحدة الأمريكية، انتشرت بعد ذلك في جميع أنحاء العالم وأصبحت التجارة الرائدة. كما ساعد على ظهورها أيضا اتجاه أصحاب رؤوس الأموال للاستثمار عبر الحاسوب كوسيلة بديلة للاستثمار التقليدي وكذا دخول مقدمي الخدمات في خضم ممارسة هذا النشاط، بحيث أنهم لا يحتاجون لممارسة نشاطهم التجاري وعرض منتجاتهم وخدماتهم إلى أرضية أو بنية تحتية؛ كالمخازن والمحلات التجارية وما يلحقها من خدمات، مرافق وعمال، كما أنهم لا يحتاجون إلى الدخول في مشاكل إجراءات التخزين والتصدير ونقل البضائع المختلفة وتسليمها للعميل، فهو ما كان عامل جذبٍ قويٍ للعديد من الشركات والمؤسسات، من منتجين وصناع ومقدمي خدمات لاستخدام الحاسوب في إنجاز معاملاتهم وممارسة نشاطاتهم التجارية، لما في ذلك من توفير للجهد، الوقت والنفقات، بالتالي تحقيق الهدف المنشود لكل تاجرٍ أو صانعٍ أو مقدم خدمة وتحقيق أعلى هامش ربح ممكن. سارعت كبرى الشركات والمؤسسات إلى القيام بعملية تبادل للمعلومات والبيانات مع غيرها من الشركات المماثلة وذلك عبر إنشاء شبكات داخلية تساعدها في مشاركة غيرها، فظهرت عملية تبادل البيانات بين الشركات، التي تعمل على تسهيل عمليات التوريد بين الشركات وتقليل الإنفاق وتوفير الجهد والوقت، كما توفر للشركة التي تستخدمها قاعدة متعاملين سواء كمستهلكين أو موردين أكبر من ذي قبل، بالتالي تعتبر هذه العملية (تبادل البيانات) هي النواة الأولى لظهور وانتشار التجارة عبر الحاسوب.

قد ساعد في انتشار التجارة الالكترونية عالميًا، سهولة العملية ومرونتها في نقل المعلومات وعرض المنتجات وإنجاز الصفقات، كما أنها أعطت للتجار المبتدئين ولصغار رجال الأعمال الفرصة الذهبية للبروز وتحقيق طموحاتهم، حيث لم يعد ممارسة بعض أوجه النشاطات التجارية حكرًا على الشركات الكبرى، فالأمر لا يستدعي سوى وجود جهاز حاسوب ومن ثم تنظيم موقع افتراضي عليه وتسويقه ومن ثم عرض المنتجات أو الخدمات واستقبال المتعاملين، مع ذلك فإن الواقع يدلنا على أن بعض التجارب العملية لممارسة التجارة الالكترونية على الصعيد الإقليمي أو المحلي قد صادفت وحققت النجاح والازدهار، من ضمن هذه التجارب التجربة الهندية والتجربة الماليزية والتجربة الإماراتية ممثلة بإطلاق مدينة دبي للأنترنت،[1] والتي غدت مؤخرًا مثالاً ونموذجًا يحتذي به حيث يوجد حاليًا أكثر من 100 منطقة حرة منتشرة في بلدان العالم تمارس داخلها

1- أصدر الشيخ مكتوم بن راشد آل مكتوم نائب رئيس دولة الإمارات رئيس مجلس الوزراء في 31 جانفي2000 قانون منطقة دبي الحرة للتكنولوجيا والتجارة الالكترونية الذي أشار في المادة الثامنة منه أن الهدف من هذا القانون هو جعل دبي مركزا للتكنولوجيا والتجارة الالكترونية والإعلام وحماية حقوق الملكية الفكرية وإجراء البحوث والدراسات والاستثمارات، وهي منطقة معفية من الضرائب وهي تقابل منطقة العقبة الاقتصادية الخاصة في الأردن .

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822 J.A.S.R

تجارة الألكترونية وهو ما يدل على مدى اهتمام العالم بهذا النوع الجديد من النشاط التجاري.

الفرع الثاني: أهمية التجارة الالكترونية: إن التطور الهائل الذي طرأ على وسائل الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات (المعلوماتية) شكل تحولاً مهمًا في حياة البشرية وأن التعامل بها لإتمام الصفقات التجارية الخارقة للحدود الجغرافية بين البلدان يؤدي إلى المزيد من التغيرات الجذرية في مجال الاقتصاد والتجارة، حيث غيّر أساليب المنافسة التجارية وكل النماذج المتعلقة بالأعمال التجارية.[1]

ظهرت التجارة الالكترونية استجابةً لمتطلبات السرعة في العملية التجارية، ثم ظهرت بعد ذلك القوانين المنظمة لها، الأمر الذي أدى إلى البحث عن طريق سرعة التعاقد، من ثم أصبحت التجارة الالكترونية مطلبًا ضروريًا وهامًا.[2]، حيث بلغ حجم التجارة الالكترونية 70% من التجارة العالمية لسنة2010، لذا يسود العالم الآن اهتمام متصاعد بالتجارة الالكترونية، باعتبارها أحد روافد ثورة المعلومات، التي فتحت آفاقًا جديدةً من المعرفة والخدمات أمام البائع ليصبح على اتصال بالعملاء في جميع أنحاء العالم، كان يتعذر عليه الوصول إليهم من قبل إلا بصعوبة بالغة وعن طريق وسطاء والكثير من النفقات. كذلك الحال للمستهلك الذي يتعامل في الأسواق العالمية والمحلية لطلب السلعة أو الخدمة المعروضة، دون حاجة إلى الدخول في علاقة مباشرة مع البائع، حيث يضل هذا الأخير مع المشتري على اتصال دائم بينهما في مجلس عقد حكمي رغم تباعد المكان بينهما، بذلك أصبحت التجارة الالكترونية تحل محل التجارة التقليدية بفضل ما تتميز به من خصائص.[3]

المطلب الثاني: ماهية التجارة الإلكترونية وسماتها

إن التطور الهائل في تكنولوجيا المعلومات وتقنية الاتصالات ألقى بظلاله على التجارة وأصبحت المعاملات التجارية تنجز بوسائل الكترونية وتنتقل بين أطرافها من خلال شبكة الانترنت التي وجدت ضالتها فيها، فما هي هذه التجارة وما هي سماتها؟

الفرع الأول: ماهية التجارة الالكترونية: إن التجارة الالكترونية مفهوم جديد ليس بالأمر السهل تعريفها وخصوصًا إذا أخذنا في الاعتبار طبيعة التقنية المستخدمة في هذا النوع من التجارة، التي ترتكز على عناصر أساسية[4] وهي:

1. **النشاط التجاري:** وهو الركيزة الأساسية للتجارة الالكترونية لأنها كبقية الأنشطة التجارية، عمل تجاري وما يميزها هو وسيلة مباشرتها.
2. **الدعائم الالكترونية:** التي حلت محل الدعائم الورقية ففي هذا النوع من التجارة سوف تختفي تمامًا المراسلات الورقية بين طرفي العقد حيث سيتحول العقد المكتوب وفاتورة التسليم وسند الشحن إلى بيانات أو معلومات تنساب عبر شبكات الانترنت كالوفاء عن طريق الدفع الالكتروني والتوقيع الالكتروني.

1- محمد حسام محمود لطفي، عقود خدمات المعلومات، دراسة في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1994 ص 05

2 - Fay sud weeks & celiat . Romm . Doing Business in the internet, 1999. p 72

3 - Andrew D. Murray, entering into contracts electronic ally, 2002, p21

4- محمد السيد عرفة، التجارة الدولية الالكترونية عبر الانترنت، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، خلال الفترة من 3/1 ماي 2000 ص 02 .

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

تنساب عبر الدول بل هي عابرة للقارات، فقد يكون المنتج في الصين والمستهلك في الجزائر وتتم العمليات التجارية بين الأطراف عن طريق شبكة الانترنت.[1]

أولاً: التعريف التشريعي للتجارة الالكترونية: نظرًا لأهمية التجارة الالكترونية على الصعيد الدولي والاقتصادي، سنتطرق إلى تعريفها في المنظمات الدولية وكذا في القانون المقارن كالآتي[2]:

1. تعريف التجارة الالكترونية في المنظمات الدولية: تعرف التجارة الالكترونية دوليًا كما يلي:

أ .منظمة الأمم المتحدة: حين ظهرت فكرة التجارة الالكترونية في السبعينات من القرن الماضي اهتمت الأمم المتحدة ممثلة في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اليونسترال (UNEITRAL)بوضع مشروع قانون التجارة الالكترونية، و تم لها ذلك في 14 جوان 1996 الذي اعتمد للأمم المتحدة في جلسة 162/15 المؤرخة في 16 سبتمبر 1996، حيث وافقت لجنة اليونسترال على إصدار القانون النموذجي للتجارة الالكترونية، وكان الهدف من هذا القانون هو وضع بيئة قانونية آمنة لتيسير استعمال وسائل الاتصال الحديثة، ما يستدعي تعديل الأنظمة القانونية القائمة. مع ذلك لا يعتبر هذا القانون ملزما للدول ما لم تتضمنه تشريعاتها الوطنية. على الرغم من هذا المشروع يتعلق بالتجارة الالكترونية إلا أنه لم ينطوي على تعريف محدد لها، وأكتفى بتعريف تبادل المعلومات الالكترونية التي تشتملها التجارة الالكترونية أنها "نقل المعلومات الالكترونية من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات". رأت اللجنة أن التعريف يغطي كل استعمالات المعلومات الالكترونية، التي يمكن أن يطلق عليها اسم التجارة الالكترونية. [3]

مما سبق يتضح أن القانون النموذجي لم يضع تعريفًا محددًا للتجارة الالكترونية لكنه بيّن وسائل التعاقد.

ب. منظمة التجارة العالمية: أنشأت منظمة التجارة العالمية بموجب(اتفاقية مراكش) التي تم التوقيع عليها في 15 أفريل 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"[4]، من هذا التعريف يتضح أن التجارة الالكترونية تشمل جميع الأنشطة الناشئة عن العلاقات ذات الطابع التجاري سواء كانت تعاقديةً أم لا، كما يعيب على هذا التعريف أنه قصر الأنشطة على المنتجات دون الخدمات.[5]

على الرغم من أهمية الدور الذي ساهمت فيه منظمة التجارة العالمية بخصوص التجارة الالكترونية إلا أنه لم يزل محدودًا و لم يرتقي بعد إلى مستوى الاهتمام المطلوب من منظمة عالمية اكتفت بإجراء دراسة انتهت فيها لمجرد وضع تعريفٍ وتحديد بعض الممارسات لمواءمتها بالنسبة للتنظيم القائم، دون التطرق إلى تنظيمها بشكل

1- عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص:22

2- الصالحين محمد العيش، الكتابة الرقمية طريقا للتعبير عن الإدارة ودليلا للإثبات، دراسة لقوانين المعاملات الالكترونية في ضوء القواعد العامة، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الأولى 2008، ص:40.

3- مدحت عبد الحليم رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية، دار النهضة العربية القاهرة2001، ص: 10

4 -WWW.WTO .ORG October 2003 – World trade organization

5-Rovitolakata , Reading in the electronic commerce ,Addison Wesley 1997 , p 35

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

متقل، رغم أن هذه التجارة بحاجة إلى تنظيم ذي خصوصية معينة يتماشى مع طبيعتها.[1]

ج. منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية: أسست منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي سنة 1961 وتضم حاليا 29 عضوًا من الدول الصناعية الكبرى، أدت طبيعة نشاط المنظمة إلى الاهتمام بحماية البيانات والمعلومات والتركيز على تعزيز التجارة والتقدم الاقتصادي بين الدول الأعضاء. وكانت قد دعت إلى انعقاد المؤتمر العالمي للتجارة الالكترونية بعنوان "عالم بلا حدود" لتحقيق إمكانات التجارة الالكترونية العالمية. في الفترة ما بين 7-9 أكتوبر سنة 1998 في مدينة أوتاوا، ذلك بالتعاون مع الحكومة الكندية. يعد هذا المؤتمر الوزاري من أوسع المؤتمرات التي تعرضت للجوانب القانونية المختلفة للتجارة الالكترونية.

عرفت هذه المنظمة التجارة الالكترونية بأنها" تتعلق بصورة عامة بجميع أنواع الصفقات التجارية التي تعقد سواء بين الإدارات أو بين الأفراد عن طريق المعالجة الالكترونية للبيانات سواء كانت مكتوبة، مرئية أو مسموعة"[2]."التجارة الالكترونية تشير عمومًا إلى جميع أشكال المعاملات المتعلقة بالنشاطات التجارية والفردية التي تتم بالاستناد إلى تبادل ونقل البيانات الرقمية بما فيها النصوص، الأصوات والصور[3] "

كما بين التقرير أن التجارة الالكترونية سوف تسيطر على كافة الأنشطة التجارية كالمفاوضات والعقود التجارية، وأهم النفقات المترتبة عليها كالضرائب، حماية المستهلك، حقوق الملكية الفكرية والصناعية، القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة...في حين لم يتطرق إلى أهم معوقات التجارة الالكترونية والمتمثلة في ثلاث مجالات رئيسية، المجال القانوني، المالي والوصول للأسواق. فمن الناحية القانونية يجب إعداد البيئة التشريعية الملائمة للتجارة الالكترونية، ذلك بإعداد قانون للمعاملات التجارية الالكترونية [4].ومن الناحية المالية هناك مشكلة تتمثل في الجمارك والضرائب،[5] لذلك تتبنى بعض الدول وعلى رأسها الولايات المتحدة الأمريكية اتجاهًا عامًا مفاده عدم فرض تعريفات جمركية على السلع والخدمات المتداولة عبر الانترنت، حيث يمثل هذا الاتجاه تشجيعًا للتجارة الالكترونية ومساعدةً لها على النمو والازدهار. أما من ناحية الوصول للأسواق يجب إعداد بنية أساسية قوية لشبكة الاتصالات الرقمية، للربط بين البائع والمستهلك والبنوك حيث يتم السداد عن طريق التحويل الالكتروني للأموال.

د. الاتحاد الأوروبي: تنبه الاتحاد الأوروبي إلى أهمية التجارة الالكترونية منذ بداية انتشارها في أوروبا والولايات المتحدة، وكان له دور فاعل في تنظيمها وتشجيع التعامل بها على مستوى الاتحاد، حيث قام بوضع برنامج خاص بالنظام التجاري لتبادل البيانات الالكترونية وأعد اتفاقًا نموذجيًا أوروبيًا لتبادل البيانات الالكترونية.

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."[6]

1-محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الالكترونية، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة عين شمس، كلية الحقوق2005ص56

2-Report of electronic commerce opportunities and challenges for Government , 1998p20

3- البشكاني هادي مسلم يونس قاسم، التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق 2002 ص 12.

4- محمد حسام محمود لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الالكترونية، دراسة في قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د.ن، مصر، 2002 ص 19

5- جمال فؤاد، رؤية قانونية نحو التجارة الالكترونية، بحث مقدم إلى رئاسة مجلس الوزراء، مركز المعلومات ودعم القرار 1998 ص 10

6 - Rovikalakota & andrew B . Whinstone , frontiers of electronic commerce , Addison Wesley 3 pwklis hinny 1996 p 225

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822 J.A.S.R

وفقاً لهذا التعريف تشمل التجارة الالكترونية عدة عمليات وأنشطة كأوامر الطلب الالكترونية للبضائع والخدمات، يمكن توصيلها بالطرق المعتادة كالبريد أو مندوب الشركات(التجارة الالكترونية غير المباشرة) أو بطرق التسليم المعنوية للمنتجات والخدمات(التجارة الالكترونية المباشرة)كبرامج الكمبيوتر، المجلات الالكترونية، سندات الشحن الالكترونية، الأسهم المالية الالكترونية، المزادات التجارية والتصميمات الهندسية، بالتالي نقول أن التسليم في التجارة الالكترونية يمكن أن يكون ماديًا أو معنويًا. كما قام الاتحاد الأوروبي بإصدار توصياته للدول الأعضاء بضرورة تعديل تشريعاتها والتنسيق فيما بينها في شأن الإثبات المعلوماتي وكذا حماية المتعاملين أو المستهلكين في العقود عن بعد سنة 1997. ومن الجهود البارزة أيضا في تنظيم المعاملات الالكترونية للتوجيه الأوروبي رقم 99/93 الصادر في 13 ديسمبر 1999 الخاص بالتوقيعات الالكترونية وخدمات التوثيق[1].

هـ . **غرفة التجارة الدولية**: تأسست غرفة التجارة الدولية سنة 1919 بهدف خدمة قطاع الأعمال الدولية عن طريق تعزيز التجارة والاستثمار بين الدول وفتح الأسواق للسلع والخدمات، وقامت ببحث الجوانب القانونية والتجارية للتجارة الالكترونية وأثرها على العمليات التجارية الدولية، إذ قامت بطرح نموذجين للعقود التجارية في بيانات المعلومات على المستويين الأوروبي والدولي .كما قامت بإعداد مشروعي قانون في مجال التجارة الالكترونية، الأول خاص بالمصطلحات التجارية الالكترونية لعام 2004، أما الثاني فيهدف إلى وضع قواعد موحدة حول الواقع العملي في مجال التوثيق والشهادات الالكترونية، فقامت الغرفة بإصدار مجموعة الأعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية الالكترونية حيث تتسم بالطابع المكمل للدليل الإرشادي ومنها الدليل الخاص بالأنشطة الإعلانية على الانترنت.[2] لذا فإن نشاط فرقة التجارة الدولية بشأن التجارة الالكترونية اتخذ شكل توصيات وإصدار توجيهات إرشادية للشركات العامة في مجال التجارة الالكترونية. [3]

2. تعريف التجارة الالكترونية في القانون المقارن: اهتمت الكثير من الدول الغربية والعربية بإصدار تشريعاتٍ منظمةٍ للتجارة الالكترونية، وبيان أحكام المعاملات التي تتم من خلالها، وهي على التوالي:

أ. التشريعات الأجنبية في مجال التجارة الالكترونية: سنكتفي بعرض أهم القوانين التي تطرقت إلى بيان ماهية التجارة الالكترونية على المستوى الغربي.

***فرنسا**: عرف التقرير المقدم من مجموعة العمل المشكلة برئاسة السيد لورنتز في جانفي 1998 لوزير الاقتصاد الفرنسي التجارة الالكترونية بأنها "مجموعة المعاملات الرقمية المرتبطة بأنشطة تجارية بين المشروعات بعضها البعض، وبين المشروعات والأفراد وبين المشروعات والإدارة".

يعد هذا التعريف موسعًا للتجارة الالكترونية، حيث يرى أن المعاملات الرقمية المرتبطة بأنشطة تجارية

1 - Directive 1999/23/ce . du parlement européenne du conseil du 13/12/1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques , J . O . C . E . L . 13 du 19 Janvier 2000 p .12

2- EUCP وهي ملحق للأصول والأعراف الموحدة للاعتماد المستندي للتقديم الالكتروني، حيث يستخدم في الحالات التي يتم فيها الاعتماد بصورة الكترونية

3- محمد سعيد أحمد إسماعيل، مرجع سابق ص 77.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

مل الأنشطة البنكية باعتبار أنها تساهم في إبرام المعاملات عن طريق أنظمة الدفع الالكترونية، فهي تشمل تبادل المعلومات والمعاملات التجارية المتعلقة بالمنتجات وأيضا الخدمات مثل خدمات المعلومات والخدمات المالية والقانونية.[1] لتسهيل عملية التعاقد الالكتروني تمت صياغة نوعين من العقود بغرض تسهيل المعاملات الالكترونية، الأول عقد نموذجي بين التجار والمستهلكين يهدف إلى حماية المستهلكين من التعسف والثاني يتعلق بالعقود الخاصة بالمراكز التجارية الافتراضية،[2] ولم يكتف المشرع الفرنسي بإصدار قانون رقم 2000/230 ولكن تدخل بمقتضى المرسوم رقم 2001/741 الذي حاول من خلاله وضع تنظيم شامل للتعاقد الالكتروني في ضوء التوجيه الأوروبي رقم 97/7 بشأن حماية المستهلك في التعاقد عن بعد وكذا القانون رقم 2001/1062 المتعلق بالسلامة اليومية، بذلك تكاد منظومة التشريعات الفرنسية تكتمل أكثر من غيرها فيما يتعلق بالتنظيم التشريعي للتجارة الالكترونية.[3]

***الولايات المتحدة الأمريكية:** في جوان سنة 2000 وباقتراحٍ من المؤتمر الوطني صدر القانون الموحد للمعاملات الالكترونية للمفوضين لقوانين الولايات المتحدة، لينظم العقود الالكترونية ويدعم تنفيذها، ويمنح تشريع التوقيعات الالكترونية والرقمية نفس القوة القانونية الممنوحة للتوقيعات الخطية التقليدية، يستند القانون الأمريكي في ذلك على قاعدة التكافؤ المستمدة من مبدأ النظير الوظيفي المنصوص عليه في قانون (اليونسترال) النموذجي بشأن التجارة الالكترونية 1996، مع ذلك لم يضع المشرع الأمريكي تعريفًا للتجارة الالكترونية حين أصدر قانون المعاملات التجارية الالكترونية في 14 فيفري 2001 إلا أنه بين في الفقرة الثانية من المادة الثانية ماهية الأعمال التجارية الالكترونية. أصدر المشرع الأمريكي القانون التجاري الموحد والذي نص في المادة الرابعة منه على تحويل الأموال الكترونيًا سواء بين البنوك أو سداد المدفوعات والالتزامات بطريقة الكترونية ذلك باستخدام نظام المقاصة الالكترونية أو بطاقات الائتمان أو ماكينات الصرف الآلي ومنها البطاقة الذكية أو النقود الالكترونية فيما بين البنوك والأشخاص ووحدات الأعمال.

بيّن المشرع الأمريكي عدة وسائل تتم عن طريقها التجارة الالكترونية وأجاز أن تتم بأية وسيلة الكترونية مماثلة، في ذلك إشارة لما قد يظهر في المستقبل من وسائل الكترونية حديثة تستخدم في هذا المجال.[4]

***ايطاليا:** على الرغم من إصرار جانب من الفقه الايطالي بأن التجارة الالكترونية تختلف عن البيع عن بعد لأن المستهلك لا يقف موقفًا سلبيًا كما هو الشأن في البيع عن بعد إلا أنه و بناءً على توجيهات البرلمان والمجلس الأوروبي رقم 97/7 في شأن حماية المستهلك في مجال العقود عن بعد، أصدر المشرع الإيطالي سنة 1999 قرارًا بشأن قانون التجارة الالكترونية.

*** كندا:** أصدر المشرع الكندي قانون التجارة الالكترونية الموحد وقانون الإثبات الالكتروني الموحد عام 1999 و لم يُعرّف ماهية التجارة الالكترونية باعتبار أنها نشاط اقتصادي معروف ولها قواعد متفق عليها وإنما اكتفى

1- مدحت عبد الحليم رمضان، مرجع سابق ص 12.

2- أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، مرجع سابق ص 28.

3- هدى حامد قشقوش، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة 200 ص 12.

4- خالد إبراهيم ممدوح، مرجع سابق ص 50 .

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

تعريف تعبير "الكترونيا" في المادة الأولى فقرة "أ" من الجزء الأول بأنه يعني "عملية إنشاء تسجيل، نقل أو تخزين في صيغة رقمية أو أي صيغة أخرى غير ملموسة، بواسطة وسائل الكترونية أو بأي وسائل أخرى مشابهة لديها القدرة على الإنشاء، التسجيل، النقل أو التخزين الكترونيًا"[1]، بذلك نقول أن القانون الكندي قد أعطى لتعبير "الكترونيا" تعريفًا موسعًا وغير محدود بوصفٍ تكنولوجيٍ معين.[2]

ب. التشريعات العربية في مجال التجارة الالكترونية: بادرت بعض الدول العربية بالإصلاحات التشريعية بشكل يتناسب مع التطورات الحاصلة في المجالات الالكترونية وسارعت إلى إصدار قوانين خاصة بالمعاملات التجارية الالكترونية من هذه الدول ما يلي:

***الجزائر:** التشريع الجزائري ولأول مرة نظم الانترنت كنشاط اقتصادي مقنن .بموجب المرسوم التنفيذي 98-257 المؤرخ في 25 أوت 1998[3] المتضمن ضبط شروط وكيفيات اقامة خدمات الانترنت واستغلالها المعدل .بموجب المرسوم التنفيذي رقم 2000-307 المؤرخ في 14 أكتوبر 2000[4]، المتعلق بالنشاطات الاقتصادية المقننة التي تعتبر تحديداً لمبدأ حرية الاستثمار ولقد برز هذا المصطلح لأول مرة في القانون الجزائري، المكرس في المادة 3 من المرسوم التشريعي 93-12 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993[5]، المعدل .بموجب الأمر2001-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمارات (المادة 4). والمرسوم التنفيذي رقم 123/01 المؤرخ في 09 ماي 2001 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات .بما فيها اللاسلكية والكهربائية وعلى مختلف المواصلات السلكية واللاسلكية، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 162/07المؤرخ في 30 ماي 2007 الذي جاء بتعريف بعض المصطلحات فقط.[6]

***تونس:** تعتبر تونس أول دولة عربية تصدر قانونًا خاصًا بالتجارة الالكترونية هو القانون رقم 83 الصادر بتاريخ 09 أوت 2000، ووفقًا لهذا القانون تخضع العقود الالكترونية لنظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة وأثرها القانوني، وصحتها وقابليتها للتنفيذ فيما لا يتعارض وأحكام هذا القانون، يتضمن تنظيمًا لأحكام الوثيقة الالكترونية والإمضاء الالكتروني وكيفية التعامل بهما واتخاذ الاحتياطات اللازمة لتفادي كل استعمال غير مشروع لعناصر التشفير أو المعدات الشخصية المتعلقة بالإمضاء. عرف المشرع التونسي التجارة الالكترونية بأنها "المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الالكترونية".

يلاحظ أن هذا التعريف لم يبيّن الوسائل الالكترونية التي يتم عن طريقها التعاقد عن بعد.

***الأردن:** أصدر المشرع الأردني القانون رقم 85 سنة 2001 الخاص بالمعاملات الالكترونية بتاريخ 21 ديسمبر

1- عرف الالكترون في اللغة العربية بأنه "جسيمات دقيقة ذات شحنة كهربائية سالبة وشحنتها هي الجزء الذي لا يتجزأ من الكهربائية، المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، طبعة 1993 ص 23

2- مدحت عبد الحليم رمضان، مرجع سابق ص 16

3-الجريدة الرسمية عدد 63 لسنة 1998

4- الجريدة الرسمية عدد 60 لسنة 2000

5- الجريدة الرسمية عدد 64 لسنة 1993

6-الجريدة الرسمية عدد 337 لسنة 2007

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

سنة 2001 الذي يعتبر من القوانين المهمة التي عالجت العديد من القضايا ذات الصلة بالتجارة الالكترونية ويهدف إلى تسهيل استعمال الوسائل الالكترونية في إجراء المعاملات التجارية مع وجوب مراعاة القوانين الأخرى، وقواعد العرف التجاري الدولي ذات العلاقة بالمعاملات الالكترونية ودرجة التقدم في تقنية تبادلها عند تطبيق القانون، يسري هذا القانون على المعاملات الالكترونية والسجلات الالكترونية والتوقيع الالكتروني. المشرع الأردني لم يضع تعريفًا للتجارة الالكترونية، لكنه عرف المعاملات الالكترونية بأنها" المعاملات التجارية التي تنفذ بوسائل الكترونية". يلاحظ على هذا التعريف أنه يمد مفهوم المعاملات الالكترونية لتشمل الإجراءات التمهيدية السابقة على إتمام العملية التجارية الالكترونية.

***إمارة دبي:** عرف قانون إمارة دبي رقم 2 لسنة 2002 الصادر بتاريخ 12 فيفري 2002 تحقيقًا لتوجه الحكومة بإحلال وسائل التقنية الحديثة في المعاملات والتبادل التجاري، تضمن نظم آلية التعاقد الالكتروني بالاستناد إلى المراسلات الالكترونية والكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني وبين كيفية حفظ السجلات أو المستندات الالكترونية ومتى تكون أصلية، كما قرر قبول مخرجات الوسائل الالكترونية الحديثة ومنهما الحجية في الإثبات. عرّف مشرع إمارة دبي التجارة الالكترونية في الفصل الأول المخصص للتعريفات بأنها "المعاملات التجارية التي تباشر بواسطة المراسلات الالكترونية". يتضح من هذا التعريف أنه قد وسع مجال المعاملات التجارية لتشمل أي تعامل، عقد أو اتفاق يتم بواسطة وسيلة الكترونية متاحة حاليًا أو قد تظهر مستقبلاً في المراسلات الالكترونية.

خلاصة القول، ومن مجمل التعريفات السابقة يتبين أنها تتشابه فيما بينها بل تكاد تتفق على أن: التجارة الالكترونية ما هي إلا مباشرة للمعاملات التجارية التقليدية لكن بوسائل الكترونية، كما أنها لم تقصر الوسائل الالكترونية على وسيلة معينة، بل أجازت ممارستها بأية وسيلة وذلك لما قد يظهر في المستقبل من وسائل تكنولوجية حديثة.

ثانياً: التعريف الفقهي للتجارة الالكترونية: اختلف الفقهاء في تعريفهم للتجارة الالكترونية باختلاف وجهات النظر إليها، فظهرت العديد من المحاولات التي قامت بتعريفها على أنها "تشتمل أي أعمال تجارية تبرم وتتم بطريقة الكترونية، سواء كانت التعاملات التجارية تحدث بين طرفي العملية التجارية أو بين الشركة وعملائها".

كما عرّفها البعض بأنها "الأعمال والنشاطات التجارية التي تتم ممارستها من خلال الشبكة المعلوماتية"[1] وعرفها البعض الآخر بأنها "بنية أساسية تكنولوجية تهدف إلى ضغط سلسلة الوسطاء استجابة لمتطلبات السوق وأداء الأعمال في الوقت المناسب"[2] وعرّفت بأنها "عرض للسلع والخدمات على موقع الانترنت ليحصل على طلبات من العملاء"[3] .وعرفها جانب آخر من الفقه بأنها "عرض المشروع للمنتجات والخدمات على موقع

1- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة، عمان ، الأردن 2005 ص 25

2- نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة، الطبعة الأولى، الأردن، 2005 ص 16

3- رمضان صديق، الضرائب على التجارة الالكترونية، دار النهضة العربية 2001 ص 17 .

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

انترنت بغرض الحصول على طلبات من العملاء"، ووفق هذا التعريف تعتبر التجارة الالكترونية صورة جديدة من صور الدعاية والإعلان وشكل جديد لطلب المنتج أو الخدمة بطريقة الكترونية.[1]

وعرّفت التجارة الالكترونية بأنها العمليات التجارية التي يتم فيها تبادل الإيجاب والقبول وتراضي الأطراف بشأنها، واتفاقهم على كل بنود الصفقة التجارية عبر شاشات الكمبيوتر المتصلة بشبكة الانترنت، بحيث لا يبقى من إنهاء الصفقة إلا التسليم المادي للشيء محل التعامل بوسائل النقل البرية، البحرية أو الجوية.[2] لكن يؤخذ على هذا التعريف أن قصر التسليم في التجارة الالكترونية للبضائع والخدمات على التسليم المادي فقط ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يكون التسليم معنوي كما في حالة إذا كان محل العقد برنامج كمبيوتر أو مقطوعة موسيقية حيث يقوم باستلامها عن طريق التنزيل عبر الانترنت.

أعطت الجمعية الفرنسية (للتليماتيك والملتيميديا) تعريفًا ضيقًا للتجارة الالكترونية فعرفتها بأنها: "مجموعة من المعاملات التجارية التي يتم الشراء فيها عن طريق وسائل الاتصال"، بالتالي فإن التجارة الالكترونية تشمل عملية تلقي الطلب، الشراء مع السداد، وتتعلق بصورة أكبر بالعمليات المتعلقة بشراء السلع من تلك المتعلقة بالخدمات سواء اتخذت الأخيرة شكل المعلومات الألعاب. كما عرفتها ذات الجمعية تعريفًا واسعًا لتشمل "مجموعة الاستعمالات التجارية لوسائل الاتصال ومنها قيام المشروع فقط بعرض بضاعته، بحيث يتم طلب البضاعة بالطرق التقليدية".

لم يسلم هذا التوجه الفقهي لتعريف التجارة الالكترونية من النقد على اعتبار أنه تعيد التجارة الالكترونية في إطار معين على الرغم من رحابة المجال واتساعه للعديد من صور وأشكال الاتفاق وتلاقي إرادتي كل من الموجب والقابل فلماذا إذن التقيد . من ناحية أخرى نُنتَقِد اتجاه الجمعية الفرنسية على أساس أنها تضيق كثيرًا من نطاق التجارة عبر الحاسوب.

من جانبنا نرى أن هذا التعريف جاء ناقصًا وغير مفهوم، فما المقصود بوسائل الاتصال الواردة في متن التعريف؟ وهل هذه الوسائل تخرج عن نطاق التلفون والفاكس والتلكس؟ لهذا نرى أنه كان من الأجدر بيان أوصاف هذه الوسائل كالقول بأنها؛ تلك التي تستخدم لإبرامها في الحاسوب، فاستخدام هذا الأخير هو المعيار المحدد فيما إذا كانت المعاملات التجارية تتم بصورتها التقليدية أم أنها تنجز عبر الحاسوب.

من ناحية ثالثة نجد أن التعريف السابق قد قصد التجارة عبر الانترنت على عملية الشراء فقط دون غيره من المعاملات كالعرض للبيع والتسليم بصورتيه المادي والرمزي.

بمواجهة الاتجاه الفقهي السابق الذي نجد أنه يضيق مفهوم التجارة الالكترونية، ذهب جانب آخر من الفقه إلى تعريفها بأنها "نشاط تجاري يشمل توزيع، تسويق، بيع، تسليم السلع والخدمات، باستخدام الوسائل الالكترونية"[3]، أو أنها "استخدام الوسائل الالكترونية في إبرام الصفقات وإنجاز المعاملات التجارية وما يرتبط

1-Anita Rosen, the E-commerce–Question and Answer Book, A Sure wall guide for Business Manager, American Management Assertion , 1999 . p 87

2- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي (الالكتروني– السياحي– البيئي) دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2002 ص 19

3- نهلة قصراوي ، بيئة وفرص التجارة الالكترونية في دولة الإمارات ، إصدارات البيان 2001 ص 13 .

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

من إجراءات".[1] من جانبنا نؤيد هذا الاتجاه الأخير فيما ذهب إليه، لأنه يعبر تعبيرًا سليمًا عن مفهوم التجارة الالكترونية ومن جهة أخرى نجد أنه ينطوي على كلا المفهومين المتعلقين بالتجارة الالكترونية دون أن يقتصر على أي منهما بالتفريق بين نوعين من ممارسة التجارة عبر الحاسوب، الأول يقصد به مزاولة نشاط بيع وشراء السلع والخدمات فقط عبر الانترنت (المفهوم الضيق للتجارة الالكترونية). أما الثاني فهو يُوسع من نطاق العملية التجارية عبر الانترنت لجعلها تشمل بالإضافة إلى بيع وشراء السلع والخدمات كل العمليات المتعلقة بالحصول على المعلومات والبيانات وتبادلها عبر الانترنت سواء كانت مرتبطة بإتمام صفقة تجارية معينة أم مطلوبة بحد ذاتها مقابل قيمة معينة يدفعها من يريد الحصول عليها(المفهوم الواسع للتجارة الالكترونية).[2]

مما تقدم يتضح أن التجارة الالكترونية مصطلح يتكون من مقطعين: الأول وهو التجارة وهي ممارسة النشاط الاقتصادي الذي يتم من خلال تداول السلع والخدمات بين الحكومات، المؤسسات والأفراد، تحكمه عدة قواعد وأنظمة متفق عليها ويشمل جميع الأنشطة التجارية. أما الثاني وهو الالكترونية فهو يشير إلى وصف لبيئة ومجال أداء النشاط التجاري وإبرام العقود والصفقات باستخدام الوسائط الالكترونية التي من بينها الانترنت.

الفرع الثاني: سمات التجارة الالكترونية: إزاء الأهمية الكبرى للتجارة الالكترونية فإنه من الجدير أن نتناول في عرض تقييمي أهم مميزات التجارة الالكترونية وبعض المشكلات والعراقيل التي تعتريها سيما التجارة الالكترونية العربية.[3]

أولاً: خصائص التجارة الالكترونية: تتميز التجارة الالكترونية بخصائص تختلف عن التجارة التقليدية وأهمها:

1.إحلال الدعائم الالكترونية محل الدعائم الورقية: إن الهدف من التجارة الالكترونية هو خلق مجتمع المعاملات اللاورقية، ما يعني الاستغناء عن التعامل بالمستندات الورقية التقليدية ليحل محلها المستند الالكتروني.[4]بعد أن 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 مزيدًا من غرف الحفظ والتخزين والكميات الضخمة تؤدي حتمًا إلى تكاليف نقل وتداول مرتفعة، بسبب الكم الهائل من الأوراق يصعب الحصول على المعلومات بطريقة فورية بالإضافة إلى صعوبة تداولها...

لهذا تتميز المعاملات التجارية الالكترونية بعدم وجود وثائق ورقية متبادلة في إجراء المعاملات، إذ أن معظم الإجراءات والمراسلات بين طرفي المعاملات تتم إلكترونيًا، 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- رمضان صديق ، مرجع السابق ص 21 .

2- خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق ص 60 .

3- إبراهيم المنجي، عقود نقل التكنولوجيا، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2002 ص 270

4- السيد عتيق، جرائم الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2000 ص 120.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822 J.A.S.R

بهما [1]

2.غياب العلاقة المباشرة بين الأطراف المتعاقدة: على خلاف مجلس العقد التقليدي الذي تدور فيه المفاوضات للاتفاق على تفاصيل العقد المراد إبرامه، قد يحتاج ذلك جلسة أو عدة جلسات لحين الاتفاق على الشروط والتفاصيل، أما في التعاقد الالكتروني حيث يكون المجلس افتراضيًا فعملية التعاقد تتم عن بعد، حيث يكون البائع في مكان قد يبعد عن مكان المشتري بآلاف الأميال، مع إمكانية اختلاف التوقيت الزمني أيضا وغياب العنصر البشري. فتقوم أجهزة الكمبيوتر بالتراسل الالكتروني فيما بينها وهو ما يعرف بالوكيل الالكتروني[2] هذا ما دفع البعض للقول بأن التجارة الالكترونية لها تأثير سلبي على العلاقات الاجتماعية بين الأفراد نتيجة غياب العلاقات الحميمية بين المتعاقدين كما هو الحال في الطرق التقليدية في التعاقد.

قد توجد في حالة البريد الالكتروني مفاوضات عقدية من خلال تبادل الرسائل الالكترونية، إلى أن يلتقي الإيجاب بالقبول المطابق لكن تبقى العلاقة المباشرة منعدمة كقاعدة عامة.

3. السرعة في إنجاز الصفقات التجارية: تساهم التجارة الالكترونية بشكلٍ فعالٍ 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؛ كتسليم برامج الحاسب، والتسجيلات الموسيقية، أفلام الفيديو والكتب والأبحاث والتقارير الالكترونية، إلى جانب بعض الخدمات مثل الاستشارات الطبية والهندسية وكل ذلك يتم على الشبكة، لما في ذلك توفير للوقت والجهد والمال.[3]

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

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

1- إن الصلة بين المستند الالكتروني والتجارة الالكترونية واضحة فإذا كان قوام هذه التجارة هو تبادل المنتجات والخدمات، فإن هذا لا يعدو أن يكون في حقيقة الأمر عقد يجمع كافة شروطه القانونية من إيجاب وقبول ويقترن بتوقيع ينسب إلى صاحبه ويرتب أثاره القانونية ، وهذا العقد في مجال التجارة الالكترونية هو مستند الكتروني توافرت فيه كافة أركان وشروط العقد .أنظر: أشرف توفيق شمس الدين، الحماية الجنائية للمستند الالكتروني، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون الذي عقد بدبي في الفترة 12/10 ماي 2003 ص 432.

2- بشار طلال أحمد مومني، مشكلات التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، رسالة دكتورا، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر 2003 ص32

3- جمال نادر، أساسيات ومفاهيم التجارة الالكترونية، عمان دار الإسراء للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2005عمان، الاردن ص 12

4- نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الالكتروني، مرجع سابق ص 19

5- عرب يونس عرب، قانون الكمبيوتر، منشورات اتحاد المصارف العربية، الطبعة الأولى 2001 ص 365

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822 J.A.S.R

المختلفة؛ كنظم تأمين المعلومات التجارية، حماية الخصوصية وتوفير الأمان في طرق الدفع للمتعاملين من خلال الوسائط الالكترونية، فقد ظهر نوع جديد من الوساطة المتلائمة مع طبيعة التجارة الالكترونية؛ كالوسطاء المتخصصون في تنظيم المزادات الالكترونية. كما ظهر وسطاء يؤدون مختلف الخدمات التي كانت تؤدى بواسطة منشآت مختلفة لكن في شكل حزمة متكاملة، مثل شراء السيارات، العقارات والرحلات السياحية، حيث قد تجمع خدمات البحث، التعاقد، التمويل، الاستثمارات القانونية والتأمين... على موقع واحد تيسيرًا على المستهلك.[1]

ثانياً: مشكلات وعراقيل التجارة الالكترونية: إذا كانت الوسيلة المستخدمة في إبرام العقود التجارية هي السبب فيما تتمتع به هذه العقود من مزايا، فإنه من الممكن أن تكون الوسيلة ذاتها هي السبب فيما يوجه إليها من نقد، لما تثيره من مشاكل تكون عائقًا أمام استخدام ونمو مثل هذا النوع من التجارة، أهم هذه المشاكل:[2]

1.أمن المعلومات بالرغم من الانتشار الكبير وتزايد استخدام الوسائل الالكترونية لتنفيذ الأنشطة التجارية إلا أن مسألة الأمن والثقة تقف كحجرة عثرة في طريق التجارة الالكترونية فتزايد عمليات الاحتيال وسرقة الأرقام الخاصة ببطاقات الائتمان واختراق المواقع على شبكة الانترنت وغيرها من الجرائم[3]، أدت إلى عدم ثقة بعض المتعاملين باستخدامها كوسيلة للقيام بأعمالهم، فبالرغم من التطور في مجال تكنولوجيات الحاسبات الآلية والبرمجيات، إلا أن هذا التطور يوازيه تطور آخر في مجال الاحتيال باستخدام الوسائل الإلكترونية لأغراض غير مشروعة يكونون في أغلب الأحيان أشخاصًا ذووا خبرة في مجال التقنية. من أحداث التطبيقات القضائية في هذا المجال، على سبيل المثال؛ ولاية كاليفورنيا في الولايات المتحدة الأمريكية قد تم فيها القبض على شخص قام بالاستيلاء على أرقام بطاقات الائتمان وتم الحكم عليه بالحبس لمدة 10 أشهر[4]، قضية أخرى حكم فيها على شخص بالحبس 50 شهرًا لقيامه بسرقة حوالي 637000 بطاقة ائتمانية تم استخدامها في مواقع الانترنت[5]
(5)

2. القانون الواجب التطبيق: إن التجارة الالكترونية لا تتقيد بحدود جغرافية معينة، لذا فإن الحجم الكبير والمتزايد من العمليات التجارية، التي تتم عبر الشبكة بين الأطراف المتعاقدة، يتمتعون بجنسيات مختلفة، هذا يدل على أن معظم المعاملات ترتبط بأكثر من دولة مما يثير مشكلة تنازع القوانين والبحث عن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية وتحديد الاختصاص القضائي في حالة نشوب نزاع بين الأطراف المتعاقدة وكذا ما يتعلق بتنفيذ الأحكام الأجنبية للمحاكم.[6] فعلى سبيل المثال؛ أي موقع تجاري على شبكة الانترنت هو موقع مفتوح للمستهلكين من جميع دول العالم، وأي مستهلك يشتري من هذا الموقع يكون قد أبرم عقدًا

1- إبراهيم العيسوي، مرجع سابق، ص 38

2- ألاء النعيمي، عقود التجارة الالكترونية، محاضرات قامت بإلقائها على طلبة الماجستير في كلية الحقوق جامعة النهرين 2005 ص 07

3- أحمد خليفة، الجرائم المعلوماتية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 2005 ص35

4- راجع القضية بالتفصيل على الموقع الالكتروني التالي : http : // www.cybercrime . gov / tandiwidj ojosent . pdf 3/3/2008

5- راجع تفاصيل القضية على الموقع الالكتروني التالي : http : // www . Cyber crime . gov / haltinner sent . PDF 26 / 2 / 2008

6- بشار طلال أحمد مومني، مرجع سابق ص 42.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822 J.A.S.R

يأخذ الطابع الدولي وأي نزاع بخصوص هذا العقد يجلب معه مشكلات قانونية من أهمها تحديد القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بنظر النزاع.

3. الكشف عن الأسرار: إذا كانت الصفقات التجارية تتضمن في الغالب نصًا يوجب على الأطراف الالتزام بالسرية وعدم الإفشاء، فإنه من المحتمل أن يهدد مثل هذا الاتفاق خاصة انفتاح شبكة المعلومات العالمية أمام جميع مستخدميها، إذ من المحتمل الكشف لمنافسين أو لأناس آخرين عن معلومات خاصة بالتسويق أو بالممتلكات مثل؛ حقوق الملكية الفكرية أو بالأسعار المنافسة والتي تكون حاسمة في نجاح الأعمال.[1]

4. الإثبات: يعتبر الإثبات من أهم المشكلات التي يثيرها استخدام الوسائل الالكترونية في إبرام المعاملات التجارية خاصة فيما يتعلق بالكتابة، ذلك لاختلاف طبيعة المحرر الالكتروني عن مثيله التقليدي، حيث يشترط القانون وجوب الإثبات بالكتابة في المعاملات المدنية التي تتجاوز قيمتها مبلغًا معينًا، بالإضافة إلى بعض العقود التي يشترط فيها القانون شكلاً معينًا، هنا تبرز المشكلة سيما أن معظم المعاملات الالكترونية عبر الانترنت، معاملات تتم على دعامة الكترونية من الممكن فيها التعديل والحذف دون ترك أثر.[2]

5. فقدان الثقة في التعامل عبر الانترنت: إن المعاملات التجارية قوامها الثقة، إلا أنها قد تكون مهددة بعدم الصحة عبر الوسائل الالكترونية، مما يؤدي إلى فقدان الفرص بالنسبة للأعمال وعدم تحقيق الفوائد، فكثيرًا ما يتعرض المستهلكون لمخاطر، لأن المستهلك الذي يعهد بأمواله إلى أنظمة الكترونية تتعرض للهجوم.[3]

بالرغم من أن التجارة الالكترونية تشترك في أشياء كثيرة مع مثيلتها التقليدية، لأن كلا منهما يتضمن أطرافا تلتقي معًا لشراء أو بيع سلع أو خدمات، ويتحريان على الدفع والتسليم، حيث تتجه نية هؤلاء الأطراف في الحالتين نحو خلقِ اتفاقٍ قابلٍ للتنفيذ. يبرر هذا التشابه الوظيفي الاتجاه السائد للتعديلات التدريجية على المبادئ التقليدية، كي تستوعب جوانب كثيرة للتجارة الالكترونية، إلا أن هناك اختلافات مهمة بينهما، فعلى سبيل المثال تقلل التجارة الالكترونية من اشتراطات الاعتماد على السجلات الورقية لتوثيق أي تعامل من التعاملات.

التجارة الالكترونية باللغة العربية: تشير الدراسات البحثية والإحصائية إلى أن اللغة العربية لا تمثل أكثر من 0.5 %من مساحة الاستخدام على شبكة المعلومات الدولية [4]، فيعد عائقًا رئيسيًا أمام نجاح تجارة التسوق الرقمي في المنطقة العربية، كما أن عدم الوعي بوسائل التجارة الالكترونية وتحديد وسائل الوفاء بالثمن عبر تقنيات الدفع النقدي وبطاقات الائتمان وضعف الثقة بالجوانب الأمنية لحماية المعلومات، كذلك عدم الرغبة في تغيير العادات المتعارف عليها بين الدول في تسوية أمورهم، كل هذا يمثل عوامل حاسمة في ضعف شيوع هذا النمط المستحدث للأنشطة التجارية.

1- مهند عزمي مسعود أبو مغلي، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس كلية الحقوق، مصر 2005 ص 74

2- زياد خليف العتري، المشكلات القانونية لعقود التجارة الالكترونية، دار وائل للنشر الطبعة الأولى، الأردن2010، ص 27.

3- طاهر شوقي مؤمن، عقد البيع الالكتروني، دار النهضة العربية 2007 ص 17

4- أحمد صلاح الدين إبراهيم، تأملات في التجارة الالكترونية ، ورقة عمل مقدمة في ندوة المفاهيم الأساسية للمعاملات القانونية والاقتصادية عبر الانترنت التي التي عقدت في شرم الشيخ في الفترة من 25 إلى 29 ديسمبر 2005 ص 08.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

ولعل من أهم المعوقات التي تواجهها التجارة الرقمية العربية:[1]

أ. ضعف الموارد البشرية وغياب الخبرات المطلوبة نتيجة انتشار الأمية بنوعيها.

ب. غياب البنية التحتية التي تتيح الاتصال بشبكة المعلومات الدولية وكفاءة قطاع الاتصالات.

ج. ضعف الإلمام باللغة الانجليزية نظرًا لأن89% من اللغات المتداولة الدولية هي اللغة الانجليزية[2] .

د. نقص الوعي بطرق تنفيذ المعلومات المالية والسداد الالكتروني.

و. غياب الإطار التشريعي في بعض الدول، الذي يعد العمود الفقري لقيام التجارة الالكترونية.

– نرى أنه للتغلب على هذه المعوقات وتشجيع نمو التجارة الالكترونية العربية فيجب العمل على:

أ. توفير بنية تحتية مناسبة كالأجهزة وخدمات الشبكة والتطوير الدائم للبرمجيات.

ب. وضع سياسات أو قواعد لحماية المستهلك وإيجاد معايير خاصة لنقل وإيصال البضائع واتخاذ التدابير اللازمة لضمان أمن المدفوعات الالكترونية.

ج. وضع مؤشرات قياسية لتطور المجتمع المعلوماتي العربي ومقارنتها مع المستوى العالمي.

د. تجميع الدراسات والبيانات الجارية في الدول العربية وتحليلها من أجل تسهيل مهمة متخذي القرار في الوصول إلى الحلول المثلى والاستنتاجات الصحيحة.

المبحث الثالث: ماهية العقد الإلكتروني وتمييزه عن غيره من العقود

يعتبر العقد الالكتروني العصب الأساسي للتجارة الالكترونية، يرجع السبب في ذلك لسهولة وسرعة إبرام هذه العقود من خلال الوسائط الالكترونية. هذا ما يدعونا إلى محاولة التعرف على ماهية هذا العقد من خلال بيان أوجه الخصوصية فيه؛ بغرض وضع تنظيم هيكلي له، بيان النظام القانوني والبحث عما إذا كانت النظرية العامة للتعاقد تكفي لتنظيم أحكامه، أم أن له أحكامًا خاصةً ناتجةً عن طبيعته، كونه يبرم في بيئة الكترونية، ونقسم هذا المبحث إلى مطلبين كما يلي:

المطلب الأول: ماهية العقد الالكتروني

المطلب الثاني: تمييز القد الالكتروني عن غيره من العقود

المطلب الأول: ماهية العقد الالكتروني

إن تحديد ماهية العقد الالكتروني يتطلب توضيح المقصود بهذا النوع من العقود، أي بمجرد وصفه عقدًا فيخضع لأحد مصادر الالتزام، لكنه يتمتع بخصوصية تميزه عن بقية العقود الأخرى لذا سنوضح ذلك فيما يلي:

الفرع الأول: تعريف العقد الالكتروني: 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.[3]

1– بشار طلال أحمد مومني ، مرجع سابق ص 36.

2– في حين تتقاسم اللغات الأخرى 10.5فقط حسب الترتيب الآتي: الفرنسية 0.97 ،الألمانية 0.89، الاسبانية 0.83 ، اليابانية0.71 ، الكورية 0.45 البرتغالية والسويدية 0.33 الماليزية 0.23 باقي لغات العالم 6 أنظر : محمد إبراهيم أبو الهيجاء، مرجع سابق ص 33

3 JEAN - BAPTISTE (M) , Créer et exploites un Commerce électronique , Ed , lite 1996 , p89

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
سوف نتطرق إلى التعريفات الواردة بشأن العقد الالكتروني في التشريع المقارن و التعريفات الخاصة ببعض الفقهاء.[1]

أولاً: التعريف التشريعي للعقد الالكتروني في القانون المقارن: حرصت بعض التشريعات الأوروبية والعربية التي تنظم المعاملات الالكترونية على تعريف العقد الالكتروني باعتباره أحد تطبيقات التعاقد.

بالرجوع إلى نصوص القانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة بشأن التجارة الالكترونية نجد أنه عرف العقد الالكتروني من خلال تعريفه لرسالة البيانات، في المادة 2/أ ' بأنها: "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".[2] وعرفت المادة2/ب، تبادل البيانات الالكترونية "يراد بمصطلح تبادل البيانات الالكترونية نقل المعلومات من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات".

رأت اللجنة المعدة لهذا القانون بأن هذا التعريف ينصرف إلى كل استعمالات المعلومات الالكترونية، ليشمل بذلك إبرام العقود والأعمال التجارية المختلفة، وعليه فإن العقد الالكتروني حسب هذا القانون هو العقد الذي يتم التعبير عن الإرادة فيه بين المتعاقدين باستخدام الوسائل المحددة في المادة 2/أ- ب وهي:

* نقل المعطيات من كمبيوتر إلى كمبيوتر آخر وفقا لنظام عرض موحد.
* نقل الرسائل الإلكترونية باستعمال قواعد عامة أو قواعد قياسية.
* النقل للنصوص باستخدام الانترنت، أو تقنيات أخرى كالتلكس والفاكس.

يتضح مما سبق أن الانترنت حسب هذا القانون ليست الوسيلة الوحيدة لتمام عملية التعاقد في التجارة الالكترونية، بل تشاركها وسائل أخرى مثل جهازي التيلكس والفاكس.

لما كان العقد الالكتروني من طائفة العقود التي تتم عن بعد، فقد عرفت المادة الثانية من التوجيه الأوروبي الصادر في 20 ماي 1997. المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد التعاقد عن بعد بأنه "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". عرفها هذا التوجيه بأنها "أية وسيلة تستخدم في التعاقد بين المورد والمستهلك بدون التواجد المادي والمتزامن لهما ذلك حتى إتمام التعاقد بين الأطراف"[3]

*أما المشرع **الكندي** فقد عرف 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".

*أما القانون **الأمريكي** فقد أورد تعريفًا للسجل الالكتروني الذي هو بمثابة العقد الالكتروني الذي يتم إبرامه

1- محمد حسين منصور ، أحكام البيع مطبعة الانتصار الإسكندرية 2002 ص 09.
2- المادة الثانية فقرة ' أ ' من قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الالكترونية 1996.
3- خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق ص 73.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

الأطراف بأنه: "عقد أو أي سجل آخر يتم تخليقه، تكوينه، إرساله، نقله، استقباله أو تخزينه بأي وسيلة الكترونية".

*نص القانون **التونسي** رقم 83 لسنة 2000 المؤرخ في 09 أوت 2000 الخاص بالمبادلات التجارية والالكترونية بشكل ضمني في الفصل 28 أنه "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". يستفاد من ذلك أن المشرع التونسي عرف العقد الالكتروني بشكل ضمني حيث يعرف المبادلات الالكترونية التي يعد العقد الالكتروني أحد آلياتها ويتبين في إطار هذا القانون أنه ذلك العقد الذي يتم إبرامه وتنفيذه الكترونيًا.

*أما قانون المعاملات الالكترونية **الأردني** رقم 85 لسنة 2001 فقد عرف العقد الالكتروني في المادة الثانية منه بشكل صريح بأنه "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية كليًا أو جزئيًا" وأضافت نفس المادة إلى ذلك تعريفًا خاصًا للوسائل الالكترونية التي يبرم بواسطتها العقد على أنه: "أية تقنية لاستخدام وسائل كهربائية، مغناطيسية، ضوئية أو أية وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها".

*تنص المادة2 من القانون **الإماراتي** رقم 02 لسنة 2002 المتعلق بالمعاملات والتجارة الالكترونية على أنه 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.[1]

*أما عن **الجزائر** فيلاحظ أن القانون المدني الجزائري لم يتعرض للنظم القانونية التي تحكم العقد الالكتروني و لم يتناول تعريفه.[2]

مما سبق يتضح أن المشرع الأردني أكثر اهتمامًا على عكس غيره من المشرعين في البلدان العربية بوضع تعريف صريح ومباشر وشامل للعقد الالكتروني، حيث لم يحصره في نوع محدد من العقود جاء هذا التعميم المطلق لهذا التعريف سعيًا لاحتوائه كافة التصرفات التي يتم إبرامها عبر الانترنت وترك المجال مفتوحًا لإدراج تصرفات جديدة تتم بالصفة الالكترونية التي قد توجد مستقبلا. فحدد المقصود بالعقد الالكتروني، بأنه العقد المبرم عبر شبكة الانترنت فهو عقد كغيره من العقود التقليدية، لكنه يكسب الطابع الالكتروني من خلال الطريقة التي ينعقد بها، أو الوسيلة التي يتم إبرامه من خلالها، هذا العقد يُظم إلى طائفة العقود التي تتم عن بعد، وينشأ من تلاقي القبول بالإيجاب بفضل التواصل بين الأطراف بوسيلة مسموعة مرئية عبر شبكة دولية مفتوحة ومعدة للاتصال عن بعد.[3]

1- مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الانترنت، دار الكتاب مصر العربية 2010 ص58.

2- ناجي الزهراء، مداخلة بعنوان "التجربة التشريعية الجزائرية في تنظيم المعاملات الالكترونية المدنية والتجارية"، أكاديمية الدراسات العليا "طرابلس"، المؤتمر العلمي المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، ليبيا، المنعقد في الفترة من 28 الى 29 أكتوبر 2009، ص06

3- خالد الصباحين. انعقاد العقد الالكتروني، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والحاسوب، جامعة اليرموك، الأردن 13/12 جويلية 2004 ص 04

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

ثانيًا: التعريف الفقهي للعقد الالكتروني: اتجه الفقه لمحاولة تعريف العقد الالكتروني من خلال دراسته لما يتميز به من الحداثة والخصوصية.

*عرف جانب من الفقه **الأمريكي** العقد الالكتروني بأنه[1] "ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفًا ومعالجة الكترونيًا، تنشئ التزامات تعاقدية ".

*كما عرف العقد الالكتروني من جانب الفقه **الفرنسي** أنه "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول بشأن الأموال والخدمات، عبر شبكة دولية للاتصال عن بعد، بوسيلة مسموعة ومرئية، تتيح التفاعل الحواري بين الموجب والقابل.[2] هذا التعريف اقتصر على المعاملات التي تبرم عبر الانترنت فقط، ما يتعارض مع مفهوم تقنيات الاتصال المختلفة، وتعريف التجارة الالكترونية على النحو الذي تناولناه سابقًا، كما أنه من الخطأ أن تربط مفهوم العقد الالكتروني بوسيلة اتصال معينة لاسيما وأن وسائل الاتصال عن بعد تعتمد على تقنيات الكترونية تفوق في تطورها الدراسات القانونية التي تلاحقها، كما أن الانترنت سوف تصبح خلال عشر سنوات وسيلة قديمة، لتظهر وسيلة جديدة يطلق عليها اسم الفضاء المصطنع الذي سيؤدي إلى وجود عالم ذهني مصطنع.[3]

من التعاريف ما يكتفي بأن يكون العقد مبرمًا ولو جزئيًا بوسيلة الكترونية فيعرف بأنه "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسيلة الكترونية كليًا أو جزئيًا أصالة أو نيابة".[4]

ومن التعاريف ما شمل جميع الوسائل الالكترونية، لكنه اشترط لكي يعتبر العقد الكترونيًا أن تكتمل كافة عناصره عبر الوسيلة الالكترونية حتى إتمامه، معتبرا أنه "كل عقد يتم عن بعد باستعمال وسيلة الكترونية ذلك حتى إتمام العقد".[5] وأنه عبارة عن "تقابل لعرض مبيعات أو خدمات يعبر عنه بوسيلة اتصال سمعية ومرئية من خلال شبكة دولية للاتصالات عن بعد مع قبول، والذي يكون قابلا لأن يظهر باستعمال النشاط الحواري بين الإنسان والمعلومة التي تقدمها الآلة".[6] هناك من عرفه بأنه "التفاوض الذي انتهى بالاتفاق التام بين إرادتين صحيحتين باستخدام وسيلة اتصال حديثة"[7] وقد استند جانب من الفقه إلى صفة أطراف العلاقة القانونية في تعريفه لعقود التجارة الالكترونية، وعرفها بأنها" تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية للسلع والخدمات التي تتم بين مشروع تجاري وآخر أو بين تاجر ومستهلك، ذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات".[8]

لما كان العقد الالكتروني يتم بواسطة الاتصالات الالكترونية عن بعد فإن هذا التوجيه يرى بأنها تتم بأية وسيلة الكترونية، تم تبادل المعلومات من خلالها أو تم التفاوض على العقد أو استخدامها في إبرام العقد، سواء

1-Michal S.B aim & Henry perrit , electronic contracting , publishing And EDI Law, Wiley law puck Bilocation's fan Wiley; Sans 1991. p6

2-OLIVINE TENU , internet et le durit , Aspects juridiques du commerce électronique , éditions eyalets , 1996 , p 23.

3- وبمقتضى هذه الوسيلة سوف تستبدل شاشة الحاسوب بنظارات حساسة للحركة تدور في كل الاتجاهات، وتستبدل 'بكرة صغيرة متحركة بما يتيح للمستعمل التحرك بسهولة في فضاء حقيقي، أو خيالي دون فأرة الحاسوب Mouse

4- أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الانترنت، دراسة مقارنة، المكتبة القانونية، عمان، الأردن، الطبعة 2002 ص 132 .

5- عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق ص 49.

6-ITEANU OLIVIER , internet et le droit , aspects juridiques du commerce électronique éd, Ey ralles, Avril 1996, p 27

7- محمد حسين منصور ، المسؤولية الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2003 ص 18.

8- محمد شكري سرور، التجارة الالكترونية ومقتضيات حماية المستهلك، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية بمركز البحوث والدراسات بأكاديمية شرطة دبي الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني 22 أفريل 2003 ص 214.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822 J.A.S.R

ن كليًا أو جزئيًا، وكان اقتراحهم التعريف الآتي: "العقد الالكتروني هو اتفاق بين طرفي العقد من خلال تلاقي الإيجاب والقبول عن طريق استخدام شبكة المعلومات سواء في تلاقي الإرادتين، أو في المفاوضات العقدية، التوقيع أو أية جزئية من جزئيات إبرامه سواء كان هذا التصرف في حضور طرفي العقد في مجلس العقد أو من خلال التلاقي عبر شاشات الحاسب الآلي أو أية وسيلة سمعية أو بصرية".

العقد الالكتروني من العقود المبرمة عن بعد، حسب ما أقره الفقه ونصوص القانون فيعرف العقد الالكتروني الدولي بأنه "العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات بقبول من أشخاص في دول أخرى، ذلك من خلال الوسائط التكنولوجية المتعددة، منها شبكة المعلومات الدولية الانترنت، بهدف إتمام العقد".[1]

إن تنوع التعريفات السابقة لعقود التجارة الالكترونية، يُضفي قدرًا من المرونة في تحديد مفهوم تلك العقود، كما يتيح للمشتغلين تطبيق القانون بالملاءمة بين تلك المفاهيم المستحدثة وبين ما يستجد من ظروف. لذا نعتقد أنه من الصعب وضع تعريفٍ عامٍ لعقود التجارة الالكترونية يتجاوز مستوى النقد، غير أن الإقرار بهذه الصعوبة لا يمنعنا من الاجتهاد في هذا الصدد.

بناءً على ما سبق يمكننا أن نعرف العقد الالكتروني بأنه "العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الالكتروني للبيانات وبقصد إنشاء التزامات تعاقدية "يعتبر هذا التعريف الأكثر انسجامًا وتناسقًا مع هذا العقد.

ويرجع تفضيلنا لهذا التعريف إلى أنه يضع تحديدًا لعقود التجارة الالكترونية من الجوانب التالية:

1 .من حيث النطاق والوسيلة: إن مصطلح التجارة الالكترونية لا يتوقف عند شبكة الانترنت وحدها حتى لو كانت تقدم أكثر التحديات الاقتصادية قوة، إنما تضم أيضا الشبكات الرقمية المتخصصة كشبكة بنوك المعطيات المعلوماتية من خلال هذه الشبكات، مما ينطوي على تبادل للقيم المالية أو الخدمات بواسطة شبكة الكترونية مفتوحة أو مغلقة[2]. هذا إلى جانب أن عقود التجارة الالكترونية تتم من خلال تقنية الاتصال عن بعد دون حاجة إلى الحضور المادي للمتعاقدين،[3] مما يعين اتساع هذا التعريف ليضم العقود التي تتم على الانترنت وأي وسيلة أخرى للاتصال عن بعد؛ كالتلفون، التلغراف، البث التلفزيوني والكتالوجات الالكترونية وغير ذلك من الوسائل التي تعمل بمجرد إصدار أوامر التشغيل إليها، وهذا يميزها عن غيرها من العقود التقليدية التي تتم بين حاضرين عند تبادل التعبير عن الإرادتين.[4]

بالتالي اختفاء الكتابة الورقية وانعدام التوقيع اليدوي وظهور ما يسمى الكتابة الالكترونية والتوقيع الرقمي

1- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق ص 68.

2- شبكة تم إنشاؤها في بلجيكا عام 1973، وهي تضم حاليا 299 بنكا في 15 دولة، وهي شبكة مغلقة يقتصر الدخول فيها على الأعضاء فقط، لمزيد من المعلومات حول هذه الشبكة راجع العناوين الالكترونية التالية: http: // www. Data focus . com / nutcracker /wn swift . htm

3-KATSH (E), The Emery Eng of online dispute Résolution in," les premières journées internationales du droit du commerce électronique ,ed liter" , 23 – 25 octobre 2000, p 52.

4- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الالكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية بمركز البحوث والدراسات بأكاديمية شرطة دبي بالإمارات العربية المتحدة المجلد الثاني،26 – 28 أفريل 2003 ص 25

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

خلال النقود الالكترونية محل النقود العادية.[1]

2. من حيث المحل: من بين عقود التجارة الالكترونية ما يتم كلية على الخط لانتقال الأطراف، وهذا يحدث في العقود التي يكون محلها غير مادي، وتكون متاحة على الخط، كعقود الخدمات المصرفية، التعليمية والاستشارات القانونية، المحاسبية والطبية، ومنها ما يتم إبرامه على الخط، لكنه ينفّذ خارج الخط ويحدث ذلك عندما يكون محل العقد أشياء مادية، بالتالي لا تكون الشبكة سوى وسيلة للتعاقد [2] ولا شك أن الحالة الأولى تتميز بها عقود التجارة الالكترونية عن غيرها من العقود الالكترونية الأخرى.

3 .من حيث طريقة التعبير عن الإرادة: فإن الإيجاب فيما يتعلق بالعقود التي تتم على شبكة الانترنت يأخذ السمة الإنفتاحية التي تجعل التعاقد متاحًا للجميع، مما يؤدي إلى إبرام العقد بين أطراف يجهلون بعضهم، هذا بدوره يميز العقد الالكتروني عن ما يسمى السعي لإبرام العقد والذي يتطلب أن يكون الإيجاب موجهًا لشخصٍ محددٍ.[3]

الفرع الثاني: خصائص العقد الالكتروني: من خلال تعريفات العقد الالكتروني سابقة الذكر تتبين لنا عدة خصائص تميزه عن غيره من العقود التقليدية، نظرًا للطبيعة الخاصة للتعاملات الالكترونية وهي كما يلي:

أولاً: 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 مختلفة فتبادل التراضي يكون الكترونيًا عبر شبكة الانترنت من خلال مجلس عقد حكمي افتراضي[4] لذلك فهو فوري معاصر رغم أنه يتم عن بعد.[5] يعرف الاتصال عن بعد بأنه "مجموعة من الإجراءات الفنية(المسموعة والمرئية) لإرسال واستقبال المعلومات عن بعد".

كما يعرف توجيه البرلمان والمجلس الأوروبي رقم97/7 الصادر في 20 ماي1997 بالمادة الثانية فقرة1 العقد الالكتروني بأنه: "كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات، أبرم بين مورد ومستهلك في نطاق نظام لبيع أو تقديم خدمات عن بعد. نظمه المورد الذي يستخدم، لهذا العقد فقط تقنية أو أكثر للاتصال عن بعد لإبرام العقد وتنفيذه.[6]

هذا التعريف نَظَرَ إلى العقد على أنه يتم عن بعد، بين غائبين نظرًا لوجود وسيلة اتصالٍ بينهما، ولا يمنع تكييف العقد عن بعد وجود الوسيط الالكتروني[7] وقد يكون العقد الالكتروني غير معاصر أي أن الإيجاب غير

1- أنظر الموقع التالي : http : // www.fu ris.com

2- أنظر الموقع التالي: www . eridia . com. / blaisé

3- أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية القاهرة 2000 ص 51.

4- محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الانترنت، دار النهضة العربية القاهرة 202 ص 30.

5- محمد حسين منصور، المرجع السابق ص 23.

6-Directive 97/7/ ce du parlement européen et du conseil du 20mai 1997, concerne ante Lo protection des consommateurs en matière des contrats à distance . J. O. C. E . 4 juin 1997 ; l 144

7- فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الالكترونية، دراسة تطبيقية لعقود الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة 2003 ص 63

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

حاضر للقبول وهذا نتيجة صفة التفاعلية فيما بين أطراف العقد.[1]

كما تضمّن ملحق تعليمات الاتحاد الأوروبي بشأن البيع عن بعد أمثلةً لتقنيات الاتصال عن بعد منها؛ المطبوعات المعنونة وغير المعنونة، الخطابات الموحدة والدعاية مع نموذج الطلب والكتالوجات، التيليفون المرئي والفيديوتكس[2] الميكرو كمبيوتر، المراسلات الالكترونية، ماكينات التصوير، التليفزيون[3]. العقد الالكتروني قد يشترك في صفة الإبرام عن بعد مع بعض العقود مثل التعاقد بالمنيتل أو بالتليفزيون، التليفون أو بالمراسلة كإرسال الكتالوجات والنشرات، لكنه يتميز عن تلك العقود بتلاقي الأطراف بصورة مسموعة مرئية حوارية عبر شبكة الانترنت، التي تسمح بتحقيق بعض الخدمات فورًا على الشبكة كالحصول على المعلومات.[4]

العقد الالكتروني يتطلب أن يتمتع ببعض القواعد الخاصة التي قد لا نجد مثيلها في العقود التقليدية، تتمركز معظمها في توفير حماية خاصة للمستهلك المتعاقد عبر الانترنت، حيث أن التعاقد بين حاضرين يقلل الكثير من الصعوبات. فالحضور المادي للأطراف يسمح لكل منهما بالتحقق من شخصية الآخر وتاريخ ووقت التعاقد ومن سلامة مستندات البائع أو المتعاقد، ويسمح بضمان بعض المسائل القانونية التي من أهمها:

*التحقق من أهلية الآخر وصفته في التعاقد.

*التحقق من تلاقي الإرادتين بشكل معاصر(صدور الإيجاب فيتبعه القبول).

*الإعداد المسبق لأدلة الإثبات.

*التحقق من مكان وزمان إبرام التصرفات وتحرير المستندات.

*اعتماد مجموع هذه العناصر وذلك بتوقيع المتعاقدين.

أما التعاقد الالكتروني عبر الانترنت فإنه سيثير الشكوك في تحديد المسائل السابقة[5] منها على سبيل المثال، اللغة التي سيتم تحرير العقد بموجبها، وقت إبرام العقد الالكتروني خاصة أن التعاقد عبر الانترنت غالبًا ما يتم بين أفراد مختلفين في اللغة والوطن فيكون فارق بين موطن كلا المتعاقدين.

إن المستهلك ليس في وسعه أن يحقق ويدقق في السلعة المقتناة، كما يستطيع المستهلك أن يفسخ العقد من جانب واحد خلال عشرة أيام حسب ما نص عليه القانون رقم 83 لسنة 2000 التونسي في شأن المبادلات والتجارة الالكترونية على حق المستهلك في العدول عن الشراء دون أن يترتب عليه أية جزاءات ما عدا المصاريف الناتجة عن إرجاع البضاعة ويكون ذلك خلال أيام العمل تحسب كالآتي:

بالنسبة إلى البضائع فتحسب بدايةً من تاريخ تسليمها من قبل المستهلك أما بالنسبة إلى الخدمات فبداية من

1- تعرف صفة التفاعلية بأنها : الاحتمالات المخولة لمستخدم البرنامج المعلوماتي ليتحكم بنفسه في التدفق المعلوماتي المقدم له والمعروض عليه ، من خلال محتوى ثري من معلومات مضغوطة في شكل رقمي بواسطة قدرات لا محدودة للوسائط الالكترونية.

2- الفيديوتكس: هو عبارة عن كمبيوتر شخصي وشاشة تليفزيون مع لوحة مفاتيح أو شاشة تعمل باللمس. أحمد شرف الدين، الإيجاب والقبول في التعاقد الالكتروني وتسوية منازعاته، بحث مقدم بمؤتمر "الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية "المنعقد بدولة الإمارات العربية المتحدة، دبي الفترة من 28/27 أفريل 2003 الجزء الثاني ص 09 هامش 13.

3- مدحت عبد الحليم رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية، دراسة مقارنة دار النهضة العربية القاهرة 2001 ص 14

4- أنظر الموقع الالكتروني التالي http: // www. En –droit . com

5- أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الانترنت، دار الثقافة والدار العملية الدولية، عمان الأردن، 2002 ص 41.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822 J.A.S.R

يخ إبرام العقد، ويتم الإعلام بالعدول بواسطة جميع الرسائل المنصوص عليها مسبقا في العقد، في هذه الحالة يتعين على البائع إرجاع البضاعة أو العدول عن الخدمة. كما لا يجوز للمستهلك العدول عن الشراء في الحالات الآتية:

*عندما يطلب المستهلك توفير خدمة قبل انتهاء أجل العدول عن الشراء ويوفر البائع ذلك.

*إذا تم تزويد المستهلك بمنتجات حسب معايير شخصية أو تزويده بمنتجات لا يمكن إعادة إرسالها أو كونها قابلة للتلف أو العناد أو انتهاء مدة صلاحيتها.

* شراء الصحف والمجلات. أو عند قيام المستهلك بنزع الأختام عن التسجيلات السمعية، البصرية أو البرمجيات والمعطيات الإعلامية المسلمة أو نقلها آليًا. [1]

مما سبق نخلص إلى أن عقد البيع الالكتروني يندرج ضمن طائفة العقود عن بعد سواء من حيث الإبرام، التنفيذ، الإثبات أو الوفاء. كل هذه العمليات تتم الكترونيًا من خلال شبكة الانترنت دون الحضور المادي للمتعاقدين وهي السمة الأساسية لهذا النوع من العقود.

ثانياً: العقد الالكتروني عقد عابر للحدود (دولي): تكمن أهمية تقنيات الاتصال الالكترونية أنها بددت فُرقة العالم، ألغت الحدود الجغرافيا بين الدول حيث أصبحت المعلومات تنساب بحرية، الأمر الذي ينبغي وضعه في اعتبار المشرع عند تنظيمه لمثل هذه المعاملات، ذلك حتى يضمن للقواعد القانونية فعاليتها وإحاطتها بضمانات تضفي عليها الثقة والطمأنينة في التعامل[2] كما أن العلاقات القانونية الناشئة عن المعاملات الالكترونية ليست حبيسة قطر معين فهي تنساب عبر الحدود لتشمل كافة أرجاء المعمورة، فالبائع والمشتري والمنتج قد يكونون في ثلاثة بلدان مختلفة.[3]

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 عقدًا داخليًا إذا ما انعقد داخل إقليم الدولة وبين متعاقدين ينتمون اليها، كما قد يكون عقدًا دوليًا وفقًا 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 مقيمًا في دولة، ومورد خدمات الاشتراك في الشبكة مقيمًا في دولة ثانية وشركة تكنولوجيا معالجة البيانات، إدخالها وتحميلها عبر الشبكة مقيمًا في دولة ثالثة.[4] أما وفقا للمعيار الاقتصادي فيكون للعقد طابع دولي إذا

1- يلاحظ أن المشرع الفرنسي والتوجيه الأوروبي تبنى حق المستهلك في إرجاع السلعة في البيع عن بعد أو عبر المسافات. فينص قانون الاستهلاك على حق المشتري في عمليات البيع عن بعد إرجاع المنتج إلى البائع من أجل استبداله أو استرداد ثمنه في مدة (07) سبعة أيام كاملة محسوبة من تاريخ تسلم طلبه وذلك دون أية جزاءات باستثناء نفقات الإرجاع فإذا صادف اليوم الأخير منها يوم السبت أو الأحد، ويوم عطلة أو إضراب عن العمل فإنها تمتد إلى أول يوم عمل يليه أنظر بالتفصيل: محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص82

2- HUET JEROME, HEBERT Mails: Dirait de l'informatique et des télécommunications, litées, (53) paris, 1989, p28 Ets.

3- عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق ص 22 (النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية).

4-VERBIESTCT (T) Dirait international privé et commerce électronique : état des lieux http: //www. Jours com. net ? pro /2/ce 200 / p1

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822 J.A.S.R

يتعلق بمصالح التجارة الدولية وذلك بأن يترتب عليه تدفق السلع والمنتجات والخدمات عبر الحدود.[1]

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. بالإضافة إلى أن شبكة الانترنت عابرة للحدود بطبيعتها فإن العقود التي تبرم من خلالها لها صفة العالمية، حقيقة تؤكدها عقود التجارة الالكترونية بسماحها للمتعاقدين بحرية اختيار القانون الواجب التطبيق على معاملاتهم.

كل هذا يجعلنا نسلم بأن الحدود بين العقد الدولي والداخلي قد سقطت مع وجود الشبكة الدولية، فكأنها جاءت لتقلب الأوضاع وتغير المفاهيم التي استقر عليها القانون الدولي الخاص منذ أمدٍ بعيد، لتخلق مجالها الافتراضي وتجمع البائعين في معارض تجارية تتم عبر الشبكة الدولية.

ثالثاً: العقد الالكتروني عقد تجاري: يتسم العقد الالكتروني بالطابع التجاري لذلك يطلق عليه "عقد التجارة الالكترونية"، وقد جاءت تلك الصفة من السمة الغالبة لذلك العقد، حيث أن عقود البيع الالكترونية تستحوذ على الجانب الأعظم من مجمل العقود. كما أن العقد الالكتروني يتسم بطابع الاستهلاك لأنه غالبًا ما يتم بين تاجر أو مهني ومستهلك، فهو من عقود الاستهلاك. [2] لذلك يخضع عادة للقواعد الخاصة بحماية المستهلك، لما جاء بالتوجيه الأوروبي بشأن حماية المستهلك رقم97/7 وكذا قانون الاستهلاك الفرنسي والذي يفرض على التاجر المهني، باعتباره الطرف القوي في التعاقد العديد من الواجبات والالتزامات القانونية اتجاه المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العقد، من أهم هذه الالتزامات؛ الالتزام العام بالإعلام ويستفاد ذلك من نص المادة 3/113 من قانون الاستهلاك الذي أوجب على كل شخص محترفٍ أن يحيط علمًا المستهلك بكافة البيانات والمعلومات المتعلقة بسعر البيع وكافة الشروط المحددة أو المعفية من المسؤولية، فأول ما يهم المستهلك معرفته في التعاقد الالكتروني، هو البيانات والمعلومات التي تتصل بالخصائص الأساسية والسمات الجوهرية للمنتج الذي يسعى للحصول عليه.[3]

رابعاً: العقد الالكتروني عقد مساومة: إذا كان العقد الالكتروني لا يختلف في تركيبه أو مضمونه عن العقد التقليدي الا ان الامر يدق بشأن طبيعة هذا العقد، حيث يثور التساؤل بشأنه هل هو عقد مساومة يخضع لمبدأ سلطان الإرادة والتراضي بين الأطراف المتعاقدة أم هو عقد إذعان؟ لا يكون للمستهلك فيه حرية الإرادة التي تمكنه من التفاوض حول شروط العقد ولا يكون له إلا الاستجابة للشروط الموضوعية من الطرف الآخر دون أن يملك مناقشتها، أو التعديل فيها أو الاعتراض عليها، مثل عقود الغاز والكهرباء والماء والتأمين.[4]

1- أشرف وفاء محمد، عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص ، المؤتمر الدولي الثالث عن الاتجاهات الحديثة في معاملات التجارة الالكترونية مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالاشتراك مع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ووزارة الاتصالات والمعلومات المصرية، المنعقد بجامعة الدول العربية القاهرة يومي 18/17 جانفي 2004 ص 197.

2- محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية 2009 ص 19

3- مصطفى أبو مندور موسى، دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية 2000 ص 290.

4- الطبيعة القانونية لعقود التجارة الالكترونية، بوابة التكنولوجيا والمعلومات أنظر الموقع التالي: htt://www.un derash . net

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

اختلفت أقوال الفقهاء بين مؤيد ومعارض لنعت عقود التجارة الالكترونية بصفة عقود الإذعان[1] يمكن جمع هذه الآراء في اتجاهين:

الاتجاه الأول: يذهب أنصاره إلى القول بأن عقود التجارة الالكترونية عقود إذعان، ويمكن تعريف عقد الإذعان بأنه "العقد الذي يتحدد مضمونه العقدي كليًا أو جزئيًا بصورة مجردة وعامة قبل الفترة التعاقدية".[2] أو هو "العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يسمح بمناقشته فيها وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها"[3]

هناك مفهوم تقليدي وآخر حديث لعقد الإذعان، ووفق المفهوم التقليدي، تتميز عقود الإذعان بالتالي:[4]

*تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين.

*احتكار الموجب لهذه السلع احتكارًا قانونيًا و فعليًا، أو سيطرة تجعل المنافسة محدودة النطاق.

*صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط موحدة بنحو مستمر أي لمدة غير محدودة. [5]

بيد أن الرأي السائد في الفقه، وهو الحديث، يميل إلى عدم التشدد في تحديد فكرة عقود الإذعان ولا يشرط تعاقد العقد بالسلع أو الخدمات الضرورية، أو أن تكون هذه السلع والخدمات محل احتكار فعلي و قانوني، بل يكفي أن يكون العقد قد تم تجهيزه مسبقًا بواسطة أحد المتعاقدين بحيث لا يقبل أي مناقشة للشروط الواردة به، أو أن يوجد أحد طرفي العقد في موقع يتفوق فيه على الطرف الآخر، من حيث القدرة الاقتصادية أو الأجهزة المهنية.[6]

أما المفهوم الحديث للإذعان قد تطور ليستوعب ضرورة حماية المستهلك في مواجهة مجتمعات الإنتاج الضخمة، إذ يتوافر ضعف الطرف المذعن من مجرد أن إعداد العقد قد تم مسبقًا بواسطة الطرف الآخر، الذي يقوم بتحديد الحقوق والالتزامات عن العقد بالصورة التي تحقق مصلحته ولا يقبل المناقشة أو التفاوض في شروطها أو أن يتضمن العقد الذي يبرم على هذا النحو شروطًا مجحفة.

طبقًا للمفهوم الموسع للإذعان ذهب البعض إلى اعتبار العقد الالكتروني عقد إذعان بالنسبة للمستهلك، باعتباره الطرف الضعيف دائمًا وأنه بحاجة إلى الحماية وذلك برفع مظاهر الإذعان التي قد يكون قد تعرض لها. والمتمثلة في الشروط التعسفية التي قد يتضمنها العقد ويستند هذا الرأي إلى نص المادة 1/132 من قانون الاستهلاك الفرنسي، التي اعتبرت[7] الشروط التي تنشئ من حيث موضوعها أو الآثار المترتبة عليها اختلالا

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، دار النشر للجامعات المصرية بالقاهرة 1952 حاشية رقم 1 ص 229.

2- حسام الدين كامل الاهواني، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، المصادر الارادية للالتزام دار النهضة العربية، القاهرة 2000ص124.

3- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق ص293.

4- سعيد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية 1998ص45.

5- سيد حسن عبد الله، المنظور الإسلامي لوسائل حماية المستهلك الالكتروني، مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، والذي عقد بدبي في الفترة ما بين 12/10ماي 2003 ص823.

6- ثروت عبد الحميد، التوقيع الالكتروني، ماهيته، مخاطره وكيفية مواجهته، مدى حجيته في الاثبات دار النيل، القاهرة، 2001 ص 67.

7- خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق ص 86.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R
لديا مبناه عدم توازن الحقوق والالتزامات ضد مصلحة المستهلك وبما يحقق مصلحة المعني.

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 سلفًا، 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 أمرًا هامًا، هو أن التفاوض قائم وخاصة في حالة التعاقد على البريد الالكتروني، حيث نجد الموجب على سبيل المثال يرسل عرض يتضمن سلعة معينة ومبلغًا محددًا، 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 إذ الغالب أن يكون عقدًا نمطيًا أو نموذجيًا يعد مسبقًا 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[1].

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.

الاتجاه الثاني: يذهب جانب من الفقه إلى اعتبار أن العقد الالكتروني عقد مساومة والذي يعرف على أن العقد الذي يقوم التراضي فيه على أساس المساومة الفعلية والقانونية بين أطرافه، حيث يستطيع كل منهم مناقشة شروطه، فيتم الاتفاق بينهم بعد التفاوض والمساومة.

فعملية المساومة مازالت تسود العقود الالكترونية على اختلاف أنواعها، و الموجب له لا يقتصر دوره على مجرد الموافقة على الشروط المعدة سلفًا، بل له مطلق الحرية في التعاقد مع أي منتج أو مورد آخر، إذا لم تعجبه الشروط المعروضة على شاشة الانترنت ويستطيع الانتقال من موقع إلى آخر واختيار ما يشاء وترك ما يشاء، بالتالي الرضائية هي التي تسود العقود الالكترونية.

على سبيل المثال لو أراد شخص شراء كاميرا تصوير، فهناك أكثر من موقع يعرض مجموعة كبيرة من الشركات التي تنتج مثل هذا النوع، فإذا أراد أن يشتري كاميرا رقمية (Digital) من شركة (Sony) مثلاً فهذه الشركة تنتج أنواع عدة منها، فيستطيع المشتري أن يختار نوع الكاميرا التي يعتقد أنها الأفضل وبالسعر المناسب له، ثم يضغط على مفتاح القبول النهائي فيتم البيع.

مما سبق يمكن القول أن العقد الالكتروني يتم باستخدام الوسائل الالكترونية و المعاملات التي تتم من خلالها ليست كلها تتعلق بسلع ضرورية، فتختلف حالة الضرورة من مستهلك إلى آخر فما يراه الأول ضرورة لا يراه الثاني كذلك، كما أن التجارة الالكترونية توفر البدائل اللازمة حيث تجد نفس السلع معروضة في أكثر من

1- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص248.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822 J.A.S.R

تجاري افتراضي والاحتكار أمر نادر، لأن الانترنت شبكة عالمية لا تعترف بالحدود الجغرافية،[1] مما يسهل على المتعاملين الكترونيًا الترجيح والمفاضلة فيما بين العروض المطروحة قبل الإقدام على التعامل، والانتقال من موقع وبيب إلى آخر بحرية إذ يكفي وجود عقد نموذجي سابق الإعداد لإسباغ الحماية المقررة بموجب القانون في مواجهة عقود الإذعان[2]، من ثم فإن العقد الالكتروني هو من عقود المساومة، إلا أن عقد البيع الالكتروني قد يختلط مع بعض العلاقات المبرمة أيضًا عن طريق الانترنت وهو ما يدعونا إلى التمييز بين العقد الالكتروني وباقي العقود.

المطلب الثاني: تميز العقد الالكتروني عن غيره من العقود

إن العقد الالكتروني ينتمي إلى العقود التي تبرم عن بعد فتعتبر من أهم أوجه الخصوصية التي تميزه عن غيره من العقود الحديثة على الوسط القانوني والتي يصعب حصرها، كذلك ليس هو الوحيد الذي يتم إبرامه في محيط البيئة الالكترونية، فهناك عقود أخرى متلازمة معه، لأنه من الممكن أن تكون هي الأساس الذي يرتكز عليه العقد الالكتروني ولولاه لما تمت المعاملات الالكترونية، من هنا سنعرض الاختلاف للعقد عن غيره بحسب طريقة التعاقد من جهة وعن العقود المرتبطة به من جهة أخرى.

الفرع الأول: تمييز العقد الالكتروني عن غيره من العقود بحسب طريقة التعاقد: إذا كان العقد الالكتروني يتفق مع العقود التقليدية من نواحي عديدة ولكنه يختلف عنها في وسيلة إبرامه، قد يتشابه مع سبل التعاقد الحديثة عن بعد، إلا أنه يتميز بأنه يتم من خلال شبكة اتصال دولية.

أولاً: التعاقد الالكتروني والتعاقد التقليدي: يعرف العقد بأنه: "توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام، نقله ،تعديله أو إنهائه".[3] ولا شك في ضرورة توافر أركان العقد وهي الرضا، المحل، السبب والشكلية فهذه العناصر لا مناص من توافرها في كل عقد. فأولى العقود التي سنقوم بدراستها هي عقد البيع الذي عرفه المشرع الجزائري في المادة351 بقوله: "البيع عقد يلزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقًا ماليًا آخر مقابل ثمن نقدي".[4] وهو نفس التعريف للمشرع المصري في المادة 418 من القانون المدني. كما عرفه المشرع الفرنسي في المادة 1582 من القانون المدني بأنه: "عقد بمقتضاه يلتزم شخص بتسليم شيء إلى شخص آخر يدفع له ثمن".

نستخلص من التعريفات السابقة أن عقد البيع التقليدي من عقود المعاوضة وناقل للملكية وهو من العقود الرضائية، يتفق مع العقد الالكتروني في أنهما ينعقدان بتوافق إرادتي المتعاقدين، أي تطابق الإيجاب والقبول، الا أن خصوصية العقد الالكتروني تتجلى في الوسيلة التي تستخدم في نقل إرادة كل طرف للآخر أو التفاوض بشأن بنود العقد،[5] وفي العقد التقليدي وبسبب توافر عناصر مجلس العقد الحقيقي الذي يتلاقى فيه الطرفان

1- رمزي فريد محمد مبروك، حماية المستهلك في إطار مفهوم جديد لعقد الإذعان، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، 2002 ص 38.

2- حسام الدين الاهواني، مرجع سابق، ص 124.

3- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام طبعة 2006 ص118.

4- باعتبارها تستحوذ على الجانب الأعظم من مجمل العقود خاصة في العقود الالكترونية .

5- مصطفى أحمد أبو عمرو، مجلس العقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية طبعة 2011 ص 44.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822 J.A.S.R

ء التفاوض وتطابق الإيجاب مع القبول بين شخصين حاضرين من حيث الزمان والمكان، يستطيع كل طرف أن يتأكد من شخصية الطرف الآخر ويتعرف على مدى جديته في التعاقد، كما يتيح التعاقد التقليدي أيضا التعرف على محل التعاقد بسهولة بينما قد لا تتوافر هذه الإمكانية بذات الدرجة في التعاقد الالكتروني، الذي يعد وجود المتعاقدين في مكانين منفصلين، بل قد يفصل بينهما مئات أو ألاف الأميال، من ثم يعد مجلس العقد الالكتروني مجلسًا حكميًا كونه من العقود التي تبرم عن بعد ومن طبيعة خاصة على نحو ما سنرى فيما بعد.[1]

ثانياً: التعاقد الالكتروني والتعاقد عن طريق التليفون قد يتفق التعاقد الالكتروني مع التعاقد بالتليفون في أن كل منهما تعاقد فوري ومباشر حيث يتلاشى عنصر الزمن فهي جميعًا عقود تبرم بين غائبين من حيث المكان على الأقل، على أن العقد الالكتروني يظل متميزًا عن التعاقد بالتليفون من نواحي عديدة، حيث أن ما يميز التعاقد بالتليفون أنه تعاقد شفوي قد يتطلب صدور تأكيدٍ كتابيٍ من الموجب البائع في حالة عقد البيع، مثلاً يرسله إلى الطرف الآخر المتعاقد (المشتري) في موطنه نظرًا لصعوبة إثبات التعاقد بالتليفون ولا ينعقد العقد إلا بتوقيع المشتري وفقًا للقانون الفرنسي الصادر في 23 جويلية 1989، أما في التعاقد الالكتروني المبرم عن طريق شبكة الانترنت قد يتفاعل الموجب مع الموجب له فلا يحتاج الموجب إلى إصدارٍ كتابيٍ، بل يعتبر العقد قد تم بمجرد تعبير الطرف الآخر عن إرادته بقبول التعاقد بواسطة الضغط على عبارة موافق عن طريق لوحة المفاتيح المتصلة بالكمبيوتر[2]، كما أنه في التعاقد الالكتروني يمكن رؤية الرسالة الالكترونية المرسلة على جهاز الحاسوب، كما يمكن طباعتها والحصول على نسخة منها وخزن الرسائل والاحتفاظ بها في الجهاز، بينما في التعاقد عن طريق الهاتف تكون الرسالة شفوية.

قد يثور التساؤل حول الوضع بالنسبة للتعاقد عن طريق التليفون المرئي أي التليفون المزود بكاميرا Video Telephoneحيث ينقل صوت وصورة المتكلم عبر شبكات التليفونات كما في حالة التعاقد من خلال جهاز كمبيوتر مزود بكاميرا الكترونية ولا يختلف الأمر حيث سيكون التعاقد عن طريق التليفون المرئي تعاقدًا شفويًا أيضًا، بينما في التعاقد الالكتروني يتم كتابة الاتفاق على مستند الكتروني من خلال صفحات[3] Web أو E-mail

كما يختلف السعي إلى التعاقد الالكتروني عن السعي لإبرام العقود بواسطة التليفون، حيث يكون العرض في الأول غالبًا للعملاء على وجه العموم ولعدد غير محدود منهم، بينما العرض في الثاني يكون موجهًا لشخصٍ معينٍ ومحددٍ، بالتالي فإن العرض لا يتسم بالصفة العامة.

كما أن المبادرة إلى التعاقد في حالة السعي لإبرام العقود في الوطن بواسطة التليفون تأتي من البائع حيث يقوم بالاتصال بالمستهلك أو المشتري لإبرام مقابلة معه ومحاولة إقناعه بالسلعة التي يريد ترويجها وإتمام التعاقد معه، هذا التصرف سابق لإبرام العقد وهو الباعث على التعاقد، وعدم إبرام التعاقد لا يرتب أي أثر على طرفي العلاقة، لأنهما مازالا في مرحلةٍ سابقةٍ لإبرام العقد ويبحثان في أركان العقد ليتم التوصل لعقد تام لا ينتابه أي

1- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية، مرجع سابق ص 72.

2- خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق ص 93.

3- مصطفى أحمد أبو عمرو، مرجع سابق ص 46.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

ل، صحيح ومنتج لآثاره. بينما يكون الاتصال غالبًا من العميل في حالة السعي للتعاقد الالكتروني.[1]

ثالثاً: التعاقد الالكتروني والتعاقد عن طريق التليفزيون: يتفق العقد الالكتروني مع التعاقد عن طريق التليفزيون في أن الإيجاب يكون غالبًا موجهًا للجمهور الذي يرغب في التعاقد بشأن إحدى السلع أو الخدمات إذ تتم بالصورة والصوت،[2] على أنهما يتمايزان في مدة العرض وأسلوب التعاقد فتختلف بشأن كلٍ منهما، ففي التعاقد بواسطة التليفزيون قد تكون مدة عرض الإيجاب هي عدة ثواني وهي مدة الإعلان التجاري الخاص بمحل الإيجاب، فإذا أراد المتعاقد التعرف على المزيد من التفاصيل يكون من خلال الاتصال مع الشركة أو الموجب عن طريق التليفون أو المنيتيل أو الانتقال لمقر عمله أو أحد فروعه، أما الإعلام في التعاقد الإلكتروني فإن الموجب له يستطيع أن يتعرف على كافة معلومات التعاقد وبنوده من خلال الموقع الالكتروني للموجب، كما يمكنه التفاوض وإبرام العقد بل وتنفيذه أحيانًا الكترونيًا، دون حاجة للاتصال التلفزيوني أو الانتقال الفعلي لمقر تجارة الموجب من خلال تصفح الموقع على الانترنت ويضل قائمًا طوال اليوم خلال أربعة وعشرين ساعة.[3] كما يتم إبلاغ القبول عبر الاتصال بالتليفون أو المنيتيل في التعاقد عن طريق التليفزيون، أما في التعاقد الالكتروني فإن التعبير عن القبول يتم عبر التبادل الالكتروني للبيانات أو البريد الالكتروني أو بأية وسيلة من وسائل التعبير الالكتروني عن القبول. من ناحية أخرى فإن الفارق الجوهري يكمن في أن البث يتم من جانب واحد في حالة التعاقد عن طريق التليفزيون، فلا توجد إمكانية للتجاوب أو لأية مبادرة من جانب العميل، ذلك على عكس العقد الالكتروني الذي يتيح التفاعل والتفاوض مباشرة بين طرفي العقد مما يسمح بحضور افتراضي متعاصر بين أطراف التعاقد، كما يمكن أيضا تنفيذه الكترونيًا إذا كان محله يسمح بذلك، فضلاً عن ذلك فإن الوفاء في التعاقد الالكتروني يمكن أيضًا أن يتم من خلال وسائل الدفع الالكترونية؛ كبطاقات الائتمان، التحويل، القيد المصرفي الالكتروني أو غيرها من الوسائل المماثلة.[4]

رابعاً: التعاقد الالكتروني والتعاقد عن طريق الفاكس والتلكس: إن الفارق بين العقد الالكتروني ونظيره الذي يتم بواسطة جهاز الفاكس أو التلكس، يتمثل في أن الفاكس والتلكس مجرد وسيلة لتبادل المستندات أو المحررات الخاصة بالتعاقد في شكل ورقي، يعني ذلك أن الوجود المادي للمحرر التقليدي يتحقق حال التعاقد بواسطة الفاكس والتلكس، لذلك فإن الرسائل المتبادلة عن طريق الفاكس لا تحتاج إلى معالجة بياناتها بلغة الكمبيوتر وكل ما يحتاجه الطرف المستقبل للرسالة هو طباعتها على الورق. أما فيما يخص التعاقد الالكتروني فإن التفاوض وإبرام العقد وتبادل المحررات الخاصة به يتم الكترونيًا، بحيث تتخذ المستندات العقدية وما يرد عليها من توقيعات الشكل الالكتروني. أي يتميز بالطبيعة غير المادية المثبتة على دعامة الكترونية لا على دعامة ورقية ممهورة بتوقيع الأطراف.[5]

1- أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق ص 51.

2- محمود السيد عبد المعطي خيال التعاقد عن طريق التليفزيون، مطبعة النسر الذهبي، مصر، 2000 ص 10.

3- سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية المحلة الكبرى ، مصر،2008 ص 164

4- أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق ص 140.

5- فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الالكترونية ، دراسة تطبيقية لعقود الانترنت، دار النهضة العربية القاهرة 2003 ص44.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
من ناحية أخرى فمن السهل التأكد من أصل وصحة الرسائل المرسلة بطريقة الكترونية بالفاكس والتلكس عن الرسائل الالكترونية لكون الأصل ثابت على دعائم ورقية، كما يستطيع مكتب التلغراف على الأقل من الناحية النظرية التعرف على هوية المرسل.

خامساً: التعاقد الالكتروني والتعاقد عن طريق الكتالوج: يستخدم الكتالوج كوسيلة لوصف المنتجات والخدمات في التعاقد بطريق المراسلة، انتشرت هذه العملية مع التقدم الاقتصادي وظهور المنافسات التجارية. يقوم الكتالوج على عنصرين أساسيين؛ الأول عنصر الجاذبية والثاني العنصر الإعلامي حيث يشمل على وصف دقيق وواضح للمنتجات والخدمات. كما يعد إحدى الطرق الحديثة في البيع عن بعد، فالبيع بواسطته يتم من خلال المراسلات ما بين الموجب والقابل بإرسال الكتالوج إلى القابل للاطلاع عليه وبيان مدى انطباق المواصفات المذكورة في الكتالوج مع ما يرغب الحصول عليه أولا، فإرسال الكتالوج إلى العميل يعتبر إيجابًا موجهًا لهذا الشخص بانتظار القبول، لكن هذا الإيجاب لا يكون ملزمًا كونه موجهاً للكافة دون تحديد، ومن يجد لديه حاجة في هذا المنتج يقوم بالبحث في جدية العرض، وتكون المرحلة السابقة هي من مراحل المفاوضات العقدية التي تسبق إبرام العقد، يكون في هذه الحالة جزءاً من العقد ويكون الموجب ملزمًا بالكتالوج الذي يتضمن الشروط الأساسية التي كانت هي السبب الرئيسي في إبرام العقد، وأية مخالفة لهذه الشروط مخالفة للعقد الذي أبرم بناءً على الشروط المذكورة بالكتالوج الذي تم إرساله،[1] فالبيع عن طريق الكتالوج يكون على عدة صور كأن يكون على شكل أوراق يتم من خلالها وصف المبيع على بيانات مكتوبة وصور ورسومات للمنتجات والخدمات المعروضة وقد يكون في صورة شرائط فيديو أو أسطوانات كمبيوتر مضغوطة أو ممغنطة، وقد يكون بخلاف الأشكال السابقة في شكل الكتروني موجود على موقع الويب حيث يستطيع المستهلك من خلاله مشاهدة السلع والمنتجات وتحديد أوصافها وأسعارها. والكتالوج الالكتروني عبارة عن معرض للمنتجات التي يعرضها التاجر عبر شبكة الانترنت. ويتضمن مجموعة من المعلومات والبيانات اللازمة لعملية التعاقد مثل اسم الشركة، مقرها الرئيسي، عنوان بريدها الالكتروني، منتجاتها، أسعارها، نسبة الخصم إن وجدت، مصاريف الشحن، الرسوم الجمركية والضرائب وميعاد التسليم...

كما يعتبر التعاقد عن طريق الكتالوج تعاقدًا بين غائبين عن طريق المراسلة يقوم الموجب فيه بعرض المنتجات أو الخدمة وبيان مواصفاتها وثمنها، ويقوم بتوزيعه وإرساله إلى العملاء، والقابل فيه هو المستهلك أو العميل الذي اطلع على مواصفات وبيانات المنتجات والخدمات في الكتالوج وقبِل التعاقد. إذا كان التعاقد عن طريق الكتالوج يتفق مع التعاقد الالكتروني في عدم اجتماع المتعاقدين في مجلس واحد يجعل بينهما اتصالاً مباشرًا، بل تكون هناك فترة زمنية تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به وقد تطول أو تقصر بحسب الأحوال، إلا أنهما يختلفان من حيث طريقة التعبير عن القبول، إذ يتم القبول في التعاقد عن طريق الكتالوج من خلال قيام العميل بملء صيغة طلب السلعة أو الخدمة المرفقة بالكتالوج أو عن طريق التليفون أو المنيتل، بينما في التعاقد الالكتروني فإن القبول يتم من خلال شبكة الانترنت وبإحدى الطرق التي سوف نتناولها لاحقًا.

1- ممدوح محمد علي مبروك، أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق القاهرة 1998ص344.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

مما سبق نخلص بالقول أن العقود الالكترونية المبرمة عبر الانترنت 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 المتعاصر، تتوافر هذه الخصوصية في العقود المبرمة عن بعد لأن التعاصر ما بين الإيجاب والقبول يكون من الناحية الزمنية، أما البعد المكاني فيبقى واقعًا مؤثرًا لا يجوز إنكاره بحيث يعتبر منعقدًا 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.

الفرع الثاني: تمييز العقد الالكتروني عن غيره من العقود المرتبطة به في البيئة الالكترونية: يعد العقد الالكتروني أهم أليات التجارة الالكترونية ويكتسب الطابع الالكتروني من الطريقة التي ينعقد بها، إلا أن التطور المستمر في مجال نظم المعلومات والاتصالات أدى إلى ظهور العديد من العقود الوليدة والحديثة على الوسط القانوني والتي يصعب حصرها، وهناك طائفة من العقود التجارية التي تبرم الكترونيًا[1]. وعقود التجارة الالكترونية نوعان، منها ما يبرم وينفذ على شبكة الانترنت وذلك عندما يكون محلها غير مادي ومتاح على الخط أو على الشبكة نفسها مثل الحصول على معلومات أو برامج أخرى ومنها ما يتم تنفيذه خارج الشبكة والتي يكون محلها سلع أو خدمات.[2] أغلب هذه العقود تتفق مع العقد الالكتروني في أنها غالبًا ذات طابع دولي، إلا أنها تختلف وتتميز عنه فمستخدم الانترنت قد يكون مقيمًا في دولة ومقدم خدمة الاشتراك في الانترنت في دولة ثانية، وشركة تكنولوجيا معالجة البيانات وتحميلها على شبكة الانترنت في دولة ثالثة [3].

لتمييز العقد الالكتروني عن غيره من العقود المرتبطة به في البيئة الالكترونية، يطلق على هذه العقود عقود الخدمات الالكترونية، وهي العقود الخاصة بتجهيز وتقديم خدمات الانترنت وكيفية الاستفادة منها، أي التي تبرم بين القائمين على تقديم خدمات الشبكة والمستفيدين منها[4]. سنتناول هذه الطائفة من العقود في ما يلي:

أولاً: عقد الدخول إلى شبكة الانترنت(عقد الاشتراك في الانترنت): يعد عقد الدخول إلى شبكة الانترنت من الناحية الفنية من أهم العقود الالكترونية، تطلبها مباشرة المعاملات الالكترونية وتعتبر خطوة مبدئية لازمة لإبرام أو تنفيذ العقد الالكتروني، .بمقتضى هذا العقد يتيح مقدم خدمة الدخول إلى الانترنت للعميل الوسائل التي تمكنه من الدخول إلى الشبكة، أهمها برنامج الاتصالConnexion الذي يحقق الاتصال بين جهاز الكمبيوتر والأقمار الصناعية التي من خلالها يتم بث إشارات رقمية يتم تحويلها إلى الشكل الذي نجد شبكة الانترنت عليه، كما يتوجب على المزود توفير كافة البرامج الأساسية لتشغيل خدمة الانترنت.[5]

1- أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق ص 55.

2- راجع في تقسيم عقود التجارة الالكترونية من هذه الزاوية من مرجع أسامة مجاهد هامش ص54.

3- خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق ص 99.

4- محمد حسن منصور. مرجع سابق ص 26.

5- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة، عمان، الأردن2006 ص 37.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822 J.A.S.R

يتضمن العقد عادة وجود مدة محددة للتعاقد وشروط إعادة تجديده، كما يقوم المورد ببعض الخطوات الفنية الضرورية لتسجيل العميل الجديد في برنامج الاتصال مقابل استيفاء الرسوم ونفقات الاشتراك، وهذا العقد ملزم لجانبين، فيقع على عاتق مقدم الخدمة التزام أساسي بتقديم خدمة الدخول على الشبكة وهو التزام بتحقيق نتيجة، كما يلتزم بإعطاء العميل اسم المستخدم وكلمة السر والعنوان الالكتروني، كما يعرض المورد على عميله في الغالب خدمة المساعدة الفنية المسماة بالخط الساخن والتي تعتبر التزامًا تكميليًا يدخل في الإطار العقدي والتي تهدف إلى حل المشكلات الفنية التي قد يواجهها المستخدم الجديد للأنترنت عن طريق التليفون.

أما عن العميل أو مستخدم الانترنت فيلتزم بسداد مبلغ أو قيمة الاشتراك وذلك مقابل الدخول لمدة محددة أو غير محددة لجميع الخدمات التي تقدمها الشبكة أو بعضها. يحق لمقدم الخدمة إنهاء العقد في حالة عدم سداد العميل للمقابل المادي، ويكون الإنهاء عادة بحرمان العميل من دخول الشبكة. تقوم مسؤولية مقدم خدمة الانترنت بالإضافة إلى القواعد العامة عند وقوع خطأ أو غلط أو تحريف في إبلاغ الرسالة الالكترونية إلى المرسل إليه ناتج عن سبب راجع إليه أو أحد العاملين لديه، كما تقوم مسؤوليته إذا انتهك سرية المراسلات والمكاتبات والاتصالات الالكترونية ما لم يكن تدخله تبرره الضرورة الفنية لتشغيل الشبكة [1]. وهو ما أيدته أحد المحاكم الأمريكية حيث قضت بعدم مسؤولية مزود خدمة الانترنت ما يرتكبه الآخرون من جرائم وفق قانون الأخلاق والاتصالات الأمريكي الصادر سنة 1996.[2]

أما القانون الواجب التطبيق على عقد الدخول إلى شبكة الانترنت فقد أشار القانون الموحد لمعاملات معلومات الكمبيوتر في الولايات المتحدة الأمريكية في القاعدة العامة للمتعاقدين اختيار القانون المطبق بنص صريح في العقد، وفي حالة غياب اتفاق على ذلك يخضع العقد لقانون المكان الذي يقع فيه موطن أعمال المورد أو الملتزم بصفة عامة، أي قانون موطن الملتزم. [3]

خلاصة القول بأن عقد الدخول إلى شبكة الانترنت وإن كان يتفق مع العقد الالكتروني من حيث كونهما من عقود التجارة الالكترونية، إلا أن الأول يظل متميزًا ومستقلاً عن الثاني ويمثل آلية لازمة لإبرامه أو تنفيذه.

ثانياً: عقد التوطين أو عقد الإيواء (عقد الإيجار المعلوماتي) هو عقد من عقود تقديم الخدمات يعرف بأنه: "التقاء إرادتين على إبرام عقد محل معلوماتي، أي بيانات ورسائل، يتم تداولها بين مستخدمي هذه المعلومات وإرسالها إلى الغير بأية وسيلة كانت".[4]

ويعرفه البعض الآخر بأنه: "عقد بمقتضاه يضع مقدم الخدمة تحت نشر المشترك بعض إمكانيات أجهزته أو أدواته المعلوماتية على شبكة الانترنت، يقوم أساس هذا العقد على توافر بيانات ومعلومات يتم نقلها إلى الغير،

1- خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 101.

2- قضت أحد المحاكم الأمريكية بأن "وضع كاميرا الانترنت في غرفة تغيير ملابس الرياضيين في الجامعة لمراقبتهم دون علمهم يعفي مزود خدمة الانترنت من المسؤولية، ودوره يقتصر على خدمة الاتصال فقط، عمر محمد بن يونس، أشهر المبادئ المتعلقة بالأنترنت لدى القضاء الأمريكي، بدون ناشر 2004 ص 83.

3- أحمد شرف الدين الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية وآليات تسوية منازعاتها، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، والذي عقد بدبي في الفترة 12/10 ماي 2003 ص 209.

4- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق 2006 ص39.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

تكون المعلومة من عنصرين أساسيين هما:

– صياغة المعلومات أو البيانات، بحيث تكون متناسقة ومرتبطة مع بعضها البعض ومؤدية إلى إحداث آثار نتيجة لتبادل هذه البيانات.

– نقل المعلومات إلى الكافة أو إلى من توجه إليه المعلومات.

هذا العقد هو أحد العقود التي يقوم فيها المزود أو مقدم الخدمة بتقديم الخدمات ووضعها تحت تصرف المستخدم والمشترك، وأغلب ما تكون هذه الخدمات إتاحة الانتفاع بمساحة على القرص الصلب بأحد أجهزة الحاسوب أو إتاحة مكان على شبكة الانترنت أو تقديم أي جزء من المعلومات ليتم الانتفاع بها. يتيح هذا العقد للمستخدم إمكانية استخدام البريد الالكتروني (E-mail) وإذا تمت إتاحة الفرصة لمستخدم الانترنت للقيام بإنشاء بريد الكتروني على أحد المواقع المتواجدة على الشبكة فإن هذا التصرف يمنح المستخدم حرية التصرف بالمعلومات المتوافرة على الموقع وحجز مكان من سعة الموقع، كل هذه التصرفات تكون لفترة محدودة بمقابل مادي يدفع إلى مالك هذه المنفعة، وفي حال انتهاء مدة العقد يكون من حق المالك استرداد كافة البيانات والأدوات التي منحها إلى المستخدم سواء كانت برامج أو جهاز المودم. يرتبط هذا العقد ارتباطًا وثيقًا بالأنترنت، وهو يقوم على ضرورة المرور الفني الإلزامي المستقر عبر الانترنت، فيتخذ العميل موقعًا على الشبكة وعن طريق هذا الموقع يتمكن العميل من التعامل مع الغير والاطلاع على الأعمال والخدمات التي ينوي الحصول عليها أو يود عرضها على المستهلكين، حيث يتمكن من فتح متجر أو مؤسسة تجارية يعرض منتجاتها على الجمهور شرط أن تتبع نظامًا معينًا يبرمجه ويفرضه مقدم الخدمة.[1]

رغم أن الترجمة الحرفية لهذا العقد Contrat D'Hébergement هي عقد الإيواء، إلا أن البعض يذهب إلى تكييفه بأنه عقد إيجار معلوماتي نظرًا لأنه يرد على خدمة معلوماتية، بينما البعض يكيفه عقد إيجار أشياء لأن مقدم الخدمة يضع بتصرف العميل أجهزة فنية لأجل استخدامها مقابل بند معين[2] لكنه لا يسعنا التسليم بهذا الرأي بالرغم من أن العقد يتضمن بعض عناصر عقد إيجار الأشياء مما تتضمنه المادة 1713 وما بعدها من التقنين المدني الفرنسي، ذلك طالما أن مقدم الخدمة يسمح لعميله بالانتفاع بأجهزته، للأسباب الآتية:

يتضمن عقد التوطين أكثر من مجرد وضع الأجهزة تحت تصرف العميل ليستقل في استعمالها والاستفادة منها وفقا لما يريد لأنه يقوم على عمل فني يضاف إلى الإيجار المادي للأشياء وإذا قيل إن عقد الإيجار كقاعدة عامة لا يقتصر على إيجار الأشياء المادية فقط، بل يتعداها إلى إيجار الحقوق غير المادية، كعقد تأجير المؤسسة التجارية مثلا الذي يطلق عليه تسمية "عقد الإدارة الحرة"، وعقد تأجير براءة الاختراع فإن مؤجر الحقوق المعنوية، كمؤجر الأشياء المادية يسلم المستأجر للمأجور، وينسحب نهائيا خلال فترة الإيجار.

أما العقود الالكترونية التي تقوم على عناصر فنية، تضاف إلى عنصر تسليم الأشياء والأجهزة، فلا ينسحب فيها مقدم الخدمة نهائيًا بل يظل حاضرًا ليُؤمِّن الخدمة المطلوبة إلى العميل، لاسيما أن هذا العقد هو عقد تحقيق

1– الياس ناصيف، العقود منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت 2009 ص:51

2-ISABELLE DE LAMENTENIEZ & MICHEL VIVANT contrat de commerce, électronique, liter. paris, 1999, p29

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822 J.A.S.R

جة، وعلى المؤجر أن يظل حاضرًا لذلك كلما اقتضى الأمر، أو يقدم المساعدة ويزود العميل بالمعلومات وسواها من الأعمال التي تلازم استعمال الأجهزة، لذلك نرى أن عقد التوطين كعقد الدخول إلى الشبكة لا يعتبر مجرد عقد إيجار أشياء.

يترتب على الأخذ بهذا التكييف نتيجة هامة بشأن مسؤولية مقدم هذه الخدمة، إذا لم يتخلى عن حيازته لإمكانات أجهزته. تكون مسؤولية مورد الخدمة تعاقدية إذا أخل بالتزامه الرئيسي المتمثل في تمكين المستخدم من استغلال أدواته المعلوماتية ويمكن أن يتضمن العقد التزامات إضافية؛ كالالتزام بالمساعدة أو تزويد العميل بالمعلومات أو سواها من الالتزامات التي يتفق عليها، كما يلتزم العميل بدفع المقابل النقدي لتلك الخدمة[1] ولا يخرج ذلك عن القواعد العامة المقررة بشأن مسؤولية حارس الأشياء[2]. يدخل في مفهوم المادة 1/138 من القانون المدني الجزائري[3] وبالتالي يكون حارسها والذي يكون غالبا هو المورد وهو المسؤول عن الأضرار التي يسببها ولا يعفى إلا بإثبات السبب الأجنبي.

ثالثاً: عقد إنشاء المتجر الافتراضي: يعرّف عقد إنشاء المتجر الافتراضي بأنه "عقد يلتزم بمقتضاه مقدم الخدمة بأن يمكن التاجر من عرض بضاعته من خلال موقع الكتروني، أو مركز تجاري افتراضي، ذلك في مقابل أجر متفق عليه".[4] يكتسب هذا العقد أهمية بالغة في المعاملات الالكترونية، فلكي يتمكن التاجر من إجراء الصفقات عبر الانترنت والتعاقد مع عملائه فإنه لابد وأن ينشئ له موقعًا تجاريًا على الشبكة وهو بذلك قد يعهد بهذه المهمة إلى أحد المهنيين المختصين في مجال المعلومات، الذي يتولى بدوره تصميم هذا الموقع وفقًا للشروط المتفق عليها وغالبًا ما تتعلق هذه الشروط ببعض المواصفات التي ينبغي توافرها في الموقع مثل؛ جمال التصميم وفاعليته، سهولة الاستخدام، سرعة تحميل الصفحات، السماح لمستخدمي الانترنت والعملاء بالولوج إلى هذا الموقع والتجول فيه بحيث يتمكنوا من العثور على السلع المطلوبة بسهولة ويسر، وكذا عرض السلع والخدمات بطريقة واضحة تلفت انتباه المستخدم مع بيان دقيق لمواصفاتها، أسعارها وبيان طرق دفع الثمن[5]، وعرض نموذج العقد مبينا به كافة الشروط التعاقدية التي ينبغي على العميل العلم بها قبل إبرام العقد وحصوله على السلعة أو الخدمة. إن الفكرة الرئيسية للتجارة الالكترونية تدور حول تجميع البائعين والمستهلكين في معارض أو مراكز تجارية افتراضية، تنقسم هذه المراكز إلى قسمين:

– **أولهما:** يمكن الدخول إليه دون حاجة لإجراءات معينة، لكنه يسمح بالاطلاع والتجول والإبحار فقط من أجل التعرف على السلع والخدمات المعروضة فقط دون الشراء.

– **ثانيهما:** لكي يتم الشراء ينبغي الدخول إلى القسم الثاني، ولا يمكن ذلك إلا بعد إتباع إجراءات معينة تستهدف التحقق من شخصية الزائر وتسجيله، وتتلخص هذه الإجراءات في أن يذكر الزائر رقم بطاقته

1- فاروق الأباصيري، مرجع سابق ص22.

2- محمد لبيب شنب، الوجيز في مصادر الالتزام، بدون ناشر، الطبعة الثالثة، مصر1999 ص 441.

3- تقابله المادة 178 من القانون المدني المصري والمادة 1/1384 من القانون المدني الفرنسي

4- محمد حسين منصور، مرجع سابق ص 28.

5- رامي محمد علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الانترنت وإثبات التعاقد الالكتروني، مجلة الحقوق جامعة الكويت، العدد الرابع،26 ديسمبر 2002 ص237

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822 J.A.S.R

ائتمانية أو استخدام حافظة النقود الالكترونية من أجل تيسير الوفاء وأن يكون للشخص توقيع رقمي ذو شفرة خاصة بهدف أن يعتمد التصرفات التي يبرمها.[1]

ينظم هذا العقد بطبيعة الحال الالتزامين الرئيسيين فيه وهما الالتزام المركز التجاري بفتح المتجر الخاص بالمشارك على شبكة الانترنت وما يتضمنه من الترخيص له باستخدام برنامج متخصص يسمح له بمباشرة التجارة عبر شبكة الانترنت والتزام المشارك بالمقابل المالي لذلك، كما يتضمن هذا العقد بعض الأحكام التي تستهدف تنظيم مسؤولية طرفية بشأن بعض المسائل مثل؛ ضرورة احترام التشريعات السارية التي تتعلق بهذه الأنشطة على نحو يفيد إعلام المستهلك[2] واحترام المتجر الافتراضي للشروط العامة تنطبق على كافة مستخدمي عقود المتجر الافتراضي مثل؛ تحديد البيانات الشخصية للمشارك وتقديم بيان تفصيلي عن المنتجات والبضائع، بيان إذا كانت رقمية أو غير رقمية، تحديد اللغة التي يتم العرض بها، تحديد الأسعار والضرائب المستحقة ونفقات الشخص، احترام التشريعات السارية وتنظيم إبرام العقود مع المستهلك وطرق الوفاء، مع مراعاة وجود بعض الشروط الخاصة تختلف من متجر إلى آخر ومن موقع إلى آخر ومن سلعة إلى أخرى، فالشروط الخاصة هي التي يتم التعامل بها مع عميل واحد معين، ولا يمكن انطباقها على غيره لأنها خاصة به. تأتي الشروط الخاصة مكملة للشروط العامة و جزءًا لا يتجزأ منها وعند الإخلال بهذه الشروط يتحمل الطرف المخل المسؤولية.

رابعاً: عقد الاشتراك في بنوك المعلومات الالكترونية: يعرف بنك المعلومات الالكترونية بأنه: "مجموعة المعلومات التي يتم معالجتها إلكترونيًا لأجل بثها عبر شبكة الانترنت بحيث يمكن للمشترك الوصول إليها من خلال ربط الكمبيوتر الخاص به بشبكة الانترنت "الوظيفة الأساسية لبنوك المعلومات الالكترونية هي تقديم المعلومات الكترونيًا إلى المشتركين.

قد يطلق على بنك المعلومات قاعدة البيانات الذي أخذ به التوجيه الأوروبي الخاص بالحماية القانونية لقواعد البيانات الصادر في 26 فيفري سنة 1996 وعرف قواعد البيانات بأنها "كل مجموعة من المصنفات المستقلة أو البيانات أو أية مواد أخرى مرتبة على نحو منظم أو منهجي يمكن الاطلاع عليها بصورة فردية بوسائل الكترونية أو غيرها".

يقترب من التعريف السابق ما نصت عليه المادة 3/122 المعدلة بالقانون رقم 536/98 الصادر في01 جويلية 1998 من تقنين الملكية الفكرية الفرنسي، من أن قاعدة البيانات يقصد بها "مجموعة من الأعمال والمعطيات والعناصر الأخرى المستقلة والتي يتم تنظيمها بطريقة منهجية ومتميزة ويمكن الوصول إليها بطريقة فردية عن طريق الوسائل الالكترونية أو أية وسيلة أخرى".[3] بينما تضمن القانون الأمريكي لمكافحة قرصنة المعلومات والمعدل لقانون حماية حقوق المؤلف الأمريكي تعريفًا صريحًا لقاعدة البيانات بأنها "المعلومات التي يتم تجميعها

1- محمد نور شحاته، الوفاء الالكتروني، بحث مقدم لمؤتمر التجارة الالكترونية والمنعقد بالقاهرة، المركز القومي للدراسات القضائية بوزارة العدل18-19 ماي 2002 ص3.

2- محمد حسين منصور، مرجع سابق ص 31.

3- مدحت محمد محمود عبد العالي، الالتزامات الناشئة عن عقود تقديم برامج المعلومات(المقاولة،البيع، الإيجار) دراسة مقارنة، دار النهضة العربية 2001 ص 76

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822 J.A.S.R

تنظيمها بهدف وضع عناصر متفرقة من المعلومات معا في مكان واحد أو عبر مصدر واحد بحيث يمكن للأشخاص الوصول إليها".[1]

من أهم خصائص قاعدة البيانات أنها من المصنفات الفكرية ذات العلاقة بالحاسب الآلي حيث لا يمكن استخدامها إلا عن طريقه، كما أنها تتميز عن المصنفات الأخرى ذات العلاقة بالحاسب الآلي مثل برامج الحاسوب والدوائر المتكاملة والهدف من إنشاء بنك المعلومات الالكترونية الاستفادة من المعلومات لكل من يدخل إلى الشبكة، هذه المعلومات يجب أن يتوافر فيها عدة شروط، من أهمها أن تكون حديثة، ما يعني أن يضيف المورد كل معرفة جديدة تتعلق بالمجال الذي يهتم به المشترك وأن يعلم المتعاقد بكل تغيير يطرأ على مكونات قاعدة البيانات، كما يجب أن تكون هذه المعلومات شاملة بحيث تغطي تمامًا المجال محل التعاقد.[2]

.بمقتضى هذا العقد يضع مقدم الخدمة، المورد أو صاحب قاعدة البيانات تحت تصرف المستخدم خدمة النفاذ إلى قاعدة المعلومات بهدف الحصول على ما يناسبه من معلومات تتفق مع احتياجاته، يرتب هذا العقد التزامات متبادلة على عاتق كل طرف، فالمورد يلتزم بأن يزود العميل بالوسائل الفنية التي تمكنه من اتصاله بقاعدة المعلومات، و الحفاظ على سرية مطالب العميل بشأن المعلومات الموردة، بالمقابل يلتزم العميل بحسب استخدام المعلومات والمحافظة على سرية هذه المعلومات، والالتزام الرئيسي الذي يقع على عاتق العميل هو أداء المقابل النقدي المتفق عليه.

بخصوص طبيعة هذا العقد فقد تعددت الآراء في تكييفه، فقد كيفه البعض بمثابة تنازل عن حق استعمال المعلومات، نظرًا لأن المستفيد منها لا يحصل إلا على مجرد منفعة ولا ينتقل إليه أي حق من الحقوق المالية[3]، وذهب رأي آخر إلى أنه عقد بيع للمعلومات لأن قاعدة المعلومات تكون معدة سلفًا قبل إبرام عقد الاشتراك بحيث يمكن استخدامها من كافة الأشخاص و لم يتم اختيارها خصيصًا لتلبية حاجات العميل.[4] ينتقد هذا التكييف على أساس أن ملكية المعلومات تظل للمنتج ولا يتنازل عنها للمستفيد بل أنه يمنح المستفيد مجرد صلاحية الاستعمال المتمثلة في الدخول لبنك المعلومات للاطلاع على محتوياته.[5] كما ذهب البعض إلى تكييفه بأنه عقد إيجار، لأن غايته هي تمكين المستخدم من الانتفاع بالمعلومات مدة معينة مع بقاء هذه المعلومات مملوكة لصاحبها.

كما ذهب البعض إلى اعتباره عقد وكالة، وذهب جانب آخر إلى اعتباره من العقود غير المسماة، لأن عقود الاشتراك في بنوك المعلومات يصعب خضوعها لنظام قانوني واحد بل هي علاقات قانونية متشابكة ومتباينة من حالة إلى أخرى، لكن هذا القول ما هو إلا وسيلة للهروب من تكييف العقد أو وضعه تحت إطار قانوني موحد. كما يرى جانب من الفقه أن عقد الاشتراك في بنوك المعلومات هو عقد إذعان، لأن العلاقة هنا

1- بحث منشور عبر شبكة الانترنت تحت عنوان . http : // www . oreille . com. / Andy / Professional collection – Low . Htm 1

2- خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق ص 108.

3- عادل أبو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية 2004 ص 87.

4- فاروق الاباصيري، مرجع سابق ص 21.

5- مدحت محمد عبد العالي، مرجع سابق ص 79.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822 J.A.S.R

ل مستخدم جاهل وضعيف من الناحية الفنية المتعلقة باستخدام المواقع على شبكة الانترنت، ذلك لأنه لا يشترط وفق المفهوم الحديث للإذعان في العقد أن يكون محله خدمة أساسية أو سلعة ضرورية، إذ يكفي أن يتوافر الاحتكار في تقديم الخدمة أو السلعة التي يطرحها عليه المتعاقد الآخر.[1]

الرأي الراجح هو اعتباره عقد مقاولة لأن مضمونه يتمثل في إنجاز عمل محدد من أجل إشباع رغبات طالب الخدمة، كما أن الأداء الرئيسي في هذا العقد يتمثل في تقديم خدمة معينة إلى العميل، وإذا كان عقد المقاولة يرد على الأعمال المادية فإن ذلك لا يمنع من أن يمتد ليشمل أيضا الأعمال الذهنية أو الفكرية، فمثل هذه الأعمال لا تستبعد من نطاق عقد المقاولة.[2] يترتب على اعتبار العقد عقد مقاولة هو عدم مسؤولية المستخدم النهائي عن أخطاء بنك المعلومات التي يرتكبها اتجاه الغير، لأن البنك ليس تابعًا للمستخدم أو رب العمل أو نائبًا عنه من ثم فلا تنطبق المادة 1/136 من القانون المدني الجزائري التي تقضي بمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه[3]،لذا لا يسأل المستخدم عما يقدمه له البنك من معلومات بالمخالفة للقوانين واللوائح.[4]

خامساً: عقد الإعلان الالكتروني: إن الإعلانات عبر تقنيات الاتصال الحديثة، أصبحت تمثل سوقًا تنافسيًا بإمكاناتها الضخمة وتكاليفها المنخفضة عن الإعلانات التقليدية، حيث ازدحمت الشبكات المفتوحة بمواقع كثيرة للإعلان عن السلع والخدمات وغيرها من القيم المادية التي يدعو أصحابها عامة الناس إلى التعامل بشأنها من خلال العديد من العقود.[5]

للإعلان عدة تعاريف مختلفة باختلاف معاييره حسب الوسيلة المستخدمة، فعرفه التوجه الأوروبي الصادر عام 1984 بقصد التقريب بين تشريعات الدول الأوروبية المشتركة بأنه: "أي شكل من أشكال الاتصالات تتم في مجال الأنشطة التجارية أو الصناعية أو الحرفية أو المهنية، وتهدف إلى تشجيع الإقبال على السلع والخدمات بما في ذلك العقارات والحقوق والالتزامات المرتبطة بها".

عرفه جانب من الفقه بأنه: "كل وسيلة تهدف إلى التأثير نفسيا على الجمهور تحقيقا لغايات تجارية"[6] وعرفه البعض الآخر على أنه: "تلك العقود التي تبرم بقصد بث إعلانات معينة ذات طبيعة تجارية أو مهنية عبر قنوات الإرسال، أو الانترنت إذ يتم تقديم مواقع على الانترنت، وتقوم بعرض إعلانات التجار على هذه المواقع، بحيث يطلع عليها كل مستخدم لهذه الشبكة".[7]

من خلال هذه التعاريف يتضح أن الإعلان يفترض لقيامه التكرار والإلحاح بهدف تنشيط الطلب على المنتجات والخدمات، ويضم الإعلان عنصرين؛ العنصر المادي ويقصد به كافة أشكال الإعلان المصورة منها

1- محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية القانونية في مجال شبكات الانترنت، دار النهضة العربية 2002 ص 39

2- السيد محمد السيد عمران، الطبيعة القانونية لعقود المعلومات (الحاسب الآلي، البرامج، الخدمات) مؤسسة الثقافة الجامعية، 1992 ص62.

3- وتقابلها المادة 1/174 مدني مصري والمادة 5/1384 مدني فرنسي.

4- جمال عبد الرحمان علي، الخطأ في مجال المعلوماتية، دار النهضة العربية، بدون سنة ص325.

5- أحمد شرف الدين، الإيجاب والقبول في التعاقد الالكتروني وتسوية المنازعات، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية، مركز البحوث والدراسات بأكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، المنعقد في 26-28 أفريل2003، الجزء الثاني ص07.

6- حسين فتحي، حدود مشروعية الإعلانات التجارية لحماية المتجر والمستهلك، بدون ناشر، 1991 ص14.

7- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص42.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822 J.A.S.R

الصحف والمجلات والراديو والتليفزيون وشبكة الانترنت، والعنصر المعنوي وهو تحقيق الربح، أما محل الإعلان فقد يكون منتوجًا أو خدمةً، وللإعلانات أنواع عديدة وما يهمنا في هذا المجال هو الإعلان التجاري.[1]

يعتبر عقد الإعلان الالكتروني من طائفة العقود التي تبرم وتنفذ عبر شبكة الانترنت، فهو عقد رضائي ينشأ بتبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين لطرفيه المعلن ووكالة الإعلان، وهو من العقود غير المسماة، ينقضي وفقًا لأسباب انقضاء العقد طبقًا للقواعد العامة[2] نشير إلى أهمية التفرقة بين الدعاية والإعلان التجاري عبر شبكة الانترنت، فالإعلان مدفوع الأجر يهدف إلى التأثير في نية المستهلكين بغرض جعلهم يقبلون على التعاقد مع المعلن في حين أن الدعاية على عكس الإعلان التجاري مجانية ولا تهدف إلى تحقيق كسب مادي كالدعاية إلى الانضمام إلى جمعية خيرية، ويختلف المركز القانوني لوكالة الإعلان اتجاه المعلن بحسب العمل المعهود إليها، فقد يقتصر دورها على التقريب بين المعلن وأداة الإعلان دون أن تشارك في العملية الإعلانية وعندئذ تتصرف كسمسار، وقد يكون لها حق تمثيل المعلن، بالتالي تتصرف كوكيل تعمل باسمه ولحسابه، كما قد تتصرف كوكيل بالعمولة فتتعامل لحساب المعلن مع أداة الإعلان كما لو كانت تتصرف لحسابها الخاص، وقد تكون وكالة الإعلان مقاولا وذلك في حالة تأدية خدمات متنوعة ومتكاملة بعضها ذو طابع قانوني وبعضها مادي.

للإعلان الالكتروني قوة اقتصادية ذو أهداف تجارية واجتماعية ضخمة، يعتمد على دراسة قائمة على أسس وحقائق علمية فرض نفسه بقوة في مجال التجارة الالكترونية، يوجد نوعان من عقود الإعلان الالكتروني وهما:

أ.عقد شراء مساحة إعلانية: يقوم بمقتضاه تاجر أو عميل يبحث عن مساحة إعلانية معينة بالتعاقد مع شخص وسيط، لكي يبحث له عن المواقع أو المساحات التي تسمح بتوفير مساحة إعلانية للتاجر وذلك لمدة معينة وبمقابل معين.

ب.عقد بيع مساحة إعلانية: يقوم بمقتضاه مقدم الخدمة الذي يملك مساحات إعلانية على مواقع معينة على الانترنت بالتعاقد مع شخص وسيط لكي يبحث له هذا الأخير عن عملاء يرغبون في الإعلان على هذه المساحات الإعلانية، يلاحظ أن هذا العقد يقتصر على حصر الراغبين في بيع مساحات إعلانية عن طريق وسطاء متخصصين في هذا المجال.

تجدر الإشارة إلى ما أتينا على ذكره من عقود الكترونية هي على سبيل المثال لا الحصر ونظرًا للتطور الدائم لتقنيات الاتصال والمعلومات، من المتصور أن تظهر عقود خدمات الكترونية أخرى ليس لها وجود في الوقت الحالي، كما قد تنشأ عقود خدمات الكترونية مركبة، بمعنى أن يحتوي العقد الالكتروني على أكثر من عقد داخل العقد الواحد إذ أنه من المتصور في المستقبل القريب وفي الحقبات الزمنية اللاحقة الاعتماد على الانترنت في كثير من الأنشطة واستخدامها في العديد من المجالات، خاصة في مجال التجارة العالمية ومسيرتها التي لن تتوقف، فإن الانترنت حاضرة لمجاراة هذا التطور واستنباط العقود المختلفة التي تستخدمها التجارة لتسيير أعمالها.

1- حسين فتحي، نفس المرجع ص17.

2- عبد الفضيل محمد أحمد، الإعلان عن المنتجات والخدمات من الوجهة القانونية، مكتبة الجلاء الجديدة، بدون سنة، ص110.

الباب الأول

انعقاد العقد الإلكتروني

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

تمهيد:

ينشأ العقد عمومًا بتوافر أركان أساسية لا بد منها ولا فرق بين ضرورة توافر هذه الأركان مجتمعة في العقد المبرم عبر الوسائل الالكترونية عمومًا، والمبرم عبر شبكة الانترنت خصوصًا 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 عمومًا وإن كانت هذه العقود في بعض جوانبها تحتاج إلى قواعد قانونية خاصة لمعالجتها، فما ينبغي تناوله هو بعض أوجه الخصوصية التي يتعين على الأطراف أخذها بالاعتبار عند إبرام مثل هذه العقود، هذا ما نريد تبيانه في هذا الباب بالتالي يكون تقسيمه كالتالي:

الفصل الأول: تكوين العقد الالكتروني

الفصل الثاني: صحة العقد الالكتروني

الفصل الثالث: تنفيذ العقد الالكتروني.

الفصل الأول: تكوين العقد الالكتروني

ينعقد العقد الالكتروني عن بعد دون حضور مادي للمتعاقدين، مما يثير التساؤل هل هو تعاقد بين حاضرين أم غائبين. مما يقتضي أن نتعرض لمجلس العقد الالكتروني وكيفية تحديد زمان ومكان إبرامه. من دون التوسع والإسهاب في شرح الأحكام العامة للعقد، نكتفي بما هو ضروري ليطبق على العقد موضوع البحث. بالتالي نقسم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث نتطرق فيها إلى:

المبحث الأول: التفاوض الالكتروني

المبحث الثاني: التراضي في العقد الالكتروني

المبحث الثالث: مجلس العقد الالكتروني

المبحث الأول: التفاوض الالكتروني

بسبب زيادة النشاط التجاري بين الدول أصبحت للمفاوضات في الوقت الحاضر أهمية في التعامل التجاري سواء على نطاق الأفراد أو الشركات التجارية، غالبًا ما يسبق إبرام العقد الالكتروني مفاوضات مكثفة[1] تمهيدًا لإبرام العقد لاسيما العقود المهمة التي قد تنصب على معاملات ذات طبيعة تقنية أو اقتصادية كبيرة.

المطلب الأول: ماهية التفاوض الالكتروني وأهميته

إذا كان التعاقد التقليدي يتم بطريقة سريعة تتناسب مع طبيعة العقود البسيطة فإنها لا تتلاءم مع العقود المركبة[2] التي أوجدتها الأساليب المتطورة والحديثة، لكونها ترد على مشاريع عملاقة ومتعددة الجنسيات، هي بذلك تنصب على عمليات مركبة ومليئة بالتعقيدات الفنية والقانونية. وعليه فإنه من الضروري جدًا أن يسبق

1- حسام الدين كامل الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد، تقرير مقدم إلى ندوة الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الأعمال الدولي القاهرة، مصر، يومي 2-3جانفي 1994ص 2.

2- عادل الطبطبائي، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقا لنظام BOT، مجلة الحقوق، العدد الثالث، 26 سبتمبر 2002ص403.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

إبرامها مرحلة شاقة من المفاوضات التي قد تستغرق الكثير من الوقت والجهد لذلك كانت هذه المرحلة من أهم المراحل التي يمر بها العقد بل أكثرها خطورة على الإطلاق.[1] لما تحتويه من تحديد لأهم ومعظم الالتزامات وحقوق طرفي العقد وما ينشأ عنها من مشكلات قانونية, كقطع المفاوضات بسوء نية أو بدون سبب جدي وكذا طبيعة المسؤولية التي تترتب عن هذا القطع.[2]

الفرع الأول: ماهية التفاوض الالكتروني: لعلى ما يثار عن ماهية التفاوض الالكتروني هو تحديد المقصود به.

أولاً: تعريف التفاوض لغة: التفاوض لغة مشتق من الفعل فوّض، يقال فوّض إليه الأمر صيره إليه وجعله الحاكم فيه، وفاوضه في أمره أي جاراه، وتفاوضوا الحديث أي أخذوا فيه، وتفاوض القوم في الأمر أي فاوض فيه بعضهم بعضًا[3] والمفاوضة هي المساواة والمشاركة، وشركة المفاوضة هي الشركة العامة في كل شيء وتفاوض الشريكان في المال إذا اشتركا فيه أجمع.[4]

ثانياً: تعريف التفاوض اصطلاحًا: العملية التي تتضمن سلسلة من المحادثات وتبادل وجهات النظر وبذل العديد من المساعي بين الطرفين المتفاوضين بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن صفقة معينة[5]

قد تعرف العملية التفاوضية بتعريف يدل على أنها عبارة عن اتصال شفوي يتم بين طرفين أو أكثر بهدف الوصول إلى اتفاق مشترك على طريقة العمل أو على صيغة مشتركة بينهما.[6]

ثالثاً: التعريف الفقهي للتفاوض: تتعدد التعريفات الخاصة بالتفاوض فيرى البعض بأنه" تبادل الاقتراحات المساومات، المكاتبات، التقارير والدراسات الفنية بل والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهم على بينة، من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات لطرفيه".[7]

كما عرفه جانب آخر من الفقه أنه: "التحاور، المناقشة، تبادل الأفكار والآراء والمساومة بالتفاعل بين الأطراف من أجل الوصول إلى اتفاق معين حول مصلحة أو حل لمشكلة ما".[8]

رابعا: التعريف التشريعي: تجدر الإشارة إلى أن أغلب التقنينات المدنية منها الجزائرية، المصرية والفرنسية قد خلت من أي نص خاص ينظم مرحلة ما قبل التعاقد، تاركة هذه المهمة للدراسات الفقهية وتقدير القضاء[9] ما ما دفع العديد منهم إزاء هذا الفراغ التشريعي إلى بذل جهود مضنية في محاولة للتغلب على هذا الوضع وسد هذا

1- محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر 2002، خالي من رقم الطبعة، ص05.

2- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2011، ص11.

3- محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الحديث، القاهرة، بدون تاريخ ص 280.

4- لسان العرب، أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الأولى1997ص171

5- عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، رسالة دكتوراه، دار الثقافة للنشر، عمان،ص84.

6- السيد عليوه، مهارات التفاوض، سلوكيات الاتصال والمساومة الدبلوماسية والتجارية في المنظمات الإدارية، المنظمة العربية، عمان 1987ص92

7- حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، العدد الثاني، جويلية 1996ص394.

8- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي (الالكتروني-السياحي-البيئي) دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2002 ص

9- رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس 2000 بند 71 ص54.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

التقنيات المدنية الحديثة التي أشارت إلى موضوع التفاوض، منها التقنين المدني الإيطالي، اليوناني واللبناني.[1]

الفرع الثاني: أهمية التفاوض الالكتروني: تبدو أهمية التفاوض من أنه وسيلة للتفاهم وتقريب وجهات النظر بين الأطراف المتعاقدة، يلعب دورًا وقائيًا وحيويًا وفعالاً في التحضير لمرحلة إبرام العقد والحد من أسباب النزاع في المستقبل ويؤمن لكل واحد من المتفاوضين الاطلاع على التفصيلات الدقيقة الخاصة بشروط العقد والمواصفات الأساسية المتصلة بالمحل المتفاوض بشأنه.[2]

ثمة عقود لا يسبقها مفاوضات قبل انعقادها كالعقود المألوفة التي تتكرر في الحياة اليومية غير أن أهمية التفاوض تظهر بصورة خاصة في العقود التجارية أو الصناعية التي يمتد تنفيذها لفترة زمنية طويلة، من ناحية كونه وسيلة فعالة لإعادة التوازن العقدي في حالة تغير الظروف، إذ نظرًا للقابلية مع الظروف الاقتصادية المحيطة بالعقد للتغير المستمر مما قد يخل بتوازن العلاقات التعاقدية[3] ويجعل تنفيذ العقد على النحو المتفق عليه مرهقًا للمدين، لذا يحرص الطرفان في مثل هذا النوع من العقود على إدراج شرط يلتزم بمقتضاه كل منهما بالتفاوض حول كيفية التغلب على هذه الصعوبات، يطلق على هذا الشرط إعادة التفاوض[4] أو شرط إعادة التوازن العقدي[5] والمسمى في القانون الانجليزي شرط الصعوبة[6] للتعبير عن المشقة أو الأزمة التي يمر بها العقد نتيجة تغير الظروف التي أبرم في ظلها. الهدف الذي يسعى شرط إعادة التفاوض إلى تحقيقه هو تعديل أحكام العقد بطريقة إعادة التفاوض بين الأطراف حتى يتماشى مع الظروف الجديدة وإعادة التوازن بين الالتزامات التي تسبب فيها هذه الظروف، فقد نصت على شرط إعادة التفاوض في حالة تغير الظروف المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية التي أقرها معهد توحيد القانون الخاص عام 1994. فقد جاء بالمادة 26 أنه: "في حالة شرط تغير الظروف يكون للطرف المتضرر طلب إعادة فتح باب التفاوض، من ثم فإن التفاوض في هذه الحالة هو الأداة الفنية لإنقاذ العقد وتصويب مساره بتخفيف الضرر عمن لحقه نتيجة تغير الظروف[7] كما يعتبر التفاوض أيضا وسيلة لتسوية المنازعات بصورة ودية ووسيلة لتفسير العقد في حالة وجود نزاع بشأن تنفيذه[8] وفق هذا الرأي فإنه في حالة التوصل إلى إبرام العقد النهائي يجب التأكيد على أن المفاوضات التي أجريت شرطًا لازمًا في العقد ومكملاً له وأخذها في الاعتبار في عملية التفسير.

المطلب الثاني: خصائص التفاوض الالكتروني، مراحله وصوره

1- خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 266.

2- عبد جمعة موسى الربيعي، الأحكام العامة في التفاوض والتعاقد عبر الانترنت، عقود البيوع التجارية، على وفق أحكام قواعد الانكرتيرمز لعام 2000، الطبعة الأولى، بيت الحكمة، بغداد العراق2003ص13.

3- أحمد السعيد الزقرد، أثر الظروف اللاحقة على تحديد مضمون الالتزام العقدي، بدون ناشر1997ص44.

4- رجب كريم عبد الله، مرجع سابق ص 312.

5- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق ص66.

6- شريف محمد غانم، مرجع سابق ص37.

7- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص66.

8- أحمد خالد العجلوني، مرجع سابق، ص103.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

بالأخذ والعطاء كمرحلة تمهيدية تسبق الانعقاد. كما أن التفاوض يمر بعدة مراحل، كما سنراه فيما يلي:

الفرع الأول: خصائص التفاوض الالكتروني: يمتاز التفاوض الالكتروني على العقد بعدد من الخصائص، لعلى أبرزها ما نستجمعه في النقاط التالية:

أولاً: التفاوض على العقد ثنائي الجانب على الأقل: فلا جدال أن التفاوض على العقد هو ثنائي الجانب على الأقل في جميع الأحوال، أي أنه يتم من قبل جانبين أو أكثر من ذلك، إما بالنقاش والحوار وجها لوجه وإما بطريقة المراسلة. في هذا المقام تجدر الإشارة إلى أنه لا يتصور حصول مفاوضات في حالة التعاقد مع النفس، ذلك لأن التفاوض يقوم بالأساس على التقريب بين وجهات النظر المختلفة والمصالح المتضاربة وهذا ما لا يمكن تصوره في هذه الحالة.

ثانياً: التفاوض على العقد تصرف إرادي: إن عملية التفاوض لا تحدث إلا عندما تتجه إرادة الأطراف المتفاوضة إلى الدخول في التفاوض بهدف إبرام عقد معين، من ناحية أخرى فإن إرادة الطرفين تظل حرة تمامًا طيلة مرحلة المفاوضات، فلكل طرف الحرية الكاملة في الدخول إلى التفاوض أو الاستمرار فيه أو الانسحاب منه ولو في آخر لحظة، يرجع ذلك كله إلى انطباق مبدأ حرية التعاقد على العملية التفاوضية.[1]

ثالثاً: التفاوض على العقد يتم باتفاق أطراف العقد: هذا ما يحصل دائما سواء تم الاتفاق بشكل صريح أو بشكل ضمني وسواء تم بصورة شفوية أو كتابية، فالمفاوضات العقدية لا تحدث نتيجة صدفة وإنما تتم باتفاق سابق يوافق بموجبه الطرفان من حيث المبدأ على المضي قدمًا بإبرام العقد، بحيث يمنحهما هذا الاتفاق العلم الكافي بالعقد المتفاوض عليه.[2]

رابعاً: التفاوض على العقد يقوم على التبادل والأخذ والعطاء: حيث يتعاون الأطراف فيما بينهم على التقريب بين وجهات النظر المختلفة، ذلك عن طريق تبادل العروض والمقترحات بحيث يقوم كل طرف بتقديم تنازلات من جانبه من خلال إجراء التعديل في الشروط والمطالب التي جاء بها، حتى يتم التوصل إلى نوع من التوازن بين مصالح الطرفين المتعارضة، فإذا لم يكن هناك مجال أو قابلية للنقاش أو التنازل فليس هناك أية عملية تفاوض.[3]

خامساً: التفاوض على العقد ذو نتيجة احتمالية: تعتبر النتيجة الطبيعية للتفاوض على العقد أن يتم بالفعل إبرام العقد المتفاوض عليه بأن ينجح الطرفان في التوصل إلى اتفاق نهائي عن طريق تبادل الإيجاب والقبول المتطابقان والتوقيع على وثيقة العقد، مع ذلك تعتبر هذه النتيجة احتمالية قد تتحقق وقد لا.[4]

1- عباس العبودي، مرجع سابق، ص86.

2- عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، المجمع العلمي العربي الإسلامي ومنشورات محمد الداية، بيروت، دار الكتب المصرية، د ط، 1934ص238.

3- رجب عبد الله، مرجع سابق، ص69.

4- عباس العبودي ، مرجع سابق، ص87.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

سادساً: التفاوض على العقد مرحلة تمهيدية لإبرامه: التفاوض ليس عقدًا مقصودًا في ذاته إنما يهدف إلى التمهيد والتحضير لإبرام العقد النهائي[1] وإذا كان التفاوض لا يلزم الطرفين بإبرام عقد ما، إلا أن الطابع التمهيدي للتفاوض الالكتروني ينشئ التزامات على عاتق كل طرف بالتفاوض والسير فيه وفقًا لمقتضيات حسن النية[2] وهو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، دون أن يتضمن التزاما بإبرام العقد النهائي.

الفرع الثاني: مراحل التفاوض الالكتروني: تعتبر الفترة التي تسبق إبرام العقد جوهرية في مجال المعلوماتية فهي تفرض نفسها حتى ولو استغرقت فترة قصيرة، حيث إنها تعتبر مقدمة للإيجاب، وتمثل الأساس الذي يقوم عليه الرضا التام المستنير، تمر الفترة قبل العقدية بثلاث مراحل وهي على التوالي:

المرحلة 1: دراسة الجدوى: تؤثر دراسة الجدوى في مستقبل العميل فيما يتعلق بأداء الخدمة المعلوماتية المأمولة، الأمر الذي يتطلب معالجة الموضوع بطريقة معلوماتية على نحو دقيق، تركز دراسة الجدوى في العلاقة مع مقدم الخدمة أو المشروع على النقاط والأسس الجوهرية في أداء الخدمة المعلوماتية المنتظرة ونجاح العميل في إعداد هذه الدراسة الجوهرية بما يتفق مع احتياجاته هو الذي يضمن النجاح للعقد المنتظر إبرامه في المستقبل. [3]

المرحلة 2: دفتر الشروط "Cahier des charges": بعد الانتهاء من دراسة الجدوى ينتقل العميل إلى إعداد وتهيئة احتياجاته وشروط التعاقد، هذا التعبير عن الاحتياجات والشروط يترجم في إطار مستند مخطوط بسيط يتضمن العديد من النقاط الرئيسية المكتوبة التي تتخذ في النهاية صورة قائمة للشروط وتكون وظيفتها توضيح مختلف الشروط والعلاقات التي ينبغي أن تعالج الموضوع بطريقة معلوماتية.[4]

المرحلة 3: اختيار مقدم الخدمة (المورد) "choix du fournisseur": بعدما ينتهي العميل من تحديد احتياجاته وإعداد قائمة الشروط، ينتقل بعد ذلك إلى اختيار مقدم الخدمة، في ضوء مختلف العروض المطروحة وله أن يستعين في ذلك بخبير يقدم له النصيحة في اختيار أفضل مقدم للخدمة.[5]

الفرع الثالث: صور التفاوض الالكتروني: إن التفاوض عبر شبكة الانترنت غالبًا ما يعبر عنه بمصطلح التفاوض الالكتروني، في هذه الحالة فإن التفاوض يتم بطريقة المحادثة أو بطريقة المشاهدة.

أولاً: التفاوض بطريقة المحادثة CHAT تتحقق هذه الطريقة بأن يفتح كل من الطرفين الصفحة الخاصة به على جهازه في ذات التوقيت فينتقل ما يكتبه الطرف الأول إلى الصفحة المفتوحة بجهاز الطرف الثاني، توفر هذه الطريقة التعاصر الزمني لتبادل المفاوضات بين الطرفين من دول مختلفة عبر البريد الالكتروني.[6]

ثانياً: التفاوض بطريقة المشاهدة فيتم عن طريق ربط الجهاز بوسائط الاتصال الصوتية والمرئية مثبتة على جهاز

1- بلال عبد المطلب بدوي، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية في عقود التجارة الدولية، جامعة عين شمس2001 ص 492.

2- رجب كريم عبد الله، مرجع سابق، ص 487.

3- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 54.

4-Xavies linant de Bellefonds, Alain Hollande: op. cit N 225, p22.

5- محمد حسين منصور، نفس المرجع، ص 55.

6- عبد الله رجب كريم، التفاوض على العقد، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة2000، ص45، وَ عليوة السيد، مهارات التفاوض، التفاوض، سلوكيات الاتصال والمساومة الدبلوماسية والتجارية في المنظمات الادارية، المنظمة العربية للعلوم الإدارية، عمان، د. ط1987ص94

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

كل متفاوض، دون حضور مادي للطرفين في ذات الوقت الذي يتاح لهما فيه تبادل البيانات المكتوبة فورًا أو يتم التفاوض بالصوت والصورة.[1]

المطلب الثالث: الالتزامات والمسؤولية في مرحلة التفاوض الالكتروني

إن الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض هي الالتزامات قبل التعاقدية الواجبة الاحترام، والتي يفرضها القانون على المتفاوضين في مرحلة التفاوض، بهدف التوصل إلى اتفاق نهائي ولتحقيق مصلحة الأطراف وحماية حقوقهم القانونية.[2] حيث يترتب حين الاخلال به مسؤولية تقصيرية إذ لا مجال للمسؤولية التعاقدية قبل انعقاد العقد[3] وسنتناول ذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: الالتزامات المفروضة في مرحلة التفاوض الالكتروني: تمخضت عن مرحلة التفاوض الالكتروني عدة التزامات تقع على عاتق كل طرف يجب أن يلتزم بها:

أولاً: الالتزام بالدخول في التفاوض: لا بد أن يلتزم أطراف التفاوض بمقتضى عقد مبدئي على الدخول في التفاوض لمناقشة العقد النهائي المراد التوصل إليه في الميعاد المحدد لذلك، من ثم فإن الالتزام بالتفاوض يجد مصدره المباشر في اتفاق التفاوض، ولا يحق لأي طرف الامتناع أو التأخير عن الدخول في المفاوضات وإلا اعتبر مسؤولًا عما قد يقع من أضرار للطرف الآخر، إذ يجب على كل طرف بذل العناية المطلوبة لإنجاح المفاوضات، فإذا ارتكب أي طرف فعلًا من شأنه أن يؤدي إلى إفشال المفاوضات فإنه يعد مخالفًا لالتزامه ببذل العناية، الذي يفرض عليه أن يتبع المسلك المألوف للشخص المعتاد ويتفق مع مقتضيات حسن النية في تنفيذ الالتزامات.[4]

ثانياً: الالتزام بحسن النية: يتطلب مبدأ حسن النية في التفاوض أن تكون المفاوضات ساحة للأمان، ويعتبر هذا الالتزام تبادلي يقع على عاتق الطرفين بتحقيق غاية وليس التزامًا ببذل عناية[5]، بينما تقرر بعض القوانين مراعاة مراعاة مبدأ حسن النية سواء في مرحلة تكوين العقد أو تنفيذه كالقانون الألماني والإيطالي والهولندي، وأخرى تقصر مبدأ حسن النية على مرحلة التنفيذ فقط وهذا ما قرره القانون التجاري الأمريكي الموحد (U.C.C) بأنه: "الأمانة في الواقع واحترام المعايير التجارية المعقولة في التعامل العادل" في المادة 1-19/201 ،كما نصت المادة 1337 من القانون المدني الايطالي على أنه "يلتزم الاطراف اثناء المفاوضات وإبرام العقد بالتفاصيل بما يتفق وحسن النية" ونصت المادة 1 من القانون المدني الياباني بأن "استعمال الحقوق وتنفيذ الالتزامات ينبغي أن يتم بأمانة وحسن نية".[6] وما جاء في المادة 1/7 من مبادئ الينيدروا لعقود التجارة الدولية الصادر 2004 [7] (عن

1- أحمد شرف الدين، عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص 155.

2- محمد حسام لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، القاهرة، 1995، ص14.

3- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية 2011، ص161

4- محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر 2002 ص 27

5- بلال بدوي، مرجع سابق، ص 64.

3- بلحاج العربي، مرجع سابق، ص67.

4- حمدي بارودي، القيمة القانونية للاتفاقيات خلال مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية، مجلة الجامعة الاسلامية غزة، المجلد13، العدد 2،2005،ص125

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

(من المعهد الدولي في روما لتوحيد القانون الخاص) على أنه "يجب أن يتصرف كل طرف وفقًا لما يقضيه حسن النية

والتعامل العادل في التجارة الدولية" وأيضا القانون المدني الفرنسي في المادة 3/1134 والقانون المدني المصري في المادة 1/148والقانون المدني الجزائري في المادة 1/107،وقد أشارت المحكمة العليا في قرارٍ مشهورٍ لها مؤرخ في 1999/10/24 بأنه من المقرر قانونًا تنفيذ العقد طبقًا لما اشتمل عليه وبحسن نية غير أنه اذا طرأت حوادث استثنائية عامةً لم يكن في الوسع توقعها جاز للقاضي تبعًا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ويقع باطلًا كل اتفاق على خلاف ذلك.[1] كما أن هناك بعض التشريعات لم تتضمن إلزام الأطراف المتفاوضة مراعاةً لحسن النية كالقانون الإنجليزي.

ثالثاً: الالتزام بالإعلام: يلتزم المتفاوضان عبر الشبكة بأن يزود المفاوض[2] الآخر بكل المعلومات المتوفرة لديه والمتعلقة بموضوع التعاقد والتي يجب عليه أن يعلم بها يوجد هذا الالتزام بالتبصير أو الإدلاء بالبيانات في مرحلة التفاوض في كثير من النظم القانونية الوضعية،[3] كالقانون المدني الجزائري في نص المادة 2/86 [4] الذي يستند يستند الالتزام بالإعلام إلى أن الحماية التقليدية للإرادة العقدية من خلال نظرية عيوب الإرادة لم تعد كافية نظرًا لأن هناك كثيرًا من العقود يحتاج فيها المتفاوض إلى حماية خاصة وفعالة بسبب طبيعتها، إما لأن أحد أطراف التفاوض معني محترف، أو أن المتفاوض الآخر ليس على دراية تامة أو أن خبرته غير كافية بالشيء محل التعاقد أو بسبب جدة وحداثة الشيء محل العقد وتعقيد استعماله[5] أي أن الالتزام بالإعلام يجسد أساسه في عدم التكافؤ بين طرفي العقد المتفاوض عليه من حيث العلم بعناصر العقد وظروفه مما يلقي على الطرف المحترف بصفة خاصة الالتزام بالإدلاء للطرف الآخر بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد حتى يتصرف على دراية كافية ولكي يتسم التفاوض بالوضوح والشفافية وحسن النية.[6]

رابعاً: الالتزام بالاعتدال والجدية: يلتزم كل طرف من أطراف المفاوضة بالجدية والاعتدال في مرحلة المفاوضات، من صور الجدية قيام الأطراف بمواصلة التفاوض بجدية واعتدال في تقديم العروض ومناقشة أراء وأفكار المتفاوض الآخر بحيث لا يكون مبالغًا فيها مما يهدد بفشل المفاوضات وعدم التشدد والتصلب في الرأي، احترام المعاهدات والأعراف التجارية السائدة، السعي لإنهاء عملية التفاوض في مواعيد مناسبة، كما يجب الالتزام بعدم التفاوض مع طرف ثالث ما يسمى بحظر إجراء مفاوضات موازية شريطة أن يكون هناك اتفاق مسبق[7]

1- المحكمة العليا، غ-م، 1999/10/24، ملف رقم 19175، م.ق،1999، العدد2،ص95.

2-هبة تامر محمود عبد الله، مرجع سابق، ص 155.

3- مصطفى أبو مندور موسى، دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية 2000 ص 57. وكذا رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد، مرجع سابق، ص427

4- تقابلها المادة 2/125 قانون مدني مصري، المادة 144 مدني أردني والمادة 152مدني كويتي.

5- نزيه المهدي، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية 2001 ص 394.

6- بلال بدوي، مرجع سابق، ص 432.

7- مصطفى الجمال، مرجع السابق، ص 229.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

خامساً: الالتزام بالتعاون: إن هذا الالتزام يفرضه مبدأ حسن النية عند إبرام العقود، بالتالي فهو مفروض ضمنيًا دون حاجة إلى النص عليه صراحة، ويظل هذا الالتزام قائمًا طيلة مرحلة المفاوضات، ولا تندرج صور التعاون حصريًا بل كل فعل أو تصرف يقوم على التعاون والثقة المتبادلة يندرج تحت بند التعاون. فكل ما يحتاجه السير الأمثل للعملية التفاوضية فهو لازم ومأمول في اطار الثقة المتبادلة والمعيار في ذلك الرجل المعتدل الذي يهدف إلى انجاح المفاوضات وعدم العودة إلى الوراء بإثارة النزاع بدون مبرر معقول في موضوع تم حسمه من قبل.[1]

سادساً: الالتزام بالمحافظة على السرية: قد تقتضي عملية التفاوض أن يكشف أحد الأطراف للآخر عن بعض الأسرار الهامة لذلك يوجب هذا الالتزام امتناع المفاوض الذي اطلع على هذه المعلومات عن إفشائها للغير أو استغلالها[2]، إذا كان ذلك يلحق الضرر بالمفاوض الآخر الذي تعلقت به هذه المعلومات ويجب التأكد أن هذا الالتزام لا يظم مسائل غير مشروعة. يقدر قاضي الموضوع المعلومات التي يقضي بها مبدأ حسن النية والتي يشملها الالتزام بالمحافظة على السرية على أن يراعي العادة والتعامل الجاري، وقد ورد في دليل غرفة التجارة الدولية بشأن التعاقد الالكتروني لعام 2004 عن حماية السرية.

الفرع الثاني: المسؤولية في مرحلة التفاوض الالكتروني: يتمتع كل متفاوض بحرية مطلقة في قطع المفاوضات متى رغب في ذلك طبقًا لمبدأ حرية التعاقد الذي يبيح لكل طرف حق العدول أو الانسحاب من التفاوض في أي وقت دون مسؤولية عليه طالما كان لهذا العدول ما يبرره، إذ أن الطرف المنسحب من المفاوضات لا يجبر على الاستمرار في التفاوض وصولاً إلى إبرام العقد النهائي[3].

من صور الخطأ في التفاوض الذي يوجب المسؤولية؛ الامتناع عن الدخول في المفاوضات، قطع المفاوضات على نحو تعسفي وبدون سبب موضوعي، التفاوض مع الطرف الآخر بسوء نية، فالمفاوض لا يسأل عن قطع المفاوضات إنما يسأل عن الإخلال بالثقة التي ولدها في نفس المفاوض الآخر بما يتناقض ومبدأ حسن النية في التعامل[4]

استقرت محكمة النقض المصرية أن المسؤولية في مرحلة التفاوض مسؤولية تقصيرية وليست عقدية، فالمفاوضات تعتبر مجرد أعمال مادية، غير ملزمة ولا ترقى إلى مستوى التصرف القانوني الاتفاقي، ولا يرتب عليها أي أثر قانوني سوى المسؤولية التقصيرية إذا نتج عنه ضرر للطرف الآخر. طبقًا لذلك فإن المسؤولية التي تنشأ في مرحلة التفاوض هي مسؤولية تقصيرية[5] أساسها الخطأ نتيجة الإخلال بمبدأ حسن النية وبهذا تكون محكمة النقض قد رفضت صراحة فكرة الخطأ في تكوين العقد التي ناد بها "أهرنج"[6] فالمفاوضات عمل مادي ولا يرقى إلى مرتبة التصرف القانوني، من ثم لا محل للمسؤولية العقدية فقطع المفاوضة لا ينطوي على خطأ

1- وفاء أبو جميل، الالتزام بالتعاون، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، القاهرة 1993، ص25.

2- رجب كريم عبد الله، مرجع سابق، ص 417.

3- مصطفى أبو مندور موسى، مرجع سابق، ص 123.

4- سعد حسين عبد ملجم، التفاوض في العقود عبر شبكة الانترنت الطبعة الأولى بغداد 2005 ص 29.

5- محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، مرجع سابق، ص 62.

6-الطعن رقم862 س952جلسة19/ 1/1986، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية في خمس سنوات1980- 1985،ص 861

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

لدى وقد أقرت مبادئ معهد روما اليونيدروا هذا المبدأ واعتبرت المسؤولية في مرحلة التفاوض تقوم على أساس الخطأ التقصيري، حيث نصت في المادة (5/2) من القواعد على أن" الطرف الذي يتفاوض بسوء نية يعد مسؤولاً عن الخسائر التي سببها للطرف الآخر" أي يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يسببه للطرف الآخر. تعتبر المسؤولية التقصيرية من النظام العام فلا يجوز الاتفاق مسبقًا بين طرفي التفاوض الالكتروني على الإعفاء منها ويقع كل شرط مخالف لذلك باطلاً، عملاً بنص المادة 124 من القانون المدني الجزائري.[1]

قد يحدث أحيانًا أن يقطع الأطراف مرحلة جادة من المفاوضات في طريقهم إلى التعاقد النهائي، فالفقه والقضاء الفرنسيان يفرقان في هذا الصدد بين صورتين من صور التفاوض، فإذا كان هذا الأخير مصحوبًا بالتفاوض كانت المسؤولية عقدية، أما إذا لم يكن هناك اتفاق على التفاوض فإن المسؤولية تقصيرية، وقد حددت محكمة النقض الفرنسية الخطأ الذي يتمثل في العدول عن المفاوضات أو قطعها أو الانسحاب منها بأنه الخطأ القائم على إرادة الإضرار أو الخطأ الذي يصاحبه سوء نية وليس مجرد الخطأ العادي.[2]

المبحث الثاني: التراضي في العقد الالكتروني

يشترط القانون لقيام العقد وجود التراضي وتوافق إرادتا المتعاقدين على إحداث الأثر القانوني المقصود من العقد[3] فالإرادة باعتبارها مكونة للرضا ليس لها أية قيمة قانونية إلا إذا تم التعبير عنها بفعل خارجي ظاهر[4] ، فالعقد يتم بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد.[5] تجدر الإشارة إلى أن معظم القوانين المدنية العربية لم تشترط طريقة معينة للتعبير عن الإرادة، ويجوز أن يكون ضمنيًا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحًا وقد كرست اتفاقية لاهاي لعام 1964 الخاصة بالقانون الموحد لتكوين عقد البيع الدولي وكذا اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع لعام 1980 مبدأ الرضائية، حيث نصت صراحةً في المادة 11 على عدم اشتراط الكتابة أو أي شكلية أخرى سواء لانعقاد العقد أو لإثباته ومن ثم يجوز التعبير عن الإرادة بأي وسيلة[6] وقد أخذ القانون الأمريكي الموحد للتجارة بمبدأ الرضائية، في (المادة 2/204) حيث يجيز انعقاد عقد بيع البضائع بأية وسيلة ما دامت تظهر تراضي طرفيه بما في ذلك سلوكهما الذي يدل على اقرارهما بوجود العقد. ولما كانت الرضائية مطلب وشرط أساسي لدى التعاقد عبر الانترنت وذلك بالتعبير عن الارادة التي يعبر عنها بالإيجاب والقبول والمتجهة نحو الارتباط القانوني تفيد بأن التعاقد الالكتروني هو التقاء ايجاب صادر من طرف محله عرض مطروح بطرق سمعية

1- يقابلها نص المادة 3/217 من القانون المدني المصري، أنظر: أمية حسن علوان، ملاحظات حول القانون الواجب التطبيق على المسؤولية قبل التعاقدية عن قطع المفاوضات في العقود الدولية تقرير مقدم إلى معهد قانون الأعمال الدولي بكلية حقوق القاهرة 1993 ص 64.

2- محمد شوقي شاهين، المشروع التعاقدي، بدون ناشر، 2000 ص 193.

3- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول مرجع سابق، ص 172.

4- شحاتة غريب شلقامي، مرجع سابق، ص 75 و أ/ لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص63.

5- المادة 89 من القانون المدني المصري والمادة 59 مدني جزائري.

6- القانون المدني المصري م 90 والكويتي م 34 والجزائري م 60 والعراقي م 79 والأردني م 93 والسوري م 93 مع بعض الاختلاف في الألفاظ لا المعنى. أنظر: هبة تامر محمود عبد الله، مرجع سابق، ص 134.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

أو بصرية أو كليهما على شبكة الاتصالات بقبول صادر من طرف آخر بذات الطرق تحقيقًا لعملية يرغب الطرفان في انجازها.[1]

ولما كان العقد محل الدراسة يجري عبر بيئة الكترونية لا مادية يتم فيها التعبير عن الارادة من خلال استعمال وسائل البيانات لتبادل الايجاب والقبول[2] عن طريق البريد الالكتروني أو بواسطة صفحات الويب.

المطلب الأول: التعبير عن الإرادة في العقد الالكتروني

فرض التطور التكنولوجي على المتعاملين في مجال المعاملات الالكترونية بصفة عامة والعقود الالكترونية بصفة خاصة استخدام نظام تبادل الرسائل الالكترونية كوسيلة للتعبير عن الإرادة من خلال شبكة الانترنت وقد يكون ذلك من خلال وكيل الكتروني وهو ما يتطلب بحث مدى جواز التعبير عن الارادة باستخدام الوسائط الالكترونية (الأنظمة المؤتمتة). وسنتطرق لكل منهما فيما يلي:

الفرع الأول: التعبير عن الإرادة بواسطة رسالة البيانات: تمثل رسالة البيانات الصورة الشائعة للتعبير عن الإرادة وإبرام العقود من خلال تبادلها عبر شبكة الانترنت إذا ما تم اختيار وتوفير إجراءات الرقابة والحماية الملائمة [3]. ويراد من وراء مصطلح رسالة بيانات حسب المادة 2/ أ من قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الالكترونية لسنة 1996 بأنها: "المعلومات التي يتم إنشاؤها، إرسالها أو تخزينها بوسائل الكترونية، ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الالكترونية، البريد الالكتروني، البرق أو التلكس، أو النسخ البرقي".[4] وعرف تبادل البيانات الالكترونية في المادة 2/2 بأنه "نقل المعلومات الكترونيًا من من كمبيوتر إلى آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات".[5]

وقد أخذت معظم التشريعات الحديثة للدول التي اصدرت قوانين خاصة للمعاملات الالكترونية بذات المفهوم لرسائل البيانات ومنحتها الاعتراف القانوني الكافي واضفت لها الحجية الازمة في الاثبات.[6]

فصدر قانون المعاملات الالكترونية الأردني مثلا وأخذ بذات المعنى المشار إليه سابقًا وقرر في المادة 13 منه اعتبار رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الارادة المقبولة قانوناً لإبداء الايجاب أو القبول بقصد انشاء التزام تعاقدي.[7] غير أنه يجب أن لا ينصرف مفهوم رسائل البيانات ليقتصر على رسائل البريد الإلكتروني لأن رسائل البيانات الالكترونية هي تعبير أشمل وأعم من هذا المفهوم فتشتمل كل البيانات التي يتم

1-أحمد سعيد شرف الدين، عقود التجارة الالكترونية، تكوين العقد وإثباته، ، مطبوعات عين شمس 2000 ص 111.

2- الحكيم عبد المجيد، الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني في الالتزامات والحقوق الشخصية، الجزء الأول، مصادر الالتزام في العقد، المجلد الأول، القسم الأول: التراضي، د.ن، عمان، الطبعة الأولى، 1993، ص133

3- أحمد سعيد شرف الدين، مرجع سابق، ص11.

4- تسمى رسالة البيانات بتسميات متعددة منها رسالة المعلومات، الرسالة الالكترونية، سجل ومستند الكتروني، المحرر الالكتروني، إن هذه التسميات والمصطلحات وإن كانت تختلف في الألفاظ لكنها تتحد في المعاني، أنظر آمانج رحيم أحمد، مرجع سابق، ص95.

5-عرف المشرع الأمريكي المقصود بالمعلومة في قانون المعاملات التجارية الالكترونية لسنة 1999 في10/2بأنها "تشمل البيانات، الكلمات، الصور، الأصوات، الرسائل، برامج الكمبيوتر، البرامج الموضوعة على الأقراص المرنة وقواعد البيانات أو ما شابه ذلك". كما عرفها البعض بأنها:" كل رسالة يمكن نقلها إلى الغير بأية وسيلة كانت". حسام لطفي، مرجع سابق، ص54.

6- حيث اعتمدت بذلك على مبدأ التنضير الوظيفي الذي اشار اليه صراحتا الدليل المرافق للقانون النموذجي اليونسترال في البند16 ص20

7- قانون المعاملات الالكترونية الاردني رقم85 لسنة2001

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

تبادلها عبر شبكة الانترنت وفعل التصدير أو التبادل هذا يتسع ليشمل كافة أنواع وأشكال المبادلات الاتوماتيكية الالكترونية.

وأما بخصوص نسبة رسائل البيانات لأصحابها فقد أوضح القانون النموذجي للمعاملات الالكترونية هذا الأمر من خلال تعريفه لمنشئ رسالة البيانات بانه: الشخص الذي يعتبر أن إرسال أو إنشاء رسالة البيانات قبل تخزينها ان حدث، قد تم على يديه أو نيابةً عنه، ولكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة[1] و "أن المرسل اليه هو الشخص الذي قصد المنشئ أن يستلم رسالة البيانات كما لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة"[2] و "أن الوسيط هو الشخص الذي يقوم نيابة عن شخص آخر بإرسال، استلام أو تخزين رسالة البيانات أو تقديم خدمات أخرى فيما يتعلق بها"[3]

كما أشار القانون النموذجي إلى قاعدة عامة في إسناد رسائل البيانات الى اصحابها بنص المادة1/13 باعتبار رسالة البيانات صادرة عن المنشئ اذا كان المنشئ هو الذي أرسلها بنفسه، كما عاد وأكد في الفقرة 2 منه بأن تبقى الرسالة منسوبة إلى منشئها ولو أرسلت من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ، أو لو أرسلت من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائيًا.

وقد أوضح المشرع الأردني ذلك بنص المادة14من قانون المعاملات الالكترونية باعتبار رسالة المعلومات صادرة عن المنشئ سواء أصدرت عنه ولحسابه أو بواسطة وسيط الكتروني معد للعمل أوتوماتيكياً بوساطة المنشئ أو بالنيابة عنه، وذلك بعد أن كان عرف الوسيط الالكتروني في المادة 2 من ذات القانون بأنه: "برنامج الحاسوب أو أية وسيلة الكترونية أخرى تستعمل من أجل تنفيذ إجراء الاستجابة لإجراء بقصد إنشاء أو إرسال أو تسلم رسالة معلومات دون تدخل شخصي".

وهكذا وبمقارنة النص الأردني مع نصوص القانون النموذجي في هذا الشأن نلاحظ أن العبرة في الوسيط لكي يمكن الاعتداد بتصرفه هو ان يكون نائبًا مخولاً من شخص المنشئ.

غير أن القانون النموذجي لليونسترال وغيره من التشريعات التي أخذت عنه قد أوردت استثناء على قاعدة إسناد رسائل البيانات لمنشئها وذلك في حالتين هما:

-إذا استلم المرسل إشعارًا من المنشئ يبلغه فيه أن الرسالة غير صادرة عنه، فيعفى المنشئ منذ لحظة استلام الاشعار من نسبة الرسالة اليه، وعلى المرسل اليه عندئذ أن يتصرف على هذا الأساس، وفي هذا الصدد فقد أشار الدليل التوضيحي المرفق للقانون النموذجي بأن يبقى المنشئ مسؤولا عن اي نتائج قبل الاشعار وأن يمنح المرسل اليه مهلة معقولة لكي يعمل على وقف الاثر نهائيا لرسالة البيانات التي كان قد استلمها.[4]

-إذا علم المرسل اليه او كان عليه أن يعرف إذا بذل العناية المعقولة أو استخدم أي إجراء متفق عليه أن رسالة

1- المادة 2 فقرة ج من قانون اليونسترال النموذجي1996

2- المادة 2 فقرة د من نفس القانون

3- المادة 3 فقرة ه من نفس القانون

4- دليل القانون النموذجي البند 88 ص47، كما اشار الى ذلك بوضوح المشرع الاردني بنص المادة15/ب/21 من قانون المعاملات الالكترونية

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

البيانات لم تصدر عن المنشئ.

وفي هذا الصدد أيضا فقد أشار الدليل المرفق للقانون النموذجي إلى تطبيق إجراءات التوثيق التي تجعل المرسل غير قادر على نفي نسبة الرسالة إليه أو التخلص من آثارها الالزامي، فنجد أن المتعاملين عبر الشبكة يستخدمون العديد من الاحتياطات والأساليب التي تأتي ضمن اعمال العناية المعقولة لكي يتأكد لكل طرف بأن ما يتلقاه هو صادر عن نظيره في التعامل ومنسجما مع مجريات التعامل ذاته، كاستخدام أدوات التشفير والترميز والتوقيع الالكتروني أو إعمال مبدأ الإقرار بالاستلام أو غيرها من الوسائل التقنية العديدة التي تجعل التحقق أسهل مما نخشى.[1]

مما سبق يمكن القول أن لرسائل البيانات المتبادلة عبر الانترنت الكفاءة والقدرة على حمل التعبير الكافي والسليم عن إرادة منشئها في الالتزام التعاقدي المنشود، وعلى هذا الاساس وفيما نرى فلم يعد هناك أي مانع لا فنيًا ولا قانونياً يحول دون أن يعبر الشخص تعبيرًا كاملاً عن إرادته سواء بالإيجاب أو القبول لإنشاء التزام تعاقدي.

الفرع الثاني: التعبير عن الإرادة بالوسيط الالكتروني(الأنظمة المؤتمتة): إذا كان العقد في مفهومه التقليدي يبرم بين شخصين طبيعيين فإن الأمر يختلف في نطاق العقود الالكترونية التي قد تتم بدون تدخل أي عنصر بشري، إذ يجري حاليًا وبشكل متزايد استخدام الوسيط الالكتروني[2] أو ما يسمى بالأنظمة المؤتمتة[3] أو الوكيل الالكتروني[4]كطريقة تلقائية للتعبير عن الإرادة في بيئة التجارة الالكترونية، كما شاع إبرام العقود الالكترونية من خلاله نتيجة لذلك أولت أغلبية التشريعات المنظمة للتجارة الالكترونية اهتمامًا كبيرًا بالمسائل القانونية التي أثارها التعاقد عبر الوسيط الالكتروني، خصوصًا إذا عرفنا أن القانون المدني المنظم لأحكام العقد عمومًا لا يتضمن أحكامًا قانونيةً خاصة بالتعاقد من خلال الوسيط الالكتروني.

من هذه المسائل ماهية الوسيط الالكتروني، أهميته، كيفية إنشائه، أشكاله، مدى صلاحيته ومشروعيته للتعبير عن الإرادة وصحة العقود الإلكترونية المبرمجة خلاله، وإذا كان الوسيط الإلكتروني يعمل نيابة عن الشخص الذي يبرمجه كي يتولى إجراء المعاملات القانونية لحسابه تلقائيًا، فإلى أي مدى يمكن تشبيهه بالوكيل في العالم المادي؟ وهل يمكن تطبيق أحكام الوكالة عليه؟ إضافة إلى مسألةٍ غاية في الأهمية وهي الغلط أو الخطأ

1- دليل القانون النموذجي في البند88ص46

2- يستخدم المشرع الأردني هذه التسمية في المادة 2 من قانون المعاملات الإلكترونية

3- إن لفظ (المؤتمت)جديد في اللغة العربية أخذ من كلمة (Automate) الإنجليزية التي تعني ما يمكن تشغيله آليًا، تلقائيًا، أنظر، د/ حارث سليمان الفاروقي، المعجم القانوني، المصدر السابق ص 65 وكذا قاموس أكسفورد الحديث ، انجليزي- عربي . oxford university press 2000 p44. وقد ظهر استخدامه لأول مرة في وثائق لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الأونسترال الصادرة باللغة العربية بدل الوكيل الإلكتروني لعدم دقة هذا الأخير ثم استخدمته بعد ذلك بعض قوانين الدول العربية المعنية بالمعاملات الالكترونية ومنها قانون دبي في المادة الثانية ي حين نجد بعض القوانين لم تستخدم هذا المصطلح كالقانون التونسي لسنة 2000.

4- تطلق تسمية الوكيل الإلكتروني على الوسيط الإلكتروني في كل من قانون المبادلات الإلكترونية الأمريكي الموحد سنة 1999 وكذا قانون كندا الموحد للتجارة الإلكترونية لسنة 1999 وقانون مملكة البحرين للمعاملات الإلكترونية لسنة 2002، كما استخدم توجيه البرلمان الأوروبي رقم (31) لسنة 2000 بخصوص بعض الجوانب القانونية لخدمت المجتمع المعلوماتي في مقدمته (الوكيل الإلكتروني المؤتمت).

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

مدى يتحقق أثناء إبرام العقود من خلال الوسيط الإلكتروني و يصعب تداركه بسهولة و مدى مسؤولية هذا الوسيط الإلكتروني عن الأعمال التي يقوم بها وعليه ستناول هذه المسائل كالآتي:

أولاً: ماهية الوسيط الإلكتروني وأهميته: يقصد بالوسيط الإلكتروني عمومًا وضع أجهزة تمت برمجتها وإعدادها كي تتولى إبرام المعاملات الالكترونية ومنها العقود تلقائيًا دون الحاجة إلى تدخل مباشر من الطرفين المتعاقدين أو أحدهما وأصبح من الشائع استخدامه في بيئة التجارة الالكترونية، مما أدى إلى أن تولي تشريعات التجارة الالكترونية اهتماماته.[1] لم يشر قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية صراحة إلى بيان المقصود بالوسيط الإلكتروني، على الرغم من أن القانون يستوعبه كطريقة للتعبير عن الإرادة بدلالة ما تنص عليه المادة (2/13-ب).[2]

ورد في معظم التشريعات تعريفات للوسيط الإلكتروني منها ما نصت عليه المادة (6/2) من قانون المبادلات الإلكترونية الموحد للولايات المتحدة الأمريكية سنة1999 على أن الوكيل الإلكتروني "برنامج حاسوبي أو أية وسيلة إلكترونية أو وسيلة مؤتمتة أخرى تستخدم للبدء في عمل أو للاستجابة كليًا أو جزئيًا للرسائل الإلكترونية أو لتدابير دون مراجعة أو تدخل من شخص طبيعي في كل مرة يبدأ فيها النظام عملاً أو يقدم استجابةً". وعرفته كل من المادة (19) من قانون كندا الموحد بشأن التجارة الإلكترونية لسنة1999[3] ومشروع الاتفاقية الخاصة بالعقود الدولية المبرمة برسائل بيانات إلكترونية في المادة(5) بنفس التعريف.[4] كما أوردت بعض التشريعات العربية للمعاملات الإلكترونية تعريفًا للوسيط الإلكتروني منها ما نصت عليه المادة(2) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على أن "الوسيط الإلكتروني برنامج الحاسوب أو أية وسيلة إلكترونية أخرى تستعمل من أجل تنفيذ إجراء أو الاستجابة لإجراء بقصد إنشاء، إرسال أو تسلم رسالة معلومات دون تدخل شخص".

لذا فإن أهمية الوسيط الالكتروني المتزايدة واستخدامه الواسع في مجال إجراء المعاملات الالكترونية وإبرام العقود تعود إلى كفايته الذاتية لإجراء المعاملات وإبرام العقود وإمكاناته الهائلة التي يمكن من خلالها اجتياز المعوقات التقليدية أمام إجراء المعاملات الالكترونية؛ كاللغة المستخدمة في التعبير عن الإرادة إذا تم التعاقد بين طرفين يتكلمان بلغتين، إضافة إلى وصفه بأسلوب تفاعلي ويتحرك بسهولة عبر الشبكة[5].

ويتم إنشاء وإعداد الوسيط الالكتروني عبر ثلاث خطوات وهي كما يلي:

1. قرار يتخذ بواسطة إنسان لبرمجة الكمبيوتر للرد بطريقة معينة ما يعني أن شخص طبيعي سواء كان بالأصالة عن نفسه أو ممثل قانوني عن شخص معنوي قد اتخذ قرارًا إراديًا بتجهيز إعداد وكيل الكتروني للقيام بالعمليات الالكترونية المؤتمتة.

1-CROSS-BORDERFORMATION of an line contracts,p1 available at http://www. Geacities.com/silican valley/Network/5054/maracas from- an-ww-en-h tm1(last visited 22any 2002).

2- تنص المادة (2/13-ب)"نظام معومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائيًا ".

3-condo's uniform electronic transactions Act1999,availab le at :http://www.uetaonline.com/uetoc.htm1(last visited 15 any 2001)

4- وثيقة الأونسترال باللغة العربية رقم A/CN.9/WG.IV/WP.95

5-EMILYM . WEITZ ENBOEK, electronic Agents and the formation of contracts, published in the international journal of law and information technology. Vol. 9. no. 3 (oxford university press, 2001.p.5 .

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

2. يقوم صانع البرنامج ببرمجة الكمبيوتر للرد حسب القرار السابق اتخاذه، لأن البرنامج المعلوماتي يعمل حسب المعلومات التي يتم تزويده بها.

3. يقوم الكمبيوتر بالرد بطريقة أوتوماتيكية حسب البرمجة التي تم عليها.

يلاحظ هنا أن الكمبيوتر لا يفاوض أو يحاور الطرف الآخر سواء كان شخصًا طبيعيًا أو كمبيوتر آخر، لأنه لا يخرج عن حدود ما تم برمجته عليه بذلك فهو ملتزم بما لديه من تعليمات لا يتجاوزها ولا يخالفها.[1]

ثانياً: أشكال التعاقد بواسطة الوكيل الإلكتروني ومشروعيته في التعاقد: بعيدًا عن القواعد التقليدية وأمام القواعد الخاصة بالتعاقد الإلكتروني تختلف وسائل التعاقد الإلكتروني بحسب درجة استخدام الكمبيوتر في التعاقد إذا كان بالكامل أم يوجد منه عنصر آدمي، والتعاقد عن طريق الوسائط الإلكترونية المؤتمتة يأخذ ثلاثة أشكال:[2]

1.من إنسان إلى كمبيوتر وبالعكس: أي تعاقد ما بين وسيط إلكتروني مؤتمت وشخص طبيعي، بالأصالة عن نفسه أو كونه الممثل القانوني لأحد الأشخاص الاعتبارية العامة، في هذه الحالة فإن الإنسان يتخذ جميع خطوات عملية التعاقد الإلكتروني كطرف أول بينما في الجهة الأخرى فإن القرارات تتخذ من جانب جهاز الكمبيوتر المبرمج مسبقًا، هذا الشكل من أشكال التعاقد يلزم لإتمامه أن يكون الشخص الطبيعي على علم أو من المفترض أن يعلم أن الوكيل الإلكتروني هو الذي سيتولى إبرام العقد معه.

2. من كمبيوتر إلى كمبيوتر باتفاق مسبق: في هذه الحالة فإن العقد الإلكتروني يبرم وينفذ بالكامل بواسطة جهاز كمبيوتر دون تدخل عنصر بشري، لكن الصفقة التجارية تحدث من خلال مظلة من علاقات تجارية سابقة متفق عليها مسبقًا بين الأطراف المتقاعدة.

3. من كمبيوتر إلى كمبيوتر بدون اتفاق مسبق: يتم التعاقد الإلكتروني في هذه الحالة دون تدخل أي عنصر بشري ودون وجود اتفاق سابق بين أطراف تعاقد.

لا يخرج الوسيط الإلكتروني مبدئيًا عن إطار القواعد العامة في هذا المجال، والتعاقد عن طريق الوسيط الإلكتروني في العالم الافتراضي قد لا يكون غريبًا تمامًا عن النظام القانوني القائم، إذ توجد في العالم المادي أيضًا طرق معينة للتعاقد تشبه التعاقد عبر الوسيط الإلكتروني كتلك المسماة بـــ"Machines Vending"[3] والتي تستخدم بصورة شائعة في أغلبية الدول الأوروبية، وهي عبارة عن ماكنة أو آلة مبرمجة تنصب في أماكن معينة يتم إعدادها من قبل صاحبها لكي تعمل تلقائيًا لتقديم بضائع أو خدمات معينة للأفراد دون الحاجة إلى تدخل مادي مباشر للشخص الذي تعمل الماكنة لحسابه آلة الميزان أو ماكنة لبيع السلع الاستهلاكية اليومية أو لبيع التذاكر أو لالتقاط الصور الفوتوغرافية وغيرها، وأن التعاقد من خلال هذه الماكنة يتم عادة بين طرفين أحدهما

1-Nicholas imperator, public palicy and the internet, Hoover institution press.2000p130

2-Jan A.Baumgarten &Michaela. Epstein, Business legal guide To on line–interne law–glosser lo gal works 2000,p165.

3- أحمد نجيب رشدي، تعقيدات التجارة الالكترونية هل تحتاج إلى تعديلات جذرية للنظام والتشريع المصري، متاح على العنوان الالكتروني الآتي: http://www.gb4me.com (last visited 15)

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
الشخص الذي تعمل الماكنة لحسابه والمشترى في الطرف الآخر.[1]

وأكدت أغلبية التشريعات والتوجيهات المنظمة للمعاملات الإلكترونية، صراحة على جواز التعبير عن الإرادة من خلال الوسيط الإلكتروني، كما اعترفت بصحة المعاملات الإلكترونية المؤتمتة بغية توفير المزيد من الثقة واليقين القانوني لدى المتعاقدين عبر الوسيط الإلكتروني خصوصًا عندما يتم بين وسيطين إلكترونين[2]، من هذه التشريعات ما نصت عليه المادة(1/14) من قانون المبادلات الإلكترونية الموحد للولايات المتحدة الأمريكية التي أجازت تكوين العقد بتحاور بين وكيلين إلكترونيين من الجانبين حتى وإن لم يتدخل أي شخص في التدابير التي تنفذها هذه النظم. أجازت نفس المادة2/14 تكوين العقد بتحاور بين وكيل إلكتروني وشخص طبيعي. أكد نص المادة(2/14) من قانون دبي للمعاملات الالكترونية: "يجوز أن يتم التعاقد بين نظام معلومات إلكتروني مؤتمت يعود إلى شخص طبيعي أو معنوي وبين شخص طبيعي إذا كان الأخير يعلم أو من المفترض أن يعلم أن ذلك النظام سيتولى مهمة إبرام العقد وتنفيذه". ويثور التساؤل حول مدى إمكانية تطبيق أحكام الوكالة في العالم المادي على الوسيط الالكتروني في العالم الافتراضي، تعتبر الوسيلة الإلكترونية المستخدمة في إجراء المعاملات الإلكترونية المؤتمتة وإبرام العقود تلقائيًا دون حاجة إلى تدخل مادي مباشر من جانب الشخص الذي يعدها ويبرمجها كي تعمل لحسابه في حدود التعليمات الموضوعة من قبله، هي مجرد وسيلة للاتصال[3] وليست لديها الشخصية القانونية(الأهلية) لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، والتي تؤهل الشخص للتعبير عن إرادته الخاصة، كما أن تلك الوسيلة الإلكترونية ليست لديها إرادة الشخص الذي يعمل لحسابه، لذلك لا يقصد من النصوص القانونية التي تنظم الوسيط الإلكتروني وصلاحيته للتعبير عن الإرادة لأن يحل الوسيط الإلكتروني محل الوكيل في العالم المادي ولا يمكن، بالتالي تطبيق القواعد العامة المنظمة لأحكام الوكالة الواردة في القانون المدني على الوسيط الإلكتروني لأن للوكيل في لغة القانون المدني مدلول مستقر ومغاير عن الوسيط الإلكتروني، خصوصًا القواعد التي تنظم المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال الوكيل لالتزاماته الناشئة عن عقد الوكالة، هذا من جهة ومن جهة أخرى نرى أن النيابة ممكنة في التعاقد الإلكتروني حيث يمكن أن تنشأ من خلال وسائل إلكترونية يحددها المشرع بالطرق التي تتفق والتطور التقني، فليس هناك ما يمنع إبرام العقد الإلكتروني عن طريق الأصيل أو من ينوب عنه، كما هو في التعاقد التقليدي، من ثم فإن القواعد العامة في النيابة تطبق على النيابة في التعاقد الإلكتروني، هذا ما يؤكده نص المادة(2) من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية بتعريفها للوسيط بأنه "الشخص الذي يقوم نيابة عن شخص آخر بإرسال، استلام أو تخزين رسالة بيانات ..." وهو ما يفهم منه جواز أن يقوم شخص ما نيابة عن آخر بإرسال، استلام، تخزين أو تسجيل رسالة البيانات الإلكترونية. في هذا إشارة واضحة إلى مشروعية النيابة في التعاقد الإلكتروني،

1- سعيد شيخو مراد المجولي، المسؤولية المدنية الناتجة عن استخدام الكمبيوتر، دراسة مقارنة رسالة ماجستير قدمت إلى كلية القانون بجامعة بغداد 1990ص307.

2- أشارت مقدمة توجيه البرلمان الأوروبي رقم 31 لسنة 2000 بخصوص بعض الجوانب القانونية لخدمات المجتمع المعلوماتي إلى جواز التعبير عن الإرادة من خلال الوسيط الالكتروني، أنظر EMILYM. WEITZENBOECK, op.cit p25

3- عادل أبو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية 2004ص163.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

ويصدق هذا القول على الرسول والوكيل الذي يتصرف وفقًا لتعليمات معينة صادرة من موكله لأن آثار العقد تنصرف إلى الأصيل. وإذا حدث خطأ أو غلط عند التعاقد فإن المسؤول عنه هو الشخص الذي يملكه طالما ليس للأداة إرادة مستقلة عن إرادته، ويستطيع الموكل التنصل من هذه المسؤولية إذا أثبت أن الوكيل لإلكتروني لا يعمل تحت سيطرته أو أن الخطأ لا يرجع إلى الوكيل الإلكتروني إنما إلى سبب أجنبي. [1]وإذا كانت إرادة الوكيل الّإلكتروني تحل محل إرادة الموكل بالتعاقد، إلا أن آثار التصرف من حقوق والتزامات تتصرف مع ذلك للموكل مباشرة، لأن الوكيل الإلكتروني لا ينشأ إرادته وسلطاته بنفسه وإنما الذي ينشئها هو الموكل، وعلى ذلك إذا ارتكب الوكيل الإلكتروني خطأ أو غلطا نتيجة عيب في برمجة الكمبيوتر مما دفع الغير إلى التعاقد معه، جاز للغير أن يطالب بإبطال العقد ويرفع دعوى الإبطال على الموكل باعتباره الطرف الأصيل في العقد، كما يجوز للغير أن يرجع على الموكل بالتعويض، لا يكون أمام الموكل إلا أن يرجع على مصمم برنامج الكمبيوتر باعتباره المسؤول عن الخطأ في برمجة الكمبيوتر، ولا تتحقق مسؤولية الموكل إلا بتحقق مسؤولية الوكيل الإلكتروني، فإذا تبين أن الضرر الذي لحق الغير لم يكن راجعًا إلى خطئه بل يرجع الى سبب أجنبي لم يجز للغير الرجوع على الموكل.

وقد اقترحت لجنة المؤتمر القومي لمفوضي قانون الولايات المتحدة NCCUSL[2] التي قامت بإعداد وصياغة مشروع هذا القانون أن تستخدم مصطلح الجهاز الإلكتروني بدلاً من مصطلح الوكيل الإلكتروني حتى يتفادى الموكل تحمل مسؤولية قانونية قد يتعرض لها في حالة وجود خطأ من جانب الكمبيوتر، فإذا اعتبر الكمبيوتر المبرمج مسبقًا مجرد جهاز إلكتروني فيكون الموكل غير مسؤول نهائيًا عن أية أخطاء يرتكبها جهاز الكمبيوتر، أما إذا اعتبر الكمبيوتر المبرمج مسبقًا وكيلاً إلكترونيًا فسوف يسأل الموكل مسؤولية قانونية كاملة عن أخطاء هذا الوكيل.[3]

يثور التساؤل حول مدى إمكانية قيام المسؤولية الجنائية عن خطأ الوكيل الإلكتروني، وفي رأينا أنه إذا ترتب على فعل الوكيل الإلكتروني ثمة خطأ يستوجب توقيع العقوبة الجنائية فإن الشخص الطبيعي صاحب النظام الإلكتروني المؤتمت يجوز أن يعاقب جنائياً، ويكون الشخص الطبيعي المتعاقد مع الوكيل الإلكتروني في حل من سريان آثار العقد في مواجهته إذا أثبت عدم علمه أو لم يكن بوسعه أن يعلم بأن المتعامل معه وسيط إلكتروني مؤتمت، هو ما قرره قانون إمارة دبي للمعاملات الإلكترونية، حيث اشترط لتمام التعاقد الإلكتروني المؤتمت بين وكيل إلكتروني وشخص طبيعي أن يعلم الأخير أنه يتعامل مع وكيل إلكتروني، حيث نصت المادة (2/14) من هذا القانون على أن: "يتم التعاقد بين نظام معلومات إلكتروني مؤتمت وبين شخص طبيعي إذا كان الأخير يعلم أو من المفترض أن يعلم أن ذلك النظام سيتولى مهمة إبرام العقد أو تنفيذه". كما يكون هذا العقد غير نافذ في مواجهته أيضا إذا ارتكب الشخص الطبيعي الذي ينتمي إليه الوكيل الإلكتروني خطأ ماديا في رسالة بيانات أو أن برنامج الوكيل الإلكتروني لم يتح له فرصة منع الخطأ أو تصحيحه، وهو ما نص عليه قانون كندا

1- خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق ص209.

2-National conferences of commissioners an uniform state lows.

3-Benjamin Wright &. Jane K. Winn the law of electronic commerce, A division of A spent p 15

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

الموحد بشأن التجارة الإلكترونية في المادة (22) والقانون الأمريكي الموحد للمعاملات الإلكترونية في المادة (10). وإزاء احتمال وجود أخطاء في التعاقد مع الوكيل الالكتروني فقد الزم التوجيه الأوروبي الصادر في 8 جوان 2000 بشأن التجارة الالكترونية الأشخاص الذين يعرضون سلعا أو خدمات من خلال أنظمة كمبيوتر مؤتمتة بأن يوفروا وسائلا لتصحيح الأخطاء المادية للمدخلات (البيانات) إذ نص هذا التوجيه في المادة (2/11) منه على أنه :"ما لم يتفق الطرفان صراحة على خلاف ذلك يكون على الطرف الذي يعرض سلعًا أو خدمات عن طريق نظام حاسوبي مؤتمت أن يوفر للأطراف الذين يستخدمون نظام الوسائل التقنية التي تسمح لهم بالتعرف على الأخطاء وتصحيحها قبل إبرام العقد، ويجب أن تكون الوسائل التقنية التي يلزم توفيرها ملائمة وفعالة وفي المتناول.[1]

مما سبق نخلص إلى أنه يجوز التعبير عن الإرادة التعاقدية باستخدام وسائل الاتصال الالكترونية، بيد أن هذا الاستخدام للوسائل الالكترونية ليس إلزاميًا، إذ يجوز للأطراف الاتفاق فيما بينهما على اختيار أي وسيلة أخرى لإبرام العقد[2]، ومن المتصور أن الأجيال المتطورة من نظم الكمبيوتر المؤتمتة أو الوكيل الالكتروني قد تزود عند إنشائها بالقدرة على أن تعمل بشكل مستقل وليس فقط بشكل آلي، ما يعني أنه يمكن من خلال تطورات الذكاء الصناعي أن يكون جهاز الكمبيوتر قادرًا على أن يفاوض ويحاور وأن يعدل التعليمات التي يتضمنها برنامجه الخاص وأيضا أن يستنبط تعليمات جديدة.

المطلب الثاني: صور التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني

إذا كان التعبير عن الإرادة في التعاقد التقليدي يتم بالوسائل المعتادة فإن وسائل التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني من باب أولى ونظرًا للخصوصية التي يتمتع بها تتعدد وتختلف صور التعبير عن الإرادة، فقد يتم التعبير عن الإرادة الإلكترونية عن طريق البريد الإلكتروني E-mail أو عن طريق موقع الانترنتsite web أو عن طريق المحادثة والمشاهدة chat عن بعد وسنتناولها فيما يلي:

الفرع الأول: التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني: يقصد بالبريد الإلكتروني استخدام شبكة الانترنت في نقل وتبادل الرسائل بين الأطراف بطريقة إلكترونية بدلاً من الوسائل التقليدية، ينظر عادة إلى البريد الإلكتروني على أنه المكافئ الإلكتروني للبريد العادي، لذا فإنه في مجال البريد الإلكتروني يمكن تطبيق القواعد الخاصة بالبريد العادي[3]، لأنه عندما تضع الرسالة العادية داخل صندوق البريد فإنك تفقد السيطرة عليها ولا تستطيع استردادها، فكذلك الحال بالنسبة للبريد الإلكتروني، الذي يسمح بتبادل المراسلات أيًا كان حجمها.

وقد حددته اللجنة العامة للتسميات على أنه خدمة تسمح للمستعملين المؤهلين بحجز ومعاينة ونقل مستندات ممغنطة أو رسائل إلكترونية بواسطة أجهزة متصلة بالشبكة، وله عدة تسميات في اللغات الأجنبية كلها تغطي الوظيفة نفسها. courrier électronique-mél-e-mail courriel، ولكي تتم عملية إرسال البريد

1- عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، بدون ناشر 1984 ص 78.

2- المادة (1/11) من القانون النموذجي للتجارة الالكترونية احتوت على عبارة "ما لم يتفق الطرفان على ذلك".

3- عمر محمد بن يونس، أشهر المبادئ المتعلقة بالأنترنت في القضاء الأمريكي، موسوعة التشريعات العربية، دار النهضة العربية القاهرة 2004 ص 395.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

الإلكتروني إلى أحد الأشخاص لابد من معرفة عنوانه، ويتكون عنوان البريد الإلكتروني من ثلاثة أجزاء الأول اسم الدخول login Name والثاني علامة @ والثالث اسم الحقل Domain Name لذلك الشخص. يتسم البريد الإلكتروني بإمكانية استخدامه من أي حاسوب تتوافر فيه مقومات الاتصال بالأنترنت في نقل و إرسال كافة البيانات والمستندات وإجراء المفاوضات التعاقدية و إبرام التعاقد. (1)

تتم عملية التعاقد وتبادل الإرادة عن طريق البريد الإلكتروني حينما يقوم الشخص الذي يرغب في التعاقد بالدخول إلى صندوق بريده الإلكتروني وإرسال رسالة إلكترونية إلى من يرغب في التعاقد معه (المرسل إليه) على عنوان بريده الإلكتروني تتضمن شروط أو بنود التعاقد وكافة البيانات المتعلقة به، يجري ذلك عن طريق كتابة عنوان البريد الإلكتروني للمكان المخصص في صندوق البريد الإلكتروني للمرسل، ثم يدون الرسالة التي يرغب في إرسالها أو يرسلها كرسالة ملحقة بالبريد الإلكتروني ثم يضغط على مفتاح الإرسال الموجود في برنامج البريد الإلكتروني، حينئذ ترسل الرسالة إلى الحاسوب الخادم لمقدم خدمات البريد الإلكتروني الخاص بالمرسل إليه الذي يخزن الرسالة في صندوق بريد المرسل إليه، ولدى قيام المرسل إليه بالدخول على صندوق بريده الإلكتروني يمكنه قراءة الرسالة والرد عليها بالموافقة أو الرفض(2) ووسيلة التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني هي الكتابة ولا تختلف تلك الكتابة في جوهرها عن الكتابة العادية سوى أن الوسيلة اختلفت، كل ما هناك أن التعبير عن الكتابة بطريقة الكمبيوتر كتابة من نوع خاص ليست كتابة على دعائم ورقية وإنما باستخدام دعائم إلكترونية.(3)

طبيعة البريد الإلكتروني في تغير مستمر، وإن خدمة الدليل والأمن ليسا مضمونين، مع هذا فإن الأمن والدليل في تحسن إضافة للبروتوكولات الجديدة، بذلك يكون للبريد الإلكتروني الدور الإيجابي كوسيلة من وسائل التعاقد التي تتم بسرعة في الإرسال والاستقبال.(4)

قد أكد القانون المدني الفرنسي على صحة التعبير عن الإرادة في التعاقد باستخدام البريد الإلكتروني بإضافة الفقرة 2 للمادة 1369 من القانون لمدني بمقتضى المرسوم 674 لسنة 2005، حيث تنص على أن: "المعلومات التي يتم تداولها أثناء إبرام العقد أو تنفيذه يمكن أن يتم إرسالها باستخدام البريد الإلكتروني إذا وافق المرسل إليه على استخدام هذه الوسيلة" .كما نصت المادة 3/1369 من القانون المدني على أن :"المعلومات التي يتم إرسالها إلى مهني يمكن أن ترسل باستخدام البريد الإلكتروني منذ الوقت الذي يعلن فيه عن عنوان بريده الالكتروني".

الفرع الثاني: التعبير عن الإرادة من خلال الموقع الإلكتروني web-site: تعتبر هذه الصورة الأهم والأكثر استخدامًا في التعبير عن الإرادة والتعاقد عبر شبكة الموقع web ويقصد بالويب شبكة المعلومات الدولية world-wide-web والتعبير الإلكتروني عن الإرادة عبر مواقع الويب، قد يعبر عنه بالكتابة أو بالنقر على زر

1- أودين سلوم الحايك، مسؤولية مزودي خدمات الانترنت التقنية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان 2009 ص32.

2- تامر محمد سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد الالكتروني عبر الانترنت، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى 2009 ص 52

3- أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الانترنت، دراسة مقارنة، دار الثقافة 2002 ص 45.

4- طارق عبد العال حماد، التجارة الالكترونية، الدار الجامعية، الإسكندرية 2002 ص 764.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

الموافقة الموجود في لوحة المفاتيح أو بالضغط على الفأرة في الخانة المخصصة لذلك في صفحة الويب. يمكن أن يعبر عن الإرادة أيضًا باستخدام بعض الإشارات والرموز التي أصبح متعارفًا عليها بين مستخدمي شبكة الانترنت، فهناك مثلاً إشارة وجه مبتسم تدل على الموافقة ووجه غاضب تدل على الرفض، وهز الرأس عمودي يدل على الموافقة وهزه أفقيًا يدل على رفضه ويرى البعض أن هذه الّإشارات لا تخرج عن معناها التقليدي سوى أن الإشارة الجديدة هي إشارة صادرة عن جهاز كمبيوتر لكنه يعبر عن إرادة الموجب إليه وليس عن إرادة الكمبيوتر.[1]

.بموجب هذه الطريقة يتم عرض المنتجات أو خدمات لمستعملي الشبكة العالمية من خلال كتالوجات أو تصوير السلع بطريقة ثلاثية الأبعاد وفي بعض الأحيان يكون التصوير مصحوبًا بأفلام مصورة تعرض السلعة أثناء التشغيل ببيان عملي لأدائها تحدد المزايا المتعلقة بها وقوائم الأسعار بحيث يستطيع المستهلك التعبير عن إرادته بعد إدخال المعلومات الضرورية (كاسمه، عنوانه، بريده الالكتروني..) على الموقع للتعاقد على هذه السلع والخدمات الموجودة على صفحات الويب[2]، حيث يختار المستهلك السلعة المنشورة ويضغط على أيقونة الموافقة فيظهر أمامه صفحة أخرى تتضمن العقد النموذجي المحتوي لشروط وبنود التعاقد[3]، كتحديد آلية الدفع، مكان وكيفية التسليم، القانون الواجب التطبيق ولا يستطيع مناقشته أو التفاوض بشأنه، فإذا أراد المستهلك إتمام التعاقد يقوم بالضغط على أيقونة القبول، ولا يعني القبول حتمًا إذ قد يحدث ذلك نتيجة خطأ غير مقصود من القابل لذلك نجد أن معظم الشركات التجارية تزود صفحات الويب لبرنامج معلوماتي يعبر عن الرغبة الجادة في إبرام التعاقد كأن يشترط الضغط مرتين على زر الموافقة double click الموجود في لوحة المفاتيح، أو بث رسالة إلكترونية تفيد القبول والرغبة في إتمام الاتفاق[4].

في صورة أخرى أكثر تقدمًا، أخذت مواقع الويب المستخدمة في تبادل السلع والخدمات تتطلب ضرورة وجود توقيع إلكتروني لدى المتعاقد يرتبط بشهادة تصديق إلكتروني معتمدة وسارية صادرة من أحد مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني المرخص لهم، بهدف التيقن من هوية المتعاقدين عبر شبكة الانترنت وضمان عدم تعديل مضمون رسالة البيانات، كما حرصت أغلب المواقع على الاستفادة من استخدام تقنيات التشفير ويحد من عمليات الاختراق من قبل المتلصصين وقراصنة الشبكة.

الفرع الثالث: التعبير عن الإرادة بالمحادثة أو المشاهدة (التفاعل المباشر عبر الانترنت): في هذه الصورة يستطيع مستخدم الانترنت عبر برنامج المحادث (IRC) التعاقد بطريقة المحادثة مع شخص آخر في وقت واحد عن طريق الكتابة ويشترط لتشغيل نظام المحادثة أن يكون الطرفان متصلين بأحد أجهزة خدمة (IRC) ويقوم هذا البرنامج بتقسيم الصفحة الرئيسية إلى جزأين حيث يقوم أحد الأطراف بكتابة أفكاره على شاشة جهازه الشخصي في الجزء الأول ويسري في الوقت نفسه ما يكتبه الطرف الآخر على الجزء الثاني من صفحة

1- أحمد خالد العجلوني، مرجع سابق، ص47.

2- سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر 2008، ص70.

3- رامي علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الانترنت وإثبات التعاقد الالكتروني، مجلة الحقوق جامعة الكويت، العدد 4، 2002 ص262.

4-Alain Bensoussan, la Pra lésé otique française, claque, 1998, p20.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

البرنامج، توفر هذه الوسيلة التعاصر الزمني لتبادل الأفكار بين الطرفين كما لو كانوا يتحدثون هاتفيًا، كما تعتبر وسيلة فعالة لعقد المؤتمرات بين عدة أشخاص في دول مختلفة وفي نفس الوقت.

أما في حالة التعاقد عن طريق المشاهدة، فيتم ذلك عن طريق ربط الجهاز بوسائط الاتصال الصوتية والمرئية (عبر ميكروفون وكاميرا فيديو مثبت على جهاز كل متخاطب) .بما يسمح بأن يشاهد كل متعاقد الطرف الآخر، فيصبح التعاقد هنا عن طريق التفاعل المباشر بالصوت والصورة معًا دون حضور مادي في نفس المكان، ويتم التعبير عن الإرادة باللفظ، الكتابة أو بالإشارة.[1]

هذه الصورة هي الأقل انتشارًا وأهمية في التعاقد عبر الانترنت، ومن جانبنا نتحفظ على استخدام هذه الوسيلة في التعاقد على الأقل في الوقت الراهن، نظرًا لأنه لا تتوافر لدى المتعاقدين من خلالها أية أدلة على حدوث التعاقد، فمن ناحية لا يتم الاحتفاظ بالكتابة الالكترونية المدونة بين الأطراف كدليل على وجود ومضمون التعاقد ومن ناحية أخرى لا يوجد أي دليل على حدوث التعاقد في حالة استخدام التعاقد الشفوي عبر استخدام تقنيات المحادثة بالصورة والصوت، حيث لا يتمكن مستخدمو الشبكة من حفظ الدليل على حصول التعاقد في أغلب الأحيان، ولعل التطور التقني المتنامي يفرز وسائل تمكن من الوصول إلى دليل على حصول مثل هذه التعاقدات ومضمونها.

المطلب الثالث: الإيجاب في العقد الالكتروني

إن التراضي عمومًا هو تبادل إرادتين متطابقتين لإحداث أثر قانوني[2]، وسيتوجب صدور تعبير عن أحد الطرفين يدل على الرضا وهو(الإيجاب)، والثاني صدور تعبير عن الطرف المقابل يدل على رضاه أيضا وهو (القبول)، وثالثهما هو ارتباط القبول بالإيجاب والتعبير عن الإرادة حتى يكون إيجابًا يجب أن يكون جازمًا، كاملاً وباتًا وأن يعبر عن إرادة واضحة في معنى إبرام العقد ويتضمن الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه، وأن العقود الالكترونية المبرمة عبر شبكة الانترنت كسائر العقود لا تخرج عن هذه القاعدة، إلا أن التعبير عن إرادة التعاقد إيجابًا وقبولاً وارتباطهما يتم عن بعد عبر تقنيات الاتصال الحديثة وبوسائل الكترونية بدلاً من الوسائل التقليدية، هذه الميزة جعلت الإيجاب الإلكتروني يثير جملة من المشكلات النوعية بسبب خطورة الآثار المترتبة عليه.

ومما تقدم فإن التعرض لمسألة الإيجاب لا يقتضي بحثه بمعناه التقليدي تفصيلاً، إنما نبحث أوجه الخصوصية للإيجاب في مجال البيئة الالكترونية، من ثم فإن الأمر يتطلب بحث مفهوم الإيجاب الالكتروني وتمييزه عن الدعوى إلى التعاقد وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: ماهية الإيجاب الالكتروني: يعد الايجاب أول عناصر الرضا اللازمة لقيام العقد[3] فهو "التعبير البات عن الإرادة موجهًا إلى الطرف الأخر يعرض عليه التعاقد على أسس وشروط معينة".[1]

1- تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص53.

2-François (c) (d) et Philipe (d) contrats civils et commerciaux 7iéme éd Dalloz ; paris 2004 ; p54

3- المادة 91 من القانون المدني الأردني "الايجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفًا لإنشاء العقد وأي لفظ صدر أولاً فهو ايجاب والثاني قبولاً." وقريب الى هذا المعنى المادة 59 مدني جزائري ، 89 مدني مصري، 89 مدني ليبي، 92 مدني سوري و 178 مدني لبناني.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

أولاً: تعريف الإيجاب الالكتروني: يعرف جانب من الفقه المصري على أنه: "العرض الصادر من شخص يعبر به على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد".[2]

كما عرفت مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن unironf[3] في المادة (2/2) الإيجاب: "يعتبر إيجابًا أي عرض للتعاقد إذا ما كان محددًا تحديدًا كافيًا ودالاً على نية الموجب بالالتزام به لدى قبوله".[4] هذا عن الإيجاب التقليدي، أما الإيجاب الالكتروني فقد عرفته المادة(1/11) من قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية اليونيسترال الصادر بتاريخ 16 ديسمبر1996 على أنه: "في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض". وقد تضمن البند(2/3) من مشروع العقد النموذجي في شأن المعاملات الالكترونية والملحق بقانون الأمم المتحدة النموذجي ما يلي:" تمثل الرسالة إيجابًا إذا تضمنت إيجابًا لإبرام عقد مرسل إلى شخص واحد أو أشخاص محددين ما داموا معرفين على نحو كاف وكانت تشير إلى نية مرسل الإيجاب أن يلتزم في حالة القبول، ولا يعتبر إيجابًا الرسالة المتاحة إلكترونيًا بوجه عام ما لم يشر إلى غير ذلك.

قد عرف التوجه الأوروبي رقم(7/97) الصادر في 20 ماي 1997 الخاص بحماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد الإيجاب بأنه:" كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من ذلك مجرد الإعلان والدعاية والدعوى للتعاقد"[5]. وواضح من هذا التعريف أنه لم يعرف أو يحدد وسائل الاتصال عن بعد، كما لم يبرز أهم خصائص الإيجاب الالكتروني وهي الصفة الالكترونية في هذا الإيجاب، لكن يتضح من اهتمامه بضرورة تضمين الموجب عناصر الإيجاب اللازمة حتى يتمكن القابل وهو المستهلك غالبًا من إصدار قبوله وهو على بّينة.

مما سبق يمكن القول أن الإيجاب الالكتروني هو التعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد ويتم من خلال شبكة دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية ويتضمن كل العناصر اللازمة لإبرام العقد، يستطيع من يوجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة[6]، وفي تقديرنا أنه من الصواب أن يظل تعريف الإيجاب دون تغيير سواء تم التعبير عنه تقليديًا أو على الانترنت، ذلك أن وصف الإيجاب الالكتروني لا يغير من ذاتيته الإيجاب لمجرد كونه قد تم عبر وسيط الكتروني يتمثل في شبكة الانترنت. [7]في ذات الاتجاه، يذهب بعض الفقه، إلى أن لفظة الكتروني

1- عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء1،الطبعة5، بغداد1986،ص38

2- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، منشأة المعارف الإسكندرية 2001 ص110. كما ورد هذا التعريف بقرار لمحكمة النقض المصرية بالقسم المدني، بتاريخ 19 جوان 1969 س 20 رقم 109 ص1017، أما محكمة النقض الفرنسية فقد عرفته بأنه: "عرض يعبر به الشخص عن ارادته في ابرام عقد معين بحيث يكون ملتزما به في حالة قبوله من المتعاقد الآخر"

3-يقصد باليونيدروا المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص..Institut international pour l'unification du droit privé، الترجمة العربية لمبادئ العقود التجارية الدولية (اليونيدروا)، روما، 1994، ص42.

4- محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الالكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، عين شمس،2005، ص129.

5- أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، مرجع سابق، ص69. لمزيد من التفاصيل أنظر الموقع التالي: www.europa.eu .int

6- محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، مرجع سابق، ص68.

7-Zahi Younes, l'incidence des nouvelles technologies sur le droit traditionnel des actes juridiques, thèse paris1, 2002, p85.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

إلا ما أضيفت إلى الإيجاب، لا تنال من المعنى المراد منه في إطار القواعد التقليدية في قانون العقد، فالأمر ليس إلا مجرد وصف يلحق بالإيجاب ناشئ عن اختلاف وسيلة التعبير عن الإرادة التي تتجسد في تقنيات تتيحها شبكة الانترنت.[1] والايجاب الالكتروني قد يكون ايجاباً خاصاً موجها لأشخاص محددين من خلال تقنية البريد الالكتروني[2] التي تسمح بتبادل العروض التعاقدية من حلال رسائل البيانات، وقد يكون عامًا موجها الى أشخاص غير محددين عن طريق مواقع الويب التجارية المنتشرة عبر الانترنت.[3]

ثانيًا: خصائص الإيجاب الالكتروني: يخضع الإيجاب الالكتروني لذات القواعد العامة التي تحكم الإيجاب التقليدي كونه باتًا، جازمًا وكاملاً يشمل كافة البيانات والعناصر اللازمة لإبرام العقد، إلا أنه يتميز ببعض الخصوصية التي تتعلق بطبيعته وكونه يتم بوسيلة مرئية مسموعة من خلال شبكة عالمية للاتصالات عن بعد فضلاً عن سهولة وصول الإيجاب إلى كافة مستخدمي شبكة الانترنت دون تميز.

1. الإيجاب الالكتروني يتم عبر وسيط الكتروني: يتطلب الإيجاب الالكتروني وجود وسيط الكتروني، وهو ما يطلق عليه مقدم خدمة الانترنت، فالإيجاب يتم من خلال الشبكة وباستخدام وسيلة مسموعة مرئية تسمح بالاستعانة بالصور الثابتة أو المتحركة أو الصوت أو أية وسيلة أخرى للإيضاح البياني للسلع والخدمات، الأمر الذي لا يثير أي مشكلة، إذ يكفي أن يحترم الإيجاب مقتضيات الشفافية والوضوح، من جهة أخرى ينبغي أن تعبر الوسائل التقنية المستخدمة في معالجة صور المنتجات تعبيرًا أمنيًا واضحًا عن المنتج أو الخدمة، بحيث يمكن من خلال تلك الصورة العلم بالسلعة أو الخدمة محل التعاقد علمًا كافيًا نافيًا للجهالة [4] الشرط الذي تسمح بتحقيقه في الوقت الحالي تقنية الصور ثلاثية الأبعاد (3D) [5] دون أية صعوبة وليس هناك ما يحول دون أن يكون الموجب هو نفسه مقدم خدمة الانترنت. هناك آخرين يشاركون في تقديم تلك الخدمة، إذ يتدخلون في الاتصال ويساهم كل منهم بدوره في إتمامها منها عامل الاتصالات، مورد المعلومة ومورد المنافذ. [6]

يقترب الإيجاب في التعاقد الالكتروني من الإيجاب في التعاقد عن طريق التلفزيون في أنه في كلتا الحالتين لا توجد دعامة ورقية، رغم هذا التشابه فإن الإيجاب الالكتروني يتميز بأنه يتضمن استمرارًا معينًا، بحيث أن الموجب له يستطيع دائمًا أن يعود ليقرأ مرة أخرى الكتالوج أو الإعلان الموجود على الموقع الالكتروني أو المرسل إليه عبر البريد الالكتروني، بينما يتميز الإيجاب في التعاقد عن طريق التلفزيون بوقتية الرسالة المعروضة عبر شاشة التلفزيون فمدة البث عبر التلفزيون تكون محدودة وتتميز بالسرعة وباختصار المعلومات، أي أن الإيجاب عبر التلفزيون يتميز بالاختصار وسرعة الزوال.[7]

1- أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر 2005، ص 182.

2- معجم الكيلاني لمصطلحات الحاسب الالكتروني، تأليف تيسير ومازن الكيلاني، الطبعة الثانية مكتبة لبنان بيروت 1996

3- أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق، ص71

4- محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الانترنت، دار النهضة العربية، مصر 2004، ص55.

5-ITEANU (olivier)internet et le droit, Aspect juridique du commerce électronique, édition Ey ralles, paris 1996. P82.

6- محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص18.

7- محمود السيد عبد المعطي خيال، التعاقد عن طريق التلفزيون، مطبعة النسر الذهبي، مصر 2000 ص53.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

2. الإيجاب الالكتروني يتم عن بعد: نظرًا لأن العقد الالكتروني ينتمي إلى طائفة العقود التي تبرم عن بعد فإن الإيجاب الالكتروني ينتمي إلى تلك الطائفة، ولما كان الإيجاب الالكتروني إيجابًا عن بعد فهو يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد[1]، التي تفرض على المهني أو المورد مجموعة من القيود والواجبات التي يلتزم بها اتجاه المستهلك الالكتروني والتي منها؛ تزويد المستهلك بمعلومات حول شخصية التاجر، عنوانه، مركزه الرئيسي، عنوان بريده الالكتروني والخصائص الأساسية للمنتجات والخدمات المعروضة أو أصنافها، أثمانها، وسائل الدفع أو السداد، طريقة التسليم، وخيار المستهلك في الرجوع في التعاقد، إعادة اختيار المستهلك، خدمة ما بعد البيع ومدة الضمان.[2]

3. الإيجاب الالكتروني يكون في الغالب إيجابًا دوليًا: يتم الإيجاب الالكتروني باستخدام وسائط الكترونية عبر شبكة دولية للاتصالات والمعلومات، فهو لا يتقيد بحدود الدول السياسية والجغرافية، ويكون الإيجاب الالكتروني تبعًا لذلك إيجابًا دوليًا نظرًا لما تتسم به شبكة الانترنت من الانفتاح والعالمية.[3] رغم ذلك يرى البعض أنه لا يوجد ما يحول من قصر الإيجاب الالكتروني على منطقة جغرافية محددة، بحيث يكون له نطاق جغرافي ومكاني معين، فقد يقصر الموجب عرض المنتجات والخدمات على منطقة جغرافية معينة، مثال ذلك ما نلاحظه في بعض مواقع الويب الفرنسية المنتشرة على الانترنت والتي تقصر الإيجاب فقط على الدول الفرانكفونية الناطقة بالفرنسية، وما تقرره الولايات المتحدة الأمريكية من خطر توجيه الإيجاب للدول الموقع عليها عقوبات اقتصادية مثل كوبا، كوريا الشمالية، إيران وسوريا، أي أن الإيجاب الالكتروني قد يكون إقليميًا أو دوليًا، من ثم فإن الموجب لن يلتزم بإبرام عقود أو تسليم منتجات خارج النطاق الإقليمي الذي حدده سلفًا.[4]

قد أجاز العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الالكترونية تحديد المنطقة الجغرافية التي يغطيها الإيجاب أو تلك التي يغطيها تنفيذ العقد.[5]

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في الإيجاب الالكتروني: يشترط في الإيجاب الالكتروني شروط عامة كما هو الحال في الإيجاب التقليدي أن يكون؛ جازمًا محددًا، باتًا ولا رجعة فيه، بمعنى أن تتجه نية الموجب إلى إبرام العقد بمجرد اقتران القبول به بالإضافة إلى الشروط الخاصة بالإيجاب الالكتروني الموجه للمستهلكين.[6] كتحدي طرق الوفاء، التنفيذ، التسليم ومدة صلاحية الايجاب وحق الرجوع في التعاقد،[7] وبيان ثمن السلع

1- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية، مرجع سابق، ص89.

2- أحمد شرف الدين، عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص139.

3- خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص323.

4-Michaels. Baum et Henry. H. permit, electronic contracting public hing And EDI law, wiley law publications john wiley et sans, 1991 p247.

5- أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، مرجع سابق، ص77.

6- المواد 4-6 من التوجيه الاوروبي رقم 97/07 الصادر في 20ماي1997 بشأن حماية المستهلكين في العقود عن بعد، أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص 150. 150.

7- أنظر المواد 112/18، 19-2/25 من القانون الفرنسي رقم 2004/575 الصادر في 21 جوان 2004 بشأن حماية الثقة في الاقتصاد الرقمي، أشار اليه:
TAZE-DEKEUWER. Consommateurs ;de la loi n°:98-60 du18 janvier1992 renforçant la protection des consommateurs petites affiches ;29janvier1993 ;n 13 p 11

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

والخدمات التي يعرضها، والشروط العامة للعقد، شريطة أن يكون الوصول لهذه المعلومات سهلاً، مباشرًا، متاحًا ودائمًا.[1]

لذلك فإن الأمر يتعلق بصفة أساسية بالالتزام بالإعلام، قبل التعاقد الذي يقع على عاتق المهني الموجب اتجاه عملائه من المستهلكين[2]، يرتبط هذا الالتزام بالإطار العام للعقد المقترح وبالعناصر الأساسية للعقد المزمع إبرامه، الأمر الذي سنوضحه على النحو التالي: [3]

أولاً: الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام المتعلق بالإطار العام للعقد الالكتروني: من أجل إبراز الإطار العام للعقد المقترح ينبغي أن يراعى الإيجاب الالكتروني شرطين أساسيين، الأول قد يشترط القانون ضرورة صياغة الإيجاب بلغة المستهلك، والثاني ينبغي أن يتضمن الإيجاب لكافة المعلومات التي تفيد في تحديد هوية الموجب.

1. وجوب استعمال اللغة الوطنية في الإيجاب في بعض القوانين: يوجب القانون الفرنسي(Toubon) رقم 345/94 الصادر في 4 أوت 1994 الخاص باستعمال اللغة الفرنسية ضرورة استعمال اللغة الفرنسية في التعبير عن الإيجاب للسلع والخدمات الموجه للمستهلكين[4]،تعتبر هذه القاعدة قابلة للتصديق على الإيجاب المعروض على الانترنت متى كان موجهًا إلى مستهلكين فرنسيين بحيث تمتد لتشمل كافة المستندات المستخدمة في المعاملات التجارية، فضلاً عن ذلك يلتزم المهني وفقا للمادة (1/10–د) من التوجيه الأوروبي بشأن التجارة الالكترونية بأن يذكر على سبيل الإعلام اللغات المقترحة في شأن إبرام العقد.

نظرا لأن الإيجاب عبر الانترنت يتم عبر شبكة اتصال عالمية يكون دوليًا، وحتى لا تكون اللغة الوطنية قيدًا على التعاملات التي تبرم عبر الانترنت، أصدر رئيس الوزراء الفرنسي منشورًا في 19 مارس 1996، يجيز أن تكون اللغة الفرنسية المستخدمة في كتابة البيانات على الشاشات مصحوبة بترجمة بلغة أجنبية أخرى، على الرغم من اشتراطه استخدام اللغة الفرنسية في كتابة تلك البيانات.[5]

في تقديرنا أنه من الصعب الالتزام على شبكة مفتوحة باستعمال اللغة الوطنية فقط نظرا للطابع العالمي للشبكة، ما يمكن أن يلقي صدى على مستوى الحلول التقنية التي أفرزت تقنيات تسمح للمستهلك بأن يختار في صفحة الاستقبال بموقع الويب اللغة التي يرغب في التعامل بها. ولا شك أن الإيجاب الالكتروني الذي يمكن أن تساعد التقنيات المستخدمة في الوقت الراهن على تقديمه بعدة لغات، ومن بينها لغة المستهلك، يحقق فائدة كبيرة للموجب تتمثل في حسن إدراكه لذلك الإيجاب، وخاصة المواقع ذات الصبغة الانتشارية تحاول أن تبرز صفحاتها بلغات متعددة، وتوفر ترجمة فورية وكاملة لكل محتويات الموقع، بالتالي فهي تسهل للزائرين الدخول لمواقعها وتجذبهم بذلك وتتعاطى معهم بلغاتهم المحلية.[6]

1– فيصل محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الالكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة 2008 ص221.

2– خالد جمال أحمد حسين، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية 1996، ص 65.

3– محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص43

4– الواقع أن قانون Toubon لا يقرر استخدام اللغة الفرنسية بصورة منفردة، إنما يجيز أن تقترن بترجمة بلغات أخرى.

5– محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، المصادر الإرادية، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة الطبعة2، مصر 2004، ص293.

6– عمر خالد الزريقات، مرجع سابق، ص133.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

2. ضرورة أن يتضمن الإيجاب للعناصر المؤدية لتحديد هوية الموجب: يعد تحديد مصدر كل إيجاب على الانترنت من أكبر الصعوبات التي تواجهها الشبكة، نظرًا لأن تحديد هوية صاحب الإيجاب يتيح إنشاء بيئة آمنة ومحل ثقة للمعاملات ويساهم لحد كبير في تنظيم العملية التعاقدية، بتحديد على سبيل المثال القانون الواجب التطبيق على الاتفاق الالكتروني، أو القاضي المختص بنظر النزاع المحتمل حدوثه، إلى جانب ذلك ومراعاةً لهذه المتطلبات ومن منطلق الحرص على الشفافية التي تسمح بتشجيع المعاملات التجارية مع المستهلكين، فإنه يقع على عاتق بائعي المنتجات أو مقدمي الخدمات التزامًا بتحديد هويتهم عبر الشبكة، بحيث ينبغي أن يبين الإيجاب الصادر منهم العناصر اللاّزمة التي تكفل تحديد تلك الهوية.

إعمالا لحسن النية والثقة في التعاقد عن بعد، فرضت المادة(L121-1/18) الجديدة من تقنين الاستهلاك الفرنسي، على المهني أن يُعلِم المستهلك بكافة بياناته التي تحدد شخصيته بطريقة قاطعة لا غموض فيها، حيث تشير المادة المذكورة إلى أن الإيجاب المتعلق بالعقد ينبغي أن يشتمل على المعلومات التالية: اسم بائع المنتج أو مقدم الخدمة، رقم هاتفه وعنوانه، أما إذا تعلق الأمر بشخص معنوي فيلزم الإشارة إلى المقر الرئيسي للشركة، اسمها وطبيعتها القانونية، عنوان المنشأة المسؤولة عن الإيجاب إذا كان مختلفًا. كذلك تفرض المادة (19) من القانون الفرنسي رقم 575-2004،[1] على أي شخص يمارس أنشطة التجارة الإلكترونية التزامًا بضمان تزويد من يوجه إليه توريد السلعة أو أداء الخدمة بالعديد من المعلومات المتعلقة بتحديد هويته، ذلك أنه ينبغي على البائع عبر الشبكة أن يبين اسمه ولقبه إذا كان شخصًا طبيعيًا، وعنوان الشركة إذا كان شخصًا معنويًا، يجب كذلك أن يشير إلى عنوان منشأته، بريده الإلكتروني ورقم هاتفه.[2] كما تشترط المادة20 منه، إلى جانب ضرورة أن يكون الإيجاب محددًا ويؤدي بوضوح إلى تحديد هوية الشخص الطبيعي والمعنوي الذي أنجزه.

في مصر يتطلب قانون حماية المستهلك رقم 67 لسنة 2006 ضرورة تحديد شخصية المهني (المورد) [3] في المادة(4) منه والتي يجري نصها على أنه: "على المورد أن يضع على جميع المراسلات، المستندات والمحررات التي تصدر عنه في تعامله أو تعاقده مع المستهلك، بما في ذلك المحررات والمستندات الإلكترونية، البيانات التي من شأنها تحديد شخصيته؛ كاسمه، لقبه، عنوانه، موطنه المختار إن كان أجنبيًا، أرقام هواتفه، إذا كان المورد شخصًا اعتباريًا فيتعين ذكر اسم الكيان، عنوان المركز الرئيسي للمنشأة وأرقام هواتفها، عنوان الفرع في حالة صدور التعامل معه، رقم السجل التجاري للمورد، العلامة التجارية إن وجدت ورقم الملف الضريبي".

ثانياً: التزام الموجب بإعلام المستهلك بالعناصر الأساسية للعقد الإلكتروني: يقع على عاتق المهني، قبل تكوين العقد، تزويد المستهلك الذي يوجه إليه إيجابه بكل العناصر الأساسية للعقد[4]، وقد أكد تقنين الاستهلاك

1- سبق الاشارة إليه.

2- علاوة على ذلك تضيف م 3/19 من القانون المذكور، أنه يجب على البائع عبر الشبكة أن يشير إلى رقم قيده ورأس مال الشركة ومركز إدارتها، متى كان خاضعًا لإجراء القيد في سجل التجارة والشركات أو في جدول مهني، كما يلزم أن يذكر رقمه الشخصي المستخدم لتحديد الهوية اذا كان خاضعًا للضريبة على القيمة المضافة وتحققت هويته بواسطة رقم شخصي تطبيقًا لأحكام التقنين العام للضرائب.

3-المورد "كل شخص يقوم بتقديم خدمة أو إنتاج، استراد، توزيع، عرض، تداول، إتجار في أحد المنتجات أو التعامل عليها، بهدف تقديمها للمستهلك، التعاقد أو التعامل معه عليها بأي طريقة من الطرق" م1 من قانون حماية المستهلك المصري رقم 886 لسنة 2006

4-Étienne MONTERO, les contrats de l'informatique et de l'internet, lorcier, 2005, p60.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

(المستهلك) في هذه الصورة العقدية بكافة المعلومات الجوهرية الخاصة بالتعاقد والتي من شأنها أن تشكل إرادته على نحو صحيح. [1]

في الواقع يمكن تصنيف المعلومات المتعلقة بالعناصر الأساسية للعقد التي ينبغي على الموجب أن يحيط المستهلك بها علمًا إلى ثلاثة طوائف.

1. المعلومات المتعلقة بالسلع أو الخدمات المقترحة: يقصد بها الخصائص الأساسية أو المسائل التفصيلية المرتبطة بالسلعة أو الخدمة التي ينبغي أن تصل لعلم المستهلك قبل إعلان قبوله للعقد الالكتروني، ما يلزم معه وصف المنتج أو الخدمة وصفًا دقيقًا يتحقق بموجبه علم المستهلك بمحل العقد علمًا كافيًا نافيًا للجهالة. في هذا الإطار تلزم المادة (L111-1) من قانون الاستهلاك الفرنسي كل مهني بائع للسلع أو مقدم للخدمات أن يمكن المستهلك من التعرف على الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة قبل إبرام العقد[2]، كما تلزم المادة(6) من قانون حماية المستهلك رقم 67 لسنة 2006 كل مورد ومعلن بإمداد المستهلك بالمعلومات الصحيحة؛ طبيعة المنتج وخصائصه، تجنب ما قد يؤدي إلى خلق انطباع غير حقيقي أو مظلل لدى المستهلك أو وقوعه في غلط.

غير أن الواقع العملي يُنبئ أن وصف المنتجات أو الخدمات الذي يتم في العروض الصادرة عن المواقع التجارية عبر الانترنت قد يتسم بالإيجاز وعدم الدقة، لذا ينبغي في تقديرنا أن تكون صورة المنتج معبرة عنه بأمانة وألا يحتوي على عناصر من شأنها تضليل المستهلك، أو تعلن عن خصائص للمنتج ليس لها وجود في الحقيقة.

2. المعلومات المتعلقة بكيفية تنفيذ العقد وبشروطه الخاصة: بالنسبة للمعلومات الخاصة بطرق تنفيذ العقد ينبغي على المهني أن يحدد في وقت سابق على إبرام العقد، موعد تسليم السلعة أو تنفيذ الخدمة ومصاريف التسليم إن وجدت(المادة L121-2/18 الجديدة من تقنين الاستهلاك الفرنسي)، وطرق الوفاء والوسائل المتاحة للتسليم أو التنفيذ المادة(4/18) من نفس القانون باستثناء حالة تنفيذ الخدمة بطريقة فورية، كما هو الحال بالنسبة للخدمات المعلوماتية المتاحة على الانترنيت، كما يلتزم المهني بإعلام المستهلك بالمعلومات الخاصة بحق المستهلك في العدول، فيما عدا الحالات التي يكون فيها الحق مستبعدًا وفقًا لنص القانون (المادة 8/14).

أما بالنسبة للمعلومات المتعلقة بما قد يتضمنه العقد من شروط خاصة، فنلاحظ أن المهني يلتزم بأن يحيط المستهلك علمًا بجميع الشروط العامة والخاصة المتعلقة بالعقد، كذلك ينبغي أن يضع تحت تصرف كل صاحب شأن نسخة من الاتفاق المعروض في (المادةL134-1 من تقنين الاستهلاك الفرنسي)[3] في هذا الإطار تشير المادة(1/136) من القانون المدني الفرنسي، إلا أنه ينبغي على كل مهني يعرض سلعة أو خدمة بوسيلة الكترونية أن يضع تحت تصرف المتعاقد معه الشروط التعاقدية التي تنطبق على عرضه، بطريقة تسمح له بحفظها أو

1- نصت على هذا الالتزام أيضًا م 2/4 من التوجيه الأوربي الصادر في 20 ماي 1997 بشأن حماية المستهلكين في مجال العقود المبرمة عن بعد.

2- أنظر: قانون الاستهلاك الفرنسي رقم949/93 الصادر في 26 جويلية1993

3-marine naimi-charbonnier ; thèse précité ; pp 60 ;61

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

نسخها[1]. فضلاً عمّا تقدم يلتزم الموجب بذكر معلومات معينة مرتبطة بخصوصية العقد الالكتروني وبتكوينه (الخاص للغاية) على الخط وبطبيعته غير المادية، فوفقًا للمادة 1369-4 من القانون المدني الفرنسي تبنى على الموجب المهني أن يذكر في إيجابه ما يلي:

*المراحل المختلفة الواجب إتباعها لإبرام العقد بوسيلة الكترونية.

*الوسائل التقنية التي تسمح للمستخدم بتحديد الأخطاء الواردة في حالة تدوين البيانات قبل إبرام العقد.

*اللغات المقترحة من أجل إبرام العقد.

*طرق حفظ وأرشفة العقد بواسطة الموجب، وشروط الاطلاع على العقد الذي تمت أرشفته.

*وسائل الاطلاع الالكترونية على القواعد المهنية والتجارية التي وافق الموجب على الخضوع لها عند الاقتضاء.

3. المعلومات الخاصة بثمن المنتج أو مقابل الخدمة: وضع المشرع الفرنسي في المرسوم الصادر في 3 ديسمبر 1987 والمتعلق بإعلام المستهلك بالسعر[2] قواعد صارمة ومحددة في هذا الشأن مشيرا في المادة 14 منه إلى أنه "يجب أن يشار على نحو دقيق لثمن كل منتج أو خدمة تقدم للمستهلك وفقا لتقنيات الاتصال عن بعد، وذلك بكل وسيلة ممكنة قبل إبرام العقد " وعلى ذلك ينبغي على المهني أن يشير بأية وسيلة قبل ابرام العقد، إلى سعر أي منتج أو خدمة معروضة عن بعد بطريقة محددة لا لبس فيها.[3]

أكد المشرع الفرنسي هذا المسلك بمقتضى المادة 2/19 من القانون الفرنسي بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي بدعمه التزام البائع بالإعلام بشأن المعلومات المتعلقة بالثمن، مؤكدًا على أنه ينبغي على من يمارس نشاط التجارة الالكترونية حتى ولو لم يتعلق الأمر بإيجاب للتعاقد طالما أشار للثمن بطريقة واضحة ويوضح بصفة خاصة ما إذا كان الثمن متضمنًا الضرائب ونفقات التسليم أم لا.

الفرع الثالث: تمييز الإيجاب الالكتروني عن بعض الأنظمة المشابهة له: الأصل أن الفرد لا يتعاقد فجأة إنما يسبق ذلك عادة إظهار إرادته للدخول في علاقة تعاقدية مع شخص آخر من خلال عرض يوجهه إلى شخص معين بالذات، أو يكون موجهًا إلى الجمهور.

أولاً: الإيجاب الالكتروني وتمييزه عن الدعوة للتفاوض أو التعاقد: [4] قد تشهد المرحلة السابقة على الإبرام الالكتروني عدة صور للتعبير عن الإرادة منها ما يعتبر إيجابًا تامًا ينعقد به العقد بمجرد اقترانه بقبول ومنها ما يعتبر مجرد دعوة للتفاوض، يقصد بهذه الأخيرة العرض الذي يتقدم به الشخص للتعاقد دون أن يحدد عناصره وشروطه. [5]

1-أنظر القانون الفرنسي رقم 575 الصادر بتاريخ 16 جوان 2004

2- أنظر المادة 03-113 L من تقنين الاستهلاك الفرنسي المعدلة بقانون رق 2001-1168 الصادر في 11 ديسمبر 2001

3-Jeanc ALAIS-AULOY et STEINMETZ, Prix des produits et services, Droit de la consommation précis DOLLOZ 4éme édition1996 p39

4- محمود سمير الشرقاوي، عقود التجارة الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة2002، ص281

5- فيصل محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة القاهرة سنة 2008 ص231.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

تبدو أهمية التفرقة بين الإيجاب والدعوة إلى التفاوض في كون الأخيرة تدل على أن الأمر ما زال في مرحلة التفاوض على العقد، من ثم فإن الأطراف ملزمة بإبرام العقد أما الإيجاب فإنه يدل على الخروج من دائرة التفاوض والدخول في مرحلة إبرام العقد.

يصعب التمييز في الإعلانات عبر شبكة الانترنت، بينما إن كان هذا الإعلان إيجابًا بالمعنى القانوني للكلمة، أم مجرد دعوة للتفاوض والتعاقد، ذلك أنه إذا اعتبر إيجابًا وصادفه قبول مطابق فإن العقد الالكتروني يتم، أما إذا اعتبر مجرد دعوة للتفاوض فلا ينعقد، ما يثير التساؤل حول معيار التفرقة بين الإيجاب الإلكتروني والتفاوض[1] يرى البعض أن الفارق بين الإيجاب الالكتروني والدعوة إلى التعاقد هو وجود النية الجازمة في التعاقد. فيجب كي يعد عرض ما إيجابًا أن يخرج هذا العرض من دائرة الدعوة إلى التفاوض ليدخل في إطار الإيجاب[2]، أي أن الأصل هو اعتبار أي عرض يهدف إلى التعاقد هو دعوة إلى التفاوض ما لم يثبت اعتباره إيجابًا وكذا إذا اتصف بصفة مميزة ككونه يعبر عن رغبة أكيدة ونية جازمة في التعاقد.

وفقًا لهذا الرأي فإن الإيجاب يفيد جزم صاحبه في التعاقد، بينما الدعوة للتفاوض مجرد عرض يتضمن فحسب إرادة أولية ترغب في التفاوض على العقد، يستخلص قاضي الموضوع هذه النية من عبارات الإيجاب والظروف المتعلقة بالدعوى. [3] يذهب جانب من الفقه إلى أن الفارق بين الإيجاب والدعوة للتفاوض هو فارق وظيفي، فوظيفته الثانية مجرد الإعلان من صاحبها عن رغبة في التعاقد بقصد اكتشاف من تكون لديه رغبة مقابلة، بينما يرمي الإيجاب إلى صياغة مشروع محدد المعالم قابل للتحول إلى عقد متكامل الأركان بمجرد إعلان من يوجه إليه عن قبوله كذلك إذا كان التعبير الصادر من طرف إلى آخر مجرد دعوة إلى التفاوض، لا تتوفر فيها مقومات الإيجاب فإن الاستجابة لها لا تمثل قبولاً ينعقد به العقد إنما تمثل قبولاً للتفاوض عليه.

بينما يذهب غالبية الفقه إلى أن التفاوض على العقد ينتهي في اللحظة التي يصدر فيها فعندما تنتهي المفاوضات ويدخل الطرفان في مرحلة إبرام العقد يقوم احدهما بتوجيه إيجاب للطرف الأخر فإذا صادفه قبول مطابق انعقد العقد.[4] ويفرق البعض بين الدعوة إلى التفاوض و الدعوة إلى التعاقد فهما ليسا مصطلحين متماثلين بل إنهما مختلفان ولكل منهما مفهوم و هدف مستقل عن الأخر، ففي الدعوة إلى التفاوض تتجه إرادة صاحبها إلى الدخول في مفاوضات تمهيدية لمناقشة شروط العقد على قدم المساواة، بينما في الدعوة إلى التعاقد تتجه إرادة صاحبها إلى عدم التفاوض على العقد نهائيًا، لكنه يهدف إلى دعوة الناس فحسب إلى التعاقد معه في الحال دون تفاوض، ومثال الدعوة إلى التعاقد، الإعلان الذي تنشره شركة التليفونات عن فتح باب الاشتراك في خدمة التليفون الدولي، فمثل هذا الإعلان لا يعتبر دعوة إلى التفاوض لأن شركة التليفونات لا تقبل مطلقا التفاوض على شروطها. [5]

1- عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية 1992 ص 101.

2- صالح نصير العتيبي، دور الشروط الجوهرية والقانونية في العلاقة العقدية، رسالة دكتوراه حقوق عين شمس 2001 ص 16.

3- رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه حقوق عين شمس 2000 ص 671.

4- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الاول، مرجع سابق ص 262.

5- صالح ناصر العتيبي، دور الشروط الجوهرية والثانوية في العلاقة التعاقدية رسالة دكتوراه عين شمس 2001 ص35.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

يفرق الفقه والقضاء الفرنسي بين الإيجاب والدعوة للتعاقد، وتعتبر عملية تفسير العروض الأولية مسألة من اختصاص محكمة الموضوع ولا تخضع لرقابة محكمة النقض ويسترشد القانون الفرنسي ببعض المعايير في حالة العرض الذي يكتنفه الغموض منها أنه كلما كان العرض مفصلاً واضحًا كلما كان احتمال اعتباره إيجابًا اكبر، يعتبر العرض مجرد دعوة للتعاقد كلما استخدم الموجب عبارات يوسع فيها من حريته ولا تشير الى أي التزام قبله.[1]

يفرق القانون الإنجليزي بين الإيجاب والدعوة إلى التفاوض والمعيار في ذلك هو أسلوب صياغة العرض والعبارات المستخدمة، فقد لا ترتب العبارات التي يستخدمها أحد الأطراف أي أثر قانوني بين أطرافها بقدر ما تعتبر مجرد ارتباط أخلاقي فيما بينهم، قد تعتبر هذه العبارات إيجابا كلما كان العرض المقدم محتويا على تفاصيل مختلفة.[2] أما القانون الأمريكي فأساس التفرقة بين الإيجاب والدعوة للتعاقد هو معيار القطعية، حيث يعتبر أنه إذا استوفي العرض المقدم شرط القطعية فإنه يعد إيجابًا، في حين يصبح الأمر مجرد دعوة للتعاقد إذا لم يتمتع بهذه الصفة، وفي الحالات التي لا يتبين فيها ما إذا كان العرض المقدم قاطعًا أم لا، يتم الاسترشاد ببعض الاعتبارات مثل التفاصيل الواردة في العرض وأسلوب الصياغة المستخدم فيه والمعاملات السابقة وهو ما عبرت عنه المادة1/204 من القسم 2 من القانون التجاري الموحد نصت على أنه: "ينعقد عقد البيع في كل حالة يظهر فيها وجود اتفاق، بما في ذلك التصرف الذي يقوم به الأطراف والذي يعد اعترافًا بوجود مثل هذا العقد".[3]

أقر القانون المدني الألماني أيضًا التفرقة بين الإيجاب والدعوة للتعاقد استنادًا إلى مدى تناول العرض للعناصر الأساسية المتعلقة بالمعاملة، حيث يعتبر العرض المتحد إيجابًا إذا احتوى على العناصر الأساسية الخاصة بالمعاملة، ويعتبر العرض مجرد دعوة للتعاقد كلما افتقر إلى هذه العناصر. بناءً على ذلك فإنه إذا كانت عناصر عقد البيع مثلاً هي المبيع والثمن فإن التعبير عن الإرادة الذي يتضمن تحديدهما هو الذي يكون إيجابًا بالبيع، وكل تعبير عن الرغبة في البيع عبر شبكة الانترنت دون تحديد هذه العناصر لا يرقى إلى مرتبة الإيجاب بالبيع وأن معيار التفرقة بين الإيجاب والدعوة إلى التفاوض مسألة تتصل بنية المتعاقدين، من ثم يترك أمرها لقاضي الموضوع دون أي رقابة عليه في ذلك من محكمة التمييز.[4]

ثانياً: التمييز بين الإيجاب الالكتروني والعروض الموجهة للجمهور عبر الانترنت: يبرم العقد حيث يقدم أحد الأطراف إيجابًا باتًا ونهائيًا ويقبله الطرف الآخر وإذا كان المخاطب بالإيجاب مجموعة محددة من الأشخاص مثل فئة الأطباء والمهندسين من درجة معينة مثلاً، فإن أي شخص تنطبق عليه شروط الإيجاب يمكن له أن يتقدم بقبوله، بينما العرض الذي يوجهه شخص إلى آخر لا يعتبر إيجابًا ما لم يكن جازمًا أو باتًا،[5] فالعرض يعتبر

1- عباس العبودي، مرجع سابق ص35.

2- بلال عبد المطلب بدوي، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية في عقود التجارة الدولية، جامعة عين شمس، 2001ص110.

3- أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص116.

4- محمود السيد عبد المعطي خيال، الانترنيت وبعض الجوانب القانونية، مكتبة دار النهضة، القاهرة، 1998ص116.

5- حمزة حداد، العقود النموذجية في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه حقوق، القاهرة1975،ص118.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

على مرتبة من الإيجاب، إذ لا يعد مجرد دعوة للدخول في مفاوضات، وإذا صادف هذا العرض موافقة من الطرف الآخر أعتبر ذلك رضا للدخول في المفاوضات وليس قبولًا يؤدي إلى إبرام العقد.

يثور التساؤل حول العروض الموجهة إلى الجمهور عبر شبكة الانترنت في صفحات الويب من منتجات وخدمات، عما إذا كانت تحتوي تلك الصفحات على الإيجاب بالمعنى القانوني أم لا ؟

يوجد اختلاف بصدد هذه المسألة في المواقف التشريعية والفقهية فيما إذا كانت العروض الموجهة للجمهور تعد إيجابًا باتًا أم مجرد دعوة للتفاوض. نجد أن التوجيه الأوروبي للتجارة الالكترونية لا يخاطب المسائل المتعلقة بالإيجاب والدعوة إلى التعاقد، حيث ترك المسألة إلى القانون المحلي لدول الاتحاد وتعتبر بعض الأنظمة القانونية الوضعية[1] ذلك مجرد إعلان ولا يحتوي على إيجاب كالقانون الكويتي، والبعض الآخر يعتبره دعوة إلى التعاقد أو تمهيدًا للتفاوض كالقانون والقضاء الانجليزي حيث أن الإيجاب يقدم من الشخص الذي يلتقط هذه المنتجات ويذهب ليدفع ثمنها ويكون القبول والرفض من حق صاحب المتجر[2] وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن طرح مناقصات التوريد وغير ذلك من البيانات الموجهة للجمهور أو الأفراد كالنشرات والإعلانات لا يعتبر إيجابًا، إنما مجرد دعوة إلى التفاوض.[3] وقد اعتبره البعض الآخر إيجابًا ورغبةً في التعاقد كالقانون الفرنسي، الإيطالي والبلجيكي، اعتبر أن عرض المنتجات مع بيان أسعارها في واجهات المتاجر يعد إيجابًا من المتجر يتم قبوله بمجرد التقاط هذه المنتجات من قبل أي شخص والذهاب لدفع ثمنها.[4]

أما بخصوص التشريعات المنظمة للتجارة الالكترونية فإنها لم تضع أحكامًا خاصة للتمييز بين الإيجاب الالكتروني البات وما يلابسه من حالات أخرى تسبقه في التكوين كالدعوة إلى التفاوض، ولكن مشروع اتفاقية الأونسترال للتعاقد الالكتروني عالج هذا الأمر تحت عنوان (الدعوات إلى تقديم العروض) ووضع معيارًا بخصوصه إذ نصت المادة (1/9) على أنه: "أي رسالة بيانات تتضمن عرضًا لإبرام عقد ولا تكون موجهة إلى شخص أو أشخاص معينين، بل تكون عامة في متناول الأشخاص الذين يستخدمون نظم المعلومات مثل عرض سلع أو خدمات من خلال موقع على شبكة الانترنت، وتعتبر مجرد دعوة إلى تقديم عروض ما لم يتبين اتجاه قصد مقدم العرض إلى الالتزام في حالة قبوله". يلاحظ على هذا النص أنه وضع قاعدة عامة بهذا الشأن، هي أن الأصل في العروض الالكترونية الموجهة إلى شخص أو أشخاص غير معينين (عبر المتاجر الافتراضية عبر الشبكة مثلاً) أنها دعوة إلى التعاقد والاستثناء على هذا الأصل هو اعتبار هذه العروض إيجابًا باتًا إذا كان مقدم العروض يقصد بها ذلك.

1-Oliver Hanes et Susan Dianne, the new virtual many-low and praline, k lower low international press, 1999, p103

2- مجيد حميد العنبكي، انشاء العقد في القانون الانجليزي، مجلة جامعة صدام، كلية الحقوق، المجلد الثالث،حويلية1999ص71.

3- انظر نقض مدني جلسة23جانفي 2001، الطعنان رقم 1296-1865 لسنة 70ق، مجلة المحاماة، العدد الثاني، 2002،ص53.

4- نفس موقف بعض التشريعات العربية منها: المادة94 مدني أردني، 134 مدني مصري، 3/40 مدني كويتي، 80 مدني عراقي و2/14 من اتفاقية فيينا لسنة1980 بشأن البيع الدولي للبضائع. أنظر: يزيد أنيس نصير، الايجاب والقبول في القانون المدني الاردني والمقارن، القوة اللازمة للإيجاب، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الاردنية، العدد1،عمان2003ص232. وَ محسن شفيق، اتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، دراسة في قانون التجارة الدولي، 1988، ص91

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

أما فيما يتعلق بالمعايير التي يمكن الاعتماد عليها لغرض الوصول إلى حقيقة إرادة مقدم العروض الالكترونية لتحديد ما إذا كان يقصد من عرضه مجرد دعوة إلى التعاقد أو إيجابا ينعقد به العقد الالكتروني إذا اقترن به قبول مطابق له، فقد حاولت المادة (2/9) من مشروع الأنيسترال الإجابة على هذا التساؤل حيث نصت على: "أنه في تعيين قصد طرف الالتزام في حالة القبول، يولي الاعتبار لجميع الظروف المتصلة بالحالة، ويفترض في عرض سلع أو خدمات عن طريق نظم حاسوبية مؤتمتة تسمح بانعقاد أوتوماتيكي، وبدون تدخل بشري أنه يبين اتجاه قصد مقدم العرض إلى الالتزام به في حالة قبوله، ما لم يبين مقدم العرض خلاف ذلك".

وقد ألقى هذا الخلاف بين التشريعات على مسألة عرض المنتجات مع بيان أسعارها في المتاجر العادية، بظلاله على موقف الفقه من مسألة عرض المنتجات على مواقع الويب مع بيان أسعارها، اختلف الرأي حول الحد الفاصل بين الإيجاب والإعلان.[1] وذلك على النحو التالي:

الرأي الأول: يرى أصحاب هذا الرأي أن الإعلان لا يعتبر إيجابا، وإنما هو مجرد دعوة للتعاقد، وذلك بسبب عدم تعيين الشخص المقصود بالإيجاب، فضلا عما يحمله هذا النوع من الإعلان من ضغط معنوي على المستهلك، وتحريض له على شراء سلع غير ضرورية.[2]

الرأي الثاني: يرى جانبًا آخر من الفقه أن الإعلان الموجه عبر تقنيات الاتصال عن بعد يعتبر إيجابًا موجهًا للجمهور طالما انه قد تضمن العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، كأن يتضمن تحديد السلعة والخدمة تحديدًا تامًا نافيًا للجهالة وأن يحدد الثمن. أما إذا لم يتضمن الإعلان ذلك، فإنه يعتبر مجرد دعوة إلى التعاقد حيث أن ذلك يتفق مع مفهوم الإيجاب[3] بالتالي ينعقد العقد إذا ما تلاقى معه القبول. نؤيد الاتجاه الأخير وذلك لسببين:

أولاً: لأن إضفاء وصف الإيجاب على أي عرض يجب أن يتوفر في هذا العرض شروط الإيجاب، من حيث كونه واضحًا وباتًا ملزمًا لصاحبه، فإذا ما توافرت هذه الشروط في عرض المنتجات مع بيان أسعارها على صفحات الويب، فلا يوجد ما يدفعنا لاعتبارها دعوة إلى التعاقد بل تكون إيجابًا ملزمًا.

ثانيًا: لأن الواقع العملي لعرض المنتجات على مواقع الويب يظهر لنا بأن في معظم الحالات التي يختار فيها الشخص أية سلعة معروضة على موقع الويب، بالضغط بواسطة المؤشر على صورتها أو على اسمها سيؤدي إلى ظهور عقد نموذجي يعرض فيه مواصفات السلعة وثمنها، شروط عقد البيع ومجموعة من الخانات الفارغة والمخصصة للبيانات الشخصية للمتعاقد الآخر، هذه الشروط التي تظهر في نموذج العقد شروط موحدة لا تميز بين مستخدم وآخر بالتالي فإن هذا العقد النموذجي بما يحتويه من بيانات وشروط هو إيجاب بات يتم قبوله من خلال إذعان المتعاقد الآخر لهذه الشروط وتسليمه بها، وعليه فإن القول بأن متصفح موقع الويب هو من يضع

1- يعرف الاعلان أنه "كل شكل من اشكال الاتصال في اطار نشاط تجاري، صناعي أو فني، بهدف الدعاية لتوريد اشياء أو خدمات" أنظر: محمود السيد عبد المعطي خيال، مرجع سابق، ص120.

2- محمد شاهين الخطيب، التعبير عن الرضا في عقود التجارة الالكترونية عبر شبكة الانترنت، مؤتمر عمليات البنوك بين النظرية والتطبيق، جامعة اليرموك، الاردن، المنعقد في 22-23 ديسمبر2002ص14.

3- عبد الله الخرشوم، عقود التجارة الالكترونية عبر شبكة الانترنيت، مؤتمر الجوانب القانونية والأمنية للمعاملات الالكترونية، مركز البحوث والدراسات بأكاديمية شرطة دبي، الامارات العربية المنعقد في 26-28افريل 2003ص291.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

الإيجاب دائمًا، ولا يعرض فيه إلا دعوة إلى التعاقد في كافة الأحوال هو قول غير صحيح وغير واقعي.[1]

مما سبق فإن الايجاب في التعاقد الالكتروني هو التعبير عن ارادة الراغب في التعاقد عن بعد، حيث يتم من خلال شبكة دولية للاتصالات بوسيلة سمعية بصرية يتضمن كافة العناصر اللازمة لإبرام العقد، وقد يكون ايجاباً خاصًا موجها الى أشخاص محددين وذلك عن طريق البريد الالكتروني أو ايجاباً عاماً موجها الى جميع اللذين يدخلون على الموقع عبر صفحات الويب كما يسري الايجاب الالكتروني خلال ميعاد صريع او ضمني لصلاحيته على ان يعلم المستهلك بهذا الميعاد، كما يجوز للموجب الرجوع عن ايجابه اذا لم يكن مقترنا بأجل، كما يقيد الموجب نطاق ايجابه بنطاق زمني محدد وفقا للعرف او ظروف التعامل، وقد يحدد الموجب نطاق مكاني لإيجابه (نطاق التغطية) وفي الأخير فان الايجاب الالكتروني لا يختلف عن الايجاب التقليدي الا في الوسيلة المستخدمة فقط مع بقاء الجوهر نفسه.

المطلب الرابع: القبول في العقد الالكتروني

لا يكفي لإبرام العقد وجود الإيجاب وحده، فلا بد أن تقابله إرادة عقدية أخرى تتضمن قبولاً لهذا الإيجاب والعقود الالكترونية التي تبرم عبر الانترنت لا تختلف عن العقود التقليدية من هذه الناحية، والتعبير الثاني عن الإرادة يلزم أن يكون باتاً ويتجه لإحداث أثر قانوني، كما يلزم لكي يرتب أثره أن يكون حرًا وصادرًا من المنسوب إليه وهو على بينة من أمره بما يؤكد نيته في الارتباط التعاقدي.[2] سنتناول في هذا المطلب بيان ماهية القبول الالكترونية وأهم خصائصه وطرق التعبير عن القبول الالكتروني وشروط القبول عبر الانترنت كما يلي:

الفرع الأول: ماهية القبول الالكتروني: سنتطرق من خلال هذا الفرع الى الارادة الثانية اللازمة لتحقق ركن التراضي والتي تتمثل في القبول الالكتروني من خلال تعريفه وبيان خصائصه كما يلي:

أولاً: تعريف القبول الالكتروني: يعرف القبول بأنه: "موافقة الموجب له على الإيجاب الموجه إليه بالشروط التي تضمنها ودون تعديل، بحيث يترتب عليه انعقاد العقد إذا ما اتصل بعلم الموجب و الإيجاب ما زال قائمًا".[3] وأنه:" التعبير عن رضاء الموجب له بإبرام العقد بالشروط التي عينها الموجب".[4] وانه: "تعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب يقيد موافقته على الإيجاب، وهذا القبول يؤدي إلى انعقاد العقد متى وصل إلى علم الموجب وكان الإيجاب لا يزال قائمًا".[5]

كما عرفته اتفاقية فيينا لسنة 1980 بشان البيع الدولي للبضائع على نحو لا يكاد يخرج عن القواعد العامة حيث تنص المادة(1/18) على انه: "يعتبر قبولاً أي بيان أو أي تصرف آخر صادر من المخاطب يفيد الموافقة على الإيجاب". وقد نصت المادة (1/91) من القانون المدني الأردني أن: "الإيجاب والقبول: كل لفظين

1- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المجلد الاول، العقد، مرجع سابق ص262.

2- أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص141.

3- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية ، جامعة الكويت مجلس النشر العلمي 2003 ص93

4- رامي محمد علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الانترنت وإثبات التعاقد الالكتروني، مجلة الحقوق، العدد4، الكويت، 2002 ص 250.

5- عبد الودود يحي، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية 1985 ص 37.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

المستعملين عرفًا لإنشاء العقد وأي لفظ صدر أولاً فهو الإيجاب والثاني قبول" [1]. ما جاء مماثلاً له في المواد والقبول الإلكتروني لا يخرج عن مضمون التعريف التقليدي سوى أنه يتم عبر وسائط إلكترونية، من خلال شبكة الانترنت فهو قبول عن بعد، لذا فهو يخضع لذات القواعد والأحكام التي تنظم القبول التقليدي وإن كان يتميز ببعض الخصوصية التي ترجع إلى طبيعته الإلكترونية.

تعرض العقد النموذجي للمعاملات الإلكترونية الصادر عن اليونيسترال للقبول في المادة (423 القبول) فنص على أنه "يعتبر القبول مقبولاً إذا تسلم مرسل هذا الإيجاب قبولاً 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 المادة (11) و على 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 قانونًا 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 مشابهة بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الالكتروني.[2]

أما في تونس ونظرًا لخصوصية القبول في العقود الالكترونية، نجد أن المشرع التونسي أفرد بابًا خاصًا بالوثيقة والإمضاء الالكترونيين، وتعيين جهات للتأكد من صحة القبول والشخص القابل لتأكيد فاعلية هذا القبول.[3]

خلاصة القول أن قوانين المعاملات الالكترونية العربية قد تعرضت للقبول الالكتروني، و لم تحدد له شكلاً معينًا، لكنها نصت في بعض المواد على بعض الإجراءات التي يمكن أن تتم اتفاقًا حتى ينتج القبول أثره القانوني.

مما سبق وعلى الرغم أنه لا يشترط أن يصدر القبول في عقد التجارة الالكترونية في شكل خاص أو وضع معين فيصح أن يصدر عبر وسائط الكترونية أو من خلال الطرق التقليدية للقبول، ما لم يشترط الموجب أن يصدر القبول في شكل معين، ومن التشريعات التي اشترطت تقديم القبول بنفس طريقة وصول الإيجاب القانون التجاري الأمريكي الموحد(UCC) حيث جاء نص المادة(2/206) على أن[4]: "التعبير عن الإرادة في القبول يتم بذات طريقة عرض الإيجاب". بالتالي إذا أرسل الإيجاب عن طريق البريد الالكتروني فيجب على القابل إن قبل التعاقد أن يعبر عن القبول بذات الطريقة.

1- تقابلها المادة (149) مدني يمني و (131) مدني إماراتي و(79) مدني عراقي، أما بالنسبة للقانون الجزائري والمصري لم يوردا أي تعريف

2- نفس النهج الذي اخذت به التشريعات العربية بخصوص المعاملات الالكترونية، منها: المادة 19 من القانون الاماراتي رقم 2 لسنة 2002 والمادة 14 من القانون البحريني رقم 28 لسنة 2002

3- الفصل الثاني من التشريع التونسي رقم 83 لسنة 2000 الخاص بمبادلات التجارة الالكترونية

4-Ben Jamin Wright & Janek, Winn the low of electronic commerce a division of Aspen Publishing-INC-new York, USA, third edition 2000 p8-17وكذا خالد ابراهيم ممدوح، مرجع سابق، ص268، ومحمد ابراهيم عرسان أبو الهيجاء، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، رسالة دكتوراه، معهد البحوث العربية، قسم الدراسات القانونية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، جامعة الدول العربية، القاهرة، مصر2004 ص50

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

ثانياً: خصائص القبول الالكتروني: إن القبول الالكتروني لا يختلف عن القبول التقليدي سوى أنه يتم عن بعد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، لذا فهو يخضع بحسب الأصل للقواعد العامة التي تنظم القبول التقليدي، بيد أنه يتميز ببعض القواعد الخاصة به والتي قد ترجع إلى أنه يتم عبر دعائم الكترونية، ويمكن أن نتطرق لخصائص القبول الالكتروني فيما يلي:

*القبول الالكتروني عادة لا ينعقد به العقد الا اذا كان مصحوباً بتأكيد معين له "كالنقر المزدوج" [1] على مفتاح القبول أو "ملء استمارة البيانات"[2] المتعاقد على الموقع الالكتروني، أو لزوم هذا القبول بالنسبة لكل عنصر من عناصر العقد المبرم على شبكة الانترنيت[3]، ما يطلق عليه بصورة أو شكل القبول الالكتروني ووسيلته في اثارة بعض الغموض بشأن صدور القبول السابق من عدمه.[4]

*أن ينص أحياناً المشرع أو تتفق ارادة المتعاقدين على أن وصول القبول للموجب لا يكفي بذاته لافتراض علمه بالقبول وانعقاد العقد مالم يصدر من الموجب اقرارا باستلامه لمثل هذا القبول، يرسل عادة برسالة الكترونية، وخلال الاجل المعقول، مما يجوز للقابل إذا لم يتلق مثل هذا الاقرار الالكتروني، حق تجاهل العقد والرجوع بالتعويض على الموجب له.

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في القبول الالكتروني: على الرغم من الخصوصية التي يتميز بها القبول الالكتروني إلا أنه يضل خاضعًا للشروط التي تتطلبها القواعد العامة في القبول التقليدي، وهذه الشروط هي، ان يصدر القبول والايجاب قائم، ومطابقة القبول للإجاب وان يكون صريحا واضحا وسنتناولهم من خلال خصوصيات البيئة الافتراضية التي يتم فيها القبول الالكتروني ويقتضي بحث مدى توافر شروط القبول فيها من عدمه فيما يلي:

أولاً: أن يصدر القبول والإيجاب قائمًا: يعد القبول جوابًا على إيجاب فإذا لم يعد ذلك قائمًا كان القبول جوابًا لمعدوم، لذا فإن القبول الصادر بعد ذلك يعد إيجابًا جديدًا يحتاج إلى قبول لانعقاد العقد، فيستطيع الطرف الآخر أن يقبله أو يرفضه[5]، فبالنسبة للتعاقد من خلال الويب، يجب أن يصدر القبول خلال المدة التي حددها الموجب لصلاحية إيجابه أو خلال وجود الإيجاب على الموقع، فطالما أن الإيجاب مازال موجودًا على الموقع، فإن الموجب له إذا ضغط على أيقونة القبول فإن العقد ينعقد في هذه الحالة، فالإيجاب مازال قائمًا.

أما بالنسبة للتعاقد من خلال التفاعل المباشر فيجب أن يصدر القبول قبل أن يعدل الموجب عن ايجابه الا اذا كان قد حدد مدة القبول، فيجب أن يصدر القبول خلال هذه الفترة. في كل حال يجب أن يصدر القبول انقضاء مجلس العقد أي قبل انتهاء الاتصال بين المتعاقدين.

1- أسامة أحمد بدر، مرجع سابق، ص206

MICAHEN. LE Consentement sur Internet Art ; sur :www, droit-tic ; com. la date de mise en ligne est15/3/2004

2-D.MORENO ; Le Droit Français et Le Commerce électronique Art précis. 177 أشار اليه سامح عبد الواحد التهامي، مرجع سابق، ص

3- GULLEMARD (S)., le droit international prive face ou contrat de vente cyber partial, thèse de doctorat, faculté de droit, université paris II 2003.p.310

4- أحمد عبد التواب محمد بهجت، ابرام العقد الالكتروني، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة،2009ص172.

5- سامح عبد الواحد محمد التهامي، مرجع سابق ص 189.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

بالنسبة لحالة التعاقد من خلال البريد الإلكتروني، فتعد هذه حالة تعاقد بين غائبين.[1] بالتالي فإن الموجب يلتزم بالبقاء على إيجابه المدة اللازمة لوصول الإيجاب واطلاع الموجب له عليه والمدة اللازمة لإرسال القبول، فإن صدر القبول خلال هذه المدة فإنه ينعقد به العقد بالتالي إذا أرسل الموجب له القبول خلال هذه المدة المناسبة فالعقد ينعقد لصدور القبول والإيجاب قائم. بالتالي فإن القبول الذي يصدر بعد سقوط الإيجاب لا ينعقد به العقد، لكن هذا القبول ليس مجردًا من كل أثر، إذ يصح اعتباره إيجابًا، بالتالي يجوز للطرف الآخر (الموجب الأصلي)أن يقبل هذا الإيجاب (القبول المتأخر) فإن فعل ذلك انعقد العقد.[2]

يمكن تصور ذلك في التعاقد من خلال البريد الالكتروني حيث يتم إرسال القبول بعد انقضاء المدة المناسبة لبقاء الموجب على إيجابه، ويمكن تصورها في التعاقد من خلال التفاعل المباشر، حيث يصدر القبول بعد عدول الموجب عن إيجابه أو بعد انتقال الطرفين بأمر آخر أثناء المحادثة، ففي هاتين الحالتين يعتبر القبول المتأخر إيجابًا جديدًا يحق للطرف الآخر قبوله من عدمه، فإن قبله انعقد العقد. ولا يمكن تصور القبول المتأخر في حالة التعاقد من خلال الويب، ذلك أن الموجب يقوم بإزالة الصفحة التي بها الإيجاب وأيقونة القبول من على الموقع كله بالتالي فإن أيقونة القبول تكون غير موجودة، فلا يستطيع الموجب له أن يقبل هذا الإيجاب[3].

ثانياً: مطابقة القبول للإيجاب: لا يكفي أن يصدر القبول والإيجاب قائمًا بل يجب أيضًا أن يكون مطابقًا له بكل عناصره وشروطه، فلا يكون القبول مطابقًا للإيجاب إذا أنصب على جزء مما يتضمنه الإيجاب دون باقيه أو إذا انطوى القبول على تعديل مضمون الإيجاب، وإلاّ لم يكن قبولاً مطابقًا و لم ينعقد به العقد لا يقصد بالمطابقة بالألفاظ والصيغ إنما يتم بها المطابقة في الموضوع أي صدور القبول بالموافقة على كل المسائل الجوهرية وما يعد من المسائل التفصيلية الثانوية.[4]

نظرًا لخصوصية بعض صور التعاقد الإلكتروني يثور التساؤل حول إمكانية تطبيق شرط مطابقة القبول للإيجاب في التعاقد عبر الانترنت؟، لا شك في ضرورة تحقق هذا الشرط في كل صور التعاقد عبر الانترنت ولكن الأمر ليس بهذه السهولة[5]. فتقنية النصوص المخفية (hyper Texte) قد أثارت سؤالاً عن مدى توفر شرط مطابقة القبول للإيجاب في حالة تضمن الإيجاب لهذه النصوص المخفية.[6]

ويرى بعض الفقه أنه لا توجد ثمة مشكلة في حالة استخدام هذه التقنية في إبرام العقد الالكتروني، طالما أن هناك إشارة واضحة لهذا النص المخفي في النص الأصلي، وأن القبول يكون صحيحًا ومطابقًا وفي إمكان الموجب له ملاحظة وجود نص مخفي.

1- تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق ص82.

2- محمد لبيب شنب، دروس في مصادر الالتزام – الإثبات – دار النهضة العربية 1991 ص116.

3- سامح عبد الواحد التهامي، مرجع سابق، ص 190.

4- حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الاول، المصادر الارادية للالتزام، دار النهضة العربية1999ص198.

5- سامح عبد الواحد التهامي، مرجع سابق، ص184.

6- يقصد بتقنية النصوص المخفية أن يتضمن المحرر الالكتروني سطرًا يكون لونه مختلفًا عن لون باقي المحرر وبالضغط على هذا السطر ينتقل مستخدم الانترنت إلى محرر آخر يتضمن نصوصًا ذات صلة بموضوع المحرر الأول ويتم عمل هذه التقنية للوصول إلى النصوص المرتبطة بالمحرر الأول بالتالي يتم تقسيم المحرر لعدة أقسام أنظر ،برسيتون جرالا، التسوق عبر الانترنت، ترجمة د/خالد العامري، دار الفاروق للنشر والتوزيع، القاهرة 2001 ص 379.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

ويرى بعض الفقه أنه لا توجد ثمة مشكلة في حالة استخدام هذه التقنية في إبرام العقد الالكتروني، طالما أن هناك إشارة واضحة لهذا النص المخفي في النص الأصلي، وأن القبول يكون صحيحًا ومطابقًا وفي إمكان الموجب له ملاحظة وجود نص مخفي[1]

خلافًا لهذا الرأي يذهب بعض الفقه إلى أنه لا يجوز اللجوء إلى تقنية النصوص المخفية في مجال الإيجاب الالكتروني، وينتهي إلى ضرورة إتاحة الإيجاب من خلال صفحة واحدة على الويب، حتى يتسنى للموجب له التعرف على كافة شروط الإيجاب ويكون قبوله مطابقًا له فيتم التعاقد.[2]

أخذ بهذا الرأي الأخير التقرير الصادر من مجلس الدولة الفرنسي الخاص بالأنترنت، حيث ذكر بأنه: "حتى يكون الرضاء صحيحًا وكاملاً، فإنه يجب ألا تكون شروط العقد واردة في نصوص مخفية.[3]

يؤيد بعض الفقه المصري الرأي الأخير على اعتبار أن الموجب له قد لا ينتبه إلى وجود هذه النصوص المخفية مما يؤدي إلى عدم علمه بكل الشروط الواردة في الإيجاب، خاصة إذا كان الموجب لا يحيط بقواعد استخدام شبكة الانترنت. [4]

إلا أن أغلب العقود التي تبرم عبر شبكة الانترنت لا تتم عبر تبادل وسائل البريد الالكتروني أو المحادثات، بل يتم إبرامها من خلال مواقع الويب الالكترونية وبين مستخدمي جمهور الشبكة عبر نماذج العقود التي تطرحها هذه المواقع، حيث تتضمن بنودها كافة المسائل الجوهرية والتفصيلية التي يراها صاحب موقع الويب مناسبة له، وليس أمام المتعاقد إذا ما رغب بالتعاقد إلاّ الضغط على خانة القبول في هذا العقد النموذجي معبرًا عن قبوله بالتعاقد، بالتالي سيكون قبوله مطابقًا للإيجاب مطابقةً تامةً وفي كافة المسائل الجوهرية والتفصيلية، لا يمكن تصور أن يقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه وذلك في حالة التعاقد من خلال الويب، فلا مجال للمفاوضة في هذه الصورة من صور التعاقد عبر الانترنت، فأما قبول الإيجاب أو رفضه ذلك بعكس الحال في التعاقد من خلال البريد الالكتروني أو التعاقد من خلال التفاعل المباشر فيمكن تصور أن يقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه لأن المفاوضة موجودة في هذه الصور من التعاقد عبر الانترنت[5]

ثالثاً: أن يصدر القبول الالكتروني صريحًا واضحًا وحرًا: ويجب أن يكون سليمًا بسيطًا حرًا[6]. وطبقًا للقواعد العامة فان القبول قد يتم صراحة (باللفظ والكتابة والإشارة المتداولة عرفًا، وباتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكًا في دلالته على حقيقة المقصود) [7]. كما يجوز أن يكون التعبير عن إرادة القبول ضمنيًا اذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحًا. وبتطبيق تلك القواعد على القبول الالكتروني نجد أنه يتم في

1- Verbiest (T)., lof rance transpose la directive sur le contrat à distance Art. Disponible sur www. Droit technologie .orge .
2-Vautrais, le couleur du consentement électronique, 2003 P14. Disponible sur.. www. Droit. Montréal.
3- أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، مرجع سابق، ص89.
4- سامح عبد الواحد التهامي، مرجع سابق، ص186.
5-M.I.CAHEN, la formation des contrats de commerce électronique, p25, Ouvrage disponible sur WWW.elec.com
6-JEAN-BAPTISTE(M)crées et exploiter un commerce électronique éd liter, 1998,p103
7- المادة (1/90)من القانون المدني المصري، تقابلها المادة (60) مدني جزائري.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

حيث نجد أن العقد النموذجي لليونسترال ينص في المادة(2،3،4) على أنه:" يعتبر القبول...مقبولاً إذا تسلمه مرسل الإيجاب..." فكلمة تسلم هنا تفيد أن القبول يتم تسلمه (رسالة مكتوبة) وهذا تعبير صريح.[1]

كذلك فإن العقد النموذجي الفرنسي تطلب أن يرد بالقبول بيانات محددة[2] ما يفيد أن يتم التعبير عن القبول صراحة وكذلك قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية 1996 نص في المادة (11) على أنه: "في سياق تكوين العقود...يجوز استخدام رسائل بيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض..."[3]

كل هذه النصوص وغيرها[4]، تفيد أن القبول الالكتروني يشترط أن يتم صراحة سواء باستعمال اللفظ الذي يدل مباشرة على المعنى المقصود منه بإجراء اتصال تليفوني عبر الانترنت أو من خلال المحادثة، أو يتم كتابة باستخدام البريد الالكتروني وكذلك فإن مجرد الضغط على مفتاح في لوحة مفاتيح الحاسب الآلي أو على الخانة المخصصة للقبول في النموذج الذي يظهر على الشاشة يعد تعبيرًا صريحًا عن الإرادة بالنظر إلى أن هذا الفعل هو الوسيلة التي تسمح بإظهار إرادة المتعاقدين في هذا النمط من أنماط التعاقد.[5] وهذا ما يؤكده الرأي الراجح الى أن التعبير عن ارادة القبول الالكتروني لا يكون إلا صريحا [6] فالقبول الالكتروني يتم عن طريق اجهزة وبرامج الكترونية تعمل آليا، هذه الاجهزة لا يمكنها استخلاص واستنتاج إرادة المتعاقد[7]بالإضافة الى طلب أن يكون القبول صريحًا يجب أن يكون واضحًا، إن اشتمل على عدد من البيانات منها أن يتم تحديد الشخص القابل للإيجاب وبناءً على ذلك فتسجيل بيانات تحديد الشخصية يكون ضروريًا لتسجيل العقد.[8]

أوجب العقد النموذجي الفرنسي الصادر عن غرفة التجارة والصناعة الفرنسية (البند السابع) أن يضع في قبول الإيجاب الآتي: "بيانات المشتري، تأكيد الطلبية، في شأن سلعة أو خدمة بعينها، في شأن مقابل محدد، في شأن طريقة السداد، في شأن التسليم وخدمة ما بعد البيع" وعلى ذلك يجب أن يأتي القبول على كل البيانات السابقة وتوضيحه لها وهذا يحقق حماية للمستهلك الالكتروني، إذ طلب تلك البيانات لا يتصور أن يذكرها المستهلك في قبوله إلا بعد أن يكون القبول حرًا، ولا يكون قد وقع تحت ضغط أو إكراه لقبول العقد.[9] أي لا بد أن يكون نابعا عن إرادة حرة متجهة وقاصدة إلى قبول التعاقد والالتزام به.[10]

الفرع الثالث: طرق التعبير عن القبول الالكتروني: إن التعبير عن القبول في العقد الالكتروني يتم بأي طريقة

1- تامر سليمان الدمياطي، مرجع سابق،ص83.

2- راجع البند (7) قبول الإيجاب من العقد النموذجي الفرنسي.FCP- le Semaine Juridico entreprise et Affaires, N° 41, 8 octobre 1998 p1580

3- راجع هذا القانون على الموقع commerce / 1996 mode . htmi . Uncitral. Org/ unicitral – texts / electric –http://www

4- المادة (13) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية لدبي، راجع هذا القانون على الموقع التالي:http://www. Arab- elaw . com

5- حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت، القاهرة، دار النهضة العربية، 2000، ص: 39.

6- أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، القاهرة، دار النهضة العربية 2005، ص207.

7- إبراهيم الدسوقي ابو الليل، مرجع سابق، ص93 .

8-BOCHURBERG (L) : internet et commerce électronique, éd encyclopédie DELMAS , 1999 p116.

9- JEAN−BAPTISTE(M)crées et exploiter un commerce électronique éd liter, 1998,p103

10- يزيد أنيس نصير، التطابق بين القبول والايجاب في القانون الأردني والمقارن، مرجع سابق، ص 126.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

تماشى مع طبيعة هذه العقود والوسائل المستخدمة في إبرامها، وإن كانت القوانين المنظمة للعقود التجارية الالكترونية لم تشترط أسلوب معين للتعبير عن القبول،[1] إلا أن طبيعة التعامل الالكتروني فرضت استخدام أساليب حديثة مبتكرة للتعبير عن القبول استحدثتها تقنيات التجارة الالكترونية وهذه الطرق لم تكن مألوفة من قبل في العالم المادي للتعبير عن القبول، لذا فهو يتخذ أكثر من صورة، فقد يتم من خلال رسائل البريد الالكتروني، وقد يتم بالضغط أو النقر على الفأرة على شاشة الحاسوب أو ملامسة مفاتيح لوحة الحاسوب بما يفيد الموافقة، وقد يتم من خلال غرف المحادثة، أو تنزيل(DAWNLOAD) البرامج[2]، او السلعة عبر الانترنت أو أو إرسال القابل معلومات بطاقة الائتمان الخاصة به ومباشرة الخطوات اللازمة لإتمام الدفع عن بعد، وغيرها من صور القبول على الشبكة جائزة قانونا مالم ينص القانون على شكلية محددة يلزم توافرها لانعقاد العقد، وإلى جانب ذلك يبرز تساؤل مهم حول القبول الضمني، ومدى الاعتداد به في البيئة.

وسنقتصر الدراسة في هذا المقام على التعرض لأهم صور أو أشكال قبول الإيجاب الموجه عبر شبكة الانترنت التي تخص باستخدام متزايد من جانب مستخدمي الشبكة [3]، وذلك كما يلي:

أولاً: القبول عن طريق البريد الالكتروني: في هذه الصورة يمكن للموجب إليه أن يستخدم البريد الالكتروني في إرسال موافقته على الإيجاب في صورة رسالة الكترونية الى عنوان البريد الالكتروني الذي وصله بنفس الوسيلة، يبلغه فيها بموافقته على قبول التعاقد طبقًا للشروط السابقة في الإيجاب ويكون ممهورًا بتوقيعه، بالتالي يتم نقل الإرادة والكتابة بالطرق الالكترونية وعن طريق البريد الالكتروني الذي يمتاز بالسرعة في النقل[4] وقد يجيب الموجب إليه برسالة بريد الكتروني على عرض متاح على موقع يزوره على شبكة الويب، وليس هناك أي شك في أن إرسال هذه الرسالة يعد قبولاً صريحًا للإيجاب[5] وتجسد فيه مرسلها على قبوله الالتزام بمضمونها. من جانب آخر يتيح إرسال القبول بهذه الوسيلة بأي من الأطراف (مسبقًا) أن يناقش البنود التعاقدية وتنفيذها. يضاف إلى ذلك أن هذه الرسالة يمكن أن تعد دليلًا على قبول وتكوين العقد، شرط أن يكون في الإمكان بالضرورة تحدد هوية الشخص الذي صدرت منه وأن تعد وتحفظ في ظروف من شأنها أن تضمن سلامتها. وقد سمحت العديد من النصوص بالتعبير عن الإرادة (الإيجاب والقبول) من خلال رسائل البريد الالكتروني،[6] الالكتروني،[6] ويرى البعض[7] أن القبول وسيلة مكتوبة عبر تقنيات الاتصال السريعة يضفي على العقد نوعًا نوعًا من الثقة والطمأنينة للمتعاقدين، حيث يمكن إثبات هذا القبول بورقة مكتوبة.

ثانياً: القبول عن طريق النقر بالفأرة (cliquage de souris): تعد هذه الطريقة من أكثر الطرق التي أثيرت بشأنها مناقشات حول مدى صلاحيتها باعتبارها طريقة معترف بها قانونًا للتعبير عن القبول بالتالي مدى صحة

1- البشكاني هادي مسلم يونس قاسم، التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية، اطروحة دكتورا، كلية القانون، جامعة الموصل2002ص123.

2- خالد ابراهيم ممدوح، مرجع سابق، ص 342 .

3- بيد أن التعرض لهذه الصور لا يحول دون قبول صور أخرى للقبول الالكتروني يفرزها التطور التقني وتؤدي ذات الدور في التعبير عن الارادة بكفاءة

4- solus (H), GHEST,N(f) et MAS (F): le conclusion des contrats du commerce électronique, éd L.G.D.J.2005 , p.138 et 139.

5-Christian LARROUMET ,Droit ciril, les obligation, le control, 3éme éd, paris, ED. Economico 1996, n° 253.

6- راجع نص المادة (12) من قانون اليونسترال النموذجي 1996 والمادة (13) من قانون المعاملات الالكترونية الأردني وقم 85 لسنة 2001.

7- الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 104.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

العقود الالكترونية التي تبرم من خلالها، فضلاً عما يمكن أن ينشأ من إشكالات عملية تتعلق بإثبات تحقق القبول من عدمه وإثبات ما إذا كانت اللمسة قد صدرت عن الشخص المعني أم لا.[1] لذلك من الضروري أن نتناول هذه الطريقة بشيء من التفصيل من حيث مدى اعتبارها طريقة مقبولة قانونًا للتعبير عن القبول، وما يثار بشأنها من إشكاليات الإثبات وذلك في ضوء النصوص القانونية الواردة في تشريعات ذات العلاقة.

يتم القبول في هذه الصورة عن طريق النقر بواسطة الفأرة لإعلان الموافقة والقبول للحاسب الآلي على الأيقونة التي تحمل عبارة الموافقة "موافق" أو قبلت العرض أوd'accord أو Abrupt l'offre وبالإنجليزية yes أو ok أو I agree[2] ومن الجدير بالملاحظة في هذا الخصوص أن قبول العقد بهذه الوسيلة يعتبر ممارسة واسعة الانتشار على مواقع الويب التي تعرض سلعًا أو خدمات. وأن مجرد الضغط من وجه إليه الإيجاب لمفتاح "الموافقة" يعد تعبيرًا عن القبول ما دام القابل قد أكد أنه قرأ محتويات العرض وقبله، مما يسمح بانعقاد العقد،[3]كذلك ذهب القضاء الأمريكي إلى اعتبار أن الضغط بواسطة "الفأرة" يعد بمثابة القبول غير أنه يجب أن يكون حاسمًا[4].

إن معظم التشريعات الخاصة بالتجارة الالكترونية لم تورد حكمًا خاصًا بهذه الطريقة في التعبير عن القبول، لكن نص قانون كندا الموحد للتجارة الالكترونية (UECA) لسنة 1999 في المادة (1/20) منه على أن اللمس أو النقر لزر أو مكان معين بشكل ملائم على شاشة الحاسوب يعد طريقة للتعبير عن القبول، هذا ما أكدته أيضًا المادة (1/10)من مشروع اتفاقية اليونسترال للتعاقد الالكتروني بجواز التعبير عن الإيجاب وعن قبول الإيجاب باستخدام رسائل البيانات أو تدابير أخرى تبلغ الكترونيًا بطريقة يقصد بها التعبير عن الإيجاب وعن قبول الإيجاب بما في ذلك على سبيل المثال لمس أو ضغط زر أو مكان معين على شاشة الحاسوب ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.

وتبنت معظم المحاكم الأمريكية هذا النمط من التعبير عن القبول وأيدته في أكثر من قضية[5] في الوقت الذي لا يتضمن قانون المبادلات الالكترونية الموحد للولايات المتحدة الأمريكية سنة 1999 نصًا قانونيًا صريحًا يجيز التعبير عن القبول من خلال النقر أو اللمسة الواحدة على جهاز الحاسوب وحتى القوانين التي سبقته. يظهر من هذه الأسباب بأن النقر أو اللمسة الواحدة على جهاز الحاسوب يكفي للتعبير عن القبول في إطار العقود الالكترونية، إلا إذا كان القانون يتطلب شكلية معينة، وفي هذه الحالة يجب استيفاء الشكلية التي ورد بها النص من خلال السجلات الإلكترونية والتوقيع عليها إلكترونيًا حسب ما نص عليه القانون.

1- حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 39.

2- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص: 46.

3- فايز عبد الله الكندري، التعاقد عبر شبكة الانترنت في القانون الكويتي، بحث مقدم بمؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية والقانون، المنعقد بدولة الإمارات العربية المتحدة، فرقة تجارة وصناعة دبي، الفترة من 10-12 ماي 2003، الجزء الثاني، ص202.

4- عبد الله الخشروم، عقود التجارة الالكترونية عبر شبكة الانترنت، بحث مقدم بمؤتمر الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية المنعقد بدولة الإمارات العربية المتحدة، الفترة من 26-28 أفريل 2003 الجزء الثالث، ص 294.

5- BRADLEY.FREEDMAN. electronic contracts - under canadian law A practical guide.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
إلا أن البعض يفضل تأكيد القبول بأن يكون بأكثر من لمسة، وهو ما يؤكده البند2/7 من العقد النموذجي الفرنسي، والفصل رقم(26) من القانون التونسي الخاص بالمبادلات التجارة الإلكترونية. من أجل تأكيد القبول فإن مجلس الدولة الفرنسي أشار إلى وضع مرحلتين: مرحلة المعلومات الواضحة، دون أن تحيل رابطة النصوص الكثيرة إلى الشروط العامة للبيع. ومرحلة ثانية هي قبول الإيجاب، قبول الثمن، قبول الشروط الأخرى في العقد، الإعلان النهائي للرضاء المؤكد سواء بواسطة البريد الالكتروني مع الالتزام بحفظ الرسالة أو بواسطة نقرتين مختلفتين.[1]

بالإضافة هناك العديد من التقنيات التي تسمح بالتغلب على الشك في المسألة المتعلقة بتأكيد القبول، من ذلك وجود وثيقة أمر بالشراء (Ban De Command) يتعين على العميل أن يحررها على الشاشة حيث يؤكد نيته أو تأكيد للأمر بالشراء (Confirmation) وثمة طريقة أخرى تلجأ إليها بعض المواقع والشركات تتمثل في طلب تأكيد المستهلك لقبوله عن طريق البريد الإلكتروني، أو أن يقوم المستهلك بملء استمارة نموذجية بمعلومات إضافية منها كتابة عبارات تفيد القبول صراحة كعبارة Agree أو I Accept أو أن يكتب الرقم السري الخاص ببطاقة الائتمان أو أن يستخدم المفتاح الخاص Private key الذي يصادق عليه طرف ثالث من غير المتعاقدين[2]،لكي يسهل إثبات صدور التعبير من خلال تلك المعلومات المحررة على شاشة الحاسوب.

خلاصة القول أن ضغط القابل على مفتاح الموافقة (النقر بالفأرة) يعد قبولاً...إلا أنه نتيجة لكون هذا الضغط قد يحدث نتيجة خطأ أو إهمال من جانب الموجه إليه الإيجاب فإنه لا يعطي دلالة قاطعة على القبول، الأمر الذي سيشكل تهديد على هذا النوع من التعاقد. كل هذه المخاوف دعت إلى اتخاذ العديد من الاحتياطات للتغلب على هذه المشكلة وتهدف لتأكيد القابل لهذا القبول، سواء بالنقر المزدوج وتحرير طلب الشراء على الشاشة ورسالة من خلال البريد الالكتروني أو الرد على بعض الأسئلة التي تؤكد موافقة المستهلك، مثل "هل تؤكد طلبك؟"، "هل تؤكد شراءك لهذا المنتج وبهذا السعر؟"، هكذا يمكننا القول بأن: الإمضاء المزدوج والذي يتم بضغطتين متميزتين على ملمسين (زرين) مختلفين[3]، يعتبر قراءة إجبارية لشروط البيع ودليلاً على الموافقة،[4] الغرض من هذه الإجراءات التأكد من رغبة المستهلك في القبول وجعله في صورة أكثر فاعلية بمنح فرصة للتروي والتدبر عن إرادة جازمة في القبول وعلى التشريعات المختلفة للتجارة الالكترونية أن تتبنى نصًا يتطلب من المستهلك تأكيد القبول بكل صوره.

يثور تساؤل بشأن وجود تحفظ أو عدول عن القبول الالكتروني ومدى تأثيره على انعقاد العقد، إذا كان التحفظ لا يمس العناصر الجوهرية للعقد، فإن العقد ينعقد، وأما إن كان يمسها أو يمس مشروعية العقد فإنه لا ينعقد وللقاضي أن يتحرى مدى مساس التحفظ بالشروط الجوهرية من خلال ظروف التعاقد وملابساته[5]،أما وملابساته[5]،أما بالنسبة للعدول عن القبول الالكتروني فإنه من المقرر وفقًا للقواعد العامة وبموجب القوة

1 -GUINHARD(S),HARICHAUX(M)et TOURDONNET(R) :internel pour le droit, éd (6)Montchrestien E.J.A1999p209

2- حسن عبد الباسط جميعي، نفس المرجع،ص39.

3-Conseil d'état, section du rapport et des études, internet et les réseaux numériques, la documentation française,3éme trim1998p65

4 -TORRES(ch)l'internet et la vente aux consommateurs, Thèse pour le Doctorat, Université de paris1999p67

5- نوري حامد خاطر، عقود المعلوماتية، الدار العلمية للنشر، عمان، الطبعة الاولى 2001، ص13.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

الملزمة للعقد، أن أيًا من طرفي التعاقد لا يستطيع أن يرجع عنه، فمتى تم التقاء الإيجاب بالقبول أبرم العقد، لكن نظرًا لأن المستهلك في العقد الالكتروني ليس لديه الإمكانية الفعلية لمعاينة السلعة والإلمام بخصائص الخدمة قبل إبرام العقد، فإنه يجب أن يتمتع بحق العدول[1] وقد تقرر هذا الحق للمستهلك في العديد من التشريعات؛ كالقانون الفرنسي في المادة(26/121) تقنين الاستهلاك والقانون الأمريكي الصادر عام 1965بشأن البيع عبر المسافات والبيع عن طريق التلفزيون والقانون الإنجليزي بموجب القانون الصادر عام 1974 كذلك القانون الكندي الصادر عام 1978، وما أقره القانون الألماني الصادر عام1974 بشأن البيع بالتقسيط، كما قرر توجيه المجلس الأوروبي رقم 97/07 الصادر في 20 ماي 1997، وكذلك بالنسبة للقانون التونسي لسنة 2000كل هذه القوانين تؤكد أحقية المستهلك في العدول، بشأن العقود الالكترونية خلال فترة السماح، وتختلف هذه المدة من قانون إلى آخر[2]ويكون الحق في العدول عن القبول عن طريق استبدال المبيع بآخر أو برد المبيع واسترداد الثمن، وقد لا يجدي نفعاً من الناحية العملية في بعض الحالات مثل عقود برامج الحاسوب، إذا تم إرسالها بالبريد العادي وقام العميل بفض الأختام ونزع الغلاف أو تم إرسالها إلكترونيًا إلى ذاكرة الحاسب الآلي الخاص بالمستخدم. مع ذلك فإن التمتع بحق العدول ليس مطلقًا[3]، مثلاً تنزيل البرنامج من على الشبكة العقد يتم ولا يجوز العدول عنه ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.[4]

مما سبق فحق العدول حق إرادي يترك تقديره لكامل إرادة المستهلك وفقًا للضوابط القانونية، يمس بالقوة الملزمة للعقد ويشكل خروجًا على هذا المبدأ.

المبحث الثالث: مجلس العقد الالكتروني

إن مجلس العقد مرحلة ضرورية من مراحل التعاقد الذي قد يتم على إثر مفاوضات تجري بين الطرفين من أجل الاتفاق على بنود العقد تتوج في النهاية بتطابق الإيجاب والقبول، فننتقل لمرحلة إبرام العقد ثم تنفيذه، ويستفاد من ذلك أن مجلس العقد يعد الحلقة الأخيرة في سلسلة الفترة السابقة على التعاقد ومرحلة قيام العقد فعلاً، ففترة المجلس هي الفترة التي ينعقد خلالها العقد وبدونها لا ينعقد. لكن إذا كان من الممكن الاستغناء عن مرحلة المفاوضات، فلا يمكن ولا يجوز الاستغناء عن مجلس العقد.[5] وسنتناول بيان ماهية مجلس العقد الالكتروني في مطلب أول، ثم زمان ومكان إبرام العقد الالكتروني كما يلي:

المطلب الأول: ماهية مجلس العقد الالكتروني

إن العقد يتم بمجرد التعبير عن إرادتين متطابقتين لإحداث آثار قانونية، ينطبق ذلك على العقد الذي ينتمي إلى طائفة العقود التي تبرم عن بعد من خلال شبكة الانترنت، فالبعد المكاني لطرفيه ووسيلة إبرامه أصبح واقعًا مؤثراً لا يمكن تجاهله، الشيء الذي أثر على ماهية مجلس العقد الالكتروني وأثار خلافًا فقهيًا حول الطبيعة

1- أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك، رسالة دكتوراه حقوق، عين شمس، مصر، 1994،ص83.

2- 07 أيام في القانون الفرنسي، المادة 26/121، 30 يوماً في القانون الأمريكي، و10 أيام في القانون التونسي للمعاملات الالكترونية المادة29.

3- أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، دار النهضة العربية، ص175.

4- خالد ممدوح ابراهيم، مرجع سابق،ص350.

5- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه حقوق، الاسكندرية2001،ص65.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

القانونية لهذا العقد. لبيان ماهية مجلس العقد الالكتروني، يجب علينا أن نتطرق إلى تعريفه، عناصره ثم تحديد صوره وطبيعته القانونية.

الفرع الأول: تعريف مجلس العقد الالكتروني وبيان عناصره: إن تنوع أساليب التعاقد وطبيعة العقود تجعل الفقه في موقف صعب في ايراد تعريف جامع مانع ويزداد الأمر صعوبة ودقة وتعقيداً إذا كانت الفكرة محل التعريف هي مجلس العقد خاصة في شكله الالكتروني، وسنحاول من خلال هذا الفرع تعريف مجلس العقد الالكتروني واستخلاص عناصره فيما يلي:

أولاً: تعريف مجلس العقد: سنقوم بعرض التعريفات المختلفة لمجلس العقد اللغوية، الفقهية والتشريعية على النحو التالي:

1.التعريف اللغوي لمجلس العقد: المجلس في اللغة (بكسر اللام) موضع أو مكان الجلوس، ويطلق لفظ المجلس على كل موضع يقعد فيه الإنسان.[1] والمجلس مشتق من جلس ومنها اشتقت كلمة الجلسة، والجلسة: مرة الجلوس وهي حصة من الوقت، يجلس فيها جماعة للنظر في شأن من الشؤون، قد تكون مغلقة إذا اقتصرت على أعضائها ومفتوحة إذا شهدها معهم غيرهم.[2]

2.التعريف الفقهي لمجلس العقد: تتعدد المحاولات التي تناولت تعريف مجلس العقد فيعرفه فريق من الفقه بأنه: "الحالة التي ينشغل فيها المتبايعان بالبيع بما تستلزمه من المكان و الزمان وظروف الانشغال بالتعاقد[3]، اذا كان هذا التعريف قد جاء في سياق مجلس عقد البيع الا انه يصلح لتعريف مجلس العقد بصفة عامة، كما يتميز بإبراز عنصري الزمان والمكان، يؤكد ايضا على ضرورة انشغال المتعاقدين بأمور التعاقد طالما بقي مجلس العقد قائمًا، يتسع هذا التعريف ليشمل مجلس العقد الحقيقي والحكمي، بالتالي يصلح في اطار مجلس العقد التقليدي والالكتروني خاصة ويبين دور ظروف الانشغال بالتعاقد التي قد ترتبط بالاشتراك بطبيعة الوسائل المستخدمة في ابراز العقد وتبادل الارادة بين طرفي العقد، يرى بعض الفقه ان هذا التعريف ليس واضحًا او متناسقًا ويعيب عليه استخدام لفظ "الحالة" في سياق التصريف، الذي من شانه ان يجعل من مجلس العقد وحدة معنوية، ما يعد محلاً للنقد.[4]

ويعرفه جانب آخر من الفقه أنه: "مكان وزمان التعاقد الذي يبدأ بالانشغال البات بالصيغة وينقضي بانتهاء الانشغال بالتعاقد"، يبرز هذا التعريف بصياغته هذه بأنها جاءت عامة ومشتملة على عنصري المجلس وهما المكاني والزماني، يبين أيضًا أن مجلس العقد يعد إحدى الفترات التي تسبق التعاقد، لذلك فإن أشخاص المجلس يطلق عليهم المتعاقدين لا العاقدين، لان العقد لا ينعقد إلا في نهاية مجلسه، كما يحدد هذا التعريف النطاق الزمني للمجلس من حيث بدايته التي تنطلق مع بدء الانشغال بصيغة العقد ونهايته التي ترتبط إما بإبرام العقد

1- أحمد بن علي المقري الفيوم، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الجزء الاول، ص114.

2- المعجم الوسيط، معجم اللغة العربية، مطبعة دار المعارف، مصر، الطبعة الثانية1972 الجزء الاول، باب الجيم، ص130.

3- عبد الناصر توفيق العطار، أحكام العقود في الشريعة الاسلامية والقانون المدني، عقد البيع، مطبعة السعادة، بدون تاريخ، ص163.

4- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص94.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

حلاً وبانتهاء الانشغال بأمور التعاقد، يرى صاحب هذا التعريف أن عبارة "الانشغال البات بالصيغة" هي التي تمثل معيار التمييز بين المجلس ومرحلة المفاوضات السابقة عليه، ففي المرحلة الخاصة بالتفاوض لا يكون الانشغال بالتعاقد باتًا بل يكون في مرحلة التمهيد للتعاقد، ويضيف هذا الجانب الفقهي أن كلمة المجلس تشتمل عنصري الزمان والمكان معًا،[1] تبرز العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي للمجلس من خلال عبارة "مكان وزمان" والواردة في سياق التعريف، يشمل هذا التعريف صورتي مجلس العقد، المجلس الحقيقي الذي يتحقق حال التعاقد بين حاضرين ويتوافر بشأن التعاقد التقليدي، والمجلس الحكمي الذي يخص حالة التعاقد بين الغائبين ومنها التعاقد الالكتروني الذي يتم عن بعد، بحيث لا يجمع المتعاقدين فعليًا مكاناً واحداً.[2]

من جانبنا نرى أن مجلس العقد يتمثل في "الإطار الزماني والمكاني الذي يجمع المتعاقدين حقيقة أو حكمًا والذي ينشغلان خلاله بإبرام العقد ويتبادلان فيه التعبير عن الإيجاب والقبول بالوسائل التقليدية أو المستحدثة". يحرص هذا التعريف على شمول وبيان عدة أمور مهمة منها:

*تجنب الإيجاز المخل والإسهاب الممل من خلال سرد أمور تستفاد ضمنًا وتستخلص من سياقه.

*التأكيد على عنصري مجلس العقد الحقيقي والحكمي والتعاقد بالوسائل التقليدية والمستحدثة.

*يحدد بداية ونهاية المجلس حيث يستفاد منه ضمنًا أن المجلس يبدأ بمجرد الانتقال بأمور التعاقد (الإيجاب والقبول) وينقض إما بالإبرام أو الأعراض (زوال حالة الانتقال بالتعاقد).

3.التعريف التشريعي لمجلس العقد: إن مجلس العقد فكرة من صنع الفقه الإسلامي[3]، أخذت بها التشريعات العربية وحرست على النص عليها من خلال نصوص محدودة لا تكفي لتفصيل أحكام هذه النظرية، من هذه التشريعات:

القانون المدني الجزائري في المادة (64) على أنه: "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد، لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورًا، وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل"[4]، وفكرة مجلس العقد هذه لم يتناولها الفقه الفرنسي بوجه خاص، لذلك ليس لها صدى في التقنين الفرنسي.[5]

ثانيا: عناصر مجلس العقد: يتكون مجلس العقد من عنصرين أحدهما مادي وهو المكاني والثاني معنوي وهو الزماني، هذا الأخير يعد العنصر الجوهري لمجلس العقد وسنوضح فيما يلي عنصري المجلس ومدى توافرهما بشأن مجلس العقد الالكتروني.

1- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، نفس المرجع، ص128.

2- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، نفس المرجع، ص128.

3- مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في ثوبه الاسلامي، مصادر الالتزام، 1996، ص17.

4- ويقابلها في التشريعات العربية المادة 94 مدني مصري والمادة 96 مدني أردني، المادة 46 مدني كويتي، المادة 136 مدني إماراتي، المادة 82 مدني عراقي، المادة 75 مدني قطري، المادة 23 مدني مغربي. والمادة183 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

5- محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص28.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

1. العنصر المادي: إن مجلس العقد هو الإطار الزماني والمكاني الذي يجمع المتعاقدين حقيقة أو حكمًا لحظة إبرام العقد ويمثل العنصر المكاني أحد عنصري مجلس العقد.[1] وتتجلى أهميته في التعاقد بين حاضرين حيث يلتقيان فعليًا في مكان واحد يجمعهما طول الفترة اللازمة لإبرام العقد، قد يكون المكان الذي يبرم فيه العقد(العنصر المادي للمجلس)، مكانًا مفتوحًا أو مغلقًا، كما يمكن أن يكون حيزًا ثابتًا كمكتب أحد المحاميين أو منزل أحد الطرفين أو متحركًا كإبرام العقد على متن باخرة متحركة.[2]

أ.المقصود بعنصر المكان في مجلس العقد: هو ذلك الحيز الثابت أو المتحرك الذي يجمع المتعاقدين فعليًا أو افتراضيا أثناء انشغالهما بالتعاقد [3] يبدوا من خلال هذا التعريف أن العنصر المادي لمجلس العقد هو حيز محدد يتلاقى فيه الطرفان جسديًا أو افتراضيًا للتعاقد، فهذا المكان قد يأخذ مفهومًا واسعاً فيشمل التعاقد الالكتروني أو يأخذ مفهومًا ضيقًا كما في حال التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان والمكان، لا شك أن هذا المفهوم الأخير لا يتلاءم مع التعاقد الالكتروني الذي يتم عن بعد كالتعاقد عبر الانترنت بشكل مباشر، حيث يرى كل طرف نظيره ويسمعه طوال فترة مجلس العقد.

الجدير بالذكر أن مكان المجلس الذي يجتمع فيه الطرفين يجب أن يسمح لكل منهما أن يرى الآخر ويسمعه بوضوح، وإلا فلا يستطيع كل طرف أن يصدر قراره عن بينة وبالتالي تنتهي حكمة مجلس العقد أصلاً. بمعنى آخر فإن مفهوم مجلس العقد يستلزم أن يتم تبادل الإيجاب والقبول بشكل شفوي ومباشر، الأمر الذي يعني أن كل طرف سيسمع كلام الآخر ويدرك ما يتلفظ به، فمجلس العقد يستدعي فهم الموجب إليه للإيجاب الموجه له وإدراكه وكذا فهم الموجب للقبول وإدراكه حيث أن لكل منهما الاستفسار من الآخر من أي أمر غامض في الإيجاب والقبول، ففي الإيجاب والقبول بين حاضرين يعد وقت اكتمال التعبير عن الإرادة وهو وقت فهمه وإدراكه وليس وقت سماعه.[4]

ب. مدى توافر العنصر المادي في مجلس العقد الالكتروني: يتوقف على وجود العنصر المكاني بالمفهوم الضيق وصف مجلس العقد بكونه حقيقيًا أو حكميًا، لما كان التعاقد الالكتروني يتم عن بعد، من خلال الوسيط الالكتروني الذي سيساعد على التغلب على التباعد المكاني بين الطرفين فإن التعاقد الالكتروني يعد تعاقدًا بين غائبين من حيث المكان إذ لا يلتقي الطرفان فعليًا في حيز مكاني واحد، على أن بعض صور التعاقد الالكتروني قد تتيح لكل طرف أن يرى الآخر ويحاوره ويسمعه بوضوح ويفهم كلامه بيسر، لعل ذلك ما جعل البعض من الفقه[5] يذهب إلى أنه اعترافًا بدور الوسيط الالكتروني المستخدم في التعاقد، في إزالة الحواجز الجغرافية وجعل العالم قرية صغيرة، يتواصل من في شرقها تمام التواصل مع من في غربها، كما لو كان يتواجد معه فعليًا

1- يزيد أنيس نصير، مرجع سابق، ص114.

2- أشرف عبد الرزاق ويح، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين العربية، مجلة روح القوانين، الجزء الأول، العدد33،2004ص33.

3- سمير حامد، عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص145.

4- وحيد الدين سوار، التعبير عن الارادة في الفقه السلامي، الطبعة 2،دار الثقافة، عمان1998،ص102.

5- سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص52.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

في ذات الغرفة، ويتيح لكل منهما أن يحاور ويفاوض الآخر بشأن كافة تفاصيل التعاقد، ما يفترض معه أنهما قد انتقلا الكترونياً ليلتقيا افتراضيًا في ذات المكان الممثل في الفضاء الالكتروني. ينتهي هذا الفقه إلى أنه في حالة التعاقد الالكتروني عبر الانترنت يصبح من المتاح نقل الكتابة والصوت والصورة معًا بحيث ينعدم الفاصل الزمني بين إعلان إرادة الطرف الأول (الموجب) وعلم الطرف الثاني (القابل) به والعكس، يعد التعاقد الالكتروني الذي يبرم بهذه الآلية تعاقدًا بين حاضرين حضورًا مفترضًا من حيث المكان.

الواقع أن التفسير على إطلاقه يمكن أن يؤدي بنا لنتائج عملية غير التي يريدها الفقه نفسه فلا شك أنه في حالة عدم اتفاق الطرفين على مكان إبرام العقد سيتم إعمال الأحكام القانونية الخاصة بالتعاقد بين غائبين لحل هذه المشكلة وسنعتد عندئذ بالمكان الذي علم فيه الموجب بالقبول مع الأخذ بالاعتبار أن وصول القبول يعتبر قرينة على العلم به.[1]

2. العنصر المعنوي (الزماني): يعد العنصر المعنوي جوهر مجلس العقد، فهو الذي يعمل على تحقيق حكمته ويبرر سبب وجود نظرية مجلس العقد وهي كسب بعض الوقت للتفكير والتروي قبل إعلان الإرادة أو العدول عنها بعد إعلانها متى توافرت شروط الاعتداد بهذا العدول. يمكن تعريف هذا العنصر بأن الفترة الزمنية التي يظل المتعاقدين منتقلان خلالها بأمور العقد المراد إبرامه[2] تتمثل هذه الفترة في تلك المدة الواقعة بين صدور الإيجاب والعلم بالقبول يتعين وجود هذا العنصر سواء كان المجلس حقيقيًا أو حكميًا أو كان التعاقد تقليديًا أو إلكترونيًا. فقد أصبح المقصود باتحاد مجلس العقد تعاصر انشغال الطرفين بإبرام العقد حتى ولو كان التعاقد يتم عن بعد من خلال الوسائط الإلكترونية أو غيرها من وسائل الاتصال المباشر، بالتالي فإن اتحاد مجلس العقد هو-بصفة أساسية- اتحاد الزمان الذي يكون الطرفين خلاله منشغلين بأمور التعاقد، فإن التعاقد الالكتروني يعد تعاقدًا بين حاضرين من حيث الزمان لكون الكتابة بين الغائبين من خلال الشبكة تماثل التعبير باللفظ في التعاقد بين الحاضرين(الكتاب كالخطاب).[3]

أما في ما يخص تحديد الفترة الزمنية لمجلس العقد الالكتروني التي تعد بداية تحقق العنصر المعنوي فإن الأمر يختلف وفقًا لأسلوب وطريقة التعاقد،[4] فإذا كان التعاقد يتم مباشرة من خلال الموقع الالكترونيweb سواء كان التعاقد عن طريق الضغط على زر الموافقة الموجودة OK-BOX أو عن طريق التنزيل عن بعد Downloade فإن النطاق الزماني لمجلس العقد يبدأ من لحظة دخول الموجب إلى الموقع الالكتروني الذي صدر منه الإيجاب ويستمر العنصر الزمني طول فترة المناقشات والمفاوضات حتى يخرج القابل من الموقع أو يخرج الموجب من الموقع أو يعدل عن إيجابه رغم بقائه على الموقع. وإذا كان التعاقد الالكتروني يتم من خلال الرسائل الالكترونية المرسلة عبر البريد الالكتروني(E-MAIL) أو بواسطة الكتابة المتبادلة بين الطرفين، فان مجلس العقد الالكتروني يبدأ منذ

1- راجع المادة 67 مدني جزائري، المادة97مدني مصري، المادة 142 مدني اماراتي المادة 78مدني قطري، والمادة101مدني أردني.

2- أشرف عبد الرزاق ويح، مرجع سابق، ص72.

3- مراد محمد يوسف مطلق، التعاقد بوسائل الاتصال الالكتروني، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه حقوق عين شمس2007ص115.

4- خالد ممدوح ابراهيم، مرجع سابق، ص363.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

لحظة صدور الإيجاب ويستمر لحين خروج أحد الطرفين أو كليهما من الموقع، أما إذا كان التعاقد غير مباشر(غير لحظي) فان مجلس العقد يبتدئ من لحظة اطلاع القابل على المعروض عليه، سواء كان منتج أو خدمة ويستمر حتى تنتهي المدة المحددة إن وجدت وإلا رجع في ذلك إلى الأعراف[1] وان كنا نرى أنه ونظرًا لحداثة التعاقد الالكتروني لا توجد حتى الآن أعراف تجارية يمكن الرجوع اليها في هذا الشأن[2].

أما في حالة التعاقد عن طريق المحادثة والمشاهدة فان مجلس العقد يبتدئ من حيث صدور الايجاب ويستمر حتى الانتهاء من المحادثة.

الفرع الثاني: تحديد صور وطبيعة مجلس العقد الالكتروني: قد يكون مجلس العقد حقيقيًا حيث يتم التعاقد بين حاضرين معًا وجهًا لوجه ليلتقي الطرفان فعليًا ويجمعهما حيز مكاني محدد، وقد يكون حكميًا حيث يكون أحد المتعاقدين غائبًا عن مكان مجلس العقد أو تفصله عن الآخر مسافة لا تتيح له رؤيته و الالتقاء به بدنيًا بشكل فعلي، مع انتشار التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الحديثة سواء في المعاملات الداخلية أو الخارجية الأمر الذي يمكن التساؤل عنه حول حقيقة التعاقد عن طريق هذه الوسائل هل يأخذ صورة التعاقد بين الحاضرين بالتالي تسري عليه احكام مجلس العقد الحقيقي؟ أم يأخذ صورة التعاقد بين الغائبين وتسري عليه أحكام مجلس العقد الحكمي؟ سوف نتناول صور مجلس العقد أولاً ثم الطبيعة القانونية له كما يلي:

أولاً: صور مجلس العقد: يتخذ مجلس العقد صورتين وهما مجلس العقد الحقيقي ومجلس العقد الحكمي.

1. مجلس العقد الحقيقي (التعاقد بين حاضرين): الأصل أنه عند إبرام العقد يجب أن يلتقي الموجب والموجب له أو من ينوب عنهما أوعن أحدهما، بشكل مباشر يسمح لهما بالتفاوض على شروط العقد والاتفاق على بنوده وتوقيع مستنداته العقدية، ويثور التساؤل حول المقصود بمجلس العقد الحقيقي وما هي شروطه.

أ.المقصود بمجلس العقد الحقيقي: يمكن تعريف مجلس العقد الحقيقي بأنه: "ذلك المجلس الذي يكون المتعاقدان حاضرين فيه حضورًا يقينيًا معًا "، ويعرفه البعض بأنه: "المكان الذي يجمع المتعاقدين بحيث يضلا على اتصال مباشر ويسمع أحدهما الآخر مباشرة حال كونهما منصرفين إلى التعاقد لا يشغلهما عنه شاغل".[3]

ب.شروط مجلس العقد الحقيقي: لكي نكون بصدد مجلس العقد الحقيقي فيلزم توافر عدة عناصر حيث تعد بمثابة ضمانات لتحقق الاتصال الفعال بين الإيجاب والقبول بما يؤدي لانعقاد العقد على النحو المقصود قانوناً، تتمثل أهم هذه العناصر أو الشروط فيما يلي:

*يشترط لمجلس العقد الحقيقي حضور كل من المتعاقدين حضورًا حقيقيًا وجهًا لوجه، يتعين التميز بين وقت حضور الطرفين ووقت بدأ مجلس العقد فعلاً، لكي يكون حضور الطرفين فعليًا في مجلس العقد ذا جدوى فيجب أن يكون النطاق المكاني لمجلس العقد الحقيقي يسمح لهما بتبادل الإيجاب والقبول ويتيح لكل منهما أن

1- عبد الله بن ابراهيم الناصر، العقود الالكترونية، دراسة فقهية تطبيقية مقارنة، بحث مقدم الى مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، الامارات2003ص247.

2- خالد ممدوح ابراهيم، مرجع سابق، ص364.

3- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص239، وكذا محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة مع التركيز على البيع بواسطة التلفزيون، مطبوعات جامعة الكويت، 1998، ص28.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

يرى الآخر ويسمعه بوضوح ويسر، فالسماع والعلم بإرادة الطرف الآخر هما أساس الاتصال بين الإرادتين ويمكن من تتحقق الموافقة بينهما.[1] على أية حال فإنه عند الخلاف يستعين القاضي بالعرف السائد من أجل تحديد النطاق المكاني لمجلس العقد الحقيقي الذي يسمح باتحاده على النحو الذي حدده القانون.

*يجب أن يكون صدور الإيجاب والعلم به في وقت واحد هو وقت مجلس العقد، لأن مجلس العقد الحقيقي يقتضي أن يكون المتعاقدين حاضرين معًا حضورًا حقيقيًا، وهذا لا يعني لزوم فورية الرد على الإيجاب بمجرد صدوره فلا يوجد ما يمنع من انقضاء فترة زمنية معقولة بين صدور الإيجاب والعلم به والرد عليه، مثال ذلك أن يكون الإيجاب قد صدر بلغة غير التي يفهمها الموجب له فيحتاج الأمر لبعض الوقت لترجمة الإيجاب إلى لغة الطرف الآخر ليصدر قراره بشأن التعاقد وهو على بينة.[2]

خلاصة القول، سواء صدر القبول فور صدور الإيجاب أو كان بينهما فاصل أو فارق أثناء قيام مجلس العقد، يمكننا القول بأن الإيجاب قد صدر وتم العلم به في وقت واحد هو "وقت انعقاد المجلس" لعل هذا ما يحقق مقولة أن ساعة مجلس العقد تعد وحدة زمنية واحدة، فتأخر العلم بالإيجاب عن صدوره بعض الوقت يكونان كأنهما في وقت واحد بالتالي لا يمنع انعقاد العقد طالما ظل المجلس منعقدًا.[3] الواقع أن إعمال الشرطين السابقين هو ما يساعدنا على تحديد مجال مجلس العقد الحقيقي بحيث يخرج عنه حال وجود كل متعاقد في مكان مغاير لحظة الإبرام وحال مرور مدة طويلة بين صدور الإيجاب أو القبول والعلم بهما من طرف المعني.

يرى بعض الفقه[4] أنه يخرج عن نطاق مجلس العقد الحقيقي أيضًا حالة ارتباط الإيجاب بميعاد معين للقبول على اعتبار أن ذلك ما يتفق مع نص المادة (1/64) من القانون المدني الجزائري والمواد المناظرة لها في التشريعات العربية، على أننا نتفق مع جانب آخر من الفقه ينتهي إلى أن فكرة مجلس العقد متحققة في القانون المدني الجزائري حتى في حالة فورية القبول، دليل ذلك أن الرأي الأول لا يمار في أن نص المادة (1/64) من القانون المدني الجزائري يمنح الموجب خيار العدول كما يعطي الموجب له خيار القبول.[5] الواقع أن الصعوبة تكون في حالة كون المدة الملزمة للإيجاب تمتد لما بعد انقضاء مجلس العقد، مثال ذلك أن يجتمع الطرفان يوم 2012/12/1 ويصدر الإيجاب ويقترن بمدة يمكن أن يصدر خلالها القبول بحيث تنتهي المدة يوم 2012/12/12 فعندئذ تكون العبرة بالمدة وليس بالمجلس الذي تقررت فيه. من جانبنا نعتقد أننا في هذا الغرض نكون بصدد امتداد لفترة المفاوضات لأن الموجب له قد يعدل الشروط التي يتفاوض بشأنها والتي وردت بالإيجاب، ما يعد عندئذ بمثابة إيجاب جديد.[6] يعني ذلك أن مجلس العقد يتحقق يوم 2012/12/12 وينعقد فيه العقد في حالتين؛ إذا جاء

1- حسن محمد بودي، التعاقد عبر الأنترنت، دراسة مقارنة، مجلة روح القوانين، الجزء الأول، العدد37،2006 ص181.

2- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، نفس المرجع، ص239.

3- محمد نجيب عوضين، أسس التعاقد بالوسائل المستحدثة، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة العدد75، 2005، ص99.

4- عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني، نظرية التعاقد والارادة المنفردة 1984، ص149.

5- المسلك الذي أخذ به المشرع المصري في المادة 1/94مدني مصري وبعض التشريعات العربية، سبق ذكرها. عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص151.

6- حسام الدين كامل الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس،العدد2، السنة38، جوان ،1996،ص117.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

القبول مطابقًا للإيجاب أو عدل فيه الموجب له فصار إيجابًا جديدًا قبله الموجب في ذات المجلس.[1] بخصوص مدى إمكانية اعتبار مجلس العقد الالكتروني من قبيل هذه الصورة، فإنه لا يتحقق ذلك على اعتبار أن العقد الالكتروني عقد يتم عن بعد، بالتالي فإن مجلس العقد الالكتروني مكان افتراضي ويتم في فضاء الكتروني Espace Cyber فلا يجمع حضور المتعاقدين في مكان واحد حضورًا حقيقياً وهو ما لا يتوافق مع تعريف مجلس العقد الحقيقي كما بيناه فيما سبق.

2. مجلس العقد الحكمي(التعاقد بين غائبين): خلافاً لمجلس العقد الحقيقي فإنه بصدد مجلس العقد الحكمي قد يفصل صدور الإيجاب أو القبول عن العلم به فترة زمنية طويلة لا يمكن معها القول بالاتحاد الفعلي لمجلس العقد، كما أنه قد يفصل أحد المتعاقدين عن الآخر مئات الأميال عندئذ تثور فكرة مجلس العقد الحكمي كمقابل لفكرة مجلس العقد الحقيقي، ما يحقق مرونة نظرية مجلس العقد من حيث أنها تشتمل العقد الالكتروني الذي هو محور دراستنا وغيّر من صور التعاقد بوسائل الاتصال سواء التقليدية منها أو الحديثة، فالمعروف أنه يتم اللجوء لهذه الوسائل في التعاقد بغية التغلب على بعد المسافات التي تفصل كل طرف عن الآخر بحيث لا تمثل عائقًا في سبيل إبرام العقد.[2] الواقع أن الأخذ بفكرة مجلس العقد الحكمي هو الذي يرفع الحرج عن المتعاقدين وييسر عليهم ويحقق مصالحهم، فإغفال تلك الفكرة يعني تضييق نطاق مجلس العقد بالتالي تقليص نطاق نظرية العقد بصفة عامة.[3] سنتناول فيما يلي تعريف مجلس العقد الحكمي وبيان شروطه، ثم نطبقها على العقد الالكتروني لبيان طبيعة مجلسه وتحديد ما إذا كان حقيقيا أو حكميا.

أ.تعريف مجلس العقد الحكمي: يقصد بمجلس العقد الحكمي (التعاقد بين غائبين) بأنه التعاقد بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس واحد بغض النظر عن وسيلة التعاقد، الكتاب والرسول وغيرهما.[4]

يعرف كذلك بأنه: "ذلك المجلس الذي يكون أحد المتعاقدين غير حاضرًا فيه". بعبارة أخرى هذا المجلس هو التعاقد الذي يتم بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس واحد ويتم التعبير عن الإرادة بصدده بالكتابة أو الرسول أو الاتصال عبر شبكة الاتصال الحديثة، وتجدر الإشارة إلى أن البعض[5] يرى أن فقه القانون المدني ينحصر في بيان وقت انعقاد العقد بين الغائبين عن صدور القبول، وجاء نص المادة (67) من القانون المدني الجزائري ليؤكد على ذلك بنصه على أن "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قدتم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك". لا جدال في أن هذا النص من العمومية والمرونة بما يجعله قابلاً للتطبيق في مجال التعاقد الالكتروني. يتضح مما سبق أن المشرع الجزائري وغيره من التشريعات العربية[6] قد عرفوا نظرية مجلس العقد بصورتيه (الحقيقي والحكمي)

1- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص250.

2- بشار طلال أحمد مومني، مشكلات التعاقد عبر الأنترنت، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه حقوق، عين شمس2005،ص151.

3- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص252.

4- محمد نجيب عوضين، مرجع سابق، ص184.

5- محمد نجيب عوضين، نفس المرجع، ص447.

6- على سبيل المثال: المادة 97 مدني مصري، المادة 77 مدني قطري، المادة 98 مدني سوري والمادة 49 مدني كويتي.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

ب.شروط مجلس العقد الحكمي: يتفق مجلس العقد الحقيقي مع نظرية الحكمي من حيث ضرورة توافر أركان العقد المعروفة، من ثم يتوافر الايجاب والقبول وتطابقهما على ان مجلس العقد الحكمي يختلف من حيث مكان وزمان صدور الايجاب والوصول الى علم الموجب له والعكس. سنبين تلك الخصوصية التي تميز هذه الصورة من صور مجلس العقد من خلال الشروط التالية:

*وجود الايجاب أو القبول وتوافر وسيلة نقلهما لعلم الطرف الآخر، مفاد ذلك أنه لا بد من صدور الايجاب أو القبول وفقًا للقانون، بحيث ينوب وصول الايجاب للموجب له عن حضور الموجب نفسه بمكان وصول الايجاب، إذ يستعاض عن ذلك بوسائل الاتصال وأهمها الانترنت في حالة التعاقد الالكتروني، فوسيلة نقل الايجاب لعلم الموجب له أو العكس هي التي تؤدي على التباعد المكاني بينهما وقت ابرام العقد، بدون صدور الايجاب أو القبول لا قيمة للوسيلة وبدون هذه الاخيرة لا يتحقق التطابق بين الارادتين بالتالي لا يمكن انعقاد العقد[1]، ولا يخفى على أن كل متعاقد حين يعبر عن ارادته فانه يقصد وصولها لعلم الطرف الآخر ويكون منتظرًا للرد الاخير بغية اتمام التعاقد، يستلزم ذلك ايضًا أن يكون وصول التعبير عن الارادة والعلم به ممن وجه هذا التعبير اليه في وقت واحد.

*أن يظل المتعاقدان منشغلان بالتعاقد، يعني ذلك أن الموجب يجب أن يظل على ايجابه بحيث لا يصدر عنه ما يفيد عدوله أو اعراضه عنه، كما يجب أن يظل القابل كذلك مهتمًا بأمر التعاقد بحيث لم يشغله عنه شاغل آخر، على ذلك فاذا اتصل جزائري بتونسي عن طريق الانترنت وعرض عليه ان يبيعه منزلاً بالجزائر العاصمة فبدأ الاخير يسأل عن مساحة المنزل وثمنه ثم انحرف بالحديث الى احوال الجزائريين ومشكلة الاسعار والانتخابات السياسية...الخ فان العقد لا ينعقد لان احد الطرفين انشغل عن مواصلة الاهتمام بأمر التعاقد بالتالي لم تتوافر شروط مجلس العقد الحكمي[2]، يرتبط بما سبق ايضًا ضرورة أن يصدر القبول خلال المدة التي يبقى فيها الايجاب ملزمًا، فاذا كان الموجب قد حدد هذه المدة التي يبقى فيها الايجاب ملزمًا، فاذا كان الموجب قد حدد هذه المدة صراحة فلا مشكلة أما اذا لم يحدد الموجب تلك المدة التي يلتزم خلالها بالإيجاب فان القاضي بما يتمتع به من سلطة تقديرية، يتولى أمر تحديدها في ضوء ظروف التعاقد وطبيعة العقد وأهمية محله، على ذلك فاذا أرسل الموجب رسالة عبر البريد الالكتروني (E-MAIL) للموجب له تتضمن ايجابًا محددًا وباتًا وساريًا لمدة اسبوع فان القبول المطابق يجب أن يصدر خلال هذه المدة، فاذا صدر ذلك القبول بعد ذلك فلا ينعقد العقد لان هذا القبول المتأخر لا يعدو عندئذ ان يكون مجرد ايجاب جديد يحتاج هو ذاته للقبول، كذلك الشأن لو صدر القبول خلال المدة لكنه لم يكن مطابقًا للإيجاب.[3]

1- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص252، د/أشرف عبد الرزاق ويح، مرجع سابق، ص73.

2- يجدر التمييز بين انصراف أحد المتعاقدين عن التعاقد بانشغاله بأمر اخر وبين انشغال الرسول عن أمور التعاقد بعد أن أبلغ الرسالة التي حمله الموجب إيها فانصراف الرسول لا يؤثر على الإيجاب طالما نقله لعلم الموجب له ،د/مصطفى أحمد أبو عمرو، مرجع سابق، 92.

3- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص104.د/نبيل ابراهيم سعد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص119.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

ثانياً: الطبيعة القانونية لمجلس العقد الالكتروني: لقد أدى تنوع أساليب التعاقد عبر الانترنت بضلاله على موقف الفقه من طبيعة مجلس العقد الالكتروني، فقد يتم التعاقد عبر الرسائل الالكترونية المرسلة عبر البريد الالكتروني(E-MAIL) وهذه قد لا يعلم بمضمونها المرسل إليه لحظة صدورها، كما قد يتم التعاقد من خلال الاتصال المباشر المسموع أو المقروء و المرئي ذلك من خلال تزويد جهاز الحاسب الآلي لدى الطرفين بكاميرا تجعل كل طرف يرى الآخر ويسمعه في ذات الوقت، مثال ذلك برنامج (MASENGER) الذي يسمح لكل منهما في حالة تثبيت كاميرا بالجهازين أن يرى و يسمع الطرف الآخر في ذات الوقت، يمكن أيضا لكل منهما عندئذ أن يرى على شاشة جهازه ما يكتبه الطرف الآخر في الوقت نفسه كما هو الحال في برنامج (MultiMedia)، فهل نكون عندئذ بصدد تعاقد بين حاضرين أم تعاقد بين غائبين[1]وهل الغياب هنا يكون من حيث المكان ام الزمان ام معاً؟

للإجابة على هذه التساؤلات تعددت الاتجاهات الفقهية بصدد بيان عما اذا كان التعاقد عن طريق الانترنت تعاقد بين حاضرين أم بين غائبين ونعرض لاهم هذه الاتجاهات على النحو التالي:

1. يرى البعض ان العقد الالكتروني هو تعاقد بين غائبين من حيث الزمان والمكان شأنه في ذلك شأن التعاقد بطريقة المراسلة أو التعاقد بطريقة التليفون[2]. أو التليماتيك ولا يختلف عنهم الا في الوسيلة التي يتم بها حيث اصبحت وسيلة التعاقد الكترونية ويرى هذا الرأي ان التعاقد الالكتروني يكون بين غائبين نظرًا لعدم صدور الايجاب والقبول في نفس اللحظة، بل يوجد فاصل زمني بين علم الموجب بالقبول وصدوره.[3] بالإضافة الى اختلاف مكان المتعاقدين، اي ان مجلس العقد في التعاقد الالكتروني يعتبر مجلس عقد حكمي ونطبق عليه احكامه، وهو مجلس وصول وعلم الموجه اليه بالإيجاب وقبوله له ونقل شبكة الانترنيت للإيجاب ما هو الا نقل عن طريق وسيلة كالرسول[4]، كل ما هنالك ان النقل هنا يتم عن طريق وسيط الكتروني.

يرجع البعض اعتبار التعاقد الالكتروني تعاقدًا بين غائبين على أساس أنه يجعل المستهلك يستفيد من حق الرجوع الذي منحه إياه المشرع في حالة التعاقد عن بعد.[5]

إن هذا الرأي قد تجاهل حقيقة هامة، هي أن التعاقد الالكتروني قد يتم لحظياً، أي يكون هناك تعاصر بين الايجاب والقبول، حيث يكون كل من المتعاقدين على اتصال مباشر بالأخر سواء بالكتابة أو الصوت أو الصورة، كما هو الشأن في حالة التعاقد عبر البريد الالكتروني وباستخدام ميكروفون وكاميرا فيديو، ففي هذه

1- سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص144.

2-يرى البعض أن التعاقد عن طريق التلفون هو تعاقد بين غائبين من حيث المكان لبعد المسافة وبين حاضرين من حيث الزمان لأن كلا الطرفين المتعاقدين يسمع كلام الآخر في اللحظة نفسها، إلا في حالة التلفون المرئي حيث يزود التلفون بكاميرا تلفزيونية تنقل صورة المتكلم عبر شبكة التلفون، يكون تعاقدًا بين حاضرين من حيث الزمان والمكان، د/عباس العبودي، مرجع سابق، ص148.

3- أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، مرجع سابق، ص225.

4-جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص299.

5-كما هو الشأن في القانون الفرنسي 1988 الخاص بحماية المستهلك، د/عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص49.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

اعتبار التعاقد الالكتروني تعاقد بين غائبين.

2. على عكس الرأي الأول يرى ان التعاقد الالكتروني تعاقدًا بين حاضرين من حيث الزمان والمكان حيث يكون الطرفين على اتصال مباشر فيما بينهما، فعلى الرغم من أن المتعاقدين غائبان فانه لا يفصل ما بين صدور القبول والعلم به زمن التعاقد وعلى الرغم من تباعد الأجساد فجميع لوازمها متوفرة في الحال وعلى ذلك فان تلاشي الحدود الجغرافية التقليدية على اثر استخدام وسائل الاتصال الحديثة كالأنترنت في التعاقد جعل الطرفين يلتقيان في مجلس العقد افتراضيًا لا حقيقيًا، يمكن القول عندئذ بان احدهما قد انتقل حكميًا لمكان آخر وذلك لان اطراف العقد يكونون على اتصال دائم عبر شبكة الانترنت قد يتم بالكتابة كما هو الحال بالنسبة لبرنامج فري تيل Free tell، أو برنامج الحوارchat وقد يكون بالصوت كما هو الحال بالنسبة لبرنامج fox wire وقد يكون بالصوت والصورة والكتابة وذلك إذا كان الكومبيوتر مزودًا بكاميرا وميكروفون. كما هو الحال في برنامج ملتيميديا[1] الأمر الذي يتحقق به الحضور في مجلس العقد الالكتروني ويكون تبعًا لذلك تعاقدًا بين حاضرين حضورًا مفترضًا من حيث الزمان والمكان.

إن هذا الفقه يساوي بين الحالتين ويجعل من مجلس التعاقد فيهما حقيقيًا لا حكميًا فهو يعد تعاقدًا بين حاضرين من حيث الزمان والمكان.[2]

3. يرى جانب ثالث من الفقه أن التعاقد الالكتروني يعتبر تعاقدًا بين حاضرين لانعدام الفاصل الزمني بين صدور القبول وعلم الموجب به، لأنه يتم بوسيلة سمعية بصرية بين شبكة الانترنت AUDIOVISIAL كما هو الحال في استخدام الشبكة الرقمية للخدمات المتكاملة[3]. مما يسمح بالتفاعل بين طرفين يضمهما مجلس واحد حكمي افتراضي، يشبه في ذلك التعاقد بالتليفون من ناحية العلم الفوري ويأخذ نفس حكمه أي التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان[4]. وفكرة الفروق الزمنية التي تفرضها عملية التعاقد بين غائبين غير متوافرة بالنسبة للعقد الالكتروني، قد لا يعني هذا أن من وجهت إليه الرسالة قد علم بها لحظة وصولها، فقد يكون الكومبيوتر المرسل إليه مغلقًا في هذا الوقت وقد لا يكون هو مستلم الرسالة الالكترونية فقد يستلمها احد مقدمي خدمات الانترنت التي يبلغها له فيما بعد، في كلتا الحالتين يكون هناك فاصل زمني بين إرسال القبول وعلم من وجهت إليه بمحتواها[5] يعتبر تعاقدًا بين غائبين من حيث المكان شأنه شأن التعاقد بالمراسلة، ليكون طرفي العقد الالكتروني يتواجدان في دول مختلفة ويتم تنفيذ الالتزامات الكترونياً، كما في الخدمات المصرفية والاستشارات القانونية، أو عن طريق التسليم المادي.

1-LINANT de Belle fonds, HOLLANDE, Pratique du Droit de L'informatique, DELMAS,Paris,1998 p10.

2- رضا متولي وهدان، النظام القانوني للعقد الالكتروني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، حقوق، المنصورة، مصر، العدد42،2007، ص144.

3- أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص156.

4- يزيد أنيس نصير، مرجع سابق، ص114.

5- أحمد شرف الدين، نفس المرجع، ص155.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

إن الأخذ بفكرة أن العقد الالكتروني يعتبر تعاقدًا بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان يؤدي الى تجزئة مجلس العقد، أمر يتعذر الأخذ به لأن مجلس العقد يتطلب وحدة المكان واستمرارية زمنية متصلة وهذا الرأي يؤدي إلى تجزئة هذه الوحدة الزمانية والمكانية[1]. فضلاً عن أن هذا القول يعمل على الخلط بين مجلس العقد الحقيقي ومجلس العقد الحكمي، كما أنه ليس هناك مجلس عقد مختلط (حقيقي وحكمي) فالمجلس إما أن يكون حقيقيًا أو حكميًا، وفكرة العقد المختلط تؤدي إلى تجزئة مجلس العقد من خلال تجزئة أركانه (الركن المادي والركن المعنوي)، حيث يطبق على زمان المجلس أحكام العقد الحقيقي، في حين يطبق على مكان المجلس أحكام العقد الحكمي[2].

رأينا في هذا الشأن أن التعاقد الالكتروني عبر شبكة الانترنت واختلاف وجهات النظر بشأنها، يعتبر كالتعاقد عن طريق الهاتف وهو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وفقًا لأحكام المادة (64) من القانون المدني الجزائري لانعدام الفاصل الزمني بين صدور الإيجاب أو القبول والعلم به من جانب من يوجه إليه[3]، هذا إن كان القبول عن طريق الضغط على زر الموافقة في حالة التعاقد عن طريق أحد مواقع الشبكة أوعن طريق غرف المحادثة أو الوسائل السمعية والبصرية فيكون العقد الالكتروني المبرم بهذه الوسائل تعاقد بين حاضرين لتعاصر الإيجاب والقبول[4].

أما إذا كان القبول عن طريق البريد الالكتروني فقد يتحقق ذلك وقد لا يتحقق فيه الاتصال الخطي نظرًا لان جهاز كومبيوتر الموجب قد يكون مغلقًا وقت بث رسالة القابل مثلاً أو يكون هناك عطل فني في الشبكة يعيق وصول القبول فيحول دون الاتصال اللحظي.

خلاصة القول، يقصد بمجلس العقد، الحالة التي ينشغل فيها المتعاقدان بالعقد[5]، والغرض منه منح التعاقدين التعاقدين فترة للتدبر والتروي في أمر التعاقد طيلة مجلس العقد الذي يبدأ بالانشغال البات بالصيغة (الإيجاب) فيثبت للموجب خيار الرجوع عن إيجابه كما يثبت لمن وجه إليه الإيجاب خيار القبول أو الرفض طالما لم ينقضي المجلس، كما أن لمجلس العقد أهمية للعقد تتمثل في تحديد مكان وزمان العقد الذي يمكن عن طريقه معرفة المحكمة المختصة وكذا القانون الواجب التطبيق في حالة قيام نزاع، يتنوع مجلس العقد إلى نوعين حقيقي وحكمي، يفرق بينهما عنصرا الزمان والمكان إلا أن إجماع الفقه على أن معيار التزامن هو ضابط التمييز بينهما بالتالي يقوم على ركنين المادي وهو المكان، والمعنوي وهو الزمان، كما يشترط لتكوين مجلس العقد الالكتروني شرطان: أولهما حضور المتعاقدين في مجلس العقد حضورا افتراضيًا، وثانيهما بدء الانشغال بالصيغة. أما بشأن طبيعته القانونية فهو تعاقد بين حاضرين زمانًا وغائبين مكانًا إلا في التعاقد غير اللحظي حيث يكون بين غائبين زمانًا ومكانًا، تثير هذه المسألة أهمية كبيرة تتعلق بوقت نفاذ العقد والقانون الواجب التطبيق

1- أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق، ص23.

2- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص297.

3- سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص145.

4- خالد ابراهيم ممدوح، مرجع سابق، ص372.

5- عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام، مؤسسة البستاني للطباعة، 1990، ص35.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
والمحكمة المختصة بنظر النزاع.

المطلب الثاني: زمان ومكان إبرام العقد الالكتروني

يتم العقد بتطابق الإرادتين، يصدق ذلك على العقود التقليدية والالكترونية على السواء في اللحظة الزمنية التي يقترن فيها القبول بالإيجاب، وهذا الاقتران إما أن يكون حقيقيًا فيسمى بالتعاقد بين حاضرين أو يكون حكميًا فيسمى بالتعاقد بين غائبين[1].

تظهر الصعوبة في تحديد زمان ومكان انعقاد العقد عادة في التعاقد بين غائبين لوجود فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به في أغلب الأحوال، بما أن العقود الالكترونية المبرمة عبر الانترنت تدخل ضمن طائفة العقود المبرمة عن بعد (عقود المسافات)، التي تنعقد دون الحضور والوجود المادي للطرفين في مجلس عقد واحد، فإن مسألة تحديد انعقاد العقد الالكتروني ومكانه تعد من أهم المسائل القانونية التي يثيرها التعاقد الالكتروني عبر الانترنت والتي تستوجب معالجة قانونية تتماشى مع طبيعة هذا النمط من التعاقد. [2] خاصة وأن قانون التجارة الالكترونية النموذجي لسنة 1996 والتوجيه الاوروبي بشأن التجارة الالكترونية[3] الصادر سنة 2000 لم يحددا لحظة ومكان إبرام العقد.

حظيت مسألة تحديد زمان ومكان إبرام العقود بشكل عام باهتمام كبير من الفقه والقضاء والتشريع وذلك لأهمية النتائج التي تترتب على تحديد هذه المسألة[4] فتحديد زمان إبرام العقد يترتب عليه معرفة الوقت الذي يحق فيه للمستهلك العدول عن التعاقد، وكذا تحديد تنفيذ العقد لآثاره إما من حيث المكان فتظهر الأهمية في معرفة القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بالنظر في النزاع في حالة حدوثه [5].

ويثور التساؤل حول متى وأين ينعقد الالكتروني؟ ولبيان ذلك نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نخصص أولهما لزمان انعقاد العقد الالكتروني، والثاني لمكان انعقاده، وذلك في ضوء الأحكام الواردة بهذا الصدد، في القواعد العامة حسب مقتضى الأحوال ودون الخوض في تفاصيلها لمعرفة مدى تناسبها مع هذه الصورة الجديدة من العقود، ثم نتناول موقف بعض التشريعات الالكترونية الدولية والغربية والعربية.

الفرع الأول: زمان ابرام العقد الالكتروني: إن العقد الالكتروني يعتبر تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وتعاقد بين غائبين من حيث المكان، وفي هذه الحالة لا تثور صعوبة في تحديد زمان انعقاد العقد الالكتروني لعدم وجود فاصل زمني بين صدور القبول الالكتروني وعلم الموجب به.[6] هناك حالات أخرى لا يتحقق فيها فيها التزامن في التبادل الالكتروني للتعبير عن الارادة، كأن يتأخر المرسل إليه في فتح بريده الالكتروني في نفس الوقت الذي أرسلت فيه الرسالة من جانب المنشئ، في هذه الحالة يوجد فاصل زمني بين لحظة ارسال المنشئ

1- سعيد شيخو مراد المجوالي، المسؤولية المدنية الناتجة عن استخدام الكومبيوتر دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة بغداد 1990ص323.

2- عباس العبودي، مرجع سابق ص 138.

3- خالد ابراهيم ممدوح ، مرجع سابق ص373.

4- محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص161.

5-Alain Bensoussan, Internet Aspects Juridiques, op, cite, p11.

6- حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص152.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

الرسالة ولحظة قبول المرسل إليه وعلم المنشأ بهذا القبول، يثور التساؤل عن وقت إبرام العقد الالكتروني، فهل يعتبر فد أبرم عند دخول الرسالة الالكترونية المتضمنة القبول لنظام الكمبيوتر الخاص بالمجوب؟ أم عندما يقوم الموجب بالاطلاع عليها؟ كما أنه وإن كانت القاعدة العامة تقتضي بأن تحديد مكان انعقاد العقد يتبع زمان انعقاده[1] فإن الأمر يختلف في التعاقد الالكتروني لكون مكانه يختلف عن تحديد زمانه[2]

للإجابة عن هذا التساؤل يجب التطرق لأهم النظريات التقليدية التي وُضعت لمعالجة هذه المسألة في العالم المادي ومدى تطبيقها على العقود الالكترونية وموقف التشريعات المختلفة اتجاه هذا الموضوع.

أولاً: رأي الفقه والقضاء

1. رأي الفقه: أسفرت الاجتهادات الفقهية المختلفة الى ظهور عدة نظريات شهيرة[3] يمكن جمعها في أربع مذاهب فقهية لتحديد وقت نشوء العقد بين غائبين[4]تستند هذه النظريات الى لحظة اقتران القبول بالإيجاب لكنها اختلفت فيما إذا كانت هذه اللحظة هي لحظة إعلان القبول، تصديره، استلامه أو العلم به.[5] سنستعرض كل نظرية من هذه النظريات بإيجاز مع تطبيقاتها على التعاقد الالكتروني وبيان مدى ملاءمتها لطبيعة هذا النمط من التعاقد، في ظل الاتفاقيات الدولية والتشريعات والسوابق القضائية حول هذا الموضوع.

***نظرية اعلان القبول:** سنعرض أحكام هذه النظرية من خلال النقاط التالية:

أ. **مضمون النظرية:** إن العقد يتم بمجرد اعلان القبول، وتوافق الارادتين بمجرد صدور قبول مطابق للإيجاب ولا أهمية بعد ذلك علم الموجب بالقبول أو عدم علمه، فالقبول وفقًا لهذه النظرية تعبير إرادي غير واجب الاتصال يكفي مجرد اعلانه من صاحبه دون الحاجة لوصول ذلك للموجب، لما كان كلا طرفي العقد يكون في مكان مختلف عن الأخر، فإنه يبين لنا كيف أن هذه النظرية تسعى لتحقيق مصلحة القابل حيث يمتنع على الموجب بعد هذه اللحظة العدول عن الايجاب لإتمام التعاقد.[6]

ب.**أساس النظرية:** تستند هذه النظرية الى أن العقد هو توافق ارادتين على إحداث أثر قانوني معين، يتم فعليًا لحظة إعلان القبول، تستند هذه النظرية الى أن مقتضيات الحياة التجارية تقتضي السرعة في المعاملات، فالقابل يستطيع بمجرد إعلان قبوله أن يعتبر العقد منعقدًا ويجري تعامله مع الغير على هذا الأساس.[7]

1- حمودي محمد ناصر، العقد الالكتروني المبرم عبر الانترنيت مع التركيز على عقد البيع للبضائع، دار الثقافة، الطبعة01،عمان2012ص243.

2- خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص375، وكذا يزيد نصير، مرجع سابق، ص77.

3- حسام الدين الأهواني، مرجع سابق، ص151، وكذا بشار طلال المومني، مرجع سابق، ص72، وكذا محمد المطالقة، مرجع سابق، ص70.

4- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص237.حيث يرى أن التعاقد ما بين غائبين ليس الذي يميزه هو أن لا يجتمعا في مجلس واحد، بل أن المميز أن تفصل فترة من الزمن بين صدور القبول وعلم المجوب به، هذا متحقق تمامًا في حالة التعاقد الالكتروني.

5- محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في العقود المبرمة عبر الانترنيت، مرجع سابق، ص154، وكذا أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات "مصادر الالتزام"، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان2003

6- سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص136.وكذا شحاته غريب شلقامي، مرجع سابق ص120، و إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص 139. أحمد شرف الدين مرجع سابق، ص97. ويزيد أنيس نصير، مرجع سابق، ص87.

7- محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص34. وكذا سمير حامد عبد العزيز الجمال، نفس المرجع، ص136.و أشرف عبد الرزاق ويح، مرجع سابق، ص192. و و خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص376.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

ج.مدى تطابق النظرية مع العقد الالكتروني: بموجب هذه النظرية ينعقد العقد الالكتروني عبر الانترنت من حيث الزمان في اللحظة التي يعلن فيها القبول، وهي اللحظة التي ينتهي فيها القابل من تحرير رسالة الكترونية تتضمن القبول دون تصديرها ويضيف البعض[1]، انه يمكن اعلان القبول الالكتروني وفقا لهذه النظرية عن طريق قيام القابل بالنقر على الأيقونة المخصصة لذلك على الشاشة حيث تظهر كلمة موافق Accept/ok على ان القابل هنا قد لا يضغط على المفتاح الخارجي بالإرسال بل بالضغط على مفتاح التوقف Stop الموجود في أعلى صفحة البريد الالكتروني، حيث ان القبول لن يخرج في هذه الحالة عن سلطة القابل وسيبقى ذلك في مرحلة اعلان القبول.

د.تقييم النظرية: ان هذه النظرية وان كانت تتفق مع مقتضيات المعاملات التجارية الا انه يؤخذ عليها خروجها على القواعد العامة، التي تقضي بأن التعبير عن الارادة لا يحدث اثره الا من وقت العلم به، فالقبول باعتباره تعبيرا عن الارادة لا يحدث اثره بمجرد اعلانه وانما من وقت العلم به[4].

إن الاخذ بهذه النظرية يؤدي من الناحية العلمية الى زيادة وتعقيد المشاكل الخاصة بإثبات العاقد عبر الانترنت والتي تعد من أهم المشاكل القانونية الناجمة عن استخدام الانترنت في ابرام العقود، حيث غالبا ما يلجأ القابل الى انكار صدور القبول منه فيعد الموجب تحت رحمة وسلطان القابل إن شاء تمسك بهذا القبول وإن شاء انكر.[2] دون أن يتمكن أحد من التثبت من حقيقة قيام العقد، مما يزعج استقرار التعامل، فالقبول عندئذ لا يكون له وجود في اطار التعاقد الالكتروني إلا على جهاز الحاسب الآلي الخاص بالموجب له، ومن ثم يتعذر على الموجب من اثبات ان القابل قد كتب رسالة بيانات تتضمن قبولا في الوقت الذي يبقى القبول في صندوق البريد الالكتروني دون ان يتم إرساله فعلا الى الموجب، هذا من جهة ومن جهة اخرى لا يمكن اعتبار الرسالة قرينة على علم الموجب بها، وأن الأخذ بهذه النظرية لن يستقيم مع واقع التجارة والمعاملات الالكترونية.

2.رأي القضاء: قد أخذت بهذه النظرية محكمة النقض الفرنسية فجاء في قرار لها: "أن انعقاد العقد، يعد تامًا بقبول الإيجاب من وقت حصول القبول".[3]

كما قضت في الحكم الصادر في 17جانفي1981 عن الدائرة التجارية بنظرية اعلان القبول وتصديره، بأن العقد المبرم بالمراسلة ينعقد ليس باستلام الموجب لقبول الطرف الثاني ولكن بإرسال القابل بقبوله عدا الاتفاق على خلاف ذلك[4] .

وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الاردنية أن "التعاقد بالهاتف صحيح ونافذ بحق الطرفين ويعتبر من حيث

1- ابراهيم ابو الهيجاء- القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية –رسالة دكتوراه حقوق القاهرة، 2004 ص 56.

2- رمضان ابو السعود، مرجع سابق ص 88.

3- تاريخ القرار 1956/6/22 أشار إليه، عبد الحي حجازي، مرجع سابق، ص661. وكذا سليمان مرقس، مرجع سابق، ص194.

4- محمود عبد المعطي خيال، مرجع سابق ص84، وكذا محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع اشارة لقواعد القانون الأوروبي، دار الجامعة الجديدة للنشر 2005 ص 85.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

الزمان كانه بين حاضرين في المجلس...". مما يتبين أن القضاء الأردني أخذ بنظرية اعلان القبول عملا بالمادة 101 من القانون المدني الأردني.[1]

ثانياً: موقف القوانين والاتفاقيات الدولية: لم يأخذ بهذه النظرية أي من القوانين أو الاتفاقيات الدولية وتركت ذلك الى القوانين والتشريعات الداخلية لكل دولة.

ثالثاً: موقف التشريعات الغربية والعربية.

1.موقف التشريعات الغربية: لم يوجد من التشريعات سواء التقليدية العامة أو الخاصة المنظمة للمعاملات الالكترونية تشريعًا يأخذ بها.

2.موقف التشريعات العربية: تأخذ بعض التشريعات العربية بهذه النظرية[2]ومن ذلك القانون المدني الأردني الذي اعتنق نهج المذهب الحنفي حيث جاء نص المادة101 منه على أنه "إذا كان المتعاقدان لا يضمهما حين العقد مجلس واحد يعد التعاقد قد تم في المكان والزمان اللذين صدر فيهما القبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك"[3].

***نظرية تصدير القبول:** سنعرض هذه النظرية على غرار ما عرضناه بشأن النظرية السابقة كما يلي:

1.**رأي الفقه:**

أ. مضمون النظرية: إن العقد لا ينعقد بمجرد إعلان القبول من جانب القابل [4] إنما بتصدير هذا القبول، أي بإرساله فعلا، بحيث يكون نهائيًا لا رجعة فيه، فلا يستطيع القابل استرداده أو العدول عنه [5]، بأن ألقاه في صندوق البريد أو سلمه لعامل البرق فبعث به أو أبلغه لرسول انطلق ليخبر به الموجب [6] ،وعلى ذلك فإنه بجانب إعلان القبول فإنه يلزم القيام بفعل مادي إيجابي وهو إرسال القبول إلى الموجب وخروجه من سيطرة الموجب له.[7]

ب. أساس النظرية: تستند هذه النظرية إلى أن عملية تصدير القبول تؤدي لخروجه من سيطرة الموجب له وتفوت عليه امكانية استرداده والرجوع عنه، وهو ما يعني صيرورته نهائيًا.

ج. مدى انطباقها مع العقد الالكتروني: ينعقد العقد الالكتروني بموجب هذه النظرية عندما يكتب القابل رسالة بريد الكتروني تتضمن قبوله ويضغط على زر الإرسال فتخرج هذه الرسالة عن سيطرته ولا يعود بإمكانه التراجع عن القبول، فيصبح قبوله باتا، وتطبيقا لذلك أيضا ينعقد العقد عندما يرسل القابل رسالة نصية تتضمن القبول إلى الطرف الآخر(الموجب) في خدمة غرف المحادثة وذلك من خلال الضغط على مفتاح القبول

1- تمييز حقوق رقم 88/364 مجلة نقابة المحامين، العدد7، 1990 ص1338 اشار اليها نضال اسماعيل برهم، مرجع سابق ص60.

2- جدير بالذكر أن المذهب الحنفي يأخذ بنظرية اعلان القبول حيث يكفي لإتمام التعاقد تعبير الموجب له عن إرادته بالقبول بصرف النظر عن الموجب بالقبول من عدمه. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق،ص449.وكذا عبد المنعم فرج الصدى، مرجع سابق ص 299.

3- تقابلها المادة98 مدني سوري، المادة184 موجبات وعقود لبناني، المادة101 التزامات وعقود مغربي، والمادة 28 مدني تونسي

4- عاطف عبد الحميد حسن، وجود الرضا في العقد الالكتروني عبر شبكة الانترنت، دار النهضة العربية، 2008، القاهرة، ص141.

5-ISABELLE DE LA MBER TERIE, ET MICHEL VIVANT. L'internet et le droit, p 464,collection, la gi presse, Ed paris 2001.

6- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ص203.

7- يزيد أنيس نصير، الارتباط بين الإيجاب والقبول في القانون الأردني والمقارن، مرجع سابق، ص87، وكذا شحاته غريب شلقامي، مرجع سابق، ص122.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

(enter) في لوحة مفاتيح الحاسوب، أو عندما يضغط القابل بالمؤشر المتحرك للحاسوب على خانة القبول في العقود المعروضة على مواقع الويب (web sites) لأن الضغط عليها هنا يعتبر إرسالا للقبول إلى موقع الويب الذي يعرض الإيجاب.[1]

د. تقييم النظرية: رغم الإضافة التي أتت بها هذه النظرية عن سابقتها إلا أن أوجه النقد التي وجهت للأخيرة تصدق بشأن الأولى أيضًا، من هذه الانتقادات:

* إن تصدير القبول من الناحية العملية لا يحول دون استرداد[2] القابل له أو على الأقل الإسراع بإبلاغ الموجب بالرجوع عن القبول وذلك قبل وصول القبول أو لحظة وصوله فلا ينعقد العقد عندئذ رغم تصدير القبول وفقا لهذه النظرية، وبالتالي فإن هذه النظرية وإن حاولت التغلب على مشكلة إثبات الموجب لوجود القبول، فإنها لم تتغلب على إشكالية استرداد الموجب له لقبوله أو الإعلان عن العدول عنه قبل وصوله. من الناحية الفقهية أن التصدير ما هو في حقيقة الأمر إلا واقعة مادية ليست لها أية قيمة قانونية ولا تكفي لتوافق الإرادتين الذي يعد جوهر انعقاد العقد.[3]

*في إطار التعاقد الالكتروني لا يمكن الأخذ بهذه النظرية، لأن مجرد صدور رسالة البيانات المتضمنة لإرادة القبول لا يعني وصولها فعلا إلى نظام المعلومات للمرسل إليه أو لمورد خدمة الاتصال، ذلك أنه من الممكن أن تتعرض الرسالة الالكترونية لأسباب تقنية أو فنية مما قد يؤدي إلى تلفها أو عدم تسلمها من قبل نظام المعلومات التابع للشخص المعني وتضل هذه الرسالة الالكترونية المحتوية على القبول حبيسة البريد الالكتروني للقابل، بالتالي عدم انعقاد العقد،[4] وبناء على ذلك إذا أرسل القبول و لم يكن هناك سبب فني يمنع الإرسال فلا وجود للحظة تصدير لأنها ذاتها لحظة الاستلام، فالتصرفات الالكترونية تصرفات عن بعد ولكنها فورية ومتعاصرة،[5] تؤدي هذه الاعتبارات إلى عدم الأخذ بهذه النظرية واستبعاد تطبيقها في تحديد لحظة انعقاد العقد العقد عندما يجري التعاقد من خلال برامج البريد الالكتروني أو برامج المتاجر الافتراضية.

2.**رأي القضاء:** يميل القضاء الانجليزي إلى الأخذ بنظرية تصدير القبول[6] ويرجع السبب في الأخذ بهذه النظرية النظرية في القضاء الانجليزي، إلى أنه وفقًا للتعليمات التي تحكم البريد في انجلترا، أنه يستحيل على الشخص الذي يضع رسالة في صندوق البريد أن يستعيدها، فإدارة البريد منذ هذه اللحظة تحجزها لصالح المرسل إليه، فإدارة البريد تعد بمثابة وكيل قانوني للموجب، فضلاً عن ذلك أن استلام الرسالة من قبل الوكيل القانوني (دائرة البريد) يعني أنها من الطبيعي أن تصل إلى الأصيل (الموجب) أما عن تحمل الموجب لمخاطر التأخير في نقل الرسالة أو ضياعها، فإن هذا الأمر منطقي، مادام هو الذي اختار هذه الوسيلة من وسائل الاتصالات، فعليه أن

1- محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص166.

2- عباس العبودي، مرجع سابق، ص158، وما أشار إليه في الهامش (1)

3- سليمان مرقس، مرجع سابق، ص196، محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص35.

4- سمير برهان، مرجع سابق، ص 4.

5- زياد خليف العنزي، مرجع سابق، ص136.

6- آنسون في كتابه أحكام العقد، ص 44، أشار إليه عباس العبودي، مرجع سابق، ص 158.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

يتحرى عن وصول أو عدم وصول الرسالة، اتضح ذلك في دعوى مفادها أن شخصا يدعى (GRANT) اكتتب بأسهم الشركة المدعية، فقام مديرها بتصوير خطاب قبول الاكتتاب قائلا: إنها قد خصصت للمدعى عليه، فقد هذا الخطاب و لم يتسلمه (GRANT) قط، وبعد ذلك بفترة 'صفيت الشركة بسبب سوء أحوالها المالية، فطلب المصفون فيها أن يسدد قيمة الأسهم التي اكتتب فيها كاملة، وقضت المحكمة بأنه يعتبر مساهما لأن عرضه الاكتتاب قد قبل من تاريخ تصدير الشركة خطاب القبول، لذا يكون ملتزما بسداد قيمة الأسهم.[1]

أخذت محكمة النقض الفرنسية بنظرية إرسال القبول، حيث قضت بأنه: "ما لم يوجد اتفاق مغاير بين الأطراف فإن العقد ينعقد ليس بتسلم الموجب لقبول الطرف الآخر، ولكن بإرسال القابل لقبوله".[2] مع العلم بأن القضاء الفرنسي ظل مترددا بشأن الأخذ بأي من النظريات المتعلقة بتحديد لحظة إبرام العقد بين غائبين،[3] ولعل سبب هذا التردد في إحكام القضاء الفرنسي مرده أن محكمة النقض الفرنسية قد قضت بأن مسألة إبرام العقد تندرج ضمن مسائل الواقع وليس القانون ومن ثم تتمتع محكمة الموضوع بشأنها بسلطة تقديرية[4] ولعدم ولعدم وجود اجتهادات قضائية مستقرة في هذا الموضوع، بدأت المحاكم الأقل درجة بالتخبط في قراراتها في هذه المسألة، فأخذت تارة بنظرية إعلان القبول وتارة أخرى بتصديره وأحيانا بتسليمه أو بالعلم به [5]، واستمر واستمر الأمر كذلك إلى أن أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرارا مرجعيا لها في هذه المسألة عام1981 اعتبرت فيه أن المسألة تخضع أولا لاتفاق الطرفين فإن لم يوجد مثل هذا الاتفاق فتحدد لحظة انعقاد العقد ومكانه من لحظة إعلان القبول،[6] وبغض النظر عن وجهة نظرنا فيما ذهبت إليه المحكمة فإننا نرى أن هذا الخلط والتردد يجد سببه في صمت المشرع الفرنسي (على غير عادته) في مسألة جوهرية كهذه.

ثانياً: موقف القوانين والاتفاقيات الدولية: لم يأخذ بهذه النظرية سواء القوانين الدولية أم الاتفاقيات الدولية وتركت مسألة ذلك إلى القوانين والتشريعات الداخلية لكل دولة على حدى.

ثالثاً: موقف التشريعات الغربية والعربية

1. موقف التشريعات الغربية: لم يرد في التشريع الفرنسي أي نص خاص يبحث في مسألة زمان ومكان إبرام

1- تقضي المادة (57) من اتفاقية البريد العالمية بالحل الذي يأخذ به القضاء الانجليزي غير أنها تسمح للدول المتعاقدة، أن تأخذ بالحل المعاكس إذا أبدت تحفظا بذلك، ويبدو أن هذا التحفظ غير مسموح به في حالة البرقيات، فتحي عبد الرحيم عبد الله، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانونين المصري والانجليزي المقارن، المنصورة، مصر 1959، ص119.

Xavier LINANT de BELLE FONDS : la problématique françai calla que due 13 Mai 1998 : commerce électronique et avenir des circuits de distribution (De l'expérience des états unis aux perspectives françaises, Aspects juridiques et fiscaux), cazette du palais Dimanche 18 p. 17.

أشار إليه مجد الدين محمد إسماعيل السوسوة، مرجع سابق، ص670.

2- انظر على سبيل المثال حكم الدائرة التجارية الصادر في 1981/01/07 cass. Com 7janv. 1981,Bull. civ. Iv. N°14. P11 أشار إليه كل من سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص138، وكذا مصطفى أحمد أبو عمرو، مرجع سابق، ص123.

3- يزيد أنيس نصير، مرجع سابق، ص99.

4- وقد استقرت محكمة النقض على ذلك منذ عام 1867 حين أصدرت قرارا لها جاء فيه "تحديد الوقت الذي يصبح فيه العقد تاما، في الاتفاقيات المرتبطة ببعضها عن طريق المراسلة بين الفريقين هو عموما مسألة واقع يتوقف حلها على ظروف القضية"، أشار إليه جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت 2000، ص: 368.

5- محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، مرجع سابق، ص: 37.

6- محمود خيال، التعاقد عن طريق التلفزيون، مرجع سابق، ص: 85، جاك غستان، مرجع سابق، ص: 370.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

العقد عبر الوسائل التقنية ولا حتى في العقود التي تبرم بين غائبين، فجاء القانون المدني الفرنسي خاليا من أي نص يشير إلى هذه المسألة وحتى التعديل الذي ورد على بعض نصوص القانون المدني بموجب القانون2/230 [1] اقتصر على مسألة الإثبات والتوقيع الالكتروني ولم يرد فيه ما يفيد بتحديد زمان ومكان إبرام العقود.

– كما أخذ بهذه النظرية المشرع السويسري في المادة(1/10) من قانون الالتزامات التي تنص على أن: "العقد الذي يبرم بين غائبين ينتج آثاره من وقت تصدير القبول". كما يأخذ بها القانون الايرلندي ويميل إليها القانون الانجليزي،[2] وكذا مدونة العقود الأمريكية في المادة (63/ب).

2. موقف التشريعات العربية: لم يأخذ بهذه النظرية أيًا من التشريعات العربية [3].

***نظرية وصول (تسليم) القبول:**

1.رأي الفقه:

أ. مضمون النظرية: يتم العقد بمجرد وصول القبول إلى الموجب، حيث يصبح القبول نهائيا لا يمكن استرداده ومن ثم ينعقد العقد بصرف النظر عن علم الموجب بالقبول أم لم يعلم به،[4] بموجب هذه النظرية فإن وصول القبول إلى الموجب يعد قرينة على علمه به، فالعبرة باستلامه له.

ب. أساس النظرية: تستند هذه النظرية للمبررات التالية:

*ان استلام الموجب للقبول يؤدي لجعله نهائيا بحيث لا يستطيع القابل استرداده.

*أن وصول القبول إلى الموجب يعد بمثابة قرينة على علمه به وبما تضمنه.

*أن الأخذ بها يؤدي لتوزيع المخاطر بين طرفي العقد على نحو يحقق العدالة، فالموجب له يتحمل تبعة تأخر وصول القبول للموجب، كما يتحمل الأخير مخاطر عدم العلم بالقبول رغم استلامه له[5].

ج. مدى انطباقها مع العقد الالكتروني: بمقتضى هذه النظرية ينعقد العقد الالكتروني لحظة دخول الرسالة الالكترونية في صندوق البريد الالكتروني سواءً قرأ الرسالة أم لم يفعل[6]، فالعبرة بتسلم القبول وليس العلم به.

يختلف الأمر وفقًا لما إذا كان الموجب (المرسل إليه) قد حدد نظامًا معينًا للمعلومات لاستلام الرسالة الالكترونية من عدمه، فإذا كان قد حدد نظاما للمعلومات يتم بموجبه استلامه للقبول أو للرسالة الالكترونية التي تشمل عليه، فإن العقد الالكتروني يتم في اللحظة التي يتلقى فيها الموجب الرسالة الالكترونية التي تتضمن القبول وتتحدد لحظة إتمام التعاقد الالكتروني في هذا الغرض بوقت دخول الرسالة الالكترونية السالف ذكرها

1– القانون رقم 230 الصادر في 13 مارس لسنة 2000 بشأن تطويع قانون الإثبات لتكنولوجيا المعلومات والتوقيع الالكتروني، الجريدة الرسمية الفرنسية رقم 62 بتاريخ 14 مارس 2000 الصفحة 3968 منشور في موقع وزارة العدل الفرنسية < http://www. Justice. Gouv. Fr >

2– محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، مرجع سابق، ص40، وجاك غسان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، مرجع سابق، ص267.

3– الجدير بالذكر أن مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري في المادة 02 يأخذ بهذه النظرية، مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص123

4– عاطف النقيب، نظرية العقد، الطبعة الأولى، منشورات عويدات، بيروت، 1988، ص142.

5– عباس العبودي، مرجع سابق، ص: 160.

6– عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص159، أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الالكترونية، مرجع سابق، ص237

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

في نظام المعلومات الذي حدده الموجب، وعلى ذلك فإنه إذا تم إرسال القبول عن طريق البريد الالكتروني فإن العقد يتم لحظة وصول القبول للبريد الالكتروني للموجب، وهو أمر يسهل إثباته من جانب الطرفين، وتجدر الإشارة إلى أن العقد يبرم في هذه الحالة حتى ولو لم يطلع الموجب على محتويات بريده الالكتروني بحيث يعلم فعليا بالقبول الذي أدرج به.[1] وإذا تم إرسال الرسالة الالكترونية المتضمنة للقبول عبر نظام معلومات آخر خاص بالموجب ولكنه ليس هو ذات النظام المعلوماتي الذي حدده الأخير لتلقي القبول الالكتروني، كما في حالة وجود وسيط الكتروني بينهما يتولى تسلم الرسالة من الموجب له وتوصيلها أو نقلها الكترونيا أيضا للموجب فإن العقد يتم في هذا الغرض في اللحظة التي يستخرج فيها الموجب الرسالة الالكترونية المتضمنة للقبول، على أن الموجب قد لا يحدد أصلا نظام معلوماتي لتلقي القبول الالكتروني وعندئذ فإن العقد الالكتروني يتم لحظة دخول الرسالة الالكترونية المشتملة على القبول في نظام معلوماتي يخص الموجب، ويعد ذلك إعمالا لنظرية استلام القبول والذي يعد قرينة على العلم به، خاصة وأنه في مجال التعاقد الالكتروني بواسطة البريد الالكتروني E-mail فإنه يسهل تحديد لحظة هذا الاستلام بدقة.

تجدر الإشارة هنا إلى أن لحظة إرسال القبول هي غالبا ذات اللحظة التي يتسلمه فيها الموجب، كما أنه لا عبرة في هذا الغرض بعلم الموجب بالقبول فعليا من عدمه.

نظرًا لأهمية تحديد لحظة انعقاد العقد الالكتروني فإن الأطراف أو المشرع قد يتطلب اتخاذ إجراء أو القيام بعمل معين يؤكد على وصول الرسالة كالإقرار باستلام الرسالة الالكترونية المشتملة على القبول أو الإيجاب الالكتروني، وقد يعلق الطرفان إبرام أو إتمام التعاقد على وصول ذلك الإقرار بالاستلام.[2]

د. تقييم النظرية: إن هذه النظرية تتأرجح بين النظريتين السابقتين، فهي تأخذ بنظرية التصدير متأنية حتى يصل القبول إلى الموجب، وتأخذ بنظرية العلم متعجلة إذ تجعل وصول القبول قرينة على العلم به،[3] فهي لا تعدو أن تكون واقعة مادية لا يوجد لها قيمة قانونية فالعبرة بعلم الموجب بالقبول.

إن الانتقادات السالفة لا ترد على هذه النظرية فيما لو استخدمت في بيئة الكترونية كشبكة الانترنت[4] خاصة أن أغلب المواقع التجارية على الشبكة والتي توجه عروضها إلى الجمهور وتنتظر الرد عبر رسائل بريد الكتروني أو عبر الضغط على خانات القبول في نماذج العقود المطروحة على مواقعها تستخدم وسائط الكترونية مؤتمتة تكون مبرمجة للتعامل مع هذه الرسائل ومعالجتها وتجهيز الطلبيات، ويكون الدور البشري هو دور توجيه وإشراف على عمل هذه الوسائط وبالتالي فإن وصول رسائل الكترونية إلى صندوق البريد يؤدي إلى الاطلاع عليها مباشرة من قبل هذه الوسائط الالكترونية والعلم بمضمونها ويكون وصول رسالة القبول متزامنا مع العلم بها أما إذا كان مرسل الإيجاب شخصًا عاديًا وليس موقعًا الكترونيًا ولا يملك وسائط مؤتمتة ومن ثم لا يمكن

1- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 118.

2- مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص 129.

3- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص224.

4- محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص168.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

القبول أن هذا الشخص قد علم بالقبول لحظة وصوله فعلا بل يفترض عليه أن يطلع على مضمونها إذا كان جادا في التعاقد والقول بغير ذلك سيترك أمر التعاقد بيد الموجب والقابل، وأن العقد ينعقد ويرتب آثاره من لحظة وصول رسالة القبول التي تظهر بعد فترة وجيزة على شاشة الحاسوب تقول:" لقد تم إرسال الرسالة بنجاح إلى العنوان ...".

2. رأي القضاء: يأخذ القضاء الألماني بنظرية الاستلام المجسدة من قبل أحكام التحكيم كمبدأ دولي معترف به بما تتضمنه من حلول لتنازع القوانين بخصوص وقت إبرام العقد الالكتروني وعلى سبيل المثال القرار التحكمي الصادر عن محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الخارجية لبرلين في القضية رقم 12 سنة 1976،[1] وهو ما يتماشى وطبيعة التجارة الالكترونية وانتشارها العالمي الواسع. أما موقف القضاء الانجليزي الذي يتأرجح بين نظرية تصدير القبول واستلام القبول. وفي دعوى عرفت باسم (TELEX CASE) تغير موقفه فأخذ بنظرية استلام القبول، ومضمونها أن الشركة المدعية إنجليزية، وهي تباشر نشاطها في لندن، والمدعى عليها شركة أمريكية للمكتتب في أمستردام، والشركتان مجهزتان في لندن بأجهزة تلكس كل منهما تستطيع أن تطلب الأخرى بواسطة رقم جهاز التلكس الخاص بها، ويكون ما يكتب على آلة التلكس في لندن يكتب فورا على الجهاز الآخر في أمستردام والعكس صحيح.

عرضت الشركة المدعية إيجابا بطريقة التلكس، وقبل من الشركة المدعى عليها بالتلكس أيضا، وتزعم الشركة المدعية أن العقد يتعلق ببيع كمية من الأجهزة الكهربائية لم ينفذ على الوجه الصحيح، وتريد رفع الدعوى ضد الشركة الأمريكية أمام القضاء الإنجليزي، تمسكت المدعى عليها بأن قبولها صدر في هولندا وليس انجلترا، ولكن حكم القضاء الانجليزي بأن العقد تم في لندن وهو مكان استلام القبول وبناء على ذلك عملت المحاكم الانجليزية على تطوير قاعدتين هما: قاعدة البريد (Postal Roule)، وقاعدة الاستلام (Recépât Roule)، لتحديد لحظة تكوين العقد عن طريق البريد والتلكس، والتحقق من هاتين القاعدتين بتجربة المحاكم، ربما يقترح كيف ستعالج الأخيرة عقود الشبكة العالمية والبريد الإلكتروني، وما تقرره المحاكم في النزاع الحتمي الذي يحصل بين المتعاقدين[2].

ثانياً: موقف القوانين والاتفاقيات الدولية:

1. موقف القوانين الدولية:

أ. مبادئ العقود التجارية الدولية (اليونيدرو): تنص المادة (2/6) من مبادئ عقود التجارة الدولية الصادرة في روما عن المعهد الدولي لتوحيد قواعد القانون الخاص (UNIDROT) لسنة 1994 على أنه: "ينتج القبول أثره لدى وصول ما يفيد القبول إلى الموجب"[3]، ويعتبر القبول قد وصل إلى المرسل إليه إذا وجه إليه شفاهة أو تسلمه في موطن أعماله أو في عنوانه البريدي، وبالتالي تكون اليونيدروا قد أخذت بنظرية وصول القبول.

1-NAIMI CHARBONNIER Marine : La formation et les écoutions du contrat électronique, thèse de doctorat, université panthéon- Assas, paris II. 2003, p 94.

2– Angland and walescaurt of Appeal (civil division) Decisions entrares Ltdv Miles for east carporation (1955) EWCACIV3 (17 May 1955) URL: http: // www. Ba ili. Org / ew / cases /EWCA/ civ /1955 /3 html

3– الترجمة العربية لمبادئ العقود التجارية الدولية (اليونيدرو)، روما 1994، ص53.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

ب. قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية الصادر في ديسمبر 1996: قد نظم القانون النموذجي للتجارة الالكترونية الذي اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها 162/51 مسألة زمان ومكان إرسال واستلام رسائل البيانات في المادة (1/15)، منه مشيرا في فقرتها الأولى على أنه:[1] "ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك يقع إرسال رسالة البيانات عندما تدخل نظام معلومات، لا يخضع لسيطرة المنشئ أو سيطرة الشخص الذي أرسل رسالة البيانات نيابة عن المنشئ". ونصت الفقرة الثانية على أنه:" ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك، يتحدد وقت استلام رسالة البيانات على النحو التالي: يتبين من ذلك أنها تفرق حال تحديدها وقت تلقي رسالة البيانات بين فرضين:

-إذا كان المرسل إليه قد عين نظام معلومات لغرض استلام رسائل البيانات، يقع الاستلام:

*وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات المعين.

*وقت استرجاع المرسل إليه لرسالة البيانات، إذا أرسلت رسالة البيانات إلى نظام معلومات تابع للمرسل إليه ولكن ليس هو النظام الذي تم تعيينه.

-إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات يقع الاستلام عندما تدخل رسالة البيانات نظام معلومات تابعا للمرسل إليه".

لتوضيح الفرضين السابقين نسوق المثال التالي: لو فرضنا أن موقع مكتبة أمازون (AMAZON) على الانترنت يملك أكثر من عنوان بريد الكتروني أحدها لدى شركة ياهو (Yahoo)، وهو AMAZON @ YAHOO. COM والعنوان الآخر لدى شركة (HOTMAIL) وهوAMAZON @ HOTMAIL فإن طرح موقع مكتبة أمازون عرضا على صفحات موقعه الالكتروني وطلب من الجمهور أن يرسلوا القبول على عنوانه البريدي الأول فكل رسالة بريد الكتروني تتضمن قبولا تصل إلى العنوان البريدي الآخر الموجود لدى الشركة فلا تعتبر قد استلمت إلا من وقت قيام مكتبة أمازون باسترجاعها أي استخراجها من البريد الالكتروني الآخر، ويعكس ذلك فلن تعتبر الرسالة قد استلمت حتى لو كانت قد دخلت في صندوق بريدها لدى شركة (HOTMAIL).

ونلاحظ من خلال نص المادة (2/15) أن المشرع في القانون النموذجي يركز على فكرة دخول رسالة البيانات إلى نظام المعلومات التابع للمرسل إليه وقد وضح الدليل الإرشادي لسن القانون النموذجي المرفق بهذا القانون أن المقصود بدخول نظام المعلومات هو الوقت الذي تصبح فيه رسالة البيانات متوفرة وقابلة للمعالجة والعرض داخل نظام معلومات المرسل إليه، أما مجرد وصولها لنظام المعلومات التابع للمرسل إليه وكونها غير قابلة للمعالجة والعرض بمعنى حدوث خلل وظيفي في النظام يمنع عرضها فذلك يجعل هذه الرسالة وكأنها لم تصل، ويضيف الدليل الإرشادي أيضا في هذا الإطار بأن المقصود من النص السابق هو دخول الرسالة إلى نظام المعلومات، وليس وصولها إليه فقط، إذ يمكن أن تصل الرسالة إلى نظام معلومات يكون مغلقا في هذا الوقت وبالتالي لا يتعامل معها وفي هذه الحالة لا تكون الرسالة قد دخلت النظام، وقد بين الدليل الإرشادي أن هدف

1- تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص93. وكذا كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص453.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

المشرع في القانون النموذجي هو أن لا يضع على عاتق المرسل إليه التزاما بأن يجعل نظامه عاما في جميع الأوقات.[1] مما سبق يلاحظ على النص أنه ترك للأطراف حرية تحديد ميعاد إبرام العقد، فإن لم يتفق الأطراف على ذلك وضع النص السابق الذي يستشف منه أنه أخذ بنظرية تسلم القبول، أي وقت تسلم الموجب القبول (بدخول الرسالة نظام المعلومات الخاص به، أو نظام معلومات تابع له).[2]

ج. العقد النموذجي بشأن المعاملات الالكترونية الصادر عن اليونيسترال في مارس 2000: قد بين وقت انعقاده حيث نصت المادة (2/3) على أنه: "تعتبر المعاملة الالكترونية قد انعقدت بإرسال الرسالة قبولا لإيجاب تم قبوله حسبما هو محدد في البند (3-2-4)" والمادة (3-2-4 القبول) تنص على أنه: "يعتبر القبول حسبما هو محدد في المبحث 3-2-1 عليه مقبولا إذا تسلم مرسل هذا الإيجاب قبولا غير مشروط للإيجاب خلال التوقيت المحدد". ومن هذا النص يتضح أن زمان انعقاد العقد هو وقت إرسال القابل رسالة القبول أي أن العقد النموذجي الصادر عن اليونيسترال قد أخذ بنظرية تسلم القبول.

د. التوجيه الأوروبي الخاص بالتجارة الالكترونية الصادر في 08 جوان 2000 على الرغم من الأهمية المرتبطة بتحديد زمان ومكان انعقاد العقد في حالة إبرامه عن بعد فقد جاء التوجيه الأوروبي[3] رقم 7/97 الصادر في 20 ماي 1997 المتعلق بحماية المستهلكين في مجال التعاقد عن بعد، جاء خاليا من أية إشارة بشأن هذا التحديد أما عن توجيه التجارة الالكترونية رقم 31/2000 فقد كان يقترح أن يكون نص المادة (11) منه كالآتي: "عدا كون الأطراف من المهنيين أو اتفاقهم على غير ذلك.

- يعقد العقد إذا كان متلقي الخدمة قد تلقي بالطريق الالكتروني من جانب المؤدي علم الوصول.
- يعتبر علم الوصول قد تم تسلمه ويعتبر التأكيد قد تم إذا كان الأطراف المخاطبين به يستطيعون الوصول إليه.
- علم أو استلام المؤدي وتأكيد المرسل إليه يتم إرسالها في أقصر وقت".

بهذا النص الذي كان مقترحًا يعتبر زمان انعقاد العقد هو الوقت الذي يتلقى فيه القابل بالطريق الالكتروني من الموجب ما يفيد علمه بوصول القبول و لم يترك أمر إرسال ذلك التأكيد من الموجب وقفا على إرادته بل اعتبر النص أن علم الوصول قد تم تسلمه والتأكيد قد تم إذا كان الأطراف المخاطبين به يستطيعون الوصول إليه، وهو أمر حسن. إلا أنه لم ترد هذه الأحكام في الصياغة النهائية للتوجيه الذي تم إقراره في 8 جوان 2000 فقد تمت صياغة المادة (1/11) على النحو التالي:

تعمل الدول الأعضاء على أنه في الحالة التي يعلن فيها المرسل إليه الخدمة عن طلبه بالوسائل التكنولوجية، ما لم يتفق الأطراف من غير المستهلكين على غير ذلك، على تطبيق المبادئ الآتية:

-يجب أن يرسل المؤدي علما باستلام الطلب إلى المرسل إليه دون مدة غير مبررة بالطريق الالكتروني كما أن طلب وعلم الوصول يعتبر قد تم استلامهما عندما يستطيع الأطراف المخاطبين الوصول إليهما".

1- أحمد شرف الدين، عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص: 172.

2- طاهر شوقي مؤمن، عقد البيع الالكتروني "بحث في التجارة الالكترونية" القاهرة، دار النهضة العربية، 2007، ص43

3- محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص: 77 وكذا البند رقم 104 من الدليل الإرشادي لسن القانون النموذجي، ص52

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
إن تيسير إجراء تكوين الرضا يلازمه ترك حل صريح منسق على المستوى الأوروبي بسبب الخلافات الزائدة حول لحظة تكوين العقد في تشريعات الدول الأعضاء، ويبدو أن التغيير الذي تم إدخاله في اختيار المفردات يعبر عن تفاوت من ناحية الموضوع، أي الأخذ باختيار جديد حقيقي، وفي الواقع فإن الدول الأعضاء تحتفظ من الناحية الظاهرية بكل مرونة لتحديد لحظة انعقاد العقد، وهذه اللحظة مشروطة بإجراء الطلب المحدد بالتوجيه، وهذا التراجع لا يمنع التنسيق المرغوب في الحلول على المستوى الأوروبي [1].

بالتالي يكون التوجيه قد أخذ بنظرية استلام القبول وتصدير علم الوصول بواسطة الموجب، ويجوز للمتعاقدين المهنيون اختيار لحظة إبرام العقد وتنص المادة (2/11) من توجيه التجارة الالكترونية على أنه "تراعي الدول الأعضاء، أن يضع المؤدي تحت تصرف المخاطب بالخدمة الوسائل التقنية الملائمة الفعالة، التي يمكن الوصول إليها والتي تسمح له بتحديد الأخطاء المرتكبة في تحديد وتلقي المعطيات وتصحيحها وذلك قبل تقديم الطلب، ما لم يتفق الأطراف من المستهلكين على خلاف ذلك".

أقر كذلك العقد النموذجي الأوروبي(E.D.I) للتبادل الالكتروني للبيانات نظرية وصول القبول، ونص في مادته (3/3) على أنه: "تعد لحظة ومكان إبرام العقد المبرم من خلال (E.D.I) هي اللحظة والمكان التي تستقبل فيها رسالة(E.D.I) الخاصة بقبول الإيجاب في النظام المعلومات للموجب".[2] كما نصت المادة 3/4 من اتفاقية التبادل النموذجي للجنة الاقتصادية لأروبا على أنه: "يعتبر العقد المنشئ باستخدام التبادل الالكتروني للبيانات قد أبرم متى استلمت الرسالة كقبول لعرض وفقا للمادة 1/3 من الاتفاق".[3]

و. منظمة المؤتمر الإسلامي: إن القرار رقم (6/3/54) الصادر من مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته السادسة قد نص على أنه: "إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد ولا يرى أحدهما الآخر معاينة ولا يسمع كلامه وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة، أو السفارة (الرسول) وهذا ينطبق على الكمبيوتر"[4] ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجه إليه وقبوله.

2. موقف الاتفاقيات الدولية: إن الاتجاهات الحديثة في الاتفاقات الدولية الخاصة بالعقود قد أخذت بنظرية وصول القبول في حالة التعاقد بين غائبين، مثال ذلك:

***اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980:** أخذت هذه الاتفاقية والموقعة في 11 أفريل 1980 بنظرية وصول القبول، إذ يعد العقد منعقدا في عقود البيع ذات الصفة الدولية للأموال المنقولة بمجرد وصول القبول إلى الموجب سواء علم بالقبول أم لا[5] وقد توصلت الاتفاقية إلى هذه القاعدة من خلال ثلاثة نصوص، إذ وضعت

1-SOLUS (H),GHESTIN (F) et MAS (F), op. cit. p199 et 200.

2- عادل أبو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص166.

3- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص381.

4- مجلة مجمع الفقه الإسلامي في دورته التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، حكم إبرام العقود بآلات الاتصال الحديثة، العدد 6، ج 2، ص: 1267.

5- ومما تجدر الإشارة إليه أن الاتفاقية لا تطبق بشأن البيوع مع المستهلكين، بالتالي لا تتناسب مع البيوع عبر الانترنت التي تبرم في معظمها مع مستهلكين، إلا أن الإشارة إليها ليست إلا على سبيل الاستدلال لموضوع تحديد لحظة انعقاد العقد كمسألة خلافية فيما بين التشريعات الوطنية، وعلى اعتبار أن هذه الاتفاقية الموقعة من قبل 45 دولة، تتضمن في ثناياها نصا اتفاقيا حول مسألة خلافية كمؤشر على إمكانية توحيد المواقف بشأن وقت انعقاد العقد بموجب اتفاقية مماثلة،

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

المادة (23) المبدأ العام القاضي بأن: "العقد ينعقد في اللحظة التي يحدث فيها القبول أثره على وفق أحكام هذه الاتفاقية".

وبينت المادة (2/18) متى يحدث القبول إثره بقولها: "في حكم هذا الجزء من الاتفاقية يعد الإيجاب أو الإعلان عن القبول أو أي تعبير آخر عن القصد، قد وصل إلى المخاطب عند إبلاغه شفويا أو تسليمه شخصيا بأية وسيلة أخرى أو تسليمه في مكان عمله أو في عنوانه البريدي أو لدى تسليمه في مكان سكنه المعتاد إذا لم يكن لديه مكان عمل أو عنوان بريدي" [1]. تفيد هذه النصوص أن أي عقد بيع دولي يتم عبر الانترنت يعد منعقدا في اللحظة التي يتسلم فيها الموجب القبول، وبناء على هذه الاتفاقية فإنه لا يتم إبرام العقد ولو تم إرسال القبول إذا ما فقد بعد ذلك في البريد، وتعتبر هذه الاتفاقية من الناحية العملية أكثر ملاءمة في التطبيق لأن ذلك يساعد على التخفيف من صعوبة الإثبات، فعلم الموجب بالقبول ليس بالضرورة أمرا حاسما لإبرام العقد، بل يكفي أن توضع الرسالة المحتوية على القبول في صندوق البريد الخاص به لكي تكون جاهزة للتسليم[2].

***اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع:** قد وضعت اتفاقية إيديك لسنة 1990 التي أعدها مجلس التبادل الالكتروني للبيانات في كندا أن المقصود بالاستلام الصحيح هو دخول الرسالة الالكترونية في جهاز الكمبيوتر الخاص بالمرسل إليه.[3]

***الاتفاق الأوروبي النموذجي للتبادل الالكتروني للبيانات:** نص على أنه: "يعتبر العقد الذي تم باستخدام التبادل الالكتروني للبيانات مبرما في الوقت والمكان الذين تصل فيهما الرسالة التي تشكل قبولا لعرض بواسطة التبادل الالكتروني للبيانات إلى نظام كمبيوتر مقدم العرض".[4]

***اتفاقية التبادل النموذجي للجنة الاقتصادية لأوروبا:** نصت المادة (3/4) من هذه الاتفاقية على أنه "يعتبر العقد المنشئ باستخدام التبادل الالكتروني للبيانات قد أبرم متى استلمت الرسالة المرسلة كقبول لعرض وفقا للمادة (1/3) من الاتفاق".

3. موقف التشريعات الغربية والعربية: إن هذه النظرية لاقت اهتماما من مختلف التشريعات القانونية الغربية وهو ما سنتناوله فيما يلي:

أ. موقف التشريعات الغربية: اعتنقت بعض التشريعات مذهب استلام القبول منها، المشرع الفرنسي بعد

وحول تفسير هذه الاتفاقية انظر: محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، ط2، دار النهضة العربية، 2002، أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع السابق، ص95. محسن شفيق، مرجع سابق، ص113، وفاروق الأباصيري، مرجع سابق، ص67-69.

1- أحمد مهدي صالح، القواعد المادية في العقود الدولية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الدولي، مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، 2004، ص72. خالد حسن موسى، قانون التجارة الدولية، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص167.

2- مجد الدين محمد إسماعيل السوسوة، مرجع سابق، ص672.

3 -UNCTAD/ SDTE/ BFB/ 1- 15 May 1998, A/ CN. 9/ 350- 15 May 1991. أشار إليه خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص: 381.

4- فاروق ملش، التجارة الالكترونية وأهم المشكلات القانونية التي تواجهها في مصر، بحث مقدم إلى المؤتمر البحري الدولي السادس، العولمة في صناعة النقل البحري وأثرها على الدول النامية والذي عقد بالإسكندرية بالأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري خلال الفترة من 17-19أكتوبر1999، ص457

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R
تعديله للقانون المدني بموجب قانون تدعيم الثقة في الاقتصاد الرقمي رقم2004/575 الصادر في21 جوان2004

في المادة (2/25) وتضمن هذا القانون المدني إجراءات القبول والأحكام الخاصة بالعقود المبرمة بالطريق الالكتروني[1] وتحدد أيضا لحظة انعقادها من خلال نص المادة 3/1369 مدني على أن "يبرم العقد المقترح بالطريق الالكتروني إذا كان المخاطب بالإيجاب، بعد أن راجع التفاصيل في طلبه والثمن الإجمالي وتصحيح الأخطاء المحتملة أكده للتعبير عن قبوله"، كما أن الموجب ملزم بالإقرار باستلام الطلب الذي وجه إليه دون تأخير، وذلك بوسيلة الكترونية (م5/1369)، ويعتبر كل من الطلب، وتأكيد القبول، والإقرار بالاستلام قد تم استلامهم حينما يستطيع من وجه إليه ذلك أن يطلع عليه. وهذا الحل الواضح الذي يأخذ بنظام الإرسال له أثر إلغاء الشك الذي يحيط بلحظة تكوين العقد بين الغائبين، وإذ لم يكن يمثل نصا تكميليا بالنسبة للعقود المبرمة بين المهنيين، إذا كان هؤلاء يريدون إخراج عقودهم من هذه الأحكام فإن ذلك يكون بالأخذ باتفاق بينهم محمل موجه لتحديد لحظة تكوين العقد الذي يجمع بينهم[2] وتجدر الإشارة إلى أن هذا النص مقتبس من المادة 2/1/11 من التوجيه الأوروبي الخاص بالتجارة الإلكترونية رقم 31/2000.

في تقديرنا أن هذا النص يضيف تشكيلة جديدة، وذلك استثناء على مبدأ الرضائية الذي يسود العقود، كما يتضمن فضلا عن ذلك استثناءات بارزة، فوفقا لنص المادة 5/1369 الجديدة من التقنين المدني الفرنسي، يتكون العقد الالكتروني ليس فقط من تلاقي إرادة أطرافه، بل يضاف إلى ذلك ضرورة قيام الموجه له الإيجاب بتأكيد القبول، وكذا الإقرار بالاستلام من الموجب، وهو ما يترتب عليه أن متصفح الانترنت (الفرنسي) لن يرتبط تعاقديا إلا عقب – تأكيد قبوله – مما يعني أن القبول الأول، الذي يسبق الإقرار بالاستلام من الموجب، ليست له أية آثار قانونية لعدم وجود تأكيد من جانب الموجه إليه الإيجاب والذي يطلق عليه البعض[3] –القبول الثاني– بيد أن هذه الشكلية تبدو متناقضة مع الميزة التي توفرها المعلوماتية من السرعة في إبرام العقود وإتمامها التي تتطلب التخفيف من حدة الشكليات وليس تكبيل هذه العقود بها [4]، كما أن تعقيد العملية التعاقدية سيؤدي لصعوبات عديدة، إذ من المحتمل أن ينصرف مستهلك الانترنت عن القيام بكافة تلك المراحل وكذلك التعاقد برمته، هذا فضلا عن أن تعدد العملية التعاقدية يزيد من احتمالية عدم إتمام المعاملات، ليس بسبب إرادة الأطراف[5]، ولكن سبب عدم فهم ذلك النظام المتشعب. وعلى الرغم من ذلك تسمح هذه الشكلية التي تهدف لحماية رضا مستهلك الانترنت، بالتفكير والتحقق من العناصر الرئيسية للاتفاق قبل إعطاء القبول

1– المادة 08 من ق. البلجيكي 2003/03/11، المادة 04 والمادة 1/197 من ق.م الياباني، المادة15 من قانون الصفقات الالكترونية السنغفوري 1998، المادة 2/14 من قانون الصفقات الالكترونية الاسترالي 1999، المادة2/23/ب من القانون الموحد للتجارة الالكترونية الكندي 1999، المادة 15/أ،ب من القانون الأمريكي الموحد للصفقات الالكترونية1999(UETA)، المادة 11 من قانون الاتصالات الالكترونية الانجليزي 2000 أشار إليهم محمد سعيد أحمد اسماعيل، مرجع سابق، ص217

2-SOLUS (H), GHESTIN (j) et MAS (F), OP. cit. P200

3-E'LIZABETH GR , MAUX, le détermination de la date de conclusion du contrat par raie électronique, come comblé, Avril 2004, p 140.

4– تامر محمد سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص95.

5– وفي هذا الخصوص، اقترح جانب من الفقه الفرنسي، قبل إقرار قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي، إدخال مادة جديدة في القانون المدني الفرنسي برقم 2/1101 أو 2/1108 تتضمن لحظة إبرام العقود بين غائبين مع فقرة أولى تأخذ بنظرية تصدير القبول في العقود بين غائبين وفقرة ثانية خاصة بالعقود الالكترونية تأخذ بالنقر المزدوج. Luc GRYNBAUM, projet de lai sur la société de l'information : le régime du ''contrat électronique D. 2002 chr, p378.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

النهائي، بفضل المراجعة الإجمالية للطلب والثمن وتصحيح الأخطاء المحتملة .[1]

وفي هذا الصدد ذهب جانب من الفقه[2] إلى أن المشرع الفرنسي بهذا النص يكون قد وضع نظرية جديدة لتحدد لحظة ومكان انعقاد العقد بين الغائبين عند استخدام وسيلة الكترونية لإبرامه، وهي "تصدير تأكيد القبول" مشيرا إلى هدف المشرع من ذلك هو الرغبة في ترك السيطرة للمستهلك على لحظة تكوين العقد، بينما ذهب جانب آخر من الفقه[3] إلى أن المشرع الفرنسي مال إلى الأخذ بمذهب " تسليم القبول" وبالتالي ينعقد العقد في الوقت الذي يصل فيه القبول إلى الموجب، بصرف النظر عن علم الموجب بهذا القبول.

في تقديرنا أن صراحة نص من المادة 3/1369 يقطع بأن المشرع الفرنسي أخذ بنظرية جديدة هي "تسلم تأكيد القبول" من جانب من وجه إليه وتعتبر مجرد اطلاعه على تأكيد القبول بمثابة قرينة على استلامه.

من جهة أخرى أورد المشرع الفرنسي في المادة 6/1369 من التقنين المدني استثناءً على ضرورة تأكيد القبول استبعد بمقتضاه العقود التي يكون محلها توريد سلع أو تقديم خدمات وتبرم حصريًا بواسطة تبادل رسائل البريد الإلكتروني من نطاق تطبيق تأكيد القبول، علاوة على إمكانية الخروج على الأحكام الخاصة بتأكيد القبول في العقود المبرمة بين المهنيين.[4]

أما عن العقد النموذجي الفرنسي فقد نص في نهاية البند السابع المتعلق بقبول الإيجاب على أنه"...تعتبر أنظمة التسجيل الآلي للتاجر بمثابة دليل إثبات على طبيعة الاتفاق وتاريخه" ويستشف من النص أنه لم يحدد تاريخ انعقاد العقد صراحة، وإنما قرار أن يستدل عليه من خلال الرجوع إلى أنظمة التسجيل الآلي للتاجر. ويبدو لنا أنه يستفاد من نص البند السابق أن تاريخ انعقاد العقد هو وقت استلام أنظمة التسجيل الآلي للتاجر تأكيد القبول من قبل المستهلك، إذ تطلبت الفقرة الثانية من هذا البند تأكيد الطلبية (حددت البيانات التي يجب أن يشملها التأكيد)، ثم جاءت في الفقرة الثالثة وقررت أنه تعتبر أنظمة التسجيل الآلي للتاجر بمثابة دليل إثبات على طبيعة الاتفاق وتاريخه هذا ومن ناحية أخرى يستفاد من هذا النص أن أنظمة التسجيل الآلي للتاجر تعتبر دليلا للإثبات (إثبات طبيعة الاتفاق وتاريخه).

2. موقف التشريعات العربية: لم يتناول أي من التشريعات المدنية في الدول العربية نظرية وصول القبول بينما هنالك من التشريعات العربية المنظمة للمعاملات الالكترونية تأخذ بالحل الوارد في هذه النظرية ومنها:

***القانون الأردني رقم 85 لسنة 2001 بشأن المعاملات الالكترونية:** حيث تنص المادة (17) منه على أنه:

– ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك، تعتبر رسالة البيانات قد أرسلت من وقت دخولها إلى

1-Nathalie Mordu, la formation du contrat électronique : dispositifs de protection du cyber consommateur et modes alternatifs de règlement des conflits(M.A.R.C), DEA, université de lille,2,Année universitaire 2002/2003,p59

2– محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص85. وانظر أيضا:LUCGRYNBAUM, projet de lai « pour la confiance dons l'économie numérique : rnare: un petit effort de rigueur juridique pour un contrat électronique » fiable, D. Aff., 2003, N° 11 P.D 747.

3– سامح عبد الواحد التهامي، مرجع سابق، ص 211.

4– إلا أن هذه الاستثناءات قد تعرضت لنقد شديد من جانب بعض الفقه الفرنسي، قبل إقرار قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي، تأسيسا على أن البريد الالكتروني يعد أيضا وسيلة للتعبير عن القبول، ولذا ينبغي الوثوق في أن البريد الالكتروني يمكن أن يصبح وسيلة مأمونة لإبرام العقود الالكترونية، ولا يمكن أن تكون غاية حماية مستهلك الانترنت مؤدية إلى الاستغناء عنها، فإذا كانت القواعد العامة في العقود بدأت تتكيف مع واقع التجارة الالكترونية لاسيما في إطار إبرام العقود فإنها من الممكن أن تحمل جديدا أيضا في مجال حماية مستهلك الانترنت من خلال تخويله " الحق في العدول عن قبوله"

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو الشخص الذي أرسل الرسالة نيابة عنه.

– إذا كان المرسل إليه قد عين نظام معلومات لغرض استلام الرسائل الالكترونية وعليه تعتبر الرسالة قد استلمت عند دخولها إلى ذلك النظام، فإذا أرسلت الرسالة إلى نظام غير الذي تم تحديده فيعتبر إرسالها قد تم منذ قيام المرسل إليه بالاطلاع عليها لأول مرة.

– إذا لم يحدد المرسل إليه نظام معلومات لغرض استلام الرسائل الالكترونية، فيعتبر وقت استلام تلك الرسالة هو وقت دخول تلك الرسالة إلى أي نظام معلومات تابع للمرسل إليه".

***القانون الإماراتي** رقم 02 لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الالكترونية: حيث تنص المادة 17منه على: "ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك يتحدد وقت استلام الرسالة الالكترونية على النحو التالي: *إذا كان المرسل إليه قد عين نظام معلومات لغرض استلام الرسالة الالكترونية يتم الاستلام: وقت دخول الرسالة الالكترونية نظام المعلومات المعين. – وقت استخراج المرسل إليه الرسالة الالكترونية إذا أرسلت إلى نظام معلومات تابع له ولكن ليس هو نظام المعلومات المعين لاستقبال الرسالة.

*إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات، يقع الاستلام عندما تدخل الرسالة الالكترونية نظام معلومات تابع له"

* **القانون البحريني بشأن التجارة الالكترونية** الصادر في 14 سبتمبر 2002: حيث تنص المادة (15) منه فيما يتعلق بوقت ومكان إرسال وتسلم السجلات الالكترونية "ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك يعتبر إرسال السجل الالكتروني قد تم:

– وقت دخول هذا السجل في نظام للمعلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو من أرسل السجل الالكتروني نيابة عنه، وذلك إذا كان كل من المنشئ والمرسل إليه يستخدم ذات نظام المعلومات.

– وقت دخول هذا السجل حيز انتباه المرسل إليه وتمكنه من استخراجه، وذلك إذا كان كل من المنشئ والمرسل إليه يستخدم ذات نظام المعلومات.

يلاحظ أن نص المادة (17) سواء في القانون الأردني، أو القانون الإماراتي وكذا المادة (15) من القانون البحريني، السابق ذكرهم، تتفق مع أحكام المادة (15) من قانون الأمم المتحدة النموذجي يشأن التجارة الالكترونية لعام1996"NUDCI". [1]

***.نظرية العلم بالقبول:** تعتبر إحدى النظريات التي تسعى لتحقيق حماية فعالة للموجب وتركز على إرادته وتمنحه مهلة أبعد لممارسة خيار العدول عن إيجابه،[2] وسنعرض لأحكام هذه النظرية على النحو التالي:

1.رأي الفقه:

أ. مضمون النظرية: يتم التعاقد وفقا لهذه النظرية من اللحظة التي يعلم فيها الموجب فعلا بالقبول الصادر ممن وجه إليه الإيجاب، وذلك على أساس أن الأصل في التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره (انعقاد العقد) إلا عند

1 سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص 141.

2– يزيد أنيس نصير، مرجع سابق، ص: 88، أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص101.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

وصوله إلى علم من وجه إليه، فلا بد من توافق الإرادتين وتطابقهما.[1] وتتخذ من وصل القبول قرينة على علم الموجب إنها قرينة قضائية يجوز أن يؤخذ بها، أولا يؤخذ بها، ويجوز للموجب إثبات العكس بإقامة الدليل على عدم علمه بالقبول بالرغم من وصوله إليه.[2]

ب. أساس النظرية: تستمد هذه النظرية أساسها من نص المادة 67 من القانون المدني الجزائري والتي تفيد أن توافق الإرادتين يكون من لحظة علم الموجب بالقبول، وجدير بالذكر أن غالبية الفقه يميل للأخذ بهذه النظرية لسلامة أساسها القانوني[3].

ج. مدى انطباقها مع العقد الالكتروني: في مجال العقود الالكترونية يتوقف العلم بالقبول على أسلوب التعاقد عبر الانترنت، فإذا كان الاتصال والتفاعل مباشرة بين الموجب والموجب له عبر الخط فإن العلم اليقيني بالقبول يتحقق فورًا وأثناء التفاعل المباشر بين المتعاقدين حيث لا تنقضي ثمة فترة بين صدور القبول والعلم به.[4]

أما إذا كان التعاقد يتم من خلال البريد الالكتروني(E-MAIL) فإن لحظة العلم الحقيقي بالقبول الالكتروني يتحقق في لحظة فتح الموجب لصندوق البريد الالكتروني الخاص به، ومطالعته للرسالة الالكترونية المشتملة على القبول،[5] على أن الأمر ليس بهذه البساطة في إطار العقد الالكتروني، حيث توجد عدة لحظات متشابكة في هذا الصدد، مما يثير جملة تساؤلات تتعلق بزمان الانعقاد وما يترتب عليه من آثار قانونية مثل: متى يمكن الاعتداد بإرادة القبول هل في لحظة تشغيل جهاز الحاسوب الخاص بمستعمل الشبكة؟ أم لحظة البدء بالتجوال بين البرامج المختلفة المتاحة على الشبكة؟ أم اللحظة التي يعبر بها البائع عن موافقته؟ أم في اللحظة التي يفتح فيها بريده الالكتروني ويطلع على مضمون الرسالة الالكترونية ...الخ.

لما كان العقد الالكتروني يتسم بالطابع الدولي ويبرم عن بعد، فإنه يفترض أحيانا انتماء كل طرف من أطرافه لدولة ونظام قانوني مختلف، مما يطرح إشكالية تنازع وتداخل القوانين ويحتاج الأمر لحل حاسم وعادل في نطاق العقد الالكتروني.[6]

لا شك أن أفضل الحلول يكمن في توحيد قواعد العقد الالكتروني على المستوى الدولي أو على الأقل المستوى الإقليمي كالاتحاد الأوروبي والدول العربية، ولحين الوصول لهذا التوحيد فإن اتفاق الأطراف على تحديد لحظة العقد يظل هو الحل المتاح حاليا، كما يمكن أيضًا أن يتم إيجاد هذا الحل من خلال العقود الالكترونية النموذجية.[7]

د.تقييم النظرية: قد أخذ على هذه النظرية صعوبة إثبات علم الموجب بالقبول الصادر عن القابل مما يجعل

1- عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الخامسة، بدون دار نشر، بغداد، 1977، ص165.

2- سلطان أنور، مرجع سابق، ص89.

3- أشرف عبد الرزاق ويح، مرجع سابق، ص195.

4-X. Limant de Bellefonds, commerce électronique et avenir des circuits distribution, de l'expérience des Etats-Unis aux perspectives française, Aspects juridiques et fiscaux, la problématique française, cololque du 13/5/1998. Gaz. Pal, 1998. P.17.

5- أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الالكترونية، مرجع سابق، ص: 237.

6-H.B eaure d'augéres, P.Breese et Sthuilier, paiement électronique sur internet, état de l'art, aspects juridique et imparti sur les matières, Thomson polis ming 1997, p109.

7- أيمن سعد سليم، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة 2005.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

القابل تحت رحمة الموجب،[1] لأن هذا الأخير يعد علمه بالقبول أمرا شخصيا من الصعوبة إثباته من قبل القابل، فقد يدعي الموجب إنه لم يعلم بالقبول أو أن القبول عبء ثقيل ينوء بحمله،[2] فلا يعتبر العقد عندئذ قد تم بمجرد وصول القبول، ولذلك إذا كان وصول القبول قرينة على العلم به، إلا أن تلك القرينة قابلة لإثبات العكس فهي ليست قاطعة في التعبير.[3]

انتقد البعض [4] نظرية العلم بالقبول على أساس أن علم الموجب بالقبول ليس شرط انعقاد بل هو شرط لزوم ونفاذ، أي بمجرد علم الموجب بالقبول سوف يلتزم بتنفيذ العقد ويطالب بحقوقه في مواجهة الطرف الآخر في نطاق العقود الالكترونية أن لا يخلو من احتمال العبث بتاريخ علم الموجب بالقبول الالكتروني، بتقديم تحريفه أو تزويره من الموجب صاحب جهاز الحاسب الآلي، بتقديم التاريخ على سقوط الإيجاب إذا كان العقد يحقق مصلحة الموجب بهذا التقديم، أو بتأخير تاريخ استلام القبول عن وقت سقوط الإيجاب إذا كان على العكس من مصلحته كموجب الانفكاك من الالتزام بالعقد والتهرب منه.

تطبيقًا لهذه النظرية لا يكفي الضغط على خانة القبول في نماذج العقود على مواقع الويب (web site) بل يجب أن يصل هذا القبول إلى الموجب ويعلم به، وعليه نرى أن هذه النظرية لا تستقيم مع المعاملات التي تتم عبر الانترنت.[5]

2. رأي القضاء: قضت محكمة النقض المصرية من أن العبرة في تحديد زمان ومكان انعقاد العقد في التعاقد بين غائبين هو اتفاق الطرفين، وفي حالة عدم وجود اتفاق يؤخذ بزمان ومكان علم الموجب بالقبول عملا بنظرية العلم بالقبول.[6]

ثانياً. موقف القوانين والاتفاقيات الدولية: لم يأخذ بهذه النظرية أي من القوانين الدولية أو الاتفاقيات الدولية وتركت ذلك إلى القوانين والتشريعات الداخلية لكل دولة.

ثالثاً. موقف التشريعات الغربية والعربية:

1.موقف التشريعات الغربية: تأخذ بهذه النظرية أغلب التشريعات القانونية الغربية منها:

***القانون الألماني:** تنص المادة (1/110) من القانون المدني الألماني BGB على أن: "العقد ينشأ في لحظة علم الموجب الفعلي بالقبول أو عندما تصبح الرسالة المحتوية على القبول في متناول يده وبإمكانه الاطلاع عليها".

من خلال النص يتبين أن المشرع الألماني أخذ بنظرية العلم بالقبول حيث اعتبر التعاقد بين غائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب فعليا بالقبول.

1- محمد السيد عبد المعطي خيال: التعاقد عن طريق التلفزيون، الطبعة الأولى، جامعة حلوان، كلية الحقوق، 2000 ص83

2- رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص: 93.

3- عباس العبودي، مرجع سابق، ص161، وكذا عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص165، وكذا محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص36.

4- نوري محمد خاطر، زمان ومكان انعقاد العقد الالكتروني، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والحاسوب، جامعة اليرموك، الأردن بين 12-14 جويلية 2004ص6. 2004ص6.

5- محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص172. وكذا سامح عبد الواحد التهامي، مرجع سابق، ص 209.

6 نقض مدني 1972/1/19 مجموعة أحكام النقض، السنة 23 ق. ص67، رقم 12. أشار إليه عاطف عبد الحميد حسن، وجود الرضا في العقد الالكتروني عبر شبكة الانترنت، دار النهضة العربية 2008، ص: 145.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

2. موقف التشريعات العربية: أخذت معظم التشريعات المدنية في الدول العربية بنظرية العلم بالقبول ومنها:

القانون المدني الجزائري حيث تنص المادة 61 على أنه: "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقدم الدليل على عكس ذلك".

جاء في نص المادة (67) منه فيما يتعلق بالتعاقد بين الغائبين واستكمالاً للسياق المنطقي ذاته والذي اتبعه المشرع حيث تجري على أنه: "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك، ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول".

يستفاد من النصين السابقين أن المشرع الجزائري قد أخذ بمذهب العلم بالقبول[1] ثم أصبغ عليهما بعض المرونة بما يحقق التوازن بين مصالح الطرفين، كما يفسح المجال أيضا أمام اتفاق الأطراف أو النصوص الجماعية التي تأتي استجابة لهذا الهدف، وبيان ذلك أن عجز المادة (61) وكذلك الفقرة الثانية من المادة (67) يقرر أن قرينة لصالح القابل مؤيدا لها، أن استلام الموجب للقبول يعد قرينة على العلم به، وبهذا يتم حفظ التوازن بين مصالح الموجب والقابل، أما عجز الفقرة الأولى من المادة (67) فق أجاز اتفاق الأطراف على انعقاد العقد في زمان ومكان غير وقت ومكان العلم بالقبول، كما أجاز المشرع أيضًا تحديد مكان وتوقيت آخرين للانعقاد العقد بخلاف ما جاء به صدر هذه الفقرة.

غير أن مجلة الالتزامات والعقود التونسية قد نحت صوب نظرية إعلان القبول إلا أن القانون رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية قد انتهج نظرية العلم بالقبول. يستفاد من نص المادة (28) من هذا القانون والذي يقرر أنه: "ينشأ العقد الإلكتروني بعنوان البائع و في تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة إلكترونية ممضاة وموجهة للمستهلك، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك".

يتبين من ذلك أن المشرع التونسي لم يتعرض صراحة لمسألة تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني وإنما يستشف ذلك من أحكام المادة (28) بشأن قانون المعاملات والتجارة الالكترونية.

رأينا في تحديد لحظة انعقاد العقد الإلكتروني وبعد استعراض الحلول القانونية في النظريات التقليدية الأربع، التي أوجدها الفقه القانوني لمعالجة لحظة انعقاد العقد بين غائبين من خلال التراسل بالوسائل التقليدية، أو تلك الحلول التي وردت في القوانين الخاصة بالمعاملات والتجارة الالكترونية، وبعد تقييمنا لهذه الحلول في ضوء الطبيعة الخاصة للتعاقد من خلال برامج البريد الإلكتروني وبرامج المتاجر الافتراضية، ما يتطلبه هذا النمط من التعاقد من توفير بيئة قانونية وتكنولوجية آمنة تعمل على حماية رضا أطراف التعاقد، وبث الثقة في التعاقد من خلال هذه الوسيلة الحديثة، نرى أن العقد الإلكتروني من خلال برامج الانترنت السابق ذكرها ينعقد في اللحظة التي يتسلم فيه النظام الإلكتروني الخاص بالمقابل إشعار من النظام الالكتروني الخاص بالموجب يفيد

1- سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق ص 142 تقابلها في التشريعات العربية المواد 91-97، مدني مصري، المادة 87 مدني عراقي، المادة 49 مدني كويتي، المادة 77 مدني قطري، المادة 157 مدني يمني، المادة 43 مدني أردني، المادة 142 مدني بحريني، المادة 97 مدني ليبي، أنظر: محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة مع التركيز على البيع بواسطة التلفزيون، مرجع سابق ص 36 وما يليها وأيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق ص 316

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

وصول الرسالة الالكترونية المتضمنة للقبول فهذا الحل يوفر للطرفين المتعاقد بين ثقة واطمئنانا أكثر، إذ يتأكد كل منهما بأن تعبيره عن الإرادة في إبرام عقد البيع قد وصل فعلا إلى الآخر، على الرغم من عدم وجود مواجهة حقيقية بينهما. مما يزيد في الاطمئنان إلى الأخذ بهذه النظرية وما تتمتع به من استقرار في عقود التجارة الدولية، قد ثبت صلاحيتها بعد أن تبنتها اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع عام 1980، وأخذت به مبادئ العقود التجارية الدولية التي وضعها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (اليونيدرو) معظم القوانين المنظمة للمعاملات والتجارة الالكترونية تضمنت نصوص قانونية خاصة نظمت بموجبها الإشعار بالاستلام وبينت المعايير التي يعتمد عليها في هذا المجال وعلى الرغم من تأييدنا للحلول الواردة في هذه النظرية إلا أنه لا بد أن نأخذ بعين الاعتبار في هذا المجال نقطتين أساسيتين هما:

-أن اختلاف المواقف التشريعية والفقهية والقضائية وتباين الحلول الواردة أمر سيتوجب تكثيف الجهود الدولية لتوحيد القواعد المتبعة في تحديد الوقت الذي تبرم فيه عقود التجارة الالكترونية الدولية بين أطراف ينتمون إلى دول مختلفة ويخضعون إلى أنظمة قانونية متباينة.

-أن جميع القواعد القانونية التي جاءت بهذه الحلول في التشريعات الوطنية[1] هي قواعد قانونية مكملة لإرادة المتعاقدين وتجيز لهم مخالفة أحكامها باتفاقهم على حلول مناسبة لتحديد زمان انعقاد العقد الالكتروني من خلال ما يسمى باتفاقات التبادل الالكتروني للبيانات، وبعد استعراضنا للخلاف الذي أثارته مسألة تحديد زمان انعقاد العقد الالكتروني، سنحاول البحث عما إذا كانت مسألة مكان انعقاده ستثير الخلاف نفسه وهذا ما سنتناوله فيما يأتي.

الفرع الثاني: مكان ابرام العقد الالكتروني: إن لموضع تحديد مكان انعقاد العقد في البيئة الإلكترونية أهمية خاصة نظرًا لتعلق المسألة بطبيعة الوسط الإلكتروني من جهة وبالصفة الدولية الغالبة على التعاملات التجارية الإلكترونية من جهة أخرى، مما يترتب على ذلك من آثار قانونية بالغة الأهمية كمعرفة المحكمة المختصة مكانيًا في حالة وجود أي نزاع[2] عن العقد والقانون الواجب التطبيق في حالة التنازع الدولي بين القوانين[3] ويثير تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني[4] صعوبة خاصة نتيجة صعوبة تحديد مكان إرسال واستقبال الرسالة لأنها تتم عبر فضاء الكتروني بالتالي يثور التساؤل حول مكان انعقاد العقد هل هو مكان إقامة المستهلك، أم المكان الذي استلم فيه الموجب القبول أو مكان نظام معالجة المعلومات؟

تباينت الآراء الفقهية والنصوص القانونية في هذا الشأن، وسنحاول فيما يلي بيان موقف الفقه والتشريعات التقليدية من تحديد مكان انعقاد العقد بداية ثم بيان موقف التشريعات الخاصة بالمعاملات والتجارة الالكترونية.

أولاً. موقف الفقه والتشريعات التقليدية من تحديد مكان إبرام العقد: يرى بعض الفقه أنه في الحالة التي لا

1- نادر الفرد قاحوش، العمل المصرفي عبر الانترنت الطبعة الأولى الدار العربية للعلوم، مكتبة الرائد العلمية، عمان، الأردن 2000 ص 62.

2- إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع السابق ص 148. وكوثر سعيد عدنان خالد المرجع السابق ص 464 ومحمد سعيد أحمد اسماعيل، مرجع سابق ص 232

3- عبد العزيز المرسي حمود، الحماية المدنية الخاصة لرضاء المشتري في عقود البيع التي تتم عن بعد، مع التطبيق على البيع عن طريق التلفزيون بوجه خاص، بدون دار النشر 2005، ص 27

4- خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق ص390. وإبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 120.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

يتم فيها العقد على مكان الانعقاد، فإن القضاء الفرنسي[1] بصفة عامة مؤيد لنظرية التصدير ويعتبر أن العقد قد تم إبرامه في مكان تصدير القبول وأن هذا المكان هو الذي يحدد القانون الواجب التطبيق، ويرى مؤيد هذا الرأي بأن تطبيقه على العقود المبرمة بواسطة الانترنت لا يكون المكان سهل التحديد ولا القانون الواجب التطبيق، إذا كان الموجب والقابل لا يقيمان في ذات الدولة. وهو ما يشكل حسب ما يسميه البعض[2] بـــ:"تنازع الأمكنة". وهناك رأي آخر[3] يرى أنه يمكن اعتماد محل إقامة المستهلك كمكان لإبرام العقد الالكتروني ما لم يتفق طرفا العقد على خلاف ذلك، ولاشك أن تطبيق قانون مثل الإقامة المعتادة للمستهلك له مبرراته و منها الحماية التي توفرها له القواعد القانونية الآمرة لقانون الدولة التي بها محل إقامته.[4]

هناك رأي يذهب إلى نظرية الالتزام بين زمان انعقاد العقد وبين مكانه، لا يمكن الأخذ بها في العقود الالكترونية ويبرر ذلك بأن تلك العقود تتم عبر شبكات الانترنت وتتمتع بخصوصيات معينة، من ذلك أن الطرف المتعاقد يستطيع أن يدخل على الموقع الالكتروني أو على بريده الالكتروني في أي مكان في العالم، فإذا قلنا بنظرية التلازم بين زمان و مكان انعقاد العقد لأدى ذلك إلى تشابك العلاقات القانونية وخضوع الأطراف لقانون دولة أخرى غير التي ينتمون إليها، رغم أن العقد قد تم إبرامه داخل حدود الدولة، وهناك رأي يتجه إلى أن مكان استلام القبول هو المكان الأنسب للعقد[5].

هناك من يرى أن العقد الإلكتروني ينعقد في المكان والزمان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.[6]

يستفاد مما سبق أنه إذا لم يتفق الطرفان أو ينص المشرع على تحديد مكان إبرام العقد الالكتروني، فإنه يتم تحديد ذلك المكان وقفا لما فيه صالح الموجب، وهو ما يقتضي اعتبار العقد منعقدا في مكان وجود الموجب لحظة استلام القبول أو العلم به[7] فالواقع أن إعمال هذه النظرية في مجال التعاقد الإلكتروني يقتضي التمييز بين بين حالتين هما:

الحالة الأولى: إبرام العقد من خلال التفاعل المباشر عبر الخط: ينعقد العقد في المكان الذي يوجد فيه الموجب أثناء صدور القبول من المتعاقد الآخر على أساس أن الموجب يعلم بالقبول في ذات الوقت الذي يصدر فيه من المتعاقد الآخر، فهذا النوع من التعاقد هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان.[8]

الحالة الثانية: إبرام العقد من خلال البريد الالكتروني: إن مكان إبرام العقد هو المكان الذي يتواجد فيه الموجب أثناء اطلاعه على الرسالة الالكترونية التي تتضمن القبول وبالنسبة للتعاقد من خلال الويب، فإن مكان

1-Guichard (s) , Hari chaux (m) et bourdonnet (r) internet pour le droit , éd mante respect , 1999.p 210

2-GUILLEMARD Sylvette, Le Droit international Privé Face Au Contrat De Vente Cyber spatial, Thèse de doctorat, faculté des études supérieures de l'université LAVAL,QUEBEC et l'université PATHEON-ASSAS, Paris II janvier 2003 p 325 , p256

3- محمد حسن قاسم، مرجع سابق ص 99 وكذا خالد ممدوح إبراهيم ، مرجع سابق ص 309

4-Clive Grangers , the Louis of the internet ,butter wrath press London , 1997 , p 113

5- محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الالكترونية، رسالة دكتوراه، كلية حقوق عين شمس، 2005 ص 170

6- محمد أمين الروحي المرجع السابق ص 105 وقد أخذ بهذا المذهب أغلب الدول العربية، انظر ما سبق زمان انعقاد العقد الالكتروني.

7- أشرف عبد الرزاق ويح، مرجع سابق ص 200

8- سامح عبد الواحد التهامي، مرجع سابق ص 216

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

انعقاد العقد هو مكان وجود الموجب أثناء اطلاعه على الرسالة و الموقع المتضمن للقبول الصادر من القابل.

لا شك أن إثبات الاستلام والعلم بالقبول في حالة التعاقد الالكتروني من خلال البريد الالكتروني خاصة يكون سهلا، فالمعلوم أن تقنية الانترنت تسمح بالتعرف على لحظة وصول الرسالة الالكترونية لصندوق خطاب الموجب و لحظة اتصاله بها وعلمه بها ويستند هذا الرأي أيضا لتبني المشرع الفرنسي لمذهب استلام القبول وقد حاول بعض أنصار هذا الاتجاه التوفيق بين هذا المذهب ومذهب العلم بالقبول الذي تبناه المشرع المصري على أن السؤال الآتي يضل قائما، كيف نطبق نظرية استلام القبول إذا كان المكان الذي يتم فيه الاستلام يختلف تماما عن المكان الذي يتم فيه العلم ومثال ذلك أن يكون البريد الالكتروني للموجب موجودا في دولة أخرى، حيث علم فيها بالقبول فعليا، فالأخذ بنظرية استلام القبول في هذه الحالة يعني أن العقد يتم في الدولة التي توجد بها وحدة الخدمة، بينما يترتب على تبني نظرية العلم بالقبول اعتبار العقد مبرما في الدولة التي علم فيها الموجب بالقبول، وهذا هو الحل الأقرب للعدالة.[1]

هناك صعوبة أيضا في تحديد أماكن أطراف التعاقد من خلال برامج المتاجر الافتراضية، فبالنسبة لتحديد مكان صاحب المتجر الافتراضي فيلاحظ هنا أن أغلب أصحاب المتاجر الافتراضية يضعون وسيطًا إلكترونياً مؤقتاً يقوم بالتراسل مع الراغب في الشراء من المتجر الافتراضي وإبرام التعاقد، دون أن يكون صاحب المتجر الافتراضي مضطر إلى التواجد في نفس مكان وجود موقع المتجر الافتراضي.[2]

لمزيد من الإيضاح قد يتم وجود موقع المتجر الافتراضي لدى إحدى شركات مزودي خدمة الانترنت وتكون هذه الشركة ببلد معين بينما صاحب هذا المتجر الافتراضي يقيم في بلد آخر يمارس عملية الإشراف على هذا المتجر عن بعد دون تواجد حقيقي في بلد وجود الموقع التجاري، وإذا كان صاحب المتجر الافتراضي هو الموجب، وتم الاعتداد بمكان الموجب على أنه مكان انعقاد العقد، فإن التساؤل الذي قد يثار هنا هو: هل نعتد بالمكان الذي يوجد فيه المتجر الافتراضي، أم بمكان إقامة الموجب صاحب المتجر الافتراضي الذي يتعاقد الوسيط الالكتروني (المؤقت) باسمه ولحسابه؟

أما بالنسبة لتحديد مكان الشخص المتراسل مع المتجر الافتراضي فيلاحظ هنا أنه بمقدار الشخص التراسل عبر الانترنت مع الوسيط الالكتروني (المؤقت) الذي يدير المتجر الافتراضي من أي مكان في العالم دون أن يضطر إلى التوجه إلى مكان جغرافي محدد، وإذا ما أبرم هذا الشخص مع المتجر الافتراضي عقد بيع و كان هو القابل وتم الاعتداد بمكان القابل على انه مكان انعقاد العقد، فإنه من الصعب إثبات مكان تواجد هذا الشخص لحظة انعقاد العقد. ومن هنا فقد أدرك واضعوا القانون النموذجي للتجارة الالكترونية هذه المسألة فضمنوا القانون النموذجي قواعد خاصة حددوا بموجبها مكان إرسال واستلام الرسائل الالكترونية، وتأثر بالقانون النموذجي العديد من القوانين الخاصة بالمعاملات الالكترونية فجاءت بنصوص قانونية خاصة نظمت بموجبها مكان إرسال واستلام الرسائل الالكترونية على غرار القانون النموذجي، مما لا شك أن لهذا التحديد

1- مصطفى أحمد أبو عمرو، مرجع سابق ص 147

2- مجد الدين محمد إسماعيل السوسوة، مرجع سابق ص 702

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

فائدة كبيرة في تحديد مكان الموجب وكذا تحديد مكان القابل لحظة انعقاد العقد، مما يسهل معه تحديد مكان انعقاد العقد سواء جرى التعاقد بين أطراف حاضرين عبر الانترنت من خلال وسائل المحادثات، أم جرى التعاقد بين غائبين من خلال برامج المتاجر الافتراضية وبرامج البريد الالكتروني، سوف نتناول تحديد مكان إرسال واستلام الرسائل الالكترونية فيما يلي:

ثانياً. موقف التشريعات والقوانين الخاصة بالمعاملات الالكترونية من تحديد مكان انعقاد العقد الالكتروني: إن تحديد مكان انعقاد العقد عبر الانترنت حيث تحرص البروتوكولات[1] الخاصة بنقل الرسائل الخاصة بنقل الرسائل الالكترونية بين أنظمة المعلومات[2] المختلفة تعمل على تسبيل اللحظة التي أرسلت فيها الرسالة من نظام معلومات إلى آخر، وكذا للحظة التي يتم فيها تسلمها أو قراءتها من قبل المرسل إليه إلا أن هذه البرتوكولات (البرامج) لا تبين عادة المكان الجغرافي لأطراف التعاقد[3] لذلك نجد أن القوانين الخاصة بالمعاملات والتجارة الالكترونية قد وضعت نصوصا قانونية خاصة نظمت بموجبها مكان إرسال واستلام رسالة البيانات باعتبارها وسيلة معترفا بها قانونا للتعبير عن الإيجاب والقبول وبإمكاننا الاستفادة منها في تحديد مكان أطراف التعاقد لحظة انعقاد العقد مما يسهل تحديد مكان انعقاد العقد عبر الانترنت. وعليه سنتناول فيما يلي مسألة تحديد مكان انعقاد العقد الالكتروني الذي يبرم عبر الانترنت من خلال موقف التشريعات الخاصة بتنظيم المعاملات الالكترونية.

1. القانون النموذجي للتجارة الالكترونية (اليونيسترال) 1996 : تقضي الفقرة الرابعة من المادة (4/15) من قانون اليونسترال النموذجي بشان التجارة الالكترونية بأنه: "ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك، يعتبر أن رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ و يعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه. لأغراض هذه الفقرة:

– إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد، كان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية، أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل تلك المعاملة.

– إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل، يشار من ثم إلى محل إقامته المعتاد".

* نلاحظ أن هذه المادة لم تحدد لنا مكان انعقاد العقد صراحة، و أنما أوضحته بصورة ضمنية.

*يستشف من المادة أن مكان انعقاد العقد هو المكان الذي يعتبر أن رسالة البيانات استلمت فيه و يعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه (مكان مقر الموجب) خلاصة القول أن مكان انعقاد العقد هو مقر عمل الموجب (التاجر).

1– يقصد ببروتوكول الانترنت مجموعة القواعد والأسس التي تحدد طريقة إرسال واستقبال البيانات من جهاز الحاسوب الآلي لآخر عبر شبكة الانترنت، حيث يتم تقسيم البيانات أثناء إرسالها إلى وحدات صغيرة تسمى باكيت (PACKET) ويوجد داخل كل وحدة بيانات عنوان الجهاز على شبكة الانترنت الذي أرسل البيانات وعنوان الجهاز على شبكة الانترنت المرسلة إليه تلك البيانات. 2005. Beerhouse .Frozen – TCP / IP Protocol –McGraw-Hill

2– رشا مصطفى محمد، الحماية القانونية للكيانات المنطقية، الناشر ملتقى الفكر، بدون سنة النشر، ص05

3– أنظر المذكرة الإيضاحية لاتفاقية الأمم المتحدة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية لهذا الموضوع لهذا الموضوع ص 44.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

العبرة في مكان الانعقاد هو بمقر عمل الموجب حتى إن كان يختلف عن المكان الذي يوجد فيه نظام المعلومات الذي تلقى الرسالة (فالنص يسند مكان الانعقاد بمقر العمل، حتى وإن كان مختلفا عن المكان الذي استلمت فيه الرسالة).

*يجوز للأطراف الاتفاق على تحديد مكان آخر يكون هو مكان الانعقاد.

*المكان الذي ترسل منه الرسالة هو مقر عمل المنشئ، والمكان الذي تستلم فيه الرسالة هو مكان مقر عمل المرسل إليه.

*في حالة تعدد أماكن العمل يكون مقر العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية أي المعاملة المرتبطة بالرسالة الالكترونية، فإن لم توجد تلك المعاملة فالمكان هو مقر العمل الرئيسي.

*إذا لم يكن لمنشئ الرسالة أو مرسلها مقر عمل، نلجأ في هذه الحالة إلى مقر إقامته المعتاد.

2. اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية: تطرقت اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية التي اعتمدتها الجمعية العامة في 23 نوفمبر2005 لحل مشكل تحديد مكان إرسال واستلام الرسائل الالكترونية وذلك من خلال المادة 6 على أنه: "لأغراض هذه الاتفاقية، يفترض أن يكون مقر عمل الطرف هو المكان الذي يعينه ذلك الطرف، ما لم يثبت طرف آخر أن الطرف الذي عين ذلك المكان ليس له مقر عمل فيه.

*إذا لم يعين الطرف مقر عمل وكان له أكثر من مقر عمل واحد، كان مقر العمل، لأغراض هذه الاتفاقية هو المقر الأوثق صلة بالعقد المعني ، مع إيلاء اعتبار للظروف التي كانت الأطراف على علم بها أو نتوقعها في أي وقت قبل إبرام العقد أو عند إبرامه.

*إذا لم يكن للشخص الطبيعي مقر عمل، اخذ بمحل إقامته المعتاد.

لا يكون المكان مقر عمل لمجرد أنه:

-توجد فيه المعدات والتكنولوجيا الداعمة لنظام المعلومات الذي يستهدفه الطرف في سياق تكوين العقد أو يمكن فيه لأطراف أخرى أن تصل إلى نظام المعلومات المعني.

*إن مجرد استلام نطاق أو عنوان بريد الكتروني ذا صلة ببلد معين لا ينشئ قرينة على أن مقر عمله يوجد في ذلك البلد".[1]

نصت المادة (3/10) من الاتفاقية على أن: "الخطاب الالكتروني قد أرسل من المكان الذي يوجد فيه مقر عمل المنشئ ويعتبر قد تلقى العنوان الذي يوجد فيه مقر عمل المرسل إليه حسبما تقررهما المادة(6)".

يتضح من النصوص السابقة الملاحظات التالية:

الأولى: أن اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية لديها مشكلة تحديد مكان إرسال واستلام الرسائل الالكترونية، حيث يعتبر مكان إرسال الرسالة الالكترونية هو المكان الذي يقع

1- راجع أحكام الاتفاقية على موقع اليونسترال التالي: www. Unistral. org

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
فيها مقر عمل المرسل إليه، فإن حدث غير ذلك فلا يعتد بهذا المكان وتعتبر الرسالة الالكترونية قد أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل وإن حدث غير ذلك فلا يعتد بهذا المكان بغض النظر عن مكان تواجد نظام المعلومات.

الثانية: أن هناك حاجة إلى تعيين أحد الأماكن المختلفة التي تشحن فيها السلع كمقر عمل لأحد الاطراف فيما يخص عقد ما[1]، الفقرة الأولى من المادة(6) من الاتفاقية تأخذ بهذا الغرض، يعتبر هذا التعيين قرينة على وجود مقر عمل الطرف في ذلك المكان المعين، إلا أنها قرينة يمكن إثبات عكسها كأن يثبت الطرف الآخر أن الطرف الذي عين المكان لا يوجد له مقر عمل فيه.

الثالثة: نصت الاتفاقية على عدم اعتبار مكان نظام المعلومات أو مكان المعدات التكنولوجيا أماكن عمل.

الرابعة: يقصد بالقرينة من خلال نص المادة (5/6) القرينة القاطعة وليست قرينة بسيطة، ذلك لأن استخدام اسم نطاق مرتبط بموقع جغرافي معين ينشئ قرينة بسيطة على أن مكان عمل مستخدم ذلك النطاق موجود في ذلك البلد، لأنه يفترض أن يكون هناك ارتباطًا بين اسم النطاق الدومين[2] واسم البلد أو الموقع الجغرافي الذي يبين ضمن العنوان الالكتروني مثال ذلك أن مصر يرمز لها بـــ : EG، فرنسا بـــ: FR، استراليا بـــ: AU، المملكة المتحدة بـــ: UK، النمسا بـــ: AT، نيوزلندا بـــ: NZ و الجزائر بـــ: DZ، خصوصا إذا علمنا بأنه في معظم البلدان لا تتم الموافقة على تخصص اسم الدومين (DNS)[3] إلا بعد التحقق من صحة المعلومات التي يوفرها مقدم طالب التخصيص ودقتها بما فيها الموقع الجغرافي الذي يوجد فيه مقر علمه فعلا.[4]

الخامسة: لم تحدد الاتفاقية أو نموذج القانون مقر عمل الأشخاص الاعتبارية التي لا يوجد لها مقر عمل، مثل الشركات أو المؤسسات التي تنشأ مواقع على شبكة الانترنت وتمارس نشاطها من خلالها ولا تتخذ في أي دولة مقر عمل.

السادسة: لا تجيز الاتفاقية للأطراف الاتفاق على مخالفتها فيما يتعلق بتحديد مكان إرسال واستقبال الرسائل الالكترونية حيث حددت مكان إرسال واستقبال الرسائل الالكترونية.

السابعة: وفقا لنص المادة(06) والمادة (3/10) من الاتفاقية ووفقا لنص المادة (4/15) من القانون النموذجي السابق ذكره إذا لم يتفق المرسل والمرسل إليه على غير ذلك يتحدد مكان إرسال الرسالة الالكترونية في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل وإن لم يكن للمرسل مقر عمل يتحدد مكان إرسال الرسائل الالكترونية في المكان الذي يقيم فيه عادة، ويتحدد مكان استلام الرسالة الالكترونية في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه وأن لم يكن للمرسل إليه مقر عمل يتحدد مكان إرسال الرسالة في المكان الذي يقيم فيه عادة.

1- أنظر المذكرة الإيضاحية لاتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية ص42

2- الدومين هو عبارة عن عناوين منفردة للمواقع على شبكة الانترنت تسمح بتحديد الموقع و تميزه عن غيره

3- خدمة اسم الدومين (DNS) هي خدمة تقدمها شبكة الاتصال (Network) تعمل بموجبها على تحويل عناوين (Externat internet Adresses) الانترنت الحرفية الخارجية إلى عناوين انترنت رقمية داخلية (internal internet numerical addresses) أنظر: نادر الفرد قاحوش، العمل المصرفي عبر الانترنت، الدار العربية للعلوم مكتبة الرائد العلمية، عمان الأردن 2000 ص 158

4-Reparl of the working group an electronic commerce an its thirty inch Session, issued by unitral, new york , 11-15/ March/2002. P 08

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

بناءً على ذلك، إذا كانت الرسالة الالكترونية تعبر عن إيجاب أو قبول، فإن مكان إرسال القبول هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل القابل وأن لم يكن للقابل مقر عمل يتحدد مكان إرسال القبول في المكان الذي يقيم فيه عادة، ومكان استلام القبول هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل الموجب وإن لم يكن للموجب مقر عمل يتحدد مكان استلام القبل في المكان الذي يقيم فيه عادة و تبعا لذلك، يتحدد مكان إبرام العقد إما في المكان الذي يقع فيه مقر عمل القابل أو المكان الذي يقع فيه مقر عمل الموجب وأن لم يكن للموجب أو للقابل مقر عمل يتحدد مكان إبرام العقد إما في المكان الذي يقيم فيه القابل أو المكان الذي يقيم فيه الموجب.

3. اتفاقية روما لسنة 1980: نجد اتفاقية روما المبرمة في 1980/06/91 ما بين عدد من الدول الأوروبية والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، تضمنت في مادتها(3) مبدأ حرية الأطراف في تحديد القانون الذي يحكم العقد، وفي حالة سكوت الأطراف ويكون قانون الدولة التي يتصل بها العقد بروابط أكثر وثوقا[1] وتضمنت المادة (4) منها المقصود بالقانون الأوثق صلة بالروابط العقدية على أنه: "يفترض أنه للعقد الروابط الأكثر وثوقا مع الدولة التي يوجد فيها لحظة إبرام العقد، محل الإقامة المعتاد للشخص الذي عليه القيام بالأداء المميز[2].

4. التوجه الأوروبي بالتجارة الالكترونية: نص التوجه الأوروبي الخاص بالتجارة الالكترونية من خلال المادة (91) التي تقرر أن مكان الشركة التي تؤدي خدمات الانترنت هو المكان الذي تمارس فيه نشاطها وليس المكان الذي توجد به وحدة الخدمة. إذن العبرة هي بمكان وجود الموجب وليس بمكان تواجد الخدمة لأن ذلك يكفل الاستقرار القانوني للمعاملات الالكترونية، كما يضمن احترام توقعات المتعاقدين فالموجب له يعلم مكان الموجب، غير أنه قد لا يعلم مكان وجود وحدة الخدمة التي يعمل عليها أو من خلالها موقعه أو بريده الالكتروني، فضلا عن ذلك فإن موقع نظم المعلومات قد يتغير دون أن يعلم الطرفان بذلك، و لعل ذلك كله يبرر الاعتداد بمكان وجود الموجب وليس مكان وجود وحدة الخدمة.[3]

أقر العقد النموذجي الأوروبي (E.D.I) بمادته (3/3) على أن مكان إبرام العقد المبرم من خلال (E.D.I) هو المكان الذي تستقبل فيه رسالة (E.D.I) الخاصة بقبول الإيجاب في النظام المعلوماتي للموجب.[4] وقد تأثر بالقانون النموذجي العديد من القوانين الخاصة بالمعاملات الالكترونية.[5] من جانبها فإن التشريعات العربية المعنية بالمعاملات الالكترونية قد تبنت ذات النهج الذي أخذت به المادة (15) من قانون اليونيسترال ومنها على سبيل المثال:

أ.قانون المعاملات الأردني رقم 85 لسنة 2001: جاءت نص المادة 18 مطابقًا تمامًا مع القانون النموذجي في

1- محمد حسن قاسم، المرجع السابق ص 97

2- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2000 ص 199

3- سامح عبد الواحد التهامي، مرجع سابق، ص220 وكذا مصطفى أحمد أبو عمرو، مرجع سابق، ص 150

4- عادل أبو هشيمة محمود حوته، مرجع سابق ص 166

5- من هذه القوانين، المادة 5/17-6 من قانون التجارة الالكترونية الايرلندي2000، المادة 4/18من قانون التجارة الالكترونية الفلبيني2000، المادة29 قانون التجارة الالكترونية الالكتروني الإيراني، المادة 15/د من القانون الأمريكي الموحد، المادة114القانون الدولي الخاص السويسري1987، المادة 2/1369من القانون الفرنسي

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

هذا الصدر على أنه:

– تعتبر رسالة المعلومات قد أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ وأنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، وإذا لم يكن لأي منهما مقر عمل يعتبر مكان إقامته مقرا لعمله، ما لم يكن ينشئ الرسالة والمرسل إليه قد اتفقا على غير ذلك.

– إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر لأعماله فيعتبر المقر الأقرب صلة بالمعاملة هو مكان الإرسال أو التسليم وعند تعذر الترجيح يعتبر مقر العمل الرئيسي هو مكان الإرسال أو التسليم.

يتضح لنا من النص، أن المشرع الأردني قد تأثر بنص المادة 15 من القانون النموذجي، حيث إن مكان انعقاد العقد الالكتروني يتحدد بغض النظر عن مكان وجود نظام المعلومات، فمكان الانعقاد هو المكان الذي يوجد فيه مقر المنشئ أو مقر المرسل إليه، وفي حالة تعدد المقر، نأخذ المقر الأكثر اتصالا بالمعاملة الالكترونية وفي حالة عدم وجود مقر عمل، فإننا نأخذ بمحل الإقامة المعتاد، في حين أن قانون المعاملات الالكترونية الأردني لم يتعرض في المادة (18) منه إلى الأشخاص الاعتبارية، وكيفية تحديد المكان بالنسبة لها. لعلى المشرع الأردني اكتفى بالمعلومات الواردة في نص المادة (18)، فقد يقصد بالمنشئ الشخص الطبيعي أو الاعتباري، كما أن المرسل إليه قد يقصد أيضا به الشخص الطبيعي أو الاعتباري، وإن كان ذلك ليس واضحا من نص المادة (18) حيث أن تفسير العبارات يوحي بأن الحديث عن الشخص الطبيعي وليس الاعتباري وهذا واضح من الفقرة التي تنص على أنه: "إذا لم يكن لأي منهما مقر عمل يعتبر مكان إقامته مقرا لعمله" وقد برر البعض[1] الأخذ بمقر عمل المرسل أو المرسل إليه دون مكان وجود نظام المعلومات لأن الطبيعة الخاصة للمعاملات الإلكترونية تقتضي ذلك، حيث أن نظام المعلومات الخاص بالمرسل إليه، الذي يتم تلقي الرسائل فيه أو استرجاعها منه، كثيرا ما يكون موجودًا في مكان غير المكان الذي يوجد منه المرسل إليه نفسه، لذلك حسنا ما فعله القانون من الاعتداد بالمكان الذي يقع فيه مقر أعمال المرسل إليه بالنسبة لتلقي الرسالة.

ب. قانون المبادلات و التجارة الالكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000: فقد جاء نص المادة (28) على أنه :"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".

يلاحظ من خلال النص أن العقد ينعقد في مكان أو موطن التاجر، مع الإشارة إلى إمكانية تغيير الحكم باتفاق أطراف العقد، كما أن النص لم يعالج حالة تعاقد التاجر مع تاجر آخر ويبدو أن المشرع التونسي ترك الموضوع خاضعا للقواعد العامة ولاتفاقيات الأطراف المتعاقدة.

رأينا في مسألة تحديد مكان انعقاد العقد الالكتروني من الضروري التأكيد مجددا على ضرورة توحيد قواعد تحديد مكان انعقاد العقد الالكتروني تأخذ بها معظم الدول وذلك بسبب الطابع العالمي لشبكة الانترنت التي تجاوزت الحدود الجغرافية للدول وجعلت من إمكانية التعاقد بين أطراف ينتمون إلى دول مختلفة وأنظمة قانونية

3– جاسم علي الشامس، العقد عن طريق الانترنت في ضوء أحكام القوانين في دولة الإمارات بحث مقدم لمؤتمر القانون والحاسوب، جامعة اليرموك، الأردن12–14جويلية2004 ص20

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

في التشريعات الوطنية وبما أن الحلول القانونية الواردة بصدد هذه المسألة هي نصوص قانونية مكملة لإرادة الطرفين، فإن بإمكان أطراف العقد الالكتروني الاتفاق على تحديد مكان انعقاد العقد عبر الانترنت مسبقا.

أما بخصوص الحلول التي جاءت بها القوانين المنظمة للتجارة الالكترونية قانون اليونسترال النموذجي والقوانين الأخرى المتأثرة به من جعل (مقر عمل المرسل إليه) مكانا لانعقاد العقد الالكتروني، جدير بالاهتمام والتأييد باعتباره أكثر ملائمة للبيئة الالكترونية ومتطلبات عقودها وإذا تعدد مقرات عمله، فإن مكان الانعقاد يكون في مقر العمل الذي له أوثق علاقة بالعقد الالكتروني المعني، وفي حالة تعذر الترجيح بين هذه الأماكن فإن مكان انعقاد العقد هو مقر العمل الرئيسي، وإذا لم يكن للقابل مقر عمل فإن مكان انعقاد العقد هو محل إقامته المعتاد وإن ما جاءت به هذه القوانين يوافق مع الحل الذي نادت به نظرية وصول القبول أو تسلمه والتي تقضي بأن العقد ينعقد في المكان الذي يصل إليه القبول بصرف النظر عن علم الموجب به من عدمه، وترجح مقر عمل الموجب هو مكان إبرام العقد الالكتروني وفق المعايير المشار إليها سابقا.

الفصل الثاني: صحة العقد الالكتروني

يقوم العقد بوجود التراضي ولا يكفي أن يكون التراضي موجودًا، بل يجب أن يكون صحيحًا[1] والتراضي لا يكون صحيحًا إلا إذا كان صادرًا من ذي أهلية و لم تكون إرادة أحد المتعاقدين مشوبة بعيب من العيوب التي قد تطرأ عليها فتحد من أثرها[2] ويثير العقد الالكتروني تبعًا لطبيعته وطرق انعقاده صعوبات قد لا تثار في العقد التقليدي وذلك لأن المعاملات تتم بتقنيات الاتصال الحديثة عبر فضاء افتراضي، كما يجب أن يأتي العقد مشروعا في سببه ومعينا في محله على نحو ما يتطلبه القانون، بالإضافة إلى ما تستوجبه القواعد العامة لقيام العقد والعقد الالكتروني الذي لا يخرج عن أصله العام لمجرد أنه يبرم بهذه الوسيلة فإن ما سنتطرق إليه في هذا الفصل ليس الا استجابة لدواعي التكامل في بحثنا لعقد البيع المبرم عبر الانترنت، وعلى ذلك سنقسمه كالآتي:

المبحث الأول: الأهلية في العقد الالكتروني وعيوب الارادة

المبحث الثاني: المحل والسبب في العقد الالكتروني

المبحث الأول: الأهلية في العقد الالكتروني وعيوب الإرادة

كي يكون العقد الالكتروني صحيحاً ينبغي أن يصدر التعبير عن الإرادة من شخص يعتد القانون بأهليته نظرًا لأن العقد الالكتروني يتم عن بعد من دون حضور مادي للمتعاقدين بالتالي يصعب على كل من المتعاقدين التأكد من شخصية المتعاقد الآخر وكذا التحقق من أهليته.

المطلب الأول: الأهلية في التعاقد الإلكتروني

1- المقصود بالرضاء الصحيح هو كون المتصرف مميزا يعقل معنى التصرف و يقصده، أي أن يكون مدركا ماهية العقد والتزاماته فيه وتكون له إرادة حقه لقيام الالتزام، لأن الإرادة ركن من الأركان الأساسية لأي تصرف قانوني وبدونها لا يصح التصرف. عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، مؤسسة الأمل سنة 2006 ص 221 وكذا محسن عبد الحميد النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، الجزء الأول، مكتبة الجلاء الجديدة، كلية الحقوق بجامعة المنصورة ، مصر د.س.ن، ص 213

2- بشار محمود دويدين، الاطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت أصل الكتاب رسالة ماجيستير، دار الثقافة 2006 ص 152

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

القانونية[1] ويشترط لصحة العقد أن تتوافر لدى طرفيه الأهلية القانونية المطلوبة لإبرامه ويعتبر التحقق من هذا الأمر ميسورًا في العقود التقليدية التي تتم بين حاضرين أما في العقود الالكترونية التي تنعقد عن بعد فإنه قد يصعب على أحد طرفي التعاقد التحقق من أهلية المتعاقد الآخر، قبل ابرام العقد وسنتناول خصوصية الأهلية في التعاقد الالكتروني كفرع أول وكيفية التحقق منها كفرع ثان بما يخدم البحث.

الفرع الأول: خصوصية الأهلية في العقد الإلكتروني: ينبغي لكي يكون العقد الالكتروني صحيحاً، أن يصدر التعبير عن الإرادة من شخص يعتد القانون بأهليته، ونظرًا لأن العقد الالكتروني يتم عن بعد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، من دون حضور مادي للمتعاقدين، بالتالي يصعب على كل من المتعاقدين التأكد من شخصية المتعاقد الآخر وكذا التحقق من أهليته، فضلا عن أن عددًا كبيرًا من مستخدمي الانترنت هم من المراهقين وصغار السن، لاسيما أن بعضهم قد يستخدم البطاقة المصرفية لأحد والديه في التعاقد مع تاجر حسن النية أو أن يتعاقد شخص قاصر على سبيل اللهو والعبث مع تاجر حسن النية، بالإضافة إلى أن الانترنت معرضة للاختراق والتدخل الأجنبي والقرصنة الالكترونية، ولاشك في أن هذه المسألة تعد من أهم المشكلات التي تواجه التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة لاسيما الانترنت، مما يؤكد لنا أهمية الأهلية في التعاقد عبر الانترنت وهذا ما أدى ببعض الفقه إلى القول بأنه ينبغي لمعالجة هذه المشكلة التوسع في الأخذ بنظرية الوضع الظاهر Théorie de l’apparence[2] وترجيح مصلحة المهنيين، وتطبيقا لهذه النظرية. إذا اختلس القاصر بطاقة الائتمان المصرفية الخاصة بأحد والديه واستخدمها في إبرام عقد مع أحد التجار فيجوز لهذا التاجر إن كان حسن النية أن يتمسك بأن القاصر باستخدامه هذه البطاقة قد توافر مظهر صاحبها، ومن ثم مظهر الشخص الراشد، كما يستطيع هذا التاجر أيضا الرجوع على هذا لقاصر على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية، بالتالي فإن من مصلحة الآباء مراقبة استعمال أبنائهم القصر لتقنيات الاتصال، فضلا عن الحفاظ على بطاقاتهم المصرفية، والرقم السري الخاص بها[3]. تجدر الإشارة إلى أن الأخذ بنظرية الوضع الظاهر يتوافق مع التشريع التقليدي فالمادة (1307) من القانون المدني الفرنسي تنص على أن القاصر الذي يخدع الغير لإخفاء نقص أهليته لا يحق له استرداد ما دفعه تنفيذا لما تعهد به، وهذا الحكم يمتد ليشمل كل فاقدي الأهلية، بالتالي فإن تصرفات فاقد الأهلية تبقى قابلة للتعويض رغم بطلانها، وخير صورة للتعويض في هذه الحالة هو بقاء التصرف قائمًا.[4] كما أنه وفقا للمادة 18/121 من قانون الاستهلاك الفرنسي، فإنه يلزم إجراء التحقق من شخصية الأطراف المتعاقدة على نحو يحقق الأمان والثقة في المعاملات المتبادلة، حيث يلتزم التاجر أو مقدم الخدمة بأن يتيح لعميله كافة البيانات التي تفصح عن هويته، بما في ذلك أهليته القانونية وعلى النمط ذاته يلتزم العميل بأن يرشد التاجر عن

1- عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص244، وكذا آمانج رحيم أحمد، مرجع سابق، ص218 وكذا سليمان مرقس، مرجع سابق، ص317

2- لمزيد من التفاصيل أنظر127- 128 lionel bochurberg: internet et commerce électronique, Delmas paris, 2001 p

3- محمود عبد المعطي الخيال، الانترنت وبعض الجوانب القانونية مرجع سابق ص 123 و أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت مرجع سابق ص 113،وكذا سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص 153.

4- جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة 1976ص 174

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

في القانون الإنجليزي الأصل أن للقاصر أهلية إبرام عقود الضروريات، والعقود التي قد تتمخض عن منفعة له، وما عدا ذلك من العقود فإنه يكون باطلا أو قابلا للأبطال إلا أنه إذا ارتكب ناقص الأهلية غشا، بأن أقر للبائع بسن أكبر من سنه الحقيقي فإنه يكون للتاجر في هذه الحالة الحق في استرداد البضاعة إذا لم تكن من الضروريات ويبقى هذا الحق قائما طالما ظلت البضاعة في حوزة القاصر، وكان من الممكن تحديد ذاتيتها بيد أنه لا يجوز للتاجر الرجوع على ناقص الأهلية بموجب دعوى الخديعة في قانون المسؤولية التقصيرية، لأن القول بذلك يعني إلزام ناقص الأهلية بالعقد بصورة غير مباشرة.[1]

كما أن القضاء الانجليزي قد فرق في هذا الشأن بين أمرين: العقد البسيط و الذي قد يبرمه القاصر عبر تقنيات الاتصال الحديثة، كما لو اشترى كتابا أو ما شابه ذلك ومثل هذه العقود لا تبطل، والعقد ذو القيمة الكبيرة، كما لو اشترى سيارةً أو عقارًا، ومثل هذه العقود تبطل لمصلحة القاصر حتى و لو تضرر منها التاجر أو المتعاقد مع القاصر عملا بأحكام النظام العام. وفي التوجيه الأوروبي رقم 7/97 الصادر في 20ماي 1997 بشأن البيع عن بعد فإنه وفقا لنص المادة (1/4) يلزم عند إبرام العقد عن بعد عبر تقنيات الاتصال، تحديد هويته الأطراف المتعاقدة بما في ذلك بيان الأهلية القانونية[2].

كما أن التوجيه الأوروبي رقم 31/2000، الصادر في 8 جانفي 2000 بشأن التجارة الالكترونية قد تطلب أيضا ضرورة تحديد كافة عناصر تحديد الهوية بما في ذلك الأهلية القانونية.[3]

في القانون المدني المصري تنص المادة (1/11) أن: "الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم، مع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في مصر وتترتب آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص أهليه يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، فإن هذا السبب يؤثر في أهليته".[4]

كما تنص المادة (119) من القانون المدني المصري على أنه: "يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض، إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته".[5] فهذا الحل الذي أورده المشرع المصري هو حل موفق،[6] فهو يعطي للمتعاقد مع القاصر بحسن نية حق الرجوع عليه وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية فضلا عن المسؤولية التعاقدية وفي القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات والتجارة الالكترونية فإنه وفقا لنص المادة (25) يلزم عند إبرام العقد الالكتروني الإفصاح عن الهوية

1- فتحي عبد الرحيم عبد الله، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانونين المصري والانجليزي 1999 ص 222 وما بعدها.

2- سمير برهان، إبرام العقد في التجارة الإلكترونية، مؤتمر الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية والاتجاهات الحديثة في وسائل حسم المنازعات، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، المنعقد بجامعة الدول العربية، القاهرة 12– 13 جانفي2002 ص13

3-Catherine Guigou : les contrats avec les consommateurs un autel de développement du commerce électronique, presses univers tains daix Marseille , 2002 p 145

4- يقابلها نص المادة 10 من القانون المدني الجزائري.

5- يقابلها نص المادة (134) من القانون المدني الأردني.

6- عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الانترنت، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2010، بيروت، ص 236.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
بصورة واضحة ومفهومة، أما في العراق فلا بد من الرجوع إلى القواعد العامة المنظمة لأحكام المسؤولية المدنية التي تعتمد عادة على معيار حسن نية المتعاقد مع القاصر أو سوء نيته، فإذا كان المتعاقد مع القاصر سيء النية وكان عالما بنقص أهليته، فهنا هو الذي يتحمل المسؤولية ولكن إذا كان المتعاقد مع القاصر حسن النية ويعتقد بأن من يتعاقد معه عبر شبكة الانترنت هو كامل الأهلية بعد أن يبذل عنايته المعقولة للتأكد من ذلك فهنا يتحمل القاصر أو وليه المسؤولية القانونية عن هذه الأضرار، وقد حرص أيضا قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لعام 1996 "CNUDCI" على ضرورة التأكد من الهوية، حيث تنص المادة (13) بشأن إسناد رسائل البيانات بأنه: "تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ إذا كان المنشئ هو الذي أرسلها بنفسه.

في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه، تعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشئ إذا أرسلت من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق برسالة البيانات."

يبدو لنا مما سبق أنه نظرا للطابع الخاص للعقد الالكتروني، فإن ناقص الأهلية متى اتخذ مظهر الشخص البالغ الرشيد، وكان المتعاقد الآخر عبر تقنيات الاتصال غير عالم بهذه الحالة، فإنه ينبغي حماية هذا المتعاقد عملا بنظرية الوضع الظاهر، وذلك لتوفير الثقة والأمان لدى المتعاقدين عبر تقنيات الاتصال الحديثة، وحفاظا على استقرار التعامل حتى لا يفاجأ المتعاقد الحَسن النية ببطلان العقد لسبب لا يعلمه، و لم يكن في مقدوره أن يعلمه وقت التعاقد، هذا الأمر لا غنىً عنه في مجال العقود الالكترونية.

الفرع الثاني: الوسائل التقنية التي يمكن استخدامها للتحقق من الأهلية في العقود الالكترونية: إن مسألة التحقق من أهلية المتعاقد في العقود الالكترونية مسألة فنية دقيقة، تحتاج إلى تكاثف علماء التقنية المختصين وفقهاء القانون المهتمين بهذا المجال، بغية إيجاد تقنيات متطورة تسهم في حل هذه المشكلة. بالرغم من أنه لا توجد حتى الآن وسائل تقنية حاسمة في هذا المجال، إلا أنه توجد وسائل احتياطية يمكن استخدامها، وهذه الوسائل قد تتمثل في:

أولاً. البطاقات الالكترونية: البطاقات الالكترونية، هي كروت ذكية، تتمثل في رقائق الكترونية يتم تصنيعها من لدائن معالجة بكثافة من السليكون، ومن وحدات وشرائح فائقة القدرة، والتي يمكن من خلالها تخزين جميع البيانات الخاصة بحاملها مثل: الاسم، السن، محل الإقامة، المصرف المتعامل معه وجميع المعاملات الخاصة بهذه البطاقة. تعتبر هذه البطاقة[1] بمثابة الحاسوب المتنقل، لكونها تحتوي على سجل كامل من المعلومات، البيانات الشخصية والرقم السري، هذه البطاقات مزودة بعدة عناصر للحماية ضد عمليات التزوير وسوء الاستخدام من جانب الغير في حالة سرقتها، أو محاولة تقليدها نظرًا لنوع اللدائن المستخدمة، الشريط الممغنط، الصورة الفوتوغرافية لصاحبها، الرقم السري، وعدم القدرة على فتح الغطاء الخارجي لها، تستخدم هذه البطاقات على نطاق واسع في الدول الأوروبية، الولايات المتحدة الأمريكية واليابان، يمكن استخدامها كبطاقة لتعريف الهوية

1- رأفت رضوان، عالم التجارة الالكترونية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 1999، ص54 وما بعدها، وعبد الباسط وفا، سوق النقود الالكترونية (الفرص، المخاطر، الآفاق)، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية، المنعقد بمركز البحوث والدراسات بأكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، في الفترة 26-28 أفريل 2003، الجزء الثالث، ص 596 وما بعدها.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

أو كبطاقة الكترونية تملأ وتفرغ بالنقود.

بالرغم من وسائل الحماية المزودة بها مثل هذه البطاقات والاحتياطات التي يتخذها المتعاملون عبر تقنيات الاتصال الحديثة لتأمين المعلومات الخاصة ببطاقاتهم الالكترونية، إلا أن أصحاب الدهاء الالكتروني يتفننون في إبداع الطرق لاختراق الاتصالات عبر هذه التقنيات[1] واستحداث أساليب القرصنة الالكترونية[2] والاستيلاء على بيانات وأموال المتعاملين عبر هذه التقنيات[3] وطمس الآثار المادية لأي عمل غير مشروع، وتدمير أي دليل بسرعة فائقة.

ثانياً: الاستعانة بجهات التصديق الالكتروني: يمكن للمتعاقدين الاستعانة بوسيط الكتروني كطرف ثالث محايد، يسند إليه مهمة تنظيم العلاقة بين أطراف العقد الالكتروني، ويلجأ إليه للتحقق من هوية الأطراف المتعاقدة وأهليتهم القانونية، وإصدار شهادة مصادق عليها تتعلق بأطراف العقد الالكتروني. تم تنظيم هذه الخدمة في العديد من القوانين الصادرة بشأن التجارة الالكترونية ومنها:

1.القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات التجارة الالكترونية: وتنص المادة(8) منه: "استحدثت مؤسسة عمومية لا تكتسي صبغة إدارية تتمتع بالشخصية المعنوية وبالاستقلال المالي والتي أطلق عليها اسم (الوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية) تخضع في علاقاتها مع الغير إلى التشريع التجاري، ومقرها تونس العاصمة". وقد نظم المشرع التونسي أهداف واختصاصات هذه الوكالة في المواد (9-24).

2.القانون الأردني رقم 85 لسنة 2001 بشأن المعاملات الالكتروني: حيث تنص المادة (2) منه على أن إجراءات التوثيق هي: "الإجراءات المتبعة بغرض التحقق من أن التوقيع الالكتروني أو السجل الالكتروني قد تم تنفيذه من شخص معين ..."

3.القانون الإماراتي رقم 2 لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الالكترونية: حيث تنص المادة (2) منه على أن مزود خدمات التصديق هو: "أي شخص أو جهة معتمدة أو معترف بها تقوم بإصدار شهادات تصديق الكترونية أو أية خدمات أو مهمات متعلقة بها وبالتوقيع الالكتروني".

4.قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية لعام 2001: حيث تنص المادة (2/هـــ) على أن: "مقدم خدمة التصديق يعني شخصا يصدر الشهادات ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الالكترونية ".[4]

1- إبراهيم العيسوي، التجارة الالكترونية، المكتبة الأكاديمية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2003، ص 85.

2- لمزيد من التفاصيل عن القرصنة الالكترونية انظر: عمرو زكي عبد المتعال، الأمن القانوني للأعمال الالكترونية في مصر، المؤتمر الدولي الثالث عن الاتجاهات الحديثة في معاملات التجارة الالكترونية مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالاشتراك مع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ووزارات الاتصالات والمعلومات المصرية، المنعقد بجامعة الدول العربية، القاهرة يومي 17-18 جانفي 2004، ص10.

وكذا Patrick ANELLI : le piratage des images sur internet, presses universitaires de France, paris, 1999, p23.

3- عماد علي خليل، التكييف القانوني لإساءة استخدام أرقام البطاقات عبر شبكة الانترنت، مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة المنعقد في الفترة 1-3 ماي 2000 هامش (1)، ص5

4- لمزيد من التفاصيل انظر لاحقا الفصل الثالث من الباب الثاني من هذه الدراسة.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

ثالثاً. الوسائل التحذيرية: تعتبر من أكثر الوسائل استخداما في الوقت الحاضر وهي تمارس عن طريق وضع تحذيرات على الانترنت تنبه بعدم الدخول إلى موقع الانترنت، إلا من شخص تتوافر لديه الأهلية القانونية، ويلتزم هذا الشخص قبل الدخول إلى الموقع بالكشف عن هويته، والإفصاح عن عمره، وذلك من خلال ملء نموذج معلومات معروض على الانترنت وفي حالة ما إذا كان لدى الشخص الأهلية القانونية، فإنه يستطيع دخول الموقع وإبرام العقود، وفي حالة عدم ملء هذه البيانات أو إذا اتضح منها عدم أهلية المستخدم، فإنه يسمح له بدخول الموقع، بالتالي عدم إبرام أية عقود،[1] كما قد يتم وضع نماذج للعقود على الانترنت تحول صياغتها بشكل ملائم وواضح دون تعاقد الفئات غير المرغوب فيها، كأن تتضمن بنودها نصًا صريحًا بضرورة توافر الأهلية القانونية الكاملة في العميل وإلا فلن يبرم العقد. رغم كثرة استعمال هذه الوسائل التحذيرية، إلا أنها محفوفة بالمخاطر، إذ قد يقوم المستخدم بالإدلاء ببيانات تخالف الحقيقة بشأن أهليته، وهو ما يتطلب ضرورة تضافر جهود فقهاء القانون والمختصين في مجال[2] نظم الاتصالات والمعلومات لحل هذه المشكلة.

المطلب الثاني: عيوب الإرادة

طبقا للقواعد العامة لا يكفي لانعقاد العقد وصحته تطابق الإرادتين وتوافر الأهلية في المتعاقدين بل يجب أن تكون الإرادة سليمة وخالية من العيوب.

لا شك أن نظرية عيوب الإرادة تلعب دورًا هامًا في نطاق المعاملات الالكترونية، حيث تتسم هذه المعاملات بالتعقيدات التكنولوجية وخاصة أن العقد يتم عن بعد بين طرفين غائبين غير متكافئين في أغلب الأحيان،[3] حيث يكون أحدهما المنتج أو مقدم الخدمة بما يملكه من ممتلكات فنية وقانونية وإمكانيات اقتصادية واحتكار فعلي لبعض المنتجات ويصعب على العميل (المستهلك) الذي لا يملك هذه الإمكانيات (لأنه أقل قدرة من المنتج على الصعيد الاقتصادي أو الفني أو القانوني)[4] وسوف نتناول عيوب الإرادة مع تطبيقاتها على العقود الالكترونية كما يلي:

الفرع الأول: عيب الغلط: "الغلط هو وهم يقوم في ذهن الشخص، فيتصور له الأمر على غير حقيقته"[5] بحيث يقوم هذا الوهم عند تكوين الإرادة فيعيبها دون أن يعدمها.[6] والغلط الذي يعيب الرضا هو ما يصيب الإرادة وقت التكوين وليس كل غلط أيا كانت درجته مما يعيب الإرادة. بل أن منه مالا يؤثر فيها ومنه ما يعدمهما وأخيرًا منه ما يقتصر أثره على تعييب الإرادة وهو الذي يعنينا باعتباره عيبا من عيوب الإرادة.

1- محمد شاهين الخطيب، التعبير عن الرضا في عقود التجارة الالكترونية عبر شبكة الانترنت، مؤتمر عمليات البنوك بين النظرية والتطبيق، جامعة اليرموك، المملكة الأردنية الهاشمية المنعقد في 22-24 ديسمبر 2002، ص: 11.

2- رامي محمد علوان، مرجع سابق، ص: 242، وكذا عبد الله الخرشوم، مرجع سابق، ص 287.

3- مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص 249 وكذا سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص 161.

4- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص: 72.

5- رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية 2003، ص107، وكذا برهام محمد عطا الله، أساسيات نظرية الالتزام، القسم الأول، مصادر الالتزام، بدون ناشر، 2000 -2001، صAUBERT (J- L) : protection des consommateurs, D. S. 1987 , 4e cahier, somme. P133191

6- محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء الفقه والقضاء، جـ 1، الالتزامات، طبعة نادي القضاة، 1980ص324

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
يتضح من ذلك بأن الغلط قد يكون مانعاً أو غير مؤثر، أو معيبا للإرادة وهذا ما سنعالجه مع الإشارة إلى تطبيقاته في العقود الإلكترونية.

أولاً: الغلط المانع: هو الغلط الذي يحول دون انعقاد العقد، وهو ليس مجرد تصور للأمر على غير حقيقته، إذ يوجد اختلاف بين الإرادة والتعبير عنها،[1] حيث لا يدل التعبير المعلن على الإرادة الحقيقية إنما يدل على إرادة أخرى غير موجودة، وهذا الغلط قد يمس وجود أحد أركان العقد أو يمس ماهيته، ويترتب على وجود الغلط المانع بطلان العقد واعتباره كأن لم يكن، ويكون الغلط مانعا في الحالات التالية:

1. إذا كان غلطا في ماهية العقد: يأتي هذا النوع من الغلط نتيجة لعدم توافق الإرادتين ومثال ذلك أن يبرم الشخص عقدا الكترونيا عبر شبكة الانترنت معتقدا بأنه اشترى برنامجا لممارسة حق الاستغلال، في حين كان قصد البائع منحه حق الاستعمال فقط،[2] فهنا انصب الغلط على طبيعة العقد فمنع من التراضي لعدم تطابق الإرادتين بالتالي من نشوء العقد.

2. إذا كان الغلط في ذاتية المحل: يقع هذا النوع من الغلط المانع على ركن المحل للعقد، كما لو تعاقد شخص عبر شبكة الانترنت لشراء برامج تعليمية خاصة بالحاسوب الآلي لتعليم اللغة الانجليزية ولكنه يتفاجأ بحصوله على برامج لتعليم اللغة الروسية مثلا وهنا لا ينعقد العقد لعدم تطابق الإرادتين.

3. إذا كان غلطا في سبب الالتزام: يكون العقد باطلا إذا وقع الغلط في وجود سبب الالتزام، على الرغم من عدم عثورنا على تطبيقات للغلط في وجود سبب الالتزام في العقود الالكترونية، إلا أن هذا لا يمنع من إبطال العقد الإلكتروني إذا وقع الغلط في سبب الالتزام استنادا إلى القواعد العامة الواردة في القانون المدني في العالم المادي، كأن يعقد الشخص تأمينا على عقاره ضد الحريق وهو العقار الذي آل إليه إرثا ثم يتضح أن المورث كان قد أمن على العقار ذاته ضد الحريق.

4. الغلط في التعاقد عن طريق الوسيط الالكتروني (الجهاز المؤتمت): إذا لم يكن بإمكان الشخص الذي يقع في غلط أثناء تعاقده مع جهاز مؤتمت تدارك هذا الغلط أو تصحيحه، فإن حكم العقد الالكتروني الذي يبرم نتيجة هذا الغلط يكون باطلا ولا يكون له أثر قانوني وفق المعايير التي جاءت بها المادة (3/12) من مشروع اتفاقية اليونسترال للتعاقد الالكتروني على عكس ما جاءت به المادة(2/11)من قانون مملكة البحرين للمعاملات الالكترونية، حيث يكون العقد قابلا للإلغاء وليس باطلاً.[3]

ثانيًا: الغلط غير المؤثر: هو الغلط الذي يقع في صفة عرضية أو ثانوية للشخص[4] كالغلط في الشخص المتعاقد إذا لم تكن شخصية محل اعتبار وكذا الحال بالنسبة للغلط المادي أو الغلط في الحساب وفي أمور معتادة في التعامل. يعد الغلط غير المؤثر من أكثر صور الغلط وقوعًا في العقود الالكترونية المبرمة عبر شبكة الانترنت،

1- محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 116

2- نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، مرجع سابق، ص 32

3- أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 231

4- منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، دراسة مقارنة، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، مكتبة الرواد للطباعة، 1991، ص 158

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

الغلط الذي يقع عند تحرير رسالة البيانات التي تتضمن السند المثبت للعقد بأن يكتب صفرا بالزيادة فجعل المائة ألفا أو بالعكس مثال ذلك أن يعرض تاجر في إعلانه أنه يبيع سيارات من نوع معين بمبلغ مائة ألف جنيه 100.000 للسيارة الواحدة، ولكن يقع تحريف في الرسالة الالكترونية فيظهر الإعلان على موقع الانترنت مبلغ عشر ألاف جنيه 10.000، ونرى أن هذا الغلط مادي بالتالي لا يكون له أي دور في تكوين الإرادة حيث طرأ بعد تكوينها، من ثم فهو لا يؤثر في وجودها إنما يعيبها فقط، من ثم لا يؤثر في تكوين العقد الالكتروني إنما يلزم تصحيح هذا الغلط المادي فقط طبقا لما نصت عليه المادة (84) من القانون المدني الجزائري على أنه: "لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم، ولكن يجب تصحيح الغلط".[1]

إن الغلط الذي يتحقق أثناء إبرام العقد الالكتروني مع وسيط الكتروني (جهاز مؤتمت) يعد غلطًا ماديًا ويجب تصحيحه، ذلك إذا كان بإمكان الشخص أن يصحح الغلط من خلال الوسائل التقنية التي أكدت عليها المادة (2/12) من مشروع اتفاقية اليونسترال للتعاقد الالكتروني.

ثالثًا: الغلط المعيب للإرادة: إن الغلط الذي يعيب إرادة التعاقد، هو ذلك الغلط الذي يحدث عند تكوين الإرادة في ذهن صاحبها، ذلك بأن يتوهم أمرا على خلاف الواقع ويقع هذا الغلط في صفة جوهرية في الشيء محل الالتزام، أو في ذات المتعاقد أو صفة جوهرية من صفاته، أي أن الغلط المعيب هو الغلط الذي يقع في أمر جوهري مرغوب فيه أي فوات وصف مرغوب فيه في المحل أو في ذات المتعاقد الآخر أو صفة فيه، يطلق عليه الغلط الجوهري وهو الغلط الذي لا يقوم رضا المتعاقد بدونه، أي أن المتعاقد لو لم يقع بهذا الغلط لما أقدم على التعاقد، فإذا تعاقد شخص مع آخر على أنه خبير وذو كفاءة عالية في إدارة نظم المعلوماتية، وتبين فيما بعد أنه عكس ذلك، فهنا يحق للمتعاقد أن يطالب بفسخ العقد.[2] يشترط لتحقيق الغلط المعيب للرضا توافر شرطين:

1. يجب أن يكون الغلط جوهريا: أي دافعًا للتعاقد، بمعنى أن يكون على درجة من الجسامة والأهمية بحيث يمتنع المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط[3] وقد يسمى بالغلط الدافع، والمعيار الذي يعتمد عليه لتقدير جوهرية الغلط هو معيار ذاتي،[4] يقوم على تقدير المتعاقد لأمر معين يبلغ في نظره درجة من الأهمية تكفي لأن تجعله يقدم على التعاقد إن وجد ويحجم عن التعاقد إن تخلف، فالغلط الجوهري قد يقع في (صفة الشيء) أو في (شخصية المتعاقد كثبوت عدم الخبرة لديه مثل عدم مناسبة برنامج الحاسب للوفاء بالغرض المطلوب) أو في (قيمة الشيء) أو في(الباعث على التعاقد)، أو في أمور تبيح نزاهة المعاملات.[5]

– تعد صفة عدم الاحتراف أو عدم الخبرة في المعاملات الالكترونية عنصرًا جوهريًا في قبول إعداد المتعاقد الوقوع في غلط جوهري، خاصة في الأشياء الفنية ذات التكنولوجيا المتطورة مثل برامج الحاسب الآلي. إن

1– يقابله نص المادة 120 من القانون المدني العراقي والمادة 123 من القانون المدني المصري.

2– نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 34.

3– محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، مرجع سابق، ص 219.

4– حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 178.

5– انظر المادة 82 من القانون المدني الجزائري وتقابلها نص المادة 120 من القانون المدني المصري وتقابلها نص المادة 118 من القانون المدني العراقي والمادة 195 مدني إماراتي والمادة 151 مدني أردني والمادة 122 مدني سوري والمادة 121 مدني ليبي والمادة 172 مدني يمني والمادة 147 مدني كويتي والمادة 63 مدني سوداني.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

تلك الصفة تعد من القرائن التي يستعين بها القاضي في تقدير مدى توافر الغلط، ويصعب قبول الغلط من متعاقد متخصص. كذلك الحال إذا كانت البيانات التي قدمها الموزع كافية لتلافي الوقوع في الغلط. نفس الحكم إذا ثبت تقصير مدعي الغلط حيث لم يقم بالاستلام والإفصاح عن رغباته والتعاون مع الموزع للوصول إلى الغاية المرجوة.[1] إن المشرع الأوروبي حريص على تلاقي أي غلط قد يقع فيه المتعاقد ويكون ناتجًا عن نقص في البيانات المتعلقة بالسلعة، الخدمة أو المتعلقة بالموجب نفسه، لذا فقد تضمنت بعض التوجيهات الأوروبية،[2] نصوصًا تخدم هذه الفكرة، كما تضمن المفهوم نفسه العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الالكترونية.[3]

2. اتصال المتعاقد الآخر بالغلط: لا يكفي أن يقع أحد المتعاقدين في غلط جوهري حتى يكون العقد موقوفًا، إنما يجب أن يتصل المتعاقد الآخر بهذا الغلط، فلا يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري أن يطلب بطلان العقد إلا إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه، وحكمة هذا الشرط هي ضمان استقرار التعامل، لأن الغلط الفردي يؤدي إلى مفاجأة العاقد الآخر بطلب بطلان العقد وهو لا علم له بالسبب، أما إذا كان العاقد الآخر شريكًا في الغلط أو عالمًا به أو كان بوسعه أن يعلمه، فتنتفي المفاجأة.[4]

مما سبق يمكن القول أن عيب الغلط أمر متصور الحدوث سواء كان التعاقد تقليديًا أم الكترونيًا ويترتب عليه بطلان العقد طبقًا لنص المادة (81) من القانون المدني الجزائري.

الفرع الثاني: عيب التدليس: يعد التدليس من عيوب الإرادة التي تؤدي إلى إبطال العقد، فما هو تعريف التدليس وما هي الشروط الواجب توافرها للتمسك لبطلان العقد الالكتروني؟

أولاً: تعريف التدليس: يمكن تعريف التدليس بأنه: "استعمال شخص طرقا احتيالية لإيقاع شخص آخر في غلط يدفعه إلى التعاقد.[5]

ثانياً: عناصر التدليس وشروطه:

1.عناصر التدليس: للتدليس عنصران[6] أحدهما مادي ويتمثل في الطرق الاحتيالية التي تتخذ صور مختلفة ومن أمثلتها: حالة الجمعيات والشركات التي تتخذ لنفسها من مظاهر الإعلان ما لا يتفق مع حقيقتها. أما العنصر الآخر معنوي ويتمثل في نية التضليل للوصول لغرض غير مشروع والمعيار هنا ذاتي يختلف من متعاقد إلى آخر.

2. شروط التدليس: يشترط في التدليس أن يكون هو الدافع إلى التعاقد، وأن يتصل بالمتعاقد الآخر، ويعتبر

1-plaisant, note suas cases. Cive. 30 jan. 1996. D. 1996. 228.

2-Article le ‘’5’’ de la directive N° 2000- 31, précitée, et aussi article ‘’4’’ de la directive N° 97- 7, précitée.

أشار إليه أيمن مصطفى البقلي، النظام القانوني لعقد الاشتراك في بنوك المعلومات الالكترونية (دراسة تطبيقية مقارنة للتعاقد عبر الانترنت) دار النهضة العربية القاهرة 2010، ص: 292.

3-Contrat- type de commerce électronique : commerçants consommateurs, art prés. P1580.

4- مالك دوهان الحسن، شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مطبعة الجامعة بغداد، 1973، ص 336.

5- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، مصادر الالتزام، بدون ناشر، 1954، ص 303. وكذا عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص254. ص254.

6- محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، مصدر سابق، ص236.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

مجرد الكتمان أو السكوت المتعمد عن واقعة أو ملابسة معينة تدليسًا[1]، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بها[2] وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن: "الحيلة غير المشروعة التي يتحقق بها التدليس إما أن تكون إيجابية باستعمال طرق احتيالية أو سلبية يتعمد المتعاقد كتمان أمر عن المتعاقد الآخر بلغ حدا من الجسامة بحيث لو علمه الطرف الآخر لما أقدم على التعاقد بشروطه.[3]

إن للتدليس أهمية كبيرة في إطار العقود الالكترونية حيث أتاح الطرح الجديد لنظام التعاقد الالكتروني للطرف غير الخبير الذي لا يوفر له الطرف إلا كثرة خبرة المعلومات الكافية الحق في أن يتمسك بتعييب إرادته نتيجة لغلط وقع فيه أو لتدليس ناجم عن كتمان المتعاقد الآخر للمعلومات التي كان يجب عليه الإدلاء بها،[4] إلا أن الوسائل الاحتيالية في العقد الالكتروني لها معنى أوسع وتطبيقات جديدة وأساليبها متنوعة، نظرا لقدرة بعض العابثين والمحتالين على اختراق النظام المعلوماتي للشبكة، ومن هذه التطبيقات:

أ. الدعايات والإعلانات الالكترونية الكاذبة والمضللة للمنتجات والخدمات عبر شبكة الانترنت.[5] خاصة أن الإعلانات التجارية عبر شبكة الانترنت تعتبر أحد أهم إفرازات ثورة الاتصالات والمعلومات مما يؤثر في سلوك المستهلك بل قد تحرضه على التعاقد للحصول على منتج أو خدمة لا يحتاج إليه حقيقة، فالغرض هنا أن المتعاقد ضحية التدليس لم يقع بنفسه تلقائيًا في الغلط بالاعتقاد في وجود صفات بالسلعة المباعة مخالفة للحقيقة، لكن التاجر هو الذي سعى إلى إيقاع المستهلك في الغلط، بإظهار السلع في شكل براق، مما يتوافر معه الخداع ونية التظليل، كأن يظهر على شبكة الانترنت صور ملونة وجذابة لمستحضر معروض للبيع على أن له القدرة على إعادة الشعر للرجل الأصلع أو أن الدواء يعالج العقم أو ضعف الخصوبة لراغب الإنجاب خلال مدة أسبوع...الخ.

ب. الكذب يتعمد نشر معلومات غير صحيحة فالأصل أن الكذب وحده لا يكفي لتكوين عنصر الحيلة في التدليس، كامتداح التاجر بضاعته إلى حد الكذب ما دام ذلك مألوفًا في التعامل،[6] وعلى العكس إذا خرج عن المألوف في التعامل، لذلك يدخل في مجال التدليس الكذب في الإعلانات والدعاية الالكترونية للمنتجات أو الخدمات إذا كان مؤثرًا في إرادة المدلس عليه ودافعًا إلى التعاقد،[7] في هذا الصدد نجد أن القضاء الفرنسي

1- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص422، ونزيه محمد الصادق المهدي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص44.

2- يزيد أنيس نصير، السكوت وأثره في إبرام العقد، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 18، جانفي 2003، ص 285.

3- نقض أحوال شخصية 28 أفريل 2001 الطعن رقم 431 لسنة 66 ق، مجلة المحاماة العدد الثاني 2002 ص 54.

4- حسن عبد الباسط جميعي، عقود برامج الحاسب الآلي، دار النهضة العربية، القاهرة 1998، ص130.

5- أحمد السعيد الزقرد، الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي والمقارن، مجلة الحقوق الكويتية، السنة التاسعة عشر، العدد الرابع، سبتمبر 1995. ص221، وفي حكم لمحكمة استئناف بتاريخ 19 أفريل 1966 JCP 1966 -14742 AIX. ENPROUINCE أبطلت المحكمة عقد إيجار، وذلك للتدليس الذي حدث نتيجة الدعاية الكاذبة بشأن مواصفات فيلا سياحية للإيجار تطل على البحر المتوسط، وذلك لإخفاء الشركة مكان الفيلا والتي تقع بجانب موقع للبناء أشارة إليه هالة جمال الدين محمد محمود في كتابها أحكام الإثبات في عقود التجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص 198.

6- عمر السيد مؤمن، التغرير والغبن كعيبين في الرضا، دار النهضة العربية، 1997، ص: 26.

7- ومن التطبيقات القضائية لمحكمة النقض المصرية، الطعن رقم 1297، لسنة 56، مكتب فني 41، صفحة رقم 833 بتاريخ 1990/11/29. أميرة حسن الرافعي، التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الالكترونية في ظل الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، منشأة المعارف، الإسكندرية 2012، ص186

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

مدى توسع في مفهوم التدليس في التعاقد عن بعد قد أتاح للمستخدم في مجال برامج الكمبيوتر أن يطلب إبطال العقد بسبب التدليس الناجم عن كتمان مورد البرامج للمعلومات التي تتيح له حسن اختيار البرنامج والتعاقد بالتالي في ضوء إرادة واعية ومبصرة.[1]

وقد شهدت السنوات الأخيرة في فرنسا انتشارًا كبيرًا لاستخدام الطرق الاحتيالية، خاصة فيما يتعلق بالبطاقات المصرفية وسوء الائتمان بصورة أصبحت تهدد التجارة الالكترونية وهو الأمر الذي حدا بالمشرع الفرنسي لإصدار القانون رقم 2001/1062 بتاريخ 15نوفمبر2001 المتعلق بأمن وحماية حامل البطاقة المصرفية، وفقا لنص المادة (132) من هذا القانون يتم إعفاء حامل البطاقة المصرفية من أية مسؤولية في حالة الوفاء الذي يتم غشًا عن بعد من الغير دون استخدام البطاقة استخدامًا ماديًا، وكذا في حالة الوفاء الذي يتم بتقليد البطاقة أو تزويرها، كما غلظ هذا القانون العقوبات المقررة لجرائم الاحتيال والتزوير والتزييف، لاسيما تلك المتعلقة بالبطاقات المصرفية،[2] وبالتالي لم يعد الجزاء المقرر للغش والتدليس مدنيا فقط، بل امتد على المستوى الجنائي أيضا، وهو" توسع مبرر يجد ميزته فيما للجزاء الجنائي من خاصية وقائية ليست للجزاء المدني، فالتهديد بالعقوبة يخص المهنيين على عدم الخداع أصلا، وهذه الوقاية يزيد من تفعيلها ما للإرادة من سلطة الرقابة على مدى التزام المهنيين بتلك القواعد".[3]

ج. يعتبر السكوت تدليسًا كقاعدة عامة،[4] ولا يقتصر الأمر على حالات العقود بين المهنيين والمستهلكين ككتمان بيانات هامة عن المنتج المعروض على شبكة الانترنت، أو إخفاء بعض البيانات الضرورية للعقار الطبي كحجب أضراره وموانع استعماله، أو إخفاء تاريخ انتهائه، أو إخفاء دولة إنتاجه،[5] أو ستر حقيقة مركز الشركة بشأن عقد استشارة تجارية على شبكة الانترنت طالبة القرض البنكي، وأنها شركة متعسرة في السوق عن الوفاء بديونها وأنها شهرت إفلاسها، أو أسهمها تتجه إلى معدل الانخفاض في قيمتها، مما أدى إلى قبول البنك المستشير منها قرض كبير، أو قبول لكفالتها في الوفاء بتعهداتها المالية اتجاه الغير.[6]

د. إنشاء موقع وهمي على الانترنت لا وجود له على الإطلاق كإنشاء موقع يروج لأحد البنوك بأنه يمنح فوائد كبيرة، ويعد تسابق العملاء في توظيف أموالهم بكميات ضخمة في هذا البنك عبر الموقع الالكتروني الوهمي[7]

1- حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص131، وكذا نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص23 وما بعدها.

2-ALAIN BLANCHOT :ALAIN BENSOUSSAN : la protection accordée par la loi sur la sécurité quotidienne en cas d'utilisation frauduleuse d'une carte bancaire, GAZ. PAL.23 DU 24 janvier 2002 p 4 et 5.

3- محمد شكري سرور، التجارة الالكترونية ومقتضيات حماية المستهلك ، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية، الإمارات الإمارات العربية المتحدة، أكاديمية شرطة دبي، مركز البحوث والدراسات القانونية المنعقد في 26- 28 أفريل 2003.

4- وهو ما نصت عليه المادة (86) من القانون المدني الجزائري ويقابلها المادة 125 من القانون المدني المصري والمادة 143 مدني أردني والمادة 151 مدني كويتي والمادة 1112 مدني فرنسي والمادة 208 مدني لبناني تحت اسم " الخداع " و67 مدني سوداني و185 مدني إماراتي و126 مدني سوري و125 مدني ليبي، وانظر بهذا الخصوص قرار محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 1994/2/17 طعن رقم 1862 س 59 ق، أنور طلبة، بحث منشور في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية، الجزء الثاني، ص357- 358.

5-ALAIN BLANCHOT ET ALAIN BENSOUSSAN , la protection Accordé EPAR la loi sur la sécurité quotidienne en cas d'utilisation fraudeuse d'une carte Bancaire, GP.23-24- Janv. 2002. P4 et 5.

6- حسن جميعي، برامج الحاسب الالكتروني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص131.

7- حازم الصمادي، المسؤولية في العمليات المصرفية الالكترونية، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2003، ص57.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

كشف المودعين أن الموقع والبنك وَهميان ولا أثر لها سوى صور زائفة على شبكة الانترنت، وأن المتعاقد الآخر المستثمر قبض الأموال المودعة الكترونيًا ثم اختفى عن الأنظار وشبكة الانترنت.

إن الطبعة غير المادية للمعلومات والبيانات التي يتم نقلها عبر تقنيات الاتصال الحديثة تطرح العديد من المشكلات بشأن إثبات التدليس الذي وقع عبر هذه التقنيات، سيما وأن مرتكبي أفعال التدليس يُكوِنون على قدر كبير من الذكاء والخبرة الفنية الدقيقة بأسرار تقنيات الاتصال حيث يصعب تحديد هويتهم أو كشف أفعالهم، وغالبا ما يعمد إلى إخفاء تلك العمليات التدليسية، وإزالة آثارها بأساليب تقنية، بحيث يعجز ضحية هذا التدليس عن اكتشافه أو إثباته، فالتدليس عادة ما يتم إخفاؤه عن طريق التلاعب بالبيانات والمعطيات التي يحتويها الجهاز المستخدم، أو البرامج المعلوماتية ذاتها، هذه التعديلات لا تترك أثرا ماديا ملموسا، وذلك على خلاف تلك التي تتم بصورة مادية وخاصة على المستندات الورقية، حيث يسهل كشفها، بالإضافة إلى أنه يسهل عبر هذه التقنيات محو الدليل أو تدميره في ثوان معدودة، كما أنه يمكن ارتكاب هذه الأفعال عن بعد في دولة أخرى، وبالتالي يصعب إجراء التفتيش أو الحصول على المعلومات في داخل دولة أجنبية، حيث إن هذا الإجراء يتعارض مع سيادة هذه الدولة الأخيرة،[1] بيد أنه يمكن الحد من ظاهرة الغش والتدليس في التعاقد الالكتروني عن طريق تنشيط دور جهات التوثيق الإلكتروني، أو مقدم خدمة التوثيق، فدورها ليس قاصرًا على مجرد التأكد من صحة ونسبة صدور الإرادة التعاقدية الالكترونية إلى منشئها، بل التأكد من جدية هذه الإرادة وبعدها عن وسائل الغش والتدليس، ويكون ذلك عن طريق قيام هذه الجهات بتعقب المواقع التجارية على الانترنت للتحري عنها وعن جديتها ومصداقيتها في التعامل، فإذا تبين لها عدم توافر الثقة والأمان في أحد المواقع فإنها تقوم بتوجيه رسائل تحذيرية للمتعاملين عبر الشبكة توضح فيها عدم مصداقية الموقع،[2] أو أن الموقع وهمي لا وجود له، أو أن الموقع غير مسجل لدى المنظمة العالمية للملكية الفكرية (W.I.P.O)، أو غير مقيد لدى إحدى شركات الانترنت المكلفة بتسجيل أسماء النطاق بالأسماء والأرقام (I.C.A.N.N) الأمر الذي من شأنه أن يوفر قدرًا من الثقة والأمان لدى المتعاقدين عبر تقنيات الاتصال الحديثة.

الفرع الثالث: الإكراه: يعرف الإكراه بأنه: "رهبة تقوم في نفس الشخص فتدفعه إلى التعاقد".[3] عرفته محكمة محكمة النقض المصرية في قرار لها: "الإكراه المبطل للرضا يتحقق بتهديد المتعاقد المكره بخطر جسيم محدق بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها، أو التخلص منها، ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على الإقرار بقبول ما لم يكن ليقبله اختيارا".[4] وقد عرفته محكمة التمييز الأردنية: "إن الإكراه الذي يعيب الرضا ولا يعدمه في العقود هو إجبار شخص بغير حق على أن يعمل عملا دون رضاه". والإكراه يعيب الإرادة فيجعل رضاء الشخص غير سليم حيث يفقده الحرية والاختيار، والإكراه ليس بذاته هو

1- جميل عبد الباقي الصغير، أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة (أجهزة الرادار،الحاسبات الآلية،البصمة الوراثية)، دار الفكر العربي، مصر،2001، ص113

2- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص: 135.

3- سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، بدون ناشر، 1999- 2000، ص: 60.

4- طعن رقم (142) 36 جلسة 1970/6/9 سنة 21، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية، إعداد حسن الفكاني وعبد المنعم حسني، الجزء الرابع، عام 1982، الدار الدار العربية للموسوعات، ص 1022.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

الذي يفسد الإرادة ويعيب الرضاء، إنما يفسدها ويعيبها ما يولده الإكراه في نفس المتعاقد من خوف ورهبة.[1]

لذا فقد انتقد جانب من الفقه الفرنسي هذه التسمية، وفضلوا عليها اصطلاح الرهبة "contrainte"[2] ويشترط في الإكراه لاعتباره عيبًا يشوب الرضا، أن يتم التعاقد تحت سلطان رهبة بعثت في نفس المتعاقد بفعل من المتعاقد الآخر، وأن يكون المتعاقد الآخر عالما بها، أو كان مفروضا فيه أن يعلم بها حتما،[3] كما يشترط أيضا أن تكون هذه الرهبة هي الدافعة إلى التعاقد.[4] أما فيما يتعلق بتطبيقات الإكراه وأهميته في العقود الالكترونية، فيتعذر أن يشوب إرادة المتعاقد عيب الإكراه لسببين .

السبب الأول: بعد المسافة بين العاقدين، حين يكون وجودهما على شبكة الانترنت يكون افتراضيًا لا حقيقيًا، فلا يجمعهما مكان مادي واحد حتى يمارس أحدهما على الآخر وسائل الضغط والتهديد، يبث الرعب والخوف في نفس المتعاقد الآخر ضغطًا يدفعه للتعاقد تحت وطأة هذا التهديد[5].

السبب الثاني: أن استعمال البرنامج الالكتروني للتعاقد على موقع من المواقع على شبكة الانترنت مرهون بفعل المتعاقد الآخر بدخوله على الموقع أو فتحه لجهاز الحاسب الآلي، وليس مرهون بفعل الإكراه أو فعل المكره أو المرهب،[6] فغالبًا ما يتم عرض المنتجات عبر الانترنت وما قد يصاحب ذلك من إظهار وتزيين للمنتج، إلا أن المستخدم يمكنه تغيير الموقع الالكتروني على الانترنت، أو أن يغلق الجهاز، بالتالي فإن المبادرة ترجع دائما إلى المستخدم، حيث يجب عليه لكي يعبر عن إرادته بالقبول، أن يقوم ببعض الأعمال المادية التي بدونها لا يمكن إبرام العقد مثل: الاتصال بموقع الانترنت، والوفاء بالثمن والذي قد يتم عن طريق بطاقة الائتمان المصرفية بالتالي فلا يمكن القول بأن هناك خطرًا حالاً يهدده في ماله أو نفسه،[7] إلا أن هناك جانبًا من الفقهاء،[8] يرى يرى إمكانية حدوث إكراه معنوي في العقود الالكترونية بسبب التبعية الاقتصادية، حيث يضطر المتعاقد إلى إبرام العقد تحت ضغط العوز الاقتصادي، وبالتالي يمكن تصوره بصدد توريد المنتج أو احتكاره،[9] لإنتاج وبيع وبيع قطع غيار بشروط مجحفة حيث يضطر المتعاقد إلى التعاقد تحت الرهبة التي تنبعث في نفسه بسبب تهديد

1- خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 189. وكذا محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 106.

2- وهو ما نصت عليه المادة (1111) من القانون المدني الفرنسي. تقابلها المادة 88 مدني جزائري و156 مدني كويتي، 127 مدني مصري و135 أردني 1129 عراقي. لمزيد من التفاصيل انظر عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص: 355

3- تنص المادة 89 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه". يقابلها نص المادة 128 مدني مصري ونص المادة 129 مدني سوري.

4- نقض مدني 22 جانفي 1995، مجموعة أحكام النقض، السنة 46، رقم 44، ص: 224. أشار إليها سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص173 وكذا الطعن رقم 3186 لسنة 58 مكتب فني 45 صفحة رقم 1567 بتاريخ 08-12-1995. أشارت إليه أميرة حسن الرافعي، مرجع سابق، ص191.

5- محمد منصور، مرجع سابق، ص75. خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص190.

6- عمر خالد الزريقات، المرجع السابق، ص180.

7- انظر المواد 88 من القانون المدني الجزائري تقابلها المادة 156 مدني كويتي والمادة 127 مدني مصري والمادة 1111 مدني فرنسي والمادة 135 مدني أردني، وانظر وانظر كذلك محمود السيد عبد المعطي خيال، مرجع سابق، ص75. هذا الرأي يؤيده شحاته غريب محمد شلقامي، المرجع السابق، ص79 وخالد ممدوح إبراهيم، نفس المرجع، ص190 وكذا حمودي محمد ناصر، مرجع سابق، ص: 222 وكذا هالة جمال الدين محمد محمود، مرجع سابق، ص:200.

8-Pierre Bresse guide juridique de l'internet et du commerce électronique Vuibert 2000 p 209. وكذا عمر خالد الزريقات، مرجع سابق، ص 178

9- رضوان السيد راشد، الإجبار على التعاقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة 1998، ص: 210.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

لمصالحه وبالتالي لا يكون أمامه بديل سوى قبول التعاقد.[1] وفي ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها،[2] بأن الإرغام الاقتصادي الدافع إلى التعاقد يرتبط بعيب الإكراه وليس التدليس، الذي يمكن أن يتسبب في بطلان التعاقد. كما قضت في حكم آخر،[3] بأن الاستغلال المتعسف لحالة التبعية الاقتصادية والدافع إلى التعاقد بفعل التهديد غير المشروع للمصالح القانونية لأحد الأطراف، قد يعيب إرادة الأخير بعيب الإكراه.

الفرع الرابع: الغبن: الغبن هو عدم التعادل بين ما يعطيه العقد وما يأخذه في عقد المعاوضة وقت إتمام العقد.[4] العقد.[4] أو هو: "عدم التعادل بين التزامات كل من العاقدين في العقد الملزم للجانبين".[5] بعبارة أخرى هو عدم التعادل بين الأداءات المتقابلة في العقد على وجه يخل التوازن الذي يضعه المتعاقدان موضع الاعتبار عند التعاقد بحيث يكون بينهما فرق كبير حسب سعر السوق ويؤدي إلى خسارة بحيث يكون ما يأخذه أحدهما أقل مما يعطيه فهو مغبون.[6]

إذن الغبن أمر مادي يتمثل في خسارة تلحق أحد العاقدين أثناء إنشاء العقد، فالغبن وحده ومن غير أن يأتي نتيجة أحد عيوب الرضاء من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال لا يكون له أي تأثير على العقد ولا يصلح أن يكون سببًا للطعن في العقود، إنما يشترط لذلك عنصرًا نفسيًا هو استغلال المتعاقد ضعفًا معينًا في المتعاقد الآخر[7] المنصوص عليه في المادة (90) من القانون المدني الجزائري[8] ومنها الطيش البين والهوى الجامع، ويقصد بالطيش البين الخفة الزائدة التي تؤدي إلى التسرع وسوء التقدير، أما الهوى الجامع فهو الرغبة الشديدة التي تعمي الشخص عن تبيين ما هو في صالحه سواء انصرفت إلى شخص أو إلى شيء من الأشياء.[9]

ويثور التساؤل حول تأثير الغبن والاستغلال في العقد الإلكتروني في الأصل أن الغبن لا يؤثر في العقود الإلكتروني إلا في بعض الاستثناءات التي نص عليها المشرع، لأن الغبن عيب استثنائي في العقود على سبيل الحصر، كما في عقد قسمة المال الشائع، أو بيع عقار القاصر[10]، ويترتب على ذلك أنه إذا جاء الغبن نتيجة أحد عيوب الرضاء فإنه لا يطعن على العقد تأسيسا عليه، وإنما تأسيسا على العيب الذي جاء نتيجة له، إذا قام غبن البائع نتيجة وقوعه في غلط في قيمة المبيع أو في صفة جوهرية له، يجوز طلب إبطال العقد تأسيسا على الغلط إذا توافرت شروط التمسك به، وليس تأسيسا على مجرد الغبن.

1- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص: 63.

2-Cas, civ, 1 ch., 30 mai 2000, D2001, samm, p1140, natte MAZAUD
3- Cas, civ, 1 ch., 3 avril 2002, Bull.civ.1,n 108, p84

4- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 386.

5- سليمان مرقص، مرجع سابق، ص 407.

6- عبد المجيد الحكيم، الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون اليمني، عمان الشركة الجديدة للطباعة 1993، الجزء 1، ص 455.

7- يقابلها نص المادة 129 من القانون المدني المصري ونص المادة 125 مدني عراقي ونص المادة 126 مدني كويتي والمادة 214 مدني لبناني والمادة 145 مدني أردني أردني والمادة 129 مدني ليبي والمادة 130 مدني سوري والمادة 28 مدني قطري.

8- أنور العمروسي، عيوب الرضا في القانون المدني- الغلط- التدليس- الإكراه- الاستغلال معلقا على نصوصها بالفقه وقضاء النقض، منشأة المعارف الإسكندرية 2003، ص: 259 وكذا خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص187. ويعقد القانون المدني الألماني بالخفة أو الطيش وعدم الخبرة في المادة 138 ويعتمد القانون المدني السويسري بنفس الحالات المادة 21

9- دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار العلوم للنشر 2004 الجزائر ص30

10- أحمد عبد التواب محمد بهجب، مرجع سابق، ص202، وكذا د/ خالد إبراهيم ممدوح، المرجع السابق، ص188.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R
وفيما يتعلق بتطبيقات الاستغلال في العقود الالكترونية المبرمة عبر شبكة الانترنت أصبحت ممكنة وعلى الأخص فيما يتعلق باستغلال عدم خبرة المستهلك في التعامل مع الشبكة ، مما دفع بالكثير من التشريعات المنظمة للتجارة الإلكترونية بأن تهتم بمسالة حماية المستهلك من خلال إيراد أحكام قانونية خاصة توفر له حماية أكثر من تلك التي توفرها القواعد العامة، ومن أهم التشريعات الخاصة بحماية المستهلك، القانون الانجليزي الصادر عام 1997 باسم قانون "الشروط التعاقدية غير العادلة "وهذا القانون يحظر بعض أنواع الشروط المعفية أو المقيدة من مسؤولية المحترف في عقود الاستهلاك وكذا العقود النموذجية [1].

ومن التشريعات العربية التي اهتمت بحماية المستهلك في هذا الصدد، القانون التونسي للمعاملات الالكترونية حيث نص في المادة (50) على أنه: "يعاقب كل من استغل ضعف أو جهل شخص في إطار عمليات البيع الالكتروني بدفعه للالتزام حاضر أو آجلا بأي شكل من الأشكال بخطية تتراوح بين 1000 و20.000 دينار، وذلك إذا ثبت من ظروف الواقعة أن هذا الشخص غير قادر على تمييز أبعاد تعهداته أو كشف الحيل والخدع المعتمدة بالالتزام أو ثبت أنه كان تحت الضغط مع مراعاة أحكام المجلة الجنائية".

ويتضح من هذا النص أن المشرع التونسي حاول حماية المشتري في عقد البيع الالكتروني على أساسا أن دفع المستهلك للتعاقد واستغلال عدم مقدرته على تمييز تعهداته التي يلتزم بها ينطوي على غبن، ويلاحظ هنا أن الغبن كعيب من عيوب الإرادة يؤدي إلى قابلية العقد للإبطال، إلا أن المشرع التونسي قد رتب جزاء جنائيا نظرا لأن الطرف الآخر استخدم طرقا ووسائل احتيالية[2]، حذر بها المستهلك مما دفعه إلى التعاقد.

وعموما في مجال تطبيقات عيوب الإدارة في العقود الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الانترنت، يمكن القول بأنه إذا كانت نظرية عيوب الإرادة لها تطبيقات على درجات متفاوتة في العقود الإلكترونية مقارنة بتطبيقاتها في العقود التقليدية المبرمة في العالم المادي، فإن هذا لا يعني التقليل من أهمية هذه النظرية في البيئة الإلكترونية، بل أن هذه النظرية تحتفظ بأهميتها شأنها في ذلك شأن بقية القواعد العامة الراسخة في النظام القانوني للعقد، وأن اختلاف الوسيلة المستخدمة في إبرام العقد لا يغير من الطبيعة الجوهرية للعقد والقواعد التي يقوم عليها في العالمين المادي والافتراضي، ولكن ما هو جدير بالاهتمام هنا، أن في البيئة الإلكترونية تكون الوقاية من الوقوع في عيوب الإرادة مفضلة على العلاج وذلك نتيجة للطبيعة العالمية لشبكة الانترنت وما تتطلبها من ثقافة خاصة لاستخدامها تجعل المستهلك واعيا بنسبة إلى خطورة إبرام التصرفات القانوني وما يترتب عنها من مشاكل[3].

ونرى ان العيب الذي يجب السير عليه عندما يتحقق عيب من عيوب الرضا في التعاقد عبر الانترنت يكمن في التوفيق بين ما تنص عليه قوانين حماية المستهلك الحديثة من جواز الرجوع عن العقد إذا تبين للمشتري عدم مطابقة المعقود عليه للمواصفات المعلقة، وذلك خلال سبعة أيام من تاريخ تسليم المبيع بالنسبة للسلع ومن

1-windup (M.H) , consumer legislation in the kingdom and the republic of relend, divan nans trade Reinhold company.1980.p.122.

2- عرفت غرفة التجارة الدولية بباريس (icc) الاحتيال بأنه: "تمكن أي طرف من الأطراف المتعاقدة في صفقة تجارية سواء بوضعه البائع أو المشتري أو المصرف أو السمسار أو الوكيل، بأن ينجح دون وجه حق وبطريق غير مشروع في الحصول على نقود أو سلع من طرف آخر يكون في ظاهر الأمر قد تعهد له تحديدا بالتزامات تجارية أو مالية وأحيانا، ما قد تتواطأ أطراف في الاحتيال على الطرف الآخر "مشار إليه لدى ،د/ عباس العبودي، المرجع السابق، ص186.

3- جيل ت فريز، التسوق بذكاء عبر الانترنت، الطبعة الأولى، الدار العربية للعلوم، لبنان،2001، ص87.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

تاريخ انعقاد العقد بالنسبة للخدمات وخلال مدة أقصاها ثلاثة أشهر عند عدم تنظيم البائع الإعلان الكتابي المتضمن تنفيذ التزامه بالتسليم.

المبحث الثاني: المحل والسبب في العقد 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 والسبب اللذين يشترط فيهما عدم مخالفتهما للنظام العام والآداب العامة والقوانين القائمة انسجاما مع ما تقرره القواعد العامة للعقد[1]

المطلب الأول: محل العقد الإلكتروني:

يقصد بمحل العقد الالتزامات التي يولدها او 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[2].

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".

بالتالي فإن هذه المادة أشارت في فقرتها الأولى إلى محل الالتزام أي ما يتعهد به المدين وأشارت الفقرة الثانية إلى العملية القانوني، وهي التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة وهذا ما يسمى بمحل العقد[3]، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام متعلق بتحديد المفهوم القانوني لمحل العقد المبرم عبر الانترنت وما هي صوره وكذلك الشروط الواجب توافرها فيه؟

الفرع الأول: مفهوم المحل وصوره في العقد الإلكتروني: يعرف محل العقد الالكتروني بأنه:" العملية القانونية التي ارادها طرفا العقد سواء بأداء شيء معين كبضاعة او معدات او برامج حاسوب، او اداء عمل معين كتقديم الخدمات،[4]ويقوم العقد الإلكتروني على نوعين من التجارة وعليه فإن محله يتخذ صورتين هما:

أولا: تجارة السلع: ويقصد بها التجارة التي محلها بضائع وكلمة بضائع استقر الفقه والقضاء على أنها تشمل المنقولات المادية أو المعنوية على السواء[5].ووفقا للمادة الثانية (02) من اتفاقية فيينا لسنة 1980[6] تستبعد

1- المواد (92-98) مدني جزائري المواد(157-166) مدني أردني المواد (131-137) مدني مصري والمواد (167-171) مدني كويتي، والمواد (132-136) مدني سوري والمادة (186) من قانون الموجبات والعقود اللبناني والمادة (126) مدني عراقي والمواد (1126-1133) من القانون المدني الفرنسي.

2- محمد يحي عبد الرحمان المحاسنة، مفهوم المحل والسبب في العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة 1986، ص19 وما بعدها.

3- عبد الحي حجازي: النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، مصادر الالتزام، بدون ناشر، 1966،ص 320. "محل العقد هو العملية القانونية التي يراد تحقيقها عن طريق الالتزامات التي ينشئها العقد والأداءات التي هي محل الالتزام" ويرى أن" محل الالتزام هو الأداءات التي تكون، وفقا للفقه التقليدي من إعطاء كالالتزام بنقل سيارة او عمل كالتزام بعدم المنافسة وامتناع عن عمل كالتزام بنقل ملكية سيارة" أحمد شوقي عبد الرحمان: مصادر الالتزام: مرجع سابق، ص117.

4- نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، مرجع سابق، ص 45.

5- الطاهر شوقي مؤمن، عقد البيع الإلكتروني، بحث في التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، 2007،ص46.

6- Bernard audit, la vente internationale de more hantise convention des nations-unies du 11 avril 1980, paris, librairie général de droit et de juris prudence (L.G.D.J).1990

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

البضائع التي يتم شراؤها للاستهلاك الشخصي أو العائلي من نطاق الاتفاقية ويرجع ذلك لاختلاف التشريعات في نظرتها 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]

ثانيا: تجارة الخدمات: يقصد بها التجارة التي يكون محلها توريد خدمات، ويعتبر مجالها من المشروعات التي لا تحتاج الى 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 والوساطة والسمسرة وخدمات التسلية والألعاب الإلكترونية كالفيديو، وكذا خدمات الاتصالات تشمل خدمات الوصول إلى الشبكة الدولية عن طريق موردي هذه الخدمة وعقود خدمة الخط الساخن وعقود إنشاء المتجر الافتراضي وعقود الإيواء، بالإضافة إلى خدمات وكلاء السياحة التي تشمل حجز تذاكر السفر وتأكيد الحجز وحجز الفنادق والمطاعم وزيارة المتاحف الكترونيا، وخدمات شركات البورصة وشركات الاستثمار وخدمات الصحافة على الخط وخدمات التأمين على الخط وخدمات التسويق عن بعد[2].

الفرع الثاني: شروط المحل في العقد الإلكتروني: طبقا للقواعد العامة يشترط في محل العقد أن يكون موجودا أو ممكن الوجود، وأن يكون معينا أو قابلا للتعيين، وأخيرا أن يكون مشروعا ولكن السؤال المطروح هل تشكل هذه الشروط أي خصوصية بالنسبة لمحل العقد الإلكتروني عما هو الحال عليه في محل العقد التقليدي؟

أولا: أن يكون موجود أو ممكن الوجود: يعني هذا الشرط أن يكون محل الالتزام موجودا وقت نشوء الالتزام أو ممكن الوجود بعد ذلك في المستقبل،[3]وقد نصت المادة (93) من القانون المدني الجزائري،[4]على أنه: "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا": وينطبق ذلك على محل العقد الإلكتروني المبرم عن بعد عبر الانترنت أو غير ذلك من وسائل الاتصال الحديثة، وهذا يعني أن إرادة الطرفين المتعاقدين عبر الانترنت إذا اتجهت الى محل كان المتعاقدان يعتقدان أنه موجود، وظهر عدمه، أو ظهر أنه كان موجودا فعلا، لكنه لحظة التعاقد كان قد هلك، عد العقد باطلا لتخلف ركن المحل بعكس ما لو هلك المحل بعد لحظة انعقاد العقد لأن العقد سينعقد صحيحا من جهة توفر ركن المحل غير أن بإمكان المتعاقدين اللجوء إلى أحكام الفسخ أو إلى التنفيذ بمقابل.[5]

1- فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص109.

2- التوجيه رقم 48 لسنة 1998 الصادر عن المجلس الأوروبي الخاص بالتجارة الالكترونية وملتقى دا فوس لسنة 2002، مشار إليه في البحث المقدم للمؤتمر العلمي حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، دبي من 26-2 أبريل 2003.

3- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص470.

4- وتقابلها المواد 159 مدني أردني و132 مدني مصري و 1130 مدني فرنسي و 307 مدني ألماني و 20 مدني سويسري و 57 مدني بولوني.

5- أياد أحمد البطاينة، النظام القانوني لعقود برامج الحاسوب، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، 2004، ص178.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

وكذلك الحال لو اتفق المتعاقدان عبر شبكة الانترنت على تسليم بضاعة أو أداء خدمة غير موجودة لحظة التعاقد لكنها ستوجد في المستقبل حتما، وتم تعيينها تعيينا كافيا نافيا للجهالة صح العقد من حيث ركن المحل وتوافر هذا الركن، والمقصود بإمكانية الوجود أنه ليس مستحيلا هذا شرط تقتضيه طبيعة الأمور لا تكليف بمستحيل والاستحالة المقصودة هنا هي الاستحالة المطلقة التي تستتبع بطلان العقد، لا الاستحالة النسبية المتعلقة بظروف هذا المدين بالذات، والاستحالة المطلقة على نوعين اثنين، فإما أن تكون طبيعية كالالتزام الشخص بالقيام بعمل تم إنجازه من قبل شخص آخر، و قد تكون قانونية[1] كأن يلتزم محامي بالطعن في قرار بعد مضي أجل الطعن والمهم في كلا النوعين أن تكون قائمة وقت إبرام العقد[2].

ومن أوجه خصوصية المحل في العقد الإلكتروني، ما يتعلق بقابلية المحل للتسليم لاسيما في عقود المعلوماتية، لأن استحالة التسليم تمنع انعقاد العقد ابتداء ولا يتغير من ذلك كون حالات استحالة التسليم نادرة الوقوع في الحياة العملية في العقود المبرمة عن بعد عموما، والمقصود هنا الاستحالة المتعلقة بركن المحل لا الاستحالة المادية المتعلقة بنقل محل العقد الالكتروني أو تلفه، ومن أمثلته تعاقد الشركة المنتجة برامج الحاسوب على برمجة حاسوب يعود للمستهلك وفقا لنظام محدد يتبين فيما بعد أن حاسوب المستهلك هذا غير معد أساسا لتقبل هذه البرمجة، فهنا ينعقد العقد صحيحا[3]، غير أن المنتج أو المورد يلزم بتعويض المستهلك عما لحقه من أضرار ناجمة عن إخلال الأول بالتزامه بتزويد المستهلك (المستفيد) بالمعلومات الضرورية قبل التعاقد متى ثبت أنه كان يعلم، أو كان من السهل عليه أن يعلم بعدم كفاءة حاسوب المستهلك فنيا لتقبل البرمجة المطلوبة.

ثانيا: أن يكون معينا أو قابلا للتعيين: يشترط طبقا للقواعد العامة تعيين المحل عند التعاقد تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة وإلا بطل العقد، ويكون ذلك ببيان مضمون المعقود عليه سواء بالإشارة إليه إن كان موجودا، أو بتحديد أوصافه بالشكل الذي تنتفي معه الجهالة الفاحشة، إن كان غير موجود، بمعنى أنه يكفي أن يكون محل العقد قابلا للتعيين عند التعاقد، إذ تنص المادة 94 من القانون المدني الجزائري[4]، على أن: "إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه و مقداره والا كان العقد باطلا. ويكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء، من حيث جودته و لم يمكن تبين ذلك من العرف أو من ظرف آخر، التزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط".

وفي مجال التعاقد عبر الانترنت، لا تثور مشكلة تعيين المحل متى انصب العقد على بضائع أو سلع مادية، إنما تثور عندما يكون محل العقد الالكتروني متعلقا بخدمات أو عقود معلوماتية إذ بإمكان المستفيد حينها أن يدعي أن المنتج أو البائع لم يقيم بعلمه بشكل كامل بالنسبة للخدمات، أو لم يقم بما هو ملزم به في إطار عقود المعلوماتية نظرا للطبيعة الفنية لهذه العقود، إذ ينصب العقد على حقوق الاستغلال المالي بما توفره من مكنات

1- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص469.

2- أمجد منصور : النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دراسة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومجلة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز، الدار العلمية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى 2003، ص126.

3- نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، مرجع سابق، ص47.

4- وتقابله المادة 132 مدني مصري والمادة 128 مدني عراقي والمادة (63) مدني تونسي و المادة 161 مدني أردني.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

يمكن التنازل عنها أو منحها للغير بوصفها من الحقوق الأدبية[1].

ومع أن مثل هذا التحديد يدخل ضمن المسائل أو العناصر الجوهرية الواجب الاتفاق عليها بين المتعاقدين حتى يكون التراضي موجودا أو سليما، إلا أنها تدخل من جانب ثان ضمن المحل الذي يجب تعيينه نظرا للطبيعة غير المادية للمحل في عقود المعلوماتية التي تجعل من العقود الواردة عليها تنصرف إلى نقل حقوق الاستغلال المالي أو جزء منها إلى الغير بالتنازل كليا، أو منح رخصة الاستغلال أو الاستخدام لها كلا أو جزءا، أو رخصة تطوير برنامج معلوماتي معين أو تحويره.

ولما كان تعيين المحل قد يشمل أحيانا تعيين ملحقات ذلك المحل وتوابعه، فيكون من الواجب تعيين هذه الملحقات أو التوابع في العقود المبرمة عن بعد، على أساس أن تحديد مفردات محل العقد يؤدي الى تعيينه تعيينا نافيا للجهالة وأحيانا يتوجب لاسيما في عقود برامج الحاسب الآلي ذكر ملحقات البرنامج نفسه كما هو حال البرامج المكتوبة بلغة المصدر وهي إحدى لغات برمجة الحاسوب، إذ المتعارف عليه في هذه الحالة أن عقد ترخيص استخدام البرنامج لا يشمل تعليم برنامج المصدر غير أن العقد إذا انصب على تنازل المؤلف عن البرنامج بجميع حقوق استغلاله المالي وجب ذكر تسليم برنامج المصدر مع تعيينه بوصفه داخلا في هذه الحالة ضمن محل العقد.

وبناء على ذلك اهتمت التشريعات المقارنة للمعاملات الإلكترونية، الصادرة في العديد من الدول بتعيين محل العقد الإلكتروني وذلك على النحو التالي:

1. القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية: تنص المادة (25) منه على أنه:

"يجب على البائع في المعاملات الإلكترونية أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد المعلومات التالية:... وصفا كاملا لمختلف مراحل إنجاز المعاملة وطبيعة وخاصيات وسعر المنتوج ..."[2].

2. القانون الأردني رقم 85 لسنة 2001 بشان المعاملات الإلكترونية: تنص المادة 19/أ على انه" اذا اتفق الاطراف على اجراء معاملة بوسائل الكترونية وكانت التشريعات تتطلب إبراز المعلومات أو إرسالها أو تسليمها للغير...".

3. قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 92-60، والصادر بتاريخ 18 جانفي 1992: تنص المادة (1/111) منه على أنه: "كل مهني بائعا لمال أو مقدما لخدمة يجب قبل إبرام العقد، أن يمكن المستهلك من معرفة المميزات الجوهرية للمال أو للخدمة".

ووفقا للبند الرابع من العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية، فإنه يجب وفقا للفقرة الأولى من هذا البند أن يتضمن العقد الصفات الرئيسية للأموال أو الخدمات المعروضة بذكر: كميتها وألوانها ومكوناتها، وسماتها الخاصة، كما أشارت الفقرة 2 منه بوجه خاص على اشتراط تحديد محل، ومضمون الخدمات

1- إياد أحمد البطانية، المرجع السابق، ص182.

2- محمد حسام محمود لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، بدون ناشر، سنة 2002، ص146.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

المعروضة[1]، كما ورد في الفقرة الأخيرة منه على ألا تدخل الصور الفوتوغرافية للمنتجات المعروضة في نطاق العقد لأن المقصد منها إيضاح المنتوجات، فإذا أنتج عن ذلك الوقوع في غلط، فلا يكون التاجر مسؤولا عن ذلك، وأنه ينبغي رجوع المستهلك إلى الشروط الخاصة بالبيع والمنصوص عليها على الشاشة، والتي تتكفل بتحديد مجمل هذه العناصر قبل الإقدام على التعاقد.

كما ورد في الإرشاد الأوروبي حول حماية المستهلكين لعام 1997 في التعاقد عن بعد، بإلزام الموردين والمهنيين بواجب إعلام المستهلك قبل إبرام العقد عن خصائص السلعة محل البيع بوضوح وما ورد في الإرشاد الأوروبي الثاني حول التجارة الإلكترونية لعام 2000، حيث ألزم المواقع المختلفة عبر الشبكة على أن توفر للمستهلكين وقبل التعاقد معهم كل ما من شأنه تعيين السلعة أو الخدمة.

وتجدر الإشارة بهذا الصدد إلى أن قانون التجارة الأمريكي الموحد في المادة (1C/313/2)[2]، منه تضمن نصا يفترض وجود ما يسمى (الضمان الصريح) من البائع أو المنتج في حالة بناء التعاقد استنادا إلى نموذج يقدمه البائع أو المنتج ويعده صورة لصفات البضاعة أو المنتوج النهائي، لأن للمشتري حق ضمان المطابقة بين المنتوج النهائي الذي سيستلمه وبين النموذج الذي تسلمه أو اطلع عليه ابتداء، وهذا يعني أن وصف البضاعة أو المنتوج من خلال شبكة الانترنت هو من قبيل الضمان الصريح المنصوص عليه في المادة (313B/2) من القانون المذكور إذا اعتمد المشتري على هذا النموذج أو الوصف عبر الشبكة لإبرام العقد بصفة رئيسية لذلك يعد صحيحا ما يذهب إليه بعض الفقهاء من أن أية إشارة يتم إبداؤها على موقع تجاري على شبكة الانترنت بشأن جودة المنتج أو ثمنه أو صفة جوهرية فيه تعد من قبيل الضمان الصريح بالقدر الذي أثرت فيه هذه الإشارة على إرادة المشتري في إبرام العقد[3].

ونستطيع القول أن القانون المدني الجزائري من خلال نص المادة 353[4]، تضمن هذا الحل القانوني نفسه في ظل أحكام البيع بالعينة فقد نصت المادة على أنه: "إذا انعقد البيع بالعينة يجب أن يكون المبيع مطابقا لها"، ورغم ما قد يثور من اعتراض بشأن اعتبار وصف المبيع على شبكة الانترنت من قبل البيع بالعينة باعتبار أن المشتري لم يتسلم عينة بالفعل إلا أنه يجوز الأخذ بهذا الحل ولو على سبيل التفسير الواسع لأحكام البيع بالعينة في ظل الرأي القوي الذي يرى أن العينة ليست إلا طريقة من طرق تعيين المبيع[5].

كما ألزمت اتفاقية فيينا في (1/14) بتحديد الكمية وإعطاء عناصر كافية تمكن من تحديد الشيء المبيع، غير أن للمحل بعض الخصوصيات في اتفاقية فيينا، على اعتبارها حددت مسبقا ما يصلح لأن يكون محلا لعقود البيع الدولية للبضائع وما لا يصلح لأن يكون كذلك، وذلك باستبعادها من مجال تطبيقها العديد من البضائع التي قد تكون محلا للعقد، منها ما استبعدته صراحة طبقا للمادة(2)وما استبعد ضمنا وهو ما نصت عليه

1- ويلاحظ أن العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية يشترط مثل هذا التحديد والتعيين لمحل العقد الإلكتروني، وهو اتجاه جيد فيه قطع لكثير من المشاكل التي يمكن ان تثار بسبب جهالة المحل أو عدم دقة العرض ، محمد سعد خليفة: المرجع السابق، ص80.

2-COSTES (L) Aspects juridiques du commerce électronique, aux Etats-Unis. RDAI/IBLG ,n°1,1998.p42

3-Lionel castes : Aperçu : sur le droit du commerce électronique Etats-Unis, droit et patrimoine, n°55, décembre1997.p66.

4- وتقابلها المادة 420 مدني مصري والمادة 518 مدني عراقي.

5- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، الجزء الرابع، البيع. مرجع سابق، ص202 فقرة 124.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

المادة3. [1] وتطبيقا للقواعد العامة وأحكام اتفاقية فيينا الحاكمة لمحل العقد الدولي لبيع البضائع، يشترط أن يكون محل العقد مشروعا، وهو ما نبحثه فيما يلي:

ثالثا: أن يكون المحل مشروعًا: لا يكفي في التعاقد الإلكتروني، كما في القواعد العامة، أن يكون محل العقد موجودا أو ممكنا، وأن يكون معينا أو ممكنا تعيينه تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة، بل يلزم فضلا عن ذلك أن يكون هذا المحل قابلا للتعامل فيه قانونا بأن لا يمنع القانون التعامل فيه، وأن لا يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب إذ تنص المادة 93 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام والآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا"[2]، وينطبق ذلك على محل العقد الإلكتروني فلا يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة، أو داخلا ضمن نص قانوني يحظر التعامل بهذا المحل، وبخلاف ذلك كله يكون العقد باطلا[3].

ويمثل شرط المشروعية أهم شروط محل العقد الإلكتروني، وذلك نظرا لكثرة المواقع التي تستغل في ممارسة التجارة غير المشروعة كالمخدرات، أوفي تسهيل البغاء، واستغلال الأطفال جنسيا، ونشر الصور الإباحية والسب والقذف وتشويه سمعة الأشخاص، وانتحال صفة الغير، واقتحام مواقع الآخرين، وارتكاب الجرائم المالية مثل السطو على أرقام بطاقات الائتمان المصرفية، وممارسة القمار عبر الانترنت، وغسيل الأموال[4]،وهذه التصرفات تكون باطلة بقوة القانون لكونها مناقضة للآداب والنظام العام، فالأصل جواز التعامل في كافة الأشياء والخدمات عبر الانترنت ما لم يحضره القانون وذلك استجابة لمبدأ حرية التجارة الذي يقر بأن لكل شخص الحرية الكاملة في ممارسة أي تجارة أو مهنة أو فن أو حرفة يراها مناسبة[5]، وذلك بشرط مراعاة القيود القيود التي تفرضها بعض نصوص القانون والتي تهدف إلى الحفاظ على النظام العام أو حماية المستهلك، أو تحقيق المصلحة العامة [6]، وينطبق هذا المبدأ على التجارة الإلكترونية كما يقيد قانون EVINC رقم 32 لسنة 91 91 الصادر في 10 جانفي 1991 في فرنسا الإعلان المباشر وغير المباشر عن الكحوليات ومنتجات الدخان كما يخضع البند الرابع من العقد النموذجي الذي ورد به أن القانون الفرنسي يحظر بيع بعض الأموال والخدمات عن بعد وعلى سبيل المثال، المنتجات الدوائية والأسلحة[7]، كما يحظر الاتجار بجسم الإنسان [8]،والتعامل في تركة

1- حمودي محمد ناصر: المرجع السابق ، ص226.

2- وتقابلها المادة 130 دني عراقي والمادة 135 مدني مصري والمادة 62 مدني تونسي والمادة 163 مدني أردني والمادة 1598 مدني فرنسي.

3- أياد أحمد البطانية: المرجع السابق، ص183.

4- محمد عبد الله منشاوي، جرائم الانترنت من منظور تشريعي وقانوني، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 1نوفمبر1423.ص20

5- قد ترسخ هذا المبدأ في فرنسا حيث نصت المادة 7 من قانون 2-17 مارس 1791 على أنه اعتبار من أول أفريل 1791 ومنذ ذلك الحين تقرر هذا المبدأ القانون الهام وهو مبدأ حرية ممارسة التجارة.

BEAURE D'AUGERES , BREESE et THUILIER : paiement numérique Internet, état de l'art juridiques et impact pur le métiers, Thomson Publisher ING, 1997, p100.

6- ومن ذلك المبدأ العام الذي يحظر الإتجار بالجسد البشري، راجع المادة 16 وما يلي من التقنين المدني الفرنسي.

7- أنظر القانون الفرنسي رقم 706 الصادر في 12 جويلية 1985 ويقابله القانون رقم 394 لسنة 1954 المعدل بشأن الأسلحة والذخائر في مصر، وفي الجزائري المرسوم رقم 85/63 الصادر في 1963/03/16 المتعلق بالأسلحة والمتفجرات الذي يمنع بيع الأسلحة إلا بعد الحصول على الترخيص اللازم بذلك.

8- أنظر المادة 16 مدني الفرنسي و المادة 161 من القانون الجزائري رقم 85-05 المؤرخ في 1985/2/16، والمتعلق بالصحة العمومية وترقيتها، ج. ر، عدد 8، بتاريخ 17 فيفري 1985، ص176.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

ركة إنسان على قيد الحياة[1]، والتعامل بصفة عامة في الأشياء التي تتعارض مع الآداب العامة والتي تمثل اعتداء على حرمة الإنسان كما يراعي أن بيع العقار يجب أن يتم بمحرر موثق Acte Notarié، كما يخضع بعض التعاملات لقيود معينة مثل بيع بعض المواد الغذائية وتقديم المعلومات[2]،ومن هذه القيود كذلك ما يفرضه قانون الصحة العامة الفرنسي في المادة (L589) الذي يمنع على الصيادلة مباشرة تجارة أو توزيع الأدوية في الموطن إلى بناء على طلب مباشر يتلقونه من المشتري، كما تقيد المادة (L512) من نفس القانون عملية تجهيز أنواع معينة من

المنتجات وبيعها إلا من الصيادلة حصرا.

كذلك يوجد في التشريع المصري بعض النصوص المقيدة لبيع بعض الأموال والإعلان عنها ومن ذلك المنع الوارد في المادة (70) من قانون مزاولة مهنة الصيدلة المصري 127 لسنة 1955 الذي منع مزاولة تجارة الأدوية إلا من الصيدليات المرخص لها بذلك، وهو نفس الموقف الذي تبناه المشرع الألماني في المادة (542/L5) من قانون الصحة الألماني وهو عدم مشروعية بيع الأدوية عن طريق شبكة الانترنت[3]. وعلى الصعيد العربي فقد نصت بعض القوانين الخاصة بالتجارة والمعاملات الإلكترونية على حضر التعامل في بعض المنتجات والسلع بنص خاص، ونذكر منها، قانون منطقة دبي الحرة للتكنولوجيا والتجارة الإلكترونية والإعلام رقم (1) السنة 2000 حيث نصت المادة 23 منه على: "تحظر المنتجات والبضائع والخدمات التالية في المنطقة الحرة:

- المنتجات المخالفة لقوانين الملكية الفكرية، بما في ذلك البضائع المخالفة للقوانين والقواعد المتعلقة بالعلامات التجارية وبراءات الاختراع وحقوق الطبع والتصميم.
- المنتجات المقاطعة من قبل الدولة.
- جميع البضائع والمنتجات والخدمات الممنوعة بموجب قوانين الإمارات أو الدولة.

وللسلطة صلاحية تحديد أو تعديل قائمة المنتجات والخدمات المحظورة بموجب قوانين الإمارة، كما تكون لها صلاحية الإعفاء من هذا الحظر[4]. ويحق لنا التساؤل عن المشكلة بالنسبة لبعض المنتجات والأنشطة المعروضة على الشبكة، والتي يكون مسموحًا بها في بعض الدول وممنوعة في دول أخرى وجدوى المنع وفعاليته والقيود القانونية ذات الطابع المحلي في ظل عالمية شبكة الانترنت التي لا تخضع لأي شكل من أشكال الرقابة لاسيما وأن البيوع التي تتم عبر الشبكة بيوع دولية عابرة للقارات في الغالب؟

ابتداء لابد من الإقرار بحقيقة ضعف، إن لم يكن انعدام الرقابة على شبكة الانترنت على المستويين الوطني والدولي، والأمور التي يجري عرضها وهي منافية للأخلاق أو الإعلان عن أمور ممنوعة قانونا أو محرمة شرعا، ثم لابد من تأكيد أن هذه التجاوزات يمكن أن تكون في المستقبل أكثر حجما وأشد ضررا مع التطور المضطرد في

1- أنظر المادة 92 مدني جزائري والمادة 2/131 مدني مصري والمادة 2/160 مدني أردني والمادة 1130 مدني فرنسي.

2- أسامة أبو الحسن مجاهد: التعاقد عبر الانترنت: مرجع سابق، ص131.

3- محمد سعد خليفة، مرجع السابق، ص82.

2- محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص165.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

الشبكة والتي أصبحت تهدد كيان الفرد والمجتمع بأسره، الأمر الذي يتطلب ضرورة تكاثف الجهود من فقهاء القانون ومختصين في مجال تقنيات الاتصال لإيجاد الحلول الفعالة، غير أن ذلك لا يمنعنا من طرح بعض الحلول القانونية التي من حيث شأنها تقييد محل العقد الإلكتروني بالنصوص القانونية ومن هذه الحلول.

1.توحيد القوانين الوطنية استنادا لتنسيق دولي لشبكة الإنترنت في ضوء مراعاة الطبيعة العالمية للشبكة، ولعل السبب وراء ذلك يكمن في أن المنشأة الوطنية التي ترغب مستقبلا في مباشرة أعمال التجارة الإلكترونية لن يكفيها أن تأخذ بعين الاعتبار جميع التشريعات ذات العلاقة في الدولة التي تنتمي إليها، بل يتعين عليها أيضا أن تأخذ بالاعتبار مثل تلك التشريعات في الدول التي يمكن أن تبيع منتجاتها فيها من خلال شبكة الانترنت[1].

2.أن الأموال المباعة عبر شبكة الانترنت إذا كانت من البضائع والسلع المالية، فإن عبورها للحدود الدولية يعطي فرصة لرجال الجمارك في تطبيق الرقابة القانونية على مشروعية التعامل بالمبيع[2] في حين تحتاج المنقولات المعنوية إلى تقنيات عالية لمراقبة مشروعيتها وقابلية المحل فيها للتعامل متى تمت عبر شبكة الإنترنت (مثل برامج معالجة المعلومات المحملة على الشاشة وكذلك الأسطوانات أو الكتب). والتي يمكن تسليمها عن طريق "الخط" فإنه يوجد ما يسمى "شرطة الإنترنت"،[3] والتي تتولى الرقابة على المنتجات والخدمات التي تتم عبر الشبكة.

المطلب الثاني: السبب في العقد الإلكتروني

يعتبر السبب ركن أساسي[4] من أركان العقد وتخلفه يؤدي إلى بطلان العقد وفقا لما قررته المبادئ العامة للقانون المدني، وهل ينطبق ذلك على العقد المبرم عبر الإنترنت؟ أم أن هذا الأخير له خصوصية يتميز بها عن ركن السبب في العقد المبرم بالصورة التقليدية؟ للإجابة عن ذلك سنتناول مفهوم السبب في الفرع الأول على أن نتطرق في الفرع الثاني لأهم شروطه.

الفرع الأول: مفهوم السبب في العقد الإلكتروني: "السبب هو الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء إرتضائه التحمل بالالتزام"[5]. أو هو الغاية أو الباعث الدافع للتعاقد، ويقصد به غاية الملتزم من التزامه[6].
التزامه[6].

والسبب بهذا المعنى يكون ركنا في الالتزام الإرادي فقط (العقد والإرادة المنفردة) إذ أن الالتزام غير العقدي لم يقم على إرادة الملتزم حتى يصح السؤال عن الغرض المباشر الذي قصد إليه الملتزم من وراء التزامه، فالسبب والإرادة أمران متلازمان، فإن وجدت الإرادة وجود السبب وإذا انعدمت انعدم السبب معها، إلا أن هذا الارتباط الوثيق بينهما لا ينفي كونهما أمران مستقلا عن بعضهما البعض، إذ السبب هو الغرض الذي انصرفت

1-أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق، ص124.

2- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص158.

3-لمزيد من التفاصيل أنظر في ذلك: جرائم الأنترنت خطر يواجه الأسرة المصرية مقال منشور بجريدة الأهرام المصرية، بتاريخ الجمعة 2003/9/12، ص11، اشارة إليه ايمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص173.

4- محمد محفوظ، النظرية العامة للالتزام ،العقد، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، الطبعة الأولى2012 تونس، ص71.

5-عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة 1984ص428 وكذا عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص344

6-فادي عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص112.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

إليه الإرادة، غير أنه من بين نتائج هذا الترابط، أن كل ما ينال من دور الإرادة (كونها مصدرا للالتزام) ينال أيضا من السبب.

وقد جاء بالمذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري بأنه: "يقصد بالسبب معناه الحديث، وهو نفس مأخذ المشرع الجزائري من خلال أحكام المادتين 97 و98 ومن القانون المدني الجزائري[1]،فهو بهذه المثابة الباعث المستحدث في التصرفات القانونية عامة لا فرق في ذلك بين التبرعات والمعاوضات[2].

ويفرق الفقه بين المحل والسبب بالقول: بأن المحل هو: موضوع الالتزام ويتضمن الإجابة عن السؤال: بماذا التزم المدين؟ أما السبب: فهو الغاية المباشرة من الالتزام ويتضمن الإجابة عن السؤال: لماذا التزم المدين؟[3]

الفرع الثاني: شروط السبب في العقد الإلكتروني: السبب هو الغرض الذي يقصد إليه الملتزم من وراء التزامه[4]،فهو يقوم على توافر ثلاثة شروط اتفق أغلب الفقه عليها وهي أن يكون صحيحًا، ويجب لصحة السبب أن يكون موجودا كما يشترط أن يكون مشروعا وسنتناولها كل على حدى فيما يلي:

أولا: وجود السبب: يجب أن يكون السبب موجودا، فإذا كان سبب الالتزام يتمثل بالغرض المباشر الذي يسعى المتعاقد لتحقيقه، فإنه يعد وفقا لذلك عنصرا موضوعيا وداخلا في العقد، وهذا الأمر لا يتغير في النوع الواحد من العقود، فمثلا عن عقود البيع كافة يكون سبب التزام البائع بنقل الملكية متمثلا بشكل دائم برغبته في الحصول على الثمن، ويكون سبب التزام المشتري بدفع الثمن متمثلا برغبته في الحصول على المبيع، والسبب بهذا المعنى لا يشترط فيه إلا شرط واحد وهو أن يكون موجودا، فإن لم يكن كذلك بطل العقد، ووجود السبب يجب أن يكون متحققا عند انعقاد العقد ويمتد ويبقى أثناء تنفيذه، فإن زال أثناء تنفيذ العقد انفسخ هذا الأخير[5]، فإذا أكره شخص على التوقيع على سند مديونية وهو غير مدين أو أكره على تبرع وهو وهو ليست لديه نية التبرع كان العقد باطلا لانعدام السبب، وهذا يعني أنه في عقود المعاوضات يكون سبب التزام أحد الطرفين هو في ذاته محل التزام الطرف الآخر.

ثانيا: صحة السبب: يكون السبب صحيحا عندما لا يكون مغلوطا أو صوريا والسبب المغلوط أو الموهوم غير موجود أصلا فقد يعتقد المتعاقد شيئا على غير حقيقته، بحيث يكون سبب التزامه غير صحيح الأمر الذي يؤدي إلى بطلان العقد على هذا الأساس، أما الصورية فإنها لا تصلح لوحدها لأن تكون سببا لبطلان العقد كأن يتفق المتعاقدان ظاهريا على بيع سيارة ولكن العملية الحقيقية التي باشراها هي تأجير السيارة، والصورية في حد ذاتها لا تبطل العقد إلا إذا كان الغرض منها تحقيق هدف غير مشروع، وفي هذه الحالة نكون أمام عدم مشروعية السبب وليس صوريته.

1- راجع كل من حليمة آيت حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دبلوم الدارسات العليا، جامعة الجزائر 1977، ص104.

2- سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص182.

3- محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، بند 11، ص199.

4- عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص428.

5- بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص170.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

ثانيا: مشروعية السبب: لقيام العقد لابد من وجود السبب إلا أنه لا يكفي بذاته، فلا يصلح أي سبب ليكون دعامة للعقد، بل يشترط أن يكون السبب مشروعا وهو ما أجمع عليه الفقه والقضاء وأكده المشرع، وفقا للمادة (97) من القانون المدني الجزائري، فإن العقد يعتبر باطلا في حالة عدم وجود سبب للالتزام، أو كونه مخالفا للنظام العام أو الآداب[1]. وتظهر أهمية أن يكون السبب مشروعا من حيث أن الباعث الدافع للتعاقد يعتبر عنصرا يدخل في تكوينه، فيلاحظ أنه في أغلب الحالات التي لا يعتبر فيها السبب مشروعا يكون ذلك راجعا إلى عدم مشروعية أو مخالفة الباعث الدافع للنظام العام أو الآداب العامة.

ولا يوجد للسبب في القانون المدني الجزائري إلا شرط واحد وهو شرط المشروعية، ولا يعني عنه ركن آخر (لا الرضا، ولا المحل)، إلا أنه ينبغي أن تقف مهمته عند هذا الحد فلا تمتد إلى حماية المتعاقد ضد الغلط في صورة السبب الصحيح، حيث أن نظرية الغلط تغني في هذه الحالة عن نظرية السبب، بل وتفضلها من حيث الجزاء[2]. وتنص المادة (98) من القانون المدني الجزائري على أن: " كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقد الدليل على غير ذلك. ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن الالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه"[3].

والنتيجة مما سبق هي أن السبب هو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء إرتضائه 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) [4] التي تختلف من دولة إلى أخرى وهو ما يتطلب ضرورة التنسيق بين الدول على المستويين الدولي والإقليمي حتى يتم تجنب الخلافات[5]، وتفعيل دور العقد الإلكتروني بين الدول المختلفة. المختلفة.

الفصل الثالث: تنفيذ العقد الإلكتروني

يعتبر عقد البيع الإلكتروني أكثر العقود انتشارًا في التعاملات عبر شبكة الإنترنت، فهو كسائر عقود البيع المتصورة، فإذا تم التراضي وتوافرت أركانه وشروط صحته انعقد العقد وانتقل طرفاه إلى مرحلة تنفيذه، فأثر

1- يقابلها المادة (67) مدني تونسي، والمادة (136) مدني مصري، والمادة (138) مدني سوري، والمادة (132) مدني عراقي، والمادة (196) مدني لبناني، والمادة (176) مدني كويتي، والمادة (165) مدني أردني، والمادة (1133) من قانون مدني فرنسي.

2- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، بند 293، ص634.

3- وتتطابق مع المادة (138) من القانون المدني المصري.

4- الآداب العامة هي مجموعة النظم والقواعد المحافظة على حسن سمير المصالح العامة في الدولة وإلى ضمان الأمن والأخلاق في المعاملات بين الأفراد ولا يجوز لهم أن يستبعدوها في اتفاقاتهم.

5- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي (الالكتروني –السياحي– البيئي) دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2002، ص16.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

العقد هو إنشاء التزام واثر الالتزام هو تنفيذه[1] طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية[2].

ويترتب على تنفيذ عقد البيع الإلكتروني نفس آثار عقد البيع التقليدي وهي عدة التزامات تقع على عاتق كل من البائع (التاجر) كالتزامه بنقل الملكية، وتسليم المبيع، وضمان عدم التعرض والاستحقاق، وضمان العيوب الخفية، وأخرى تقع على عاتق المشتري (المستهلك) كالتزامه بدفع الثمن والنفقات وتسلم المبيع.[3]

سنتناول في هذا الفصل مبحثين نقتصر فيهما على أهم وجه الخصوصية التي يثيرها التعاقد عبر الإنترنت في مرحلة التنفيذ الذي أصبح يتم بطريقة إلكترونية لا مادية مثلت وجها جديدا من أوجه الجدة والحداثة التي أوجدها التجارة الإلكترونية وعقودها[4]. ويكون التقسيم كما يلي:

المبحث الأول: التزامات البائع

المبحث الثاني: التزامات المشتري

المبحث الأول: التزامات البائع

القاعدة العامة هي أن العقد يدخل حيز النفاذ ويترب آثاره منذ لحظة انعقاده، فإذا انعقد العقد صحيحا مستوفيا لأركانه وشروطه التزام المتعاقد فيه بتنفيذ الالتزامات التي يرتبها في ذمته[5]، فيلتزم البائع عبر الإنترنت ذات الالتزامات التقليدية المترتبة في ذمة البائع في عقد البيع عموما، من حيث التزامه بنقل الملكية والتزامه بالتسليم والتزامه بضمان العيوب الخفية وضمان التعرض والاستحقاق غير أننا سنتناول الالتزامين الأولين ومن ناحية الخصوصية في العقد الإلكتروني تاركين الالتزامات الأخرى عند الحديث عن حماية المستهلك لاحقا.

المطلب الأول: الالتزام بنقل الملكية

يعتبر أول التزام ينصب على عاتق البائع بمجرد إبرام العقد[6] 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 "[7].فنقل الملكية هو جوهر البيع وغاياته، ويتحقق ذلك بأن يضع السلعة المباعة أو الخدمة تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من الانتفاع بها دون عائق، وهذا المبدأ 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.

1- محمود السيد عبد المعطي خيال، المرجع السابق، ص88.

2- المادة 1/107 من القانون المدني الجزائري وتقابلها المادة (202) من القانون المدني الأردني ويقابلها المادة (1/148) من القانون المدني المصري، وتقابلها نص المادة (3/1134) من القانون المدني الفرنسي، وتقابلها المادة (1337) من القانون المدني الإيطالي ويقابلها المادة الأولى (1) من القانون المدني الياباني.

3- محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني الأردني، مكتبة دار الثقافة، عمان 2004، ص217.

4- صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهواري، الأحكام القانونية للعقود الإلكترونية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون التجاري جامعة القاهرة2012، ص209

5- لزعر وسيلة، تنفيذ العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير فرع العقود والمسؤولية كلية الحقوق بن عكنون الجزائر2011، ص38.

6- لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقي في عقد البيع، دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة، دار هومة الطبعة الرابعة 2010 الجزائر، ص289.

7- وتقابلها نص المادة 428 من القانون المدني المصري والمادة 485 مدني أردني والمادة 1138 مدني فرنسي.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

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 أولاً انتقال الملكية في المنقولات المعينة بنوعها وثانيًا انتقال الملكية في المنقولات المعينة بذاتها، وأخيراً انتقال الملكية في الأموال المعنوية وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: انتقال الملكية في الأموال المعينة بنوعها: تنصرف 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 مشترٍ الكترونيًا على شراء كمية من القمح المكسيكي 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 (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[2].

الفرع الثاني: انتقال الملكية في الأموال المعينة بذاتها: تنتقل الملكية في المبيع المعين بذاته بمجرد تمام العقد دون حاجة لأي إجراء وهذا ما أوضحته صراحة المادة 165 من القانون المدني الجزائري والمقحمة في المقتضيات 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.."[3]،ومنذ لحظة تمام العقد على المنقول المعين بذاته يصبح للمشتري الحق بأن يتصرف فيه بالبيع أو أي تصرف قانوني آخر.

فلو تعاقد مشتري عبر الإنترنت على شراء لوحة فنية نادرة فإن ملكيتها تصبح للمشتري منذ لحظة تمام العقد وقبل استلامها، فلو قام بعدئذ ببيعها أو هبتها أو غير ذلك من تصرفات كان ذلك تصرفا في ملكه، كما أنها تدخل في أمواله التي يجوز الحجز عليها، وفي حالة إفلاس البائع قبل تسليم المبيع، وبعد قبض الثمن لا يؤدي

1- وتقابلها نص المادة 1147 من القانون المدني الأردني والمادة 2/205 مدني مصري والمادة 256 مدني تونسي.

2- المادة 166 مدني جزائري وتقابله المادة (2/205) مدني مصري والمادة 206 مدني سوري والمادة 248 مدني عراقي، عباس العبودي شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني، البيع والإيجار، دار الثقافة للنشر، عمان، الطبعة الأولى 2009، ص126.

3- تقابلها المادة 204 مدني مصري والمادة 205 مدني سوري والمادة 247 مدني عراقي والمادة 257 مدني تونسي.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

ذلك إلى دخول المبيع في تفلسته فيبقى مع ذلك حقا خالصا للمشتري الذي له الحق في أخذه دون مشاركة من باقي الدائنين، في حين لو أفلس المشتري لدخل المبيع في تفلسته وكان محلا للتنفيذ عليه.

الفرع الثالث: انتقال الملكية في الأموال المعنوية: قد يرد عقد البيع الإلكتروني على مصنفات أدبية أو فنية أو براءة الاختراع أو غير ذلك من الأموال المعنوية ذات القيمة الاقتصادية في التعامل والتي يتصور ورود البيع فيها بشكل مختلف عن الأموال المادية كالبرامج التي يشيع تداولها عبر الإنترنت والتي صنفتها الكثير من التشريعات كمؤلفات أدبية، أو كبراءة الاختراع المسجلة أو ما شابه ذلك.

فإذا كان الأصل أنه يجوز للمخترع[1] أن يتنازل عن اختراعه ببيعه للغير، بشرط أن يكون محميا قانونيا أي مسجلات وممنوحا براءة الاختراع[2]، إلا أن انتقال ملكية الاختراع للغير يعني بها انتقال حق استغلال الاختراع للمستفيد، والذي يتم بمجرد تمام العقد، أما نسبة الاختراع إلى صاحبه فلا تنتقل أصلا إلى الغير بل تبقى مسجلة لصاحبها الأول (المخترع) باعتبارها حقا معنويا لا يجوز التصرف فيه أو التنازل عنه.

كذلك بالنسبة لبرامج الحاسوب حيث تقرر معظم التشريعات الخاصة بحماية حق المؤلف بسط حمايتها لحقوق إنتاج كمصنفات أدبية له نوعان من الحقوق، الحقوق المعنوية والحقوق المادية أما الحقوق المعنوية فلا يجوز التنازل عنها ولا تقع محلا لنقل الملكية فهي كما أسلفنا حقوق لصيقة بشخص المؤلف وله عليها حق الأبوة[3] أما حقوقه المادية الواردة على ذات المصنف والتي قد يقع محلا لنقل الملكية فيجوز للمؤلف استغلالها بالانتفاع من موارد مؤلفه.

المطلب الثاني: الالتزام بالتسليم

إن الالتزام بالتسليم من أهم الالتزامات الواقعة على عاتق البائع مما يجعله ذات اهتمام في تنفيذ العقود المبرمة عن طريق الإنترنت، لاسيما إذا أخذنا بعين الاعتبار عدم الحضور المادي لكل من البائع والمشتري في مكان واحد حيث يفصل بينهما في الغالب الحدود الدولية والإجراءات الجمركية ولا يتصور قيام عنصر المناولة اليدوية، ومن ناحية أخرى وعلى اعتبار أن البيوع المنعقدة عبر شبكة الإنترنت منها ما يبرم وينفذ داخلها مثل البرامج والمؤلفات، ومنها ما يبرم داخلها وينفذ خارجها مثل البضائع والسلع[4].

وسنتطرق من خلال هذا المطلب إلى مفهوم التسليم باعتباره الالتزام الذي يرتبط به العديد من الآثار القانونية وتسلسل فيه العديد من الأعمال التي يتعين على البائع إثباتها قصد تمكين المشتري من حيازة الشيء المبيع، كما سنتناول موضوع وكيفية التسليم مركزين على وجه الخصوصية في التعاقد الإلكتروني.

1- المادة (2) من الأمر رقم 06/03 مؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة ج.ر.ع 44 لـــ2003/07/23 والمادة (2) من قانون حماية حق المؤلف الأردني رقم 22 لـــ 1999 المعدل بالقانون المؤقت 2001 والمادة (3) من الأمر رقم 86/66 لـــ 28 افريل المتعلق بالرسوم والنماذج ج.ر.ع 35 لـــ1966/05/03 والمادة (3) من قانون الرسوم الصناعية والنماذج الصناعية الأردني 1999، وكذا القانون الفرنسي لحماية الملكية الفكري 1992 المادة (131)

2- نوري خاطر، المرجع السباق، ص131.

3- أنظر المادة (9) من الأمر رقم 06/03 المؤرخ في 19 جمادى الأول عام 1424 الموافق ل19 جويلية لسنة 2003 المتعلق بالعلامات الجريدة الرسمية رقم 54 مؤرخة في 2005/08/07 المتعلق بالرسوم والنماذج الجريدة الرسمية رقم 35 مؤرخة في 1966/05/03 وتقابلها نص المادة (3) من قانون الرسوم الصناعية والنماذج الصناعية الأردني لسنة 1999، وكذلك القانون الفرنسي لحماية الملكية الفكري الصادر في سنة 1992 المادة (131)

4- صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص50.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

الفرع الأول: مفهوم التسليم وأهميته: سنتناول أولا مفهوم التسليم ثم نتطرق الى أهميته كما يلي:

أولاً: مفهوم التسليم: يعرف التسليم بأنه: "وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته أو الانتفاع به دون عائق أو مانع[1]، وعرفته اتفاقية لاهاي بشأن البيع الدولي للبضائع لعام 1964 في المادة (19) منها على أنه تخلي البائع عن حيازة المبيع لصالح المشتري بما يتفق مع نص العقد ونص القانون غير أن اتفاقية فيينا لعام 1980في المادة 30 نصت على الالتزام دون أن تعطي لنا تعريفا لمفهوم التسليم وجاء نصها: "يجب على البائع أن يسلم البضائع والمستندات المتعلقة بها وأن ينقل ملكية البضائع على النحو الذي يقتضيه العقد وهذه الاتفاقية"[2]

وقد نصت المادة 367 من القانون المدني الجزائري بقولها: "يتمثل التسليم في وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والتمتع به دون عائق..."[3]. أو هو نقل السلطة أو السيطرة على بضائع مطابقة لما تم التعاقد عليه"[4]، أو هو تلك العملية التي من خلالها وضع البضاعة تحت تصرف الشخص الذي يجب عليه استلامها[5]. أو هو تلك العملية القانونية التي بموجبها يتعين على البائع اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لوضع البضاعة تحت تصرف المشتري أو وكيله[6]، وبعبارة أخرى هو تخلي البائع عن المبيع لصالح المشتري ليتمكن من الانتفاع به بجميع أوجه الانتفاع وهو التزام يترتب بمجرد انعقاد العقد حتى وإن لم تم الاتفاق عليه[7].كما يعرف كذلك بأنه: "نقل طوعي للحيازة من شخص[8]، ويعرف أيضا على أنه: "النقل الفعلي للبضاعة إلى المشتري"[9].

ومما سبق يتبين من التعريفات التي سيقت بشأن التسليم أنه عمل مادي يهدف البائع من خلاله تمكين المشتري من السيطرة على البضاعة إما بطريقة حقيقية أو حكمية على أنه ينبغي التأكيد أنه ليس هناك من رابط حتمي بين تسليم البضاعة ونقل الحيازة[10].

ثانيا: أهمية التسليم: إذ كان التسليم من الطرف المهمة في نقل الملكية إلى المشتري في القوانين القديمة[11] إلى أنه فقد الكثير من أهميته في ظل التشريعات المدنية الحديثة إذ لم يعد نقل الملكية متوقفا عليه، وإنما أصبح مجرد التزام

1- فتحي عبد الرحيم عبد الله الوجيز في العقود المدنية المسماة، الكتاب الأول، عقد البيع، مكتبة دار الأرقم المنصور، مصر بدون تاريخ النشر، ص137.

2- جمال عبد العزيز ، الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع وفقا للاتفاقية فيينا 1980، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1996، ص23.

3- وتقابلها نص المادة 1604 مدني فرنسي وكذا المادة 435 مدني مصري والمادة 402 مدني لبناني والمادة 494 مدني أردني.

4- حمو الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، الطبعة الثانية 2002 ومكتبة دار النهضة ، ص128

5-KAHN Philippe, la convention de vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises, revue international de droit comparé, n° 04 paris, 1981, p970.

6- جديد رياض، التزامات البائع في عقد البيع الدولي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر 2001، ص29.

7- محمد حسن رفاعي العطاء، البيع عبر شبكة الإنترنت ، دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الالكتروني رقم 15 لسنة 2004، دراسة الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2007، ص109.

8- المادة 61 من قانون بيع البضائع الانجليزي لسنة 1979 .

9-M.G .Bridge, the sale of goods, (ox ford ; clarion press .1997).P.202

10- المادة 489 مدني أردني والمادة 1614 مدني فرنسي والمادة 414 مدني لبناني. نسرين سلامة محاسنة، التزام البائع بالتسليم والمطابقة، دراسة في القانون الانجليزي واتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع (1980 اتفاقية فيينا)، دار الثقافة عمان، الأردن، الطبعة الأولى 2011، ص40.

11- عباس العبودي، تاريخ القانون، طبع دار الثقافة، عمان، الأردن 1998، ص219.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
يترتب في ذمة البائع من جملة الالتزامات التي يرتبها عقد البيع على عاتقه، ولكن هذا الأمر لا يقلل من دور التسليم وما يرتبه من آثار مهمة، لأن المشتري لا يتمتع عملا بسلطة المالك إلا بقيام البائع بالتسليم له، كما أن التسليم في المنقول بعد عنصرا مهما في حماية المشتري لملكية المبيع واطمئنانه عليه، فهو يمنع من تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز[1].

فإذا باع شخص منقولاً معينًا بالذات لشخصين بالتعاقب، فإن من تسلم المبيع أولاً يعتبر مالكًا ولوكان التالي بتاريخ إبرام العقد. وأخيرًا تبدو أهمية التسليم واضحة في بيع الأشياء المعينة بالنوع، لأن ملكية هذه الأشياء لا تنتقل إلا بفرز المبيع، وكما كان هذا الفرز لا يتم في الغالب إلا عند التسليم، ففي هذه الحالة تمتزج عملية انتقال ملكية المبيع المعين بالنوع بتسليمه.

ونظرا لأهمية التسليم هذه، فقد خصص القانون المدني الجزائري المواد من 364 إلى 386 لتنظيم أحكامه مبينا موضوع التسليم وكيفيته، وجزاء الإخلال بالتزام التسليم، وسنبحث هذه المسائل وما يتفرع عنها فيما يلي:

الفرع الثاني: موضوع التسليم: تنص المادة 364 من القانون المدني الجزائري على أن: "يلزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع"[2]، فموضوع التسليم هنا هو السلعة المتفق عليها في العقد أي الشيء المباع، وقد تكون سلعة ذات الكيان المادي المحسوس كالأجهزة الكهربائية أو الالكترونية ....الخ، وقد يكون موضوع التسليم أشياء ذات كيانات معنوية أي ليس لها وجود مادي ملموس ومن ذلك برامج الكمبيوتر، وقواعد البيانات والقطع الموسيقية وأفلام سينمائية...الخ، فيمكن في هذه الحالة أن يكون التسليم بالوسائل الإلكترونية، بحيث يمكن نقل هذه البيانات أو المعلومات الكترونياً إلى المتعاقد بدون اللجوء إلى الطرق التقليدية في التسليم،[3] وسنتناول حالة المبيع ومقداره فيما يلي:

أولا: حالة المبيع: حالة المبيع التي ينبغي أن يتم تسلمه فيها هي حالة المبيع وقت البيع وهي التي تراض عليها الطرفان فقد تكون هذه الحالة هي التي دفعت المشتري إلى التعاقد، فلو كانت حالة المبيع تختلف عما شاهده المشتري وقت التعاقد لكان للمشتري أن يتفق بشروط أفضل[4]، فيجب على البائع أن يسلم المبيع إلى المشتري المشتري بالحالة التي تراضيا عليها عند إبرام العقد على أساسها تم الاتفاق[5].

ولكن قد يتم عمليا أن يتفق الأطراف على تسليم المبيع بحالة غير التي كان عليها عند التعاقد، فهنا يطبق اتفاق الأطراف، ويلتزم البائع بتسليم المبيع بالحالة التي تم عليها الاتفاق، وسواء أكانت هذه الحالة أفضل من

1- عباس العبودي، شرح أحكام العقود المسماة، البيع والإيجار، مرجع سابق ص130.

2- وتقابلها المادة 431 مدني مصري والمادة 399 مدني سوري والمادة 489 مدني أردني و المادة 1614 مدني فرنسي والمادة 414 مدني لبناني.

3- تكون معظم هذه الأشياء خاضعة لحماية خاصة في القوانين المتعلقة بالملكية الفكرية والصناعية والأدبية، وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن مسالة الملكية الفكرية هي واحدة من تحديات التجارة الإلكترونية وتظهر هذه المشاكل خاصة في العقود الالكترونية الخاصة برخص المنتجات المباعة والمخزنة داخل النظم التقنية كجزء من المبيع وأيضا رخص الملكية الفكرية المغلفة مع المبيع، وكذلك حقوق الملكية الفكرية في ميدان النشر الالكتروني وحقوق المؤلفين على محتوى البرمجيات التقنية التي تنزل على الخط أو تسوق عبر مواقع التجارة الالكترونية كل هذه المشاكل استلزمت مراجعة شاملة للقواعد القانونية الخاصة بالملكية الفكرية وربطها بالأنشطة التجارية الدولية في ميدان البضائع والخدمات، انظر يونس عرب، التجارة الالكترونية، مقال منشور بالموقع الالكتروني:www.arab.law.org

4- وتشمل المشاهدة هنا المشاهدة المباشرة كأن يرى المشتري المبيع أمامه، أو أن يراه على شاشة الكمبيوتر، أو بواسطة كتالوج، أو أية وسيلة أخرى.

5- محمد الزعبي، المرجع السابق، ص290.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

حالة المبيع عند التعاقد، أم أسوأ منها، لأن التزام البائع بتسليم المبيع بالحالة التي كان عليها عند التعاقد ليس من النظام العام، ويجوز تعديله حسب رغبة الأطراف المتعاقدة،[1] وعلى الطرف الذي يدعي الاتفاق على حالة المبيع إثبات وجود هذا الاتفاق، ويقتضي تنفيذ الالتزام بالتسليم أن يكون المبيع (محل التسليم) مطابقا للمواصفات المطلوبة من قبل المشتري أو المتفق أو التي يقتضيها قواعد العرف والتعامل أو تكون موافقة للشروط المذكور في دفتر الشروط المرفق بالعقد.

ويعد الالتزام بالمطابقة وفقا لهذا المفهوم التزاما بتحقيق نتيجة يقتضي تسليم المبيع وفقا لما يستلزمه العقد، فالمعيار الأساسي في المطابقة هو العقد الذي يعين كمية البضائع ونوعها وأوصافها، وهذا ما أخذت به اتفاقية فيينا بشأن عقد البيع الدولي لعام 1986 حيث نصت المادة (1/35) : "على البضائع أن يسلم بضاعة تكون كميتها ونوعها وأوصافها وفقا لما يتطلبه العقد، وأن تكون تعبئتها أو تغليفها بالطريقة التي اشترطها العقد".[2]

وقد جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية أنه: "لا يقتصر الالتزام بالتسليم فقط على تسليم ما هو عليه، لكن أن يوضع تحت تصرف المشتري شيئا موافقا تمام الموافقة في كل النقاط للهدف المبحوث عنه"[3].

وقد نصت على المطابقة المادة (2–134) من قانون التجارة الموحدة في الولايات المتحدة الأمريكية، والتي يجب أن يضمنها البائع بين ما ورد في العرض وحقيقة البضاعة المسلمة، إلا أن مجرد المبالغة في إطراء السلعة والحث على شرائها من خلال إعمال الدعاية والإعلان لا يدخل ضمن المواصفات التي يضمن البائع وجودها.

وبخصوص القانون الجزائري يجب أن يتطابق المنتوج المسلم مع المقاييس المعتمدة والمواصفات القانونية والتنظيمية التي تهمه وتميزه[4].

أما إذا خلا العقد من تحديد الشروط التي تحقق المطابقة فيمكن تطبيق نص المادة (2/35) من اتفاقية فيينا لعام (1982) ، التي جاءت بمثابة القواعد المكملة لإرادة الطرفين بهذا الشأن [5]

ثانيا: مقدار المبيع: الأصل أن يسلم البائع المبيع حسب المقدار المتفق عليه في العقد إلى المشتري وذلك إذا ما كان هذا المقدار محدد في العقد، أما إذا لم يرد في العقد تعيين لمقدار المبيع، لكن ما حكم النقص والزيادة في مقدار المبيع؟

عالج المشرع الجزائري حالة نقص البيع أو زيادته من خلال الأحكام الواردة في نص المادة 365 من القانون المدني بقولها: "إذا عين في العقد مقدار المبيع كان البائع مسؤولا ما لم يوجد اتفاق مخالف عما نقص منه بحسب

1– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع، البيع والمقايضة، ص559.

2– طوني ميشال عيسى، خصوصيات التعاقد في المعلوماتية ، منشورات صادر الحقوقية، بيروت، لبنان بدون سنة النشر، ص96.

3– نقض مدني فرنسي ، الغرفة الأولى ، في 20 مارس 1989كما أنظمت الغرفة التجارية الفرنسية لهذا الحل في ديسمبر 1989، نقض تجاري فرنسي في 22 ماي 1991 وفي 18فيفري 1992 أشار إليه لحسين بن الشيخ آث ملويا: المرجع السابق، ص344.

4– أنظر المادة 11 والمادة 12 من الفاصل الثالث المتعلق بإلزامية مطابقة المنتوجات من قانون حماية المستهلك وقمع الغش.

5– وهذا ما أخذت به محكمة التمييز الفرنسي ، أنظر: CAPARIS, 5 ch., B, 2 novembre 1988, jurés- daté, n29009.CA Grenoble , ch1989, jurés.., jurés -Data, n43008

أشار إليه مصطفى موسى العجارمة: المرجع السابق، هامش رقم 1 ص 370

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

من الأهمية درجة لو كان يعلمها المشتري لما أتم البيع.

أما إذا تبين أن قدر الشيء المبيع يزيد على ما ذكره بالعقد، وكان الثمن مقدرا بحسب الوحدة وجب على المشتري إذا كان المبيع غير قابل للتقسيم أن يدفع ثمنا زائدا إلا إذا كانت الزيادة فاحشة ففي هذه الحالة يجوز أن يطلب فسخ العقد كل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه"[1].

الفرع الثالث: كيفية التسليم: تنص المادة 367 من القانون المدني الجزائري على أن "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 وإما أن يكون تسليما حكميا أو قانونيا سنبين ذلك فيما يلي:

أولا: التسليم الفعلي: وهو أن يقوم البائع بتسليم البضاعة بشكل مادي ناقلا الحيازة فيها إلى المشتري [3]، يد بيد أو بنقله من مكانه ووضعه تحت تصرف المشتري، وأن يمكّن البائع المشتري من استلام المبيع من المخازن[4]، وقد يكون التسليم رمزيا عن طريق تسليم ما يمثل البضاعة مثل تسليم المستندات التي يصدرها الناقل أو المودع لديه البضاعة، على أن يكون ذلك بالطريقة التي تتفق وطبيعة الشيء المبيع وتمكن المشتري من حيازته والانتفاع به[5]ويعتبر التسليم الفعلي الأكثر شيوعًا في البيوع التجارية خصوصًا الدولية.[6]

ثانيا :التسليم الحكمي: يقصد به التسليم المعنوي الذي يتم دون أن تنتقل فيه حيازة المبيع المادية فعلا من البائع إلى المشتري، إذ أنه اتفاق على تغيير صفة الحائز للشيء المبيع دون تغيير في الحيازة الفعلية للبضاعة، كأن تكون البضاعة قبل البيع مودعة لدى المشتري على سبيل الإيجاب أو الوديعة ومرهونة تحت يده، أو غير ذلك

1- وتقابلها المادة 433 مدني مصري والمادة 492 مدني أردني والمادة 30 من القانون الإنجليزي لبيع البضائع والمادة 52 من اتفاقية فيينا للبيوع الدولية لسنة 1980.

ولمزيد من شرح أحكام هذه المادة، انظر : لحسين بن الشيخ آث ملويا: المرجع السباق، ص352 وكذا محمد الزعبي، المرجع السابق، ص 290، وهبة الزحلي: العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، دار الفكر، دمشق، سورية 2005، ص62.

2- وتقابلها نص المادة 435 مدني مصري والمادة 494 مدني أردني والمادة 402 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، والمادة 538 مدني عراقي، والمادة 1604 مدني فرنسي 269 والمادة 403 مدني سوري والمادة 424 مدني ليبي.

3-HENRY AITKEN, K.C, the Principe les low of goods, (Edinburgh : Livingstone, 1992) at p96, with reference to the low society of Scotland, the lows of Scotland, v01.20, (E din burgh : but terry earth's, 1992) at , p346.

4- نضال سليم برهم ، أحكام عقود التجارة الالكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن 2005 ، ص99. وكذا عباس العبودي، مرجع سابق، ص135.

5- قضت محكمة النقض المصرية في طعنها بتاريخ 1994/12/29 بأنه "التزام البائع بتسليم العين المبيعة تسليما فعليا، لا مناط أن يكون حائزها الفعلي بوصفه مالكا، او اتفاق المتبايعان على هذا التسليم في عقد البيع أو في اتفاق لاحق عليه". أشار إليه محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر 2006، ص218.

6- ROSSCRANSTON, consumers and the low, 2 d e d (land an widen Feld et nice tsar , 1984) at p171.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

من الحيازة يقوم بشرائها، فيقتصر فعل التسليم على تغيير صفة المشتري (الحائز) إلى مالك للبضاعة، وقد يحتفظ البائع كذلك بالبضاعة بالنيابة عن المشتري كوكيل، ففي هذه الحالة أيضا قد يحصل التسليم الحكمي.

أما التسليم في التعاقد عبر الإنترنت فيأخذ مداه في الخصوصية بالحالة التي يكون فيها تنفيذ الالتزام متصورا عبر الشبكة كحالة العقد الوارد على الخدمات مثل عقود برامج الحاسوب أو القطع الموسيقية أو الكتب عبر الخط او غير ذلك من صور الأموال المعنوية الأخرى، ويتم التسليم بهذه الأموال من خلال تنزيل أو تحميل البرامج (download) أو النسخ (copy) من الموقع المتاح إلى الجزء الصلب من جهاز العميل مثلا أو بأي شكل تقني آخر يتيح للمشتري الانتفاع به كمنحه الصلاحية بالدخول إلى موقع معين واستعراض المادة المحملة أو المخزنة محل التعاقد، غير أنه يجب الأخذ بيعن الاعتبار أن ذلك لا يعني أن كل الأموال غير المادية يتم تسليمها بهذه الطريقة عبر الشبكة، فيمكن أن تحمل على اسطوانات أو دعامات مادية كالأقراص (C.D) الليزرية أو الضوئية أو الممغنطة ويتم التسليم فيها ماديا وخارج الشبكة.

وما عدا ذلك من السلع أو منتجات يتم شراؤها عبر الشبكة، فإن واقعة التسليم فيها تأتي من خلال إرسال المبيع إلى المشتري وعندئذ لا يتم التسليم إلا إذا جري إبطاله إليه، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، وحول هذه النقطة نقارن بين التعاقد عبر الإنترنت والأشكال الأخرى من العقود عن بعد، كالتعاقد عن طريق التلفزيون، او البيع بالمراسلة، حيث يتصور وجود وسيط مكلف بالقيام بعمليات التوزيع والتسليم للبضائع المشترات عبر الإنترنت أو من خلال البريد أو مكاتب وفروع البائع أو المنتج أو وكلائه في مكان المشتري[1].

وأخيرا نشير إلى أن الالتزام بالتسليم يأتي من خلال الوقوف على ماله من أوجه في الخصوصية لدى التعاقد عبر الإنترنت من خلال زمان ومكان التسليم فيما يلي:

الفرع الرابع: زمان ومكان التسليم: تعد مسألة تحديد زمان ومكان التسليم من المسائل الهامة في كل العقود، لاسيما في العقد الإلكتروني الذي يبرم عن بعد ومن طرف أشخاص لا يجمعهما مجلس واحد ولا زمان موحد، وسنتناول أولا زمان التسليم وثانيا مكان التسليم كما يلي:

أولاً: زمان التسليم: يعتبر وقت التسليم من المسائل المهمة في العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت، وبالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني لم نجد ما يلزم أطراف عقد البيع بتحديد تاريخ معين لتسليم المنتجات المشترات، بل ترك الحرية للمتعاقد ينفي تحديده.

وإذا لم يكن في العقد أي اتفاق بشأن التسليم فإنه يتم بمجرد الانعقاد ما لم يتدخل العرف في تحديد هذا الزمن، كما أن للقاضي أن يؤخر التسليم إذا استدعت حالة البضائع هذا التأخير، نتيجة لتدخل ظروف استثنائية بشرط ألا يمنعه نص القانون، وألا يضر هذا التأخير بالمشتري (الدائن) ويمكن أن يكون التأخير لأجل معين أو لآجال متتالية.[2] في حين اكتفت المادة (1160) من القانون المدني الفرنسي،[3]على ذكر أن التسليم

1- توجد شركات عملاقة متخصصة بعمليات التوزيع والتسليم للبضائع والسلع حول العالم منها ما أصبح دوليا ومنتشرا حول العالم كشركات (D.H.I) أو (T.N.T) وغيرها بالإضافة إلى استخدام اسلوب الطرود البريدية المسجلة عبر مصالح البريد الحكومية في كل دولة.

2- نضال سليم برهم ، مرجع سابق، ص70.

3 BENNAIENT Alain, droit civil, les obligations, man chrétien, paris, 2003 p 291.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

يجب أن يتم في الوقت المتفق عليه بين الأطراف فإذا لم يوجد اتفاق على ميعاد معين للتسليم فإن واجب الوفاء بالالتزام يكون وقت انعقاد العقد مع مراعاة المواعيد المقررة بحسب العرف إذ أن المعروف عرفا كالمشروط شرطا.

أما في القانون المدني الجزائري فنجد نص المادة 281 منه يفيد بأنه: "يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك"[1].

وقد جاءت المادة (L1-114) من قانون الاستهلاك الجزائري لتنص بأنه "يتوجب على المهني في كل عقد موضوعه بيع مال منقول أو توريد خدمات للمستهلك عندما لا يكون تسليم المال أو توريد التقديم فوريا أو إذا كان الثمن المتفق عليه يتجاوز العتبات المحددة عن طريق تنظيم[2]. أن يبين التاريخ الأقصى الذي يتعهد فيه بتسليم المال أو تنفيذ التقديم..." فمنذ صدور هذا القانون بتاريخ 18 جانفي 1992، فقد أصبح لزامًا في عقود الاستهلاك على المهني أن يحدد تاريخ التسليم صراحة وإن لم يفعل وجب عليه أن لا يتأخر في التسليم عن (07) أيام والإيجاز للمشتري حق فسخ العقد خلال (60) يومًا من إبرام العقد، مع الإشارة بأن قانون حماية المستهلك الجزائري لم يتضمن مثل هذا المقتضي.

لاشك أن أهمية تحديد مدة التسليم في المعاملات الإلكترونية تكمن في حماية مصالح الطرفين وتدعيم الثقة بينهما وتحديد المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن التأخير، وإذا كان تحديد زمان التسليم في بعض العقود سهل فإنه يصعب في عقود أخرى، حيث يتوقف الأمر أحيانا على ظروف خارجية مثل إجراءات الشخص والجمارك، وإعداد الإمكانيات المناسبة لتلقي الخدمة، أو أن يكون المحل عملا ذهنيا يستدعي ابتكاره وتصميمه وملاءمته لاحتياجات العميل فترة زمنية معقولة، حيث يجري العمل مثل هذه الحالات على تحديد موعد تقريبي، وهنا يتوقف الأمر بدوره على طبيعة الالتزام وتعقيداته الفنية وصفة المدين به كمهني محترف لا يقبل منه التنصل من المسؤولية عن التأخير في التنفيذ[3].

ومن ذلك كله يتضح أنه إذا كان الأصل في القانون أن يتم التسليم فور العقد إلا أن ذلك ليس من النظام العام وبمفهوم المخالفة فإن ذلك يجيز للأطراف المتعاقدة الاتفاق على ميعاد آخر، وعلى ذلك نلاحظ أن غالبية العقود المتداولة للمركز الافتراضية عبر الشبكة قد جاءت متضمنة فراغًا خاصًا ضمن بند واضحا يحدد التسليم، وذلك استجابة لما ورد في العقد النموذجي بشأن المعاملات الإلكترونية الصادر عن اليونسترال حيث أفراد فراغا يجب تعبئته من قبل المتعاقدين بالاتفاق مفاده: (بأن آخر موعد للتسليم هو... وإلا فإن التسليم خلال 30 يوما)، وكما أشار إلى ذلك العقد النموذجي الصادر عن غرفة التجارة والصناعة الفرنسية للمعاملات الالكترونية لسنة 1998، وقد تضمن الإرشاد الأوروبي الخاص بحماية المستهلكين في البيع بالمراسلة أو عن بعد عبر الحدود نصا يفيد بأنه إذا استحال على البائع أن يصدر البضائع المطلوبة خلال (30) يوما فإنه يجب عليه

1- يقابله نص المادة 346 مدني مصري والمادة 334 مدني أردني والمادة 407 مدني لبناني والمادة 344 مدني سوري والمادة 536 مدني عراقي.

2- ويقصد بذلك القيمة المحددة لغايات حرية الاثبات والتي اصبحت بعد توحيد العملة في أوروبا (800) يورو.

3- محمد حسين منصور: المسؤولية الإلكترونية المرجع السابق، ص83.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

لم يعلم المستهلك بذلك[1]. وفي اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980 تنص في المادة (33) على أنه:

"يجب على البائع أن يسلم البضاعة:

1.في التاريخ المحدد أو القابل للتحديد طبقا للعقد.

2.في أي وقت وفي المدة المحددة طبقا للعقد ما لم تبين من الظروف أن المشتري هو الذي يختار تاريخ التسليم.

3.خلال مدة معقولة من تاريخ إبرام العقد في أية حالة أخرى."

مما سبق يمكن القول أن زمان التسليم عبر الإنترنت يمكن تصوره من وقت انعقاد العقد، أو في الوقت الذي يتفق عليه الطرفان وهو الأصل، حيث أن وقت وزمان تسليم المبيع ليس من القواعد العامة، مع مراعاة أن ترك تحديده للبائع يخضع لسلطات الرقابة القضائية لحماية حقوق المستهلك في الدول التي تفرد تشريعات خاصة لذلك أو في الوقت الذي يقرره عرف التعامل أو خلال المدة المعقولة، وهذا في حالة عدم الاتفاق الصريح على تحديد زمان معين في العقد، فيثار إلى إعمال أطراف التعاقد عن بعد أو بالمراسلة لتقدير المدة المعقولة وفي هذه الحالة نرى أن يعذر المشتري البائع بأن يسلم إليه المبيع خلال مدة معينة يحددها بالأعذار، وتصبح هذه المدة بعد ذلك آمرة يترتب على الإخلال بها الجزاء على عدم التنفيذ، ما لم تكن هناك ظروف قاهرة أو طارئة.

ونرى أن السرعة في إبرام العقود عبر الإنترنت، يجب أن تقابل بالسرعة في تسليم المنتجات وخاصة مع ولوج عصر السرعة وتوافر إمكانيات المراسلات السريعة، بحيث لا تتجاوز المدة أسبوعا من تاريخ العقد في حالة التعاقد عبر الحدود وتكون المدة 48 ساعة من لحظة تمام العقد إذا تم التعاقد بين متبايعين داخل حدود الدولة الواحدة، مع مراعاة إجراءات ونوعية الشحن المتفق عليه[2].

ثانيًا: مكان التسليم: إن البائع ملزم بتسليم البضاعة في مكان محدد ويعرف مكان التسليم بأنه المنطقة أو الموقع الذي يتحدد لتسليم المبيع إلى المشتري. وإذا أخفق البائع في ذلك فإنه يكون مخلا بأحد التزاماته، على أن مكان التسليم هو مكان تواجد الشيء أثناء البيع، لأن المشتري يصبح مالكا عند تلك اللحظة[3]، مما يفسر بأن على المشتري سحب ودفع مصاريف النقل في البيوع عن بعد في القانون الفرنسي[4]، أما في القانون الجزائري فقد نصت المادة 368 من القانون المدني على أنه: "إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل غليه ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك"[5]، كما تنص المادة 367 من ذات القانون على "...و يحصل السليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع"[6].

وبخصوص مسالة التسليم حرصت العقود المتداولة على تنظيمه، فينص البند 22 من عقد infinie تحت عنوان "تسليم السلع" على أن: "يتم تسليم السلع في موطنك أو في أي عنوان آخر تختاره في الإقليم الفرنسي

1-Int www.europa.eu.directive, n.97/7 ce, du 20, mai 1997@

2- عمر خالد الزريقات، المرجع السابق، ص300.

3- مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص369.

4- لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص332.

5- وتقابلها نصي المادتين (435) و(436) مدني مصري.

6- وتقابلها نصي المادتين (435) مدني مصري.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

وتذكره في طلبك ولن تتحمل بأية نفقات من أجل التسليم بخلاف نفقات التصدير المذكور سالفا"[1].وتضيف بعض العقود بعض الشروط التي تستهدف مواجهة بعض المشكلات المرتبطة بالتسليم مثل ذلك الذي ينص على أنه: "إذا حدث وكانت السلعة تالفة عند تسليمها لك، فعليك أن تسلم تحفظا مكتوب من سلمها لك، وسنلتزم عند تدخل مشكلتك على أكمل وجه"[2].

وتطبيق ذلك على حالة البيع عبر الإنترنت، نستطيع القول إن واجب تصدير المبيع فيها للمشتري ظاهرا، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه، أي في مكان تواجده، وقد يذهب البعض إلى حد القول بان العرف في القوت الحاضر يقضي عموما بتوصيل المبيع إلى المشتري مما يفيد بان التسليم لا يتم إلا بوصول المبيع إلى مكان تواجد المشتري، فمن يتعاقد عبر الإنترنت لشراء سلعة ما نجده يبرم الاتفاق بشرط التوصيل وبمعنى الطلبية المحمولة (arder home delivery). ونشير إلى أن ما نلاحظه في إعلانات العرض عبر صفحات الويب أو العروض عبر البريد الإلكتروني والتي تتضمن عبارات تقيد مكان مزاولة النشاط هي بالضرورة تقيد أماكن التوزيع أو التسليم ضمن حدود المكان المحدد في الإعلان، فمن يتعاقد خارج هذه الأماكن المحددة في الإعلان لا يستطيع الادعاء بالقواعد العامة التي تقرر تسلم المبيع في أماكن تواجده، بل عليه أن يتحمل هو تسليم المبيع من مكان تواجده لدى البائع، وغير ذلك نراه يخضع لاتفاق جديد ومستقل بين المعلن والمشتري.

ولما كان إيصال أو إرسال البضائع أو السلع المشترات عبر الإنترنت تتولاه شركات متخصصة بالتوزيع أو يمكن تصوره من خلال إرساليات البريد، ومن المتصور أحيانا أن تحدث بعض الصعوبات البريدية والتي قد تسبب بعض التأخير في التسليم الذي لا يتجاوز ما هو متوقع عادة، ولذلك حرصت الشروط الخاصة بأحد المركز الأمريكية CDNOW على أنه: "يتوقف تسليم أغلب الطلبات التي يكون محلها ثلاثة قطع أو اقل على ظروف خدمة البريد في الولايات المتحدة الأمريكية، أما الطلبات التي تتضمن أربعة قطع أو أكثر أو التي تكون قيمتها (100) دولار أو أكثر، فسوف نرسلها لكم بالبريد السريع (مع ملاحظة أنه قد يشترط التوقيع من أجل تسليم الطرود المرسلة بالبريد السريع، وأنه قد لا يسلم في أيام العطلات)، وقد نقدم لكم خدمة البريد السريع اختيار إذا كانت متاحة لنا بمقابل زهيد وذلك بالنسبة للطلبات التي تتضمن ثلاث قطع أو أقل"[3]:

فإن تحديد تبعة الهلاك تبقى على عاتق البائع إلى أن يتسلم المشتري سلعته فإذا قام البائع بتسليمها إلى الناقل أو الموزع فلا يعتبر أن التسليم النهائي قد تم، وبالتالي لا يتحمل المشتري تبعة الهلاك إلا منذ لحظة تسلمه هو المبيع، فنرى أن تنفيذ الالتزام بالتسليم في العقود المبرمة عبر الإنترنت بين المستهلكين ومحترفي التعاقد عبر الأنترنت، لا يتم إلا عند تسليم البضائع أو السلع إلى المستهلكين هذا ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك.

ومما تقدم نخلص إلى أن أماكن تسليم المبيع عبر الإنترنت يمكن تصورها كما يلي:

1- على خلاف القانون الجزائري الذي جعل المخاطر على البائع قبل التسليم كقاعدة عامة .

2- BENNAIENT Alain, droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux, 5 ème édition, monte hésitent, juillet 2001 p.118.

3- أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص102.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

1.في المكان الذي يحدده إعلان البائع: وهذه الصورة الغالبة في عقود البيع عبر الإنترنت إذ ان كثيرا من عقود المتاجر الافتراضية، تتضمن نصوصا تحدد فيه أماكن مزاولة النشاط التي يستطيع فيها المورد تقديم خدماته.

2.في المكان الذي يحدده المشتري: سواءً كان مكان سكنه أو عمله أو لأي مكان آخر.

3.المكان الذي يحدده العرف: أي عرف تسجيل الطلبيات والذي يقضي بإيصالها إلى مكان تواجد المشتري.

4.المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع: وذلك في حالات الشراء عبر الحدود على سلع يمنع تداولها في مكان المشتري، حيث نرى ضرورة مراعاة قوانين الدول التي تحرم دخول المبيع إليها، فما يمكن أن يباع ويشترى من السلع في السويد مثلا لا يسمح بتداوله في الجزائر.[1]

المبحث الثاني: التزامات المشتري

عقد البيع الالكتروني كأي عقد ملزم للجانبين يترتب عنه التزامات متقابلة في ذمة المتعاقدان فإذا كان البائع ملزم بنقل الشيء المبيع وتسليمه إلى المشتري فهو بدوره ملزم بدفع الثمن وتسلّم الشيء المبيع[2] وهما الالتزامان اللذان سنتناولهما في هذا المبحث دون سواهما باعتبارهما تأثرا بالبيئة الافتراضية التي أبرم من خلالها العقد، وذلك في مطلبين كما يلي:

المطلب الأول: الالتزام بدفع الثمن[3] (الوفاء الإلكتروني)

يعد دفع الثمن الالتزام الرئيسي الذي يقع على عاتق المشتري[4]، 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 الإنترنت ، وبالتالي فإن أداء الثمن يتم أيضا عبر الإنترنت فالنقود هي الوسيلة المثلى والأكثر شيوعا من وسائل تسوية المعاملات، والدفع قد يتم بواسطة نقود سائلة أو بواسطة وسيلة أخرى تحل محل النقود كما هو الحال في الشيك فالبائع بشكل عام (شخص طبيعي أو معنوي) هو الذي يختار من وسائل الدفع، فإذا كان المشروع صغيرا فإنه يختار الدفع بالنقود السائلة لتسوية معاملاته مع العملاء في حين أن المشروعات الكبيرة تفضل الشيك وذلك كي تتمكن من مواجهة العمليات ذات الأرقام المرتفعة، ومع ذلك فإن الشيك وإن كان يصلح كورقة مادية لتسهيل التعامل الذي يتم في البيئة المادية، فإنه غير مناسب للتعامل الذي يتم في البيئة الالكترونية، وهذا الأمر استدعى القيام بالبحث عن وسيلة سداد يتم من خلالها دفع الثمن بالتوافق مع طبيعة التجارة الالكترونية التي تتم عبر الإنترنت، ومن هنا كان لابد من ابتكار أسلوب سداد يتفق مع تلك الطبيعة ولأجل هذا كان الدفع الإلكتروني[5].

1- إن العالم اليوم يقترب من توحدي القوانين الخاصة بالجمارك بفضل الدخول في اتفاقيات التجارة الدولية الحرة (الجات) وغيرها من الاتفاقيات الإقليمية والدولية التي تسهل تسهيل السلع فيما بينها بدون قيود الحدود.

2- تناولت التزامات المشتري المواد من 387 إلى 395 من القانون المدني الجزائري.

3- يعرف الثمن بأنه محل التزام المشتري، وما يكون بدلا للمبيع ويتعلق بالذمة، عبد الرزاق السنهوري الوسيط، مرجع سابق، ص363.

4- المادة 1650 من القانون المدني الفرنسي.

5- فاروق الأباصيري، مرجع سابق، ص98.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

الفرع الأول: تحديد ماهية الدفع الالكتروني: إن التطور الكبير في التجارة الالكترونية عبر شبكة الإنترنت فرض تطور مقابلا في وسائل الدفع لسداد ثمن السلع أو الخدمات التي يتم التعاقد عليها عن بعد[1]،وتتم هذه الوسائل المبتكرة في الدفع من خلال ما يسمى بالدفع الالكتروني ولتحديد ماهية الدفع الالكتروني يتطلب منا القيام ببيان مفهومه أولا ثم التطرق لخصائصه وأخيرا بيان زمانه ومكانه فيما يلي:

أولا: مفهوم الدفع الالكتروني: نقصد بالدفع الالكتروني القيام بأداء ثمن المبيع الذي يعتبر من العناصر الأساسية التي يجب الاتفاق عليها، كمحل يلتزم به المشتري مقابل التزام البائع بنقل الملكية وفقا لما تقرره القواعد العامة، وكان يمكن تأجيل الاتفاق عليه فيما بعد أو ترك تقديره لأجنبي ، إلا أنه قد أصبح ذا خصوصية ظاهرة في كافة أشكال البيع عن بعد التي تتم عبر شبكة الإنترنت، حيث نجحت التوجهات التشريعية الحديثة إلى اعتباره الركيزة الأساسية التي يتميز بها العرض الالكتروني لاعتباره إيجابا ينعقد به العقد وذلك انطلاقا من ضرورات حماية المستهلك التي إستوجبتها التشريعات الجديدة الخاصة بحماية المستهلك في البيوع التي تتم عن بعد عبر الوسائل الالكترونية عموما أو الجارية عبر شبكة الإنترنت خصوصا، فتقتضي بالإضافة لعناصر المبيع ومواصفاته وكل ما يتعلق به من بيانات، جيب أن يتضمن عرض البائع عبر الإنترنت تحديد الثمن المقابل للسلعة أو الخدمة المعروضة، وبهذا يكون الدفع الالكتروني متفقا مع خصوصية التجارة الالكترونية ومقتضيات السرعة فيها، فقد اتسع نطاق التجارة الالكترونية وتشعبت أنواعها ومجالاتها وهذا ما أدى بدوره إلى تعدد التشريعات الدولية المنظمة لها ومن ذلك مثلا ما أشار إليه التوجيه الأوروبي رقم 7 لسنة 1997 بشان حماية المستهلك في العقود عن بعد إلى أن من المعلومات التي يجب العلم بها لحظة الإيجاب وقبل إبرام العقد "الثمن"[2]، وما تضمنته معظم القوانين الحديثة كالقانون التونسي بشان أن المعلومات الالكترونية من النص صراحة على وجوب أن يوفر البائع للمستهلك بطريقة واضحة قبل إبرام العقد ..."سعر المنتج"[3]، وهو ما نجده ظاهرًا في كافة عقود المراكز التجارية النموذجية المنتشرة عبر الشبكة والتي نشير صراحة إلى وجوب تحديد الثمن بدقة عن عرض السلعة وقبل التعاقد[4]، وبالنسبة لنوع العملة فلا نرى مانع يحول دون إمكانية الوفاء بأي نوع من أنواع العملة التي يمكن التداول بها وإن كانت ليست عملة المشتري أو البائع طالما كانت محل اتفاق المتابعين، ويؤكد ذلك ما ذهبت بعض النصوص الواردة في القوانين المحلية"[5].

وترتب على ذلك نتيجة هي أن صناعة المعلومات أصبحت المجال الخصب لجذب الاستثمارات، حيث لعبت أنظمة وبرمجيات المعلومات دورا هاما في تطوير التجارة الالكترونية ووسائل تحقيقها، وبالتالي تضاءل دور

1- نضال سليم برهم، مرجع سابق، ص161.

2-Directive n.97/7/ce du parlement européen et, du conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de centra a distance. J o c e. juin 1997, N.L 144, p19.

3- يمكن الاطلاع على القانون من خلال الموقع الالكتروني التالي: www.tunisie.com/businessinf/te/html/reforme.htm/

4-LAMY.op.no2552 ; p1493, des référence la infinie entrât « ibm Europe contrat »@ www.lamy.gawv.fr

5- ومنها نص المادة 481 مدني أردني والمادة 174 مدني كويتي ولمادة 01 من قانون النقد المصري الجديد رقم 38 لسنة 1994، والمادة 84 من قانون الالتزامات السويسري وكذا المادة 1.1.8 من الشروط العامة للمركز التجاري infinie الفرنسي أنظر: حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص268.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

العقود والدفع التقليدي بشكل تدريجي ومطرد أمام ازدهار عمليات الدفع الالكتروني[1].من خلال شبكة اتصال لاسلكية موحدة عبر الحاسب "télématique".

ثانيا: خصائص الدفع الالكتروني: يرى البعض[2] أننا على مشارف مجتمع بلا أموال " sociéte sans argent" وهذه العبارة ترمز إلى انتقال المجتمع من التعامل بالمعاملات الورقية إلى التعامل بالنقود الالكترونية، إثر انتشار العقود التي تتم عن بعد من خلال وسائل الاتصال الحديثة، لذا ظهر الدفع الالكتروني الذي يتم عن بعد باستخدام أحد وسائل المعلوماتية المقترنة بتقنية الاتصال عن بعد[3]ويتميز الدفع الالكتروني بجملة من الخصائص جعلته يحتل مكانة رئيسية وأساسية في ميدان التجارة الالكترونية وذلك مراعاة لمقتضيات تطورها المستمر والسريع، وتتمثل هذه الخصائص في النقاط التالية:

1. يتسم الدفع الالكتروني بالطبيعة الدولية أي أنه وسيلة مقبولة من جميع الدول، حيث يتم استخدامه لتسوية الحساب في المعاملات الالكترونية التي تتم عبر فضاء الكتروني مفتوح بين المستخدمين من كل أنحاء العالم[4].

2. الدفع الالكتروني يتم من خلال استخدام النقود الالكترونية وهي عبارة عن قيمة نقدية محملة على بطاقة أو كارت به ذاكرة رقمية أو الذاكرة الرئيسية للمؤسسة التي تهيمن على إدارة عملية التبادل.

3. يستخدم الدفع الالكتروني لتسوية المعاملات الالكترونية أو العقود التي يتم إبرامها عن بعد عبر شبكة الإنترنت ما بين أطراف متباعدين في المكان حيث يتم الدفع عبر شبكة الإنترنت من خلال تبادل المعلومات اللازمة لإعطاء أمر الدفع وفقا لمعطيات الكترونية تفرضها الشبكة تسمح بالاتصال المباشر ما بين طرفي العقد.

4. يتم الدفع الالكتروني بأحد الأسلوبين:

– من خلال نقود مخصصة سلفا لهذا الغرض، ومن ثم فإن الدفع لا يتم إلا بعد الخصم من النقود، ولا يمكن تسوية معاملات أخرى عليها بغير هذه الطريقة ويشبه ذلك العقود التي يكون الثمن فيها مدفوعا مقدما.

– من خلال الكروت البنكية العادية، حيث لا توجد مبالغ مخصصة مسبقا لهذا الغرض، بل إن المبالغ التي يتم السحب عليها بهذا الكارت قابلة للسحب عليها بوسائل أخرى كالشيك لتسوية أي معاملات مالية.

5. يلزم تواجد نظام مصرفي معد لإتمام ذلك، أي توافر أجهزة تتولى إدارة هذه العمليات التي تتم عن بعد لتسهيل تعامل الأطراف وتوفير الثقة فيما بينهم، وتتولى البنوك بصفة أساسية، عبء القيام بهذه المهمة، بالإضافة إلى منشآت أخرى يتم إنشاؤها خصيصا لهذا الغرض[5].

6. يتم الدفع الالكتروني من خلال نوعين من الشبكات:

1– محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، مرجع سابق، ص119.

2- SEDALLIIAN(v) : droit de l'Internet, collection Audi, 1996.p219.

3- ITEANU(o) internent et le droit, aperts juridique du commerce électronique, édition E Y R OLLES , 1996, p226.

4– محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية نفس المرجع ، ص 102، فاروق الأباصيري، مرجع سابق، ص99.

5– محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص103.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

شبكة خاصة يقتصر الاتصال بها على أطراف التعاقد، ويفترض ذلك وجود معاملات وعلاقات تجارية ومالية مسبقة بينهم، ويتطلب هذا النوع من الشبكات عدم قصر إدارة الدفع الالكتروني على البنوك وإنما يعهد بذلك إلى بعض المؤسسات الخاصة الأخرى العاملة في هذا المجال[1].

– شبكة عامة، حيث يتم من خلالها التعامل بين العديد من المستخدمين لا توجد بينهم قبل ذلك أية روابط، كما يمكن للجهات المختلفة سواء كانت عامة أم خاصة أن تتولى إدارة إجراءات الدفع الالكتروني حيث لا يقتصر الأمر هنا على جهة معينة.

7. إن الدفع الإلكتروني يكون مصحوبًا بوسائل إما فنية من شأنها أن تحدد المدين الذي يقوم بالدفع والدائن الذي يستفيد منه، فالدفع الالكتروني يتم من خلال فضاء معلوماتي مفتوح، ولذا فإن فرضية السطور على أرقام بطاقات الدفع أثناء عملية السداد تكون قائمة [2]، بل وأن فرصة حدوثها كبيرة نسبيا، وعليه فإن عملية الدفع غالبا ما تتم بطريقة مشفرة وذلك عن طريق استخدام برنامج معد لهذا الغرض بحيث لا يظهر الرقم البنكي على الشبكة ، وإنه يتم إنشاء أرشيف خاص بالمبالغ التي تم السحب عليها باستخدام هذه الطريقة. [3]

يكون من السهل الرجوع إليه، ويقوم بهذه المهمة الجهة التي تقدم خدمة الدفع الالكتروني، وبذلك فإن الدفع الالكتروني يتميز بالفعالية الأكيدة باعتباره وسيلة من الوسائل التي تيسر التجارة الإلكترونية[4].

8. عدم الرجوع في الوفاء حيث أغلب وسائل الدفع لا تقبل الرجوع فيها، كما هو الدفع بواسطة الشيك أو النقود السائلة[5]، فإن هذه الخاصية تبدو أكثر ملائمة في المعاملات الالكترونية التي تتم في العالم الافتراضي.

ولقد تضمن القانون الفرنسي رقم 85–95، الصادر في11جويلية لسنة 1985 على أن "الأمر أو الالتزام بالدفع، والصادر بموجب بطاقة دفع، غير قابل للرجوع فيه"[6].

ويرد استثناءين على هذه القاعدة، الأول وهو حالة ما إذا تم التعامل فقط بالرقم الظاهر على بطاقة الوفاء حيث لا يعتبر ذلك أمرا حقيقيا بالدفع[7].والثاني جاء به التوجيه الأوروبي رقم 7/97 بشان حماية المستهلك في في مجال التعاقد عن بعد حيث نصت المادة 08 منه على أنه: "تحرص الدول الأعضاء على وجود إجراءات ملائمة للمستهلك، لإمكانية طلب الغاء دفع، في حالة الاستخدام غير المشروع لبطاقة الدفع الخاص به، في إطار العقود التي تتم عن بعد، والداخلة في نطاق هذا التوجيه"[8].

وفي غير هذين الاستثناءين السابقين يجب إعمال قاعدة عدم الرجوع في الوفاء الالكتروني، حيث يتحقق هذا الوفاء بإجراءات حقيقية موثقة، لذا يجب اعتباره أمرا بالدفع لا يمكن الرجوع فيه، فهو بمثابة أمر

1– فاروق الأباصيري، مرجع سابق، ص167.

2– فاروق الاباصيري، نفس المرجع، ص168.

3-VASSEUR(M) ,.le paiement électronique aspects juridiques.j.c.p.1985.p.3206. أشار إليه: محمد حسين منصور، نفس المرجع، ص105

4–فاروق الأباصيري، مرجع سابق، ص102.

5-SEDALIA (v) droit de l'internet, op.cit.p228.

6-Article 22 de la loi n° 85/695 de 11 juillet 1985, unifiant le, droit en matière de chèques « et relatif aux cartes de paiement », inséré par la loi h° 91/1382 du 30 décembre 1991, relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement, j.o.n° 1 DU 01/01/1992.P12.

7-HUETC(j) aspects juridiques du télépaiement, j.c.p.éd.g.1991, I3524, n° 5.

8-Article 8 de la directive n°97/7/ce du parlement européen et du conseil, du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, j.o.c.e.N° L144, p19.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

بالتحويل، يصبح نهائيا عندما توضع في خانة الدائن الخاصة بحساب المنتفع، وهو ما حرصت على تأكيده التوصية الأوروبية رقم 590/88 بشأن أنظمة الوفاء الصادرة في 1988/11/17. [1]

ثالثا: زمان ومكان الدفع الالكتروني: يتوقف تنفيذ التزام المشتري بدفع ثمن المبيع إلى البائع على معرفة الوقت الذي سيتحقق فيه دفع الثمن أولا، ثم مكان تنفيذ المشتري لهذا الالتزام ثانيا.

1. زمان الوفاء بالثمن: الأصل أن يدفع الثمن فورًا عند التعاقد وأن يتم دفعة واحدة في هذا الوقت وطبقا للقواعد العامة حيث نصت المادة 388[2]. من القانون المدني الجزائري على أنه: "باستثناء اشتراط أو عرف يقضي بخلاف ذلك، يكون ثمن المبيع مستحقا في الوقت الذي يقع فيه تسليم الشيء المبيع". يتضح من ذلك أنه لتحديد زمان الوفاء بالثمن يجب الرجوع أولاً إلى إرادة المتعاقدين، فقد يتفق على موعد معين للوفاء بالثمن ويستوي في ذلك أن يكون هذا الميعاد قبل التسليم وبعده، فإذا لم يوجد اتفاق على زمان الوفاء بالثمن فيرجع إلى العرف، فإن وجد عرف في هذا الصدد وجب إتباعه، فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف فالقاعدة أن يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع.

وبذلك يكون المشرع قد خرج على القواعد العامة التي تقضي بأن يكون الثمن مستحق الدفع فورا بمجرد البيع.[3] بحيث إذا كان هناك اتفاق على تأجيل التسليم دون الاتفاق على وقت الوفاء بالثمن لوجب دفع الثمن في الحال، لكن المشرع خرج على هذه القاعدة وربط بين التسليم ودفع الثمن حتى تنفذ الالتزامات المتقابلة في وقت واحد [4].

وعلى ذلك فإنه في الفرض البسيط عندما لا يكون هناك اتفاق على وقت التسليم أو وقت دفع الثمن كان كل من الالتزامين مستحق الأداء فورًا، أما إذا اتفقا على ميعاد معين لتسليم المبيع و لم يتفقا على موعد للوفاء بالثمن عندئذ يكون الثمن مستحقا في هذا الوقت أيضا، بمعنى للمشتري أن يمتنع عن دفع الثمن إلى أن يحصل على التسليم طبقا للقاعدة الواردة في المادة 388 من القانون المدني الجزائري وذلك على خلاف القواعد العامة، لكن إذا تم الاتفاق على موعد لدفع الثمن قبل التسليم، كأن يدفع فورا مثلا، فإنه يجب العامل بهذا الاتفاق فيدفع الثمن المتفق عليه أما تسليم المبيع فيسلم في الوقت الذي حدد له بعد ذلك، غير أن هذه القواعد ليست من النظام العام فيجوز للمتابعين أن يتفقا على خلاف ذلك، كأن يتفقا على تأجيل أو تقسيط الثمن أو تجزئته إلى قسمين معجل ومؤجل. وبالتطبيق على حالة البيع عبر الإنترنت نجد أن وقت الوفاء بالثمن يأتي عند التعاقد وقبل التسليم، بل أنه يعد الضمانة الوحيدة للبائع عبر الشبكة لينفذ التزامه إزاء المشتري بنفس مطمئنة،

1-Article (4.1d) de la recommandation européenne n°88/590/ CE du 17 novembre 1988, concernant les systèmes de paiement et en particulier les relations entre titulaires et émetteurs de cartes j.o.c.e n° L317 du 24/11/1998.p55 et.s.

2- وتقابلها المادة 457 مدني مصري والمادة 676 مدني تونسي والمادة 425 مدني سوري والمادة 446 مدني ليبي والمادة 574 مدني عراقي والمادة 387 موجبات وعقود لبناني.

3-المادة (346)مدني مصري وتقابلها المادة (334) مدني أردني والمادة 407 مدني لبناني والمادة 344 سوري والمادة 281 جزائري وتقابلها المادة 536 مدني عراقي.

4- نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص431.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

يستطيع البائع أن يدفع بعدم التنفيذ لحين أداء المشتري لالتزامه بدفع الثمن كوسيلة ضغط على المشتري لينفذ التزامه ونراها وسيلة فعالة لاستمرار العقد بدل فسخه[1].

بيد أن ذلك لا يعني أن دفع الثمن في البيع عبر الإنترنت يأتي دائما عند التعاقد قبل التسليم، فيجوز للمشتري حبس الثمن لحين الاستلام، كما يجوز له أن يجعل التزامه بدفع الثمن متزامنا مع الالتزام بالتسليم ويتصور ذلك بأن يطلب المشتري من البائع أن يقوم بشحن السلعة وإرسال إيصال الشحن لكي يقوم عندها المشتري بإيجاز الدفع أو إتمامه.

2. مكان دفع الثمن: نصت المادة 387 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يدفع ثمن البيع من مكان تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف بغير ذلك. فإذا لم يكن ثمن المبيع مستحقا وقت تسلم المبيع وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن للمشتري وقت استحقاقه الثمن". وتبعًا لذلك التفرقة بين حالتين، وهما:

أ. حالة انعدام اتفاق أو عرف بشأن مكان الوفاء: مثل ما هو عليه الشأن بالنسبة لمكان الوفاء بالثمن في حالة عدم وجود اتفاق أو عرف مخالف، أوجبت المادة 387 مدني جزائري[2]. أن يكون الوفاء بالثمن في المكان الذي يحصل فيه تسليم الشيء المبيع وهذا نظرا لارتباط الالتزام بتسليم المبيع بالالتزام بدفع الثمن فإن مكان الوفاء ليس موطن المدين لكن مكان التسليم، وهذه القاعدة نجدها في القانون المدني الفرنسي المادة 1651.[3]

وكذا في اتفاقية فيينا الدولية في المادة 57 والتي تنص على أنه: "يتم الوفاء بالثمن في مؤسسة البائع وإذا كان من الواجب الوفاء به مقابل تسليم البضائع، ففي مكان هذا التسليم" ذلك أن القواعد العامة تقتضي أن يكون الوفاء بالالتزام في موطن المدين طبقا للمادة 2/282 من القانون المدني الجزائري، بقولها: " أما في الالتزامات الأخرى، فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين، أثناء الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه مقر مؤسسته إذا كان الالتزام متعلقا بهذه المؤسسة".

لكن المشرع رجع إلى هذه القاعدة العامة طبقا للمادة 2/387 أعلاه إذا لم يكن الثمن مستحقا وقت التسليم، وهذا إما أن يكون الثمن مستحقا قبل تسليم المبيع بزمن معين أو أنه مؤجل بخلاف تسليم المبيع، فهنا ونظرا لكونه لا ارتباط بين الالتزامين من الناحية الزمنية، فإن الوفاء بالثمن يتم في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن، وهذا طبقا للقاعدة العامة المذكورة "الدين يطلب ولا يحمل".

ومكان الوفاء في غاية الأهمية، لأنه يحدد العملة واجبة الاستعمال، فإذا كان في الجزائر وجب الوفاء بالدينار الجزائري، وإذا اشترط في العقد أن يكون الوفاء بعملة أخرى، وهو ما لا يكون ممكنا إلا في البيوع الدولية، وجب تحويل العملة إلى الدينار حسب سعر الصرف المعمول به يوم الوفاء.

ب. حالة وجود اتفاق أو عرف بشان مكان الوفاء: إن القواعد المذكورة سابقا ليست من النظام العام، إذ يجوز الاتفاق على أن يكون الوفاء بالثمن ليس في مكان تسليم المبيع، حتى في حالة استحقاق الثمن وقت

1- عمر خالد الزريقات، مرجع سابق، ص309.

2- تقابلها نص المادة 456 مدني مصري والمادة 424 مدني سوري والمادة 45 مدني ليبي والمادة 573 مدني عراقي.

3- لحسين بن الشيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص504.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

تسليم المبيع، بل في موطن المشتري أو في مكان آخر يتفق عليه الطرفان، كما قد يجبر القانون الطرفين على الوفاء بالثمن في مكان معين، كما هو عليه الحال في البيوع العقارية، أين يتم الوفاء بالثمن عند الموثق المحرر للعقد، وطبقا لذلك نصت المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري على أنه: "...ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد".

أما بخصوص الدفع الالكتروني أو ما يعرف "الدفع عبر الخط"[1]. الذي يتم عن بعد عبر شبكة الإنترنت فإن مكان الاستلام هو مكان وجود البائع ما لم يتفق طرفي العقد على خلاف ذلك، حيث أن القانون الخاص بالدفع الالكتروني بين شروط الدفع وكيفية التعامل بالنقود الالكترونية[2]. التي أصبحت السمة الغالبة في التعاملات الالكترونية والمبادلات المالية الكترونيًا عبر العالم عن طريق نظام الدفع الالكتروني.

الفرع الثاني: أنواع الدفع الالكتروني: لقد تطورت تقنية المعلومات وازدهرت التجارة الالكترونية عبر شبكة الإنترنت فظهرت الحاجة إلى ابتكار وسائل جديدة في عملية الوفاء الالكتروني باستخدام وسائل الدفع الالكترونية المختلفة بحيث تتلاءم مع سرعة إنجاز المعاملات التجارية الالكترونية بكل ثقة واطمئنان[3]. فظهرت البطاقات المصرفية والنقود الالكترونية والبطاقات الذكية والشيكات الالكترونية، فضلا عن التوجه الحديث للدفع بواسطة الهاتف المحمول وغيرها من الأساليب التقنية الحديثة، والتي أصبحت تحل محل النقود الورقية والشيكات التقليدية، وبما أن وسائل الدفع الإلكترونية عديدة وسريعة التطور لذا سنعرض لأهم أنوعها ما يلي:

أولاً: التحويل الالكتروني: تتمثل هذه الطريقة في القيام بتحويل مبلغ معين من حساب المدين إلى حساب الدائن télé virement فالمشتري هنا ليست لديه وسيلة الدفع بواسطة البطاقة أو الكارت التي تتم من خلالها عملية الدفع الالكتروني بطريقة مباشرة عبر الشبكة، ويتولى العملية الجهة التي تقوم على إدارتها وهي غالبا البنك أو جهة خاصة أُنشأت لهذا الغرض[4].

ثانياً: البطاقات البنكية (النقود البلاستيكية): وهي عبارة عن بطاقات بلاستيكية ممغنطة تصدرها البنوك لعملائها للتعامل بها بدلا من حمل النقود[5]، وأشهر هذه البطاقات (visa carde) و (Master Carde) وبطاقة (Américaine Xpress). وقد ظهرت البطاقات الائتمانية لأول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية قبل الحرب العالمية الأولى، ثم انتقلت بعد ذلك إلى فرنسا في أواخر العشرينيات[6]. وهي بطاقات مستطيلة من البلاستيك تحمل اسم المؤسسة المصدرة لها وإشعارها وتوقيع حاملها وبشكل بارز على وجه الخصوص رقمها واسم

1- إن ما يقارب من 25 % من مستخدمي الإنترنت في فرنسا قد نفذوا في سنة 1998 عملية الشراء عبر الخط أي عن طريق الدفع عبر الخط أن نسبة 47 % منهم يفضلون طريقة الدفع بواسطة الشيكات، او 25% منهم يفضلون طريقة الدفع بواسطة الكارت البنكي (وهؤلاء كانوا يمثلون نسبة اقل في سنة 1997، حيث كانوا 15% فقط) وأن نسبة 25% يفضلون طريقة "المحفظة الالكترونية""la part monnaie électronique"

2- أميرة حسن الرفاعي، مرجع سابق، ص223

3- شيبب بن ناصر البوسعيدي، وسائل الدفع في التجارة الإلكترونية، دار البشير، الإمارات العربية المتحدة 2013، ص58.

4- فاروق الأباصيري، مرجع سابق، ص104.

5- إن هذه البطاقات من ابتكار البنوك والمؤسسات المالية ويتم تصنيعها من طرف شركات متخصصة لهذا الغرض وتقوم البنوك بتوثيقها لعملائها لارتباطها بالحسابات المصرفية، أنظر: فياض ملغي القضاة، مرجع سابق، ص2، وكذا محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص125.

6- محمد سامي الشوا، ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات، الطبعة الثانية دار النهضة العربية، القاهرة 1998، ص105.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

حاملها ورقم حسابه وتاريخ انتهاء صلاحيتها وبفضل هذه البطاقة يستطيع حاملها أن يحصل على ما يحتاجه من سلع وخدمات دون أن يضطر إلى الوفاء بثمنها فورا (نقدا أو بشيكات) وإنما يكتفي بتقديم بطاقته إلى التاجر الذي يدون بياناتها عادة باستخدام آلة طابعة الكترونية أو يدوية في فاتورة من عدة نسخ يوقعها العميل، ويرسل التاجر نسخة من هذه الفاتورة إلى الجهة المصدرة للبطاقة فتتولى (ضامنة الوفاء في حدود مبلغ معين) سداد قيمتها وتقوم الجهة المصدرة في نهاية كل شهر بصفة عام بسداد القيمة للتاجر وخصمها في نفس الوقت من الحساب الجاري للعميل لديها[1].

وبدأ استخدام بطاقات الوفاء لأول مرة لدى محطات البترين وبعد ذلك انتقلت إلى مجالات السفر والسياحة وهناك عدة أنواع من البطاقات لعل أهمها ما يلي:

1.بطاقات السحب الآلي (cash card)**:** يتم إصدار هذه البطاقات من جانب البنك للعميل رغبة في عدم وجود زحام على شباك الصراف، وكذلك لتمكين العميل من صرف المبلغ الذي يحتاجه خلال الفترة التي يكون البنك فيها مغلقا، فعن طريق إدخال هذه البطاقة في الصراف الآلي الخاص بالبنك وإدخال الرقم السري وهو يتكون في الغالب من أربعة أرقام عن طريق الضغط على لوحة المفاتيح الموجودة بجهاز الصرف الآلي (ATM)[2].يظهر على شاشة الجهاز عدة اختيارات للعميل بحيث يستطيع عن طريق الأرقام الموجودة بجهاز الصراف الآلي أن يحدد المبلغ المراد سحبه، ويحرر جهاز الصراف (فاتورة أو كشف حساب) بالأموال المسحوبة من قبل العميل مبينا مكان وتاريخ الائتمان وذلك لأن العميل سحب نقود من رصيده لدى البنك وتتم هذه العملية في أقل من ثلاثين ثانية[3].

2. بطاقات الدفع (DEBIT CARD)**:** تخول هذه البطاقة لحاملها سداد مقابل مشترياته من سلع أو خدمات، حيث يتم تحويل ذلك المقابل من حساب العميل (المشتري) إلى حساب التاجر (البائع) ويلاحظ ان هذه البطاقة تعتمد على وجود أرصدة فعلية للعميل لدى البنك، لذلك فهذا النوع من البطاقات لا يتضمن نوع من أنواع الائتمان، ومن أمثلة ذلك النوع من البطاقات بطاقة (la carte bleu) الفرنسية ويلاحظ أن الوفاء عن طريق هذه البطاقة قد يتم بطريقة يدوية وقد يتم بطريقة أوتوماتيكية.

1- جميل عبد الباقي الصغير، القانون الجنائي والتكنولوجية الحديثة، الكتاب الأول، الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر 1992، ص33.

2- جهاز السحب الآلي هو عبارة عن ماكينة مبرمجة تحفظ فيها النقود بطريقة معينة وتستخدم لسحب المبالغ المودعة في حساب العميل بواسطة البطاقات المصرفية، ولقد قام بابتكار فكرة هذا الجهاز رجل يدعي john boron shepherd والذي أراد حل مشكلة الحصول على أمواله المودعة في البنك أيام العطل الرسمية للمصارف، فيبادر بالفكرة للمدير العام للبنك Barclays والذي وافق عليها وتم تركيب أول جهاز للسحب الآلي للبنك في فرع شمال لندن وذلك في عام 1968 ومنذ ذلك التاريخ انتشرت تلك الأجهزة وتطورت بشكل كبير في مختلف أنحاء العالم، لمزيد من التفاصيل راجع ،احمد سفر، أنظمة الدفع الالكترونية، منشورات الحبي الحقوقية ، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 2008، ص141.

3- غنام محمد غنام، الحماية الجنائية لبطاقات الائتمان الممغنطة، بحث منشور عبر الدليل الالكتروني للقانون العربي، الموقع الالكتروني:www.arablawinfo.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

فبالنسبة للطريقة الأولى يتم الوفاء عن طريق تقديم العميل بطاقته للتاجر الذي يأخذ جميع بياناتها بالتفصيل ويدونها عنده، ويصدر التاجر الفاتورة بقيمة السلعة أو الخدمة من عدة نسخ يوقع عليها العميل، وترسل إحدى هذه النسخ للجهة مصدرة البطاقة وإحداهما يأخذها العميل والأخيرة يحتفظ بها التاجر لديه[1].

أما الطريقة الأوتوماتيكية فتتم عن طريق تقديم العميل بطاقته للتاجر فيمررها في جهاز خاص للتأكد من صحة بيانات البطاقة ووجود رصيد كافي ويتحصل التاجر في الغالب على هذا الجهاز من البنك المصدر للبطاقة.

3. بطاقة الشيكات (checks card)**:** تصدر البنوك هذا النوع من البطاقات لعملائها من حاملي الشيكات ويضمن البنك بمقتضى هذه البطاقات الوفاء (في حدود معينة) بقيمة الشيك الذي يصدره حاملها وعليه يتعين على حامل البطاقة عند سحب الشيك لأحد التجار إبراز البطاقة وتدوين رقمها على ظهر الشيك وعلى التاجر أن يتحقق من مطابقة البيانات على البطاقة مع البيانات المدونة على الشيك[2].

4. بطاقات الائتمان (credit card)**:** تعتبر بطاقة الائتمان من أكثر وسائل الدفع الالكتروني استعمالا عبر شبكة الإنترنت ، بالتالي فهي الوسيلة الأكثر تعرضا لخطورة الاعتداء أو القرصنة عبر الشبكة [3]. بموجب هذا النوع يمنح لحلمها تسهيلا ائتمانيا يمكنه من استعمالها بهدف الحصول على المبيع المطلوب، ويتولى البنك بعد ذلك السداد ثم يقوم ن الحامل بسداد ما دفعه البنك مع الفوائد خلال أجل متفق عليه.[4]

5.بطاقات الصرف البنكي:(charge card)**:** عبارة عن وسيلة دفع الكتروني تتم لدى البنوك الالكترونية ويطلق عليها بطاقات الصرف الآلي، غالبا ما تكون فترة الائتمان في هذا النوع من البطاقات فترة قصير حيث يتعين على العميل السداد أولا بأول خلال مدة الائتمان أو السحب[5]،ويطلق عليها أيضا بطاقة الصرف الشهري، لأن فترة الائتمان لا تتجاوز شهر من تاريخ السحب.[6]

6.البطاقات الذكية: :(smart card): عبارة عن رقيقة الكترونية فائقة القدرة على تخزين جميع البيانات بعميلها وهي بذلك تعتبر حاسبا متنقلا يؤمن حماية كبيرة ضد التزوير وسوء الاستخدام، حيث تتيح أجهزة قراءة البطاقات التي توضع في المواقع التجارية التدقيق في تفاصيل الحسابات المالية لصاحبها[7]،وتتميز هذه البطاقة

1- محمد أمين الرومي، مرجع سابق، ص132.

2- جميل عبد الباقي الصغير، القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة- الكتاب الأول، الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي الطبعة الأولى، دار النهضة بالقاهرة 1992، ص35.

3- أنظر الموقع الالكتروني التالي : http://www.islamicfi.com/arabic/foundation/productions.asp ?id.5841

4- لمزيد حول الجوانب القانونية للدفع بموجب بطاقات الائتمان أنظر القضاة فياض، "التزامات الناتجة عن استخدام بطاقات الائتمان مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون العدد الثاني المجلد 26 لعام 1999، ص395.

5- بشار محمود دودين، مرجع سابق، ص205.

6- محمد أمين الرومي، التعاقد الالكتروني عبر الإنترنت، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2004، ص133.

7- بشار محمود دودين، نفس المرجع، ص205.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

بحما قادرة على تخزين المدخل البيولوجي فهي تعد مثل بطاقة تحقيق الشخصية التي تصدرها مصلحة الأحوال المدنية[1].

7.بطاقات المون دكس (mondex card): هي بطاقات ذكية تتسم بمرونة كبيرة في الاستخدام حيث تجمع ما بين مميزات النقود الورقية التقليدية وبطاقات الدفع الالكتروني الحديثة، حيث يمكن استخدامها كبطاقة ائتمان أو كبطاقة خصم فوري وذلك طبقا لرغبة العميل، عمليات الدفع بهذا النوع من البطاقات تتم دون اللجوء إلى البنك حيث يمكن إجراء التحويل من رصيد البطاقة إلى رصيد بطاقة أخرى والسحب من رصيد الحساب الجاري للعميل إلى رصيد البطاقة من خلال آلات الصرف الذاتي أو الهاتف[2].

ثالثا: الوسائط الإلكترونية المصرفية: إن تطور الأساليب التكنولوجية الحديثة باستمرار وتبعا لذلك فإن النقود أيضا في تطور مستمر حيث أنها ظهرت بصورة وسائل الكترونية يتم تداولها من خلال عدة أشكال أهمها: [3].
[3].

1.الهاتف المصرفي (phone bonk)**:** هو نوع من الخدمات المصرفية التي تقدم للعملاء على مدار 24 سا طوال اليوم بدون انقطاع يستطيع العميل فيها أن يطلب من البنك تحويل مبلغ من المال مقابل السلعة أو الخدمات التي اشتراها عبر الإنترنت إلى البائع، يتم ذلك بعد التأكد من شخصية العميل عن طريق إدخال الرقم السري الخاص بالعميل(pin number) والمعطى له من قبل البنك والتعرف على رقم هاتف العميل وأنه يجري الاتصال من هاتفه المعروف أرقامه لدى البنك من قبل كما يستطيع العميل الكشف عن حسابه أو السحب من رصيده أو الإضافة إليه ويقوم المصرف بالرد على العميل بعد التأكد من هويته، عن طريق إرسال رسالة مكتوبة أو صوتية تحمل الرد على طلبه، وإذا لم يتأكد المصرف من هوية العميل ، كما لو ادخل رقما سريا خاطئا مثلا، فإن المصرف يرد عليه، عن طريق رسالة تقول مثلا: نأسف هذا الرقم غير صحيح (sorry unvalid pin).
وتعتبر طريقة استخدام الرسائل (sms) للدفع عبر الهاتف المحمول، طريقة سهلة وسريعة وقليلة الكلفة، ومتوفرة لجميع حاملي الهواتف المحمولة، إذ أنها لا تحتاج إلى بروتوكول معين من أجل إمكانية الدخول إلى الشبكة، لذلك فمن المتوقع سرعة انتشار هذه الطريقة.

كما يستخدم الهاتف المحمول كوسيلة للدخول إلى شبكة الإنترنت (wap)، كما يستطيع العميل شراء السلعة أو الخدمة وإضافة حسابها على فاتورة هاتفه المحمول، والتي تتولى شركة الاتصالات التي تتعامل معها العميل بدفع مقابل السلعة أو الخدمة التي اشتراها من البائعين بدلا منه ثم تقوم الشركة بإضافة المبلغ المدفوع مقابل السلعة على فاتورة المكالمات الخاصة بالعميل.

2.خدمات المقاصة الالكترونية المصرفية: حل هذا النظام مكان أوامر الدفع المصرفية، وظهر نظام التسوية الإجمالية بالقوت الحقيقي، الذي يتم في خدمات مقاصة الدفع الالكترونية للتسوية الالكترونية في المدفوعات

1- محمد أمين الرومي، نفس المرجع، ص141.
2- بشار محمود دودين، نفس المرجع ، ص205.
3- محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2009، ص 107.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
بين المصارف، وذلك ضمن نظام المدفوعات الالكترونية للمقاصة، وهو ينطوي على عنصر اليقين حيث تتم المدفوعات في نفس اليوم بدون إلغاء أو تأخير وبنفس قيمة اليوم.

3.الإنترنت المصرفي: أتاح انتشار استخدامات الإنترنت للبنوك التعامل مع العملاء من خلال خدمات المصرف المترلي حيث يتم إنشاء مقار لها على الإنترنت بدلا من المقر العقاري، من ثم يسهل على العميل التعامل مع البنك عبر الإنترنت وهو في مترله، ويمكنه محاورة موظف البنك على شاشة الكمبيوتر ويتم إجراء كافة العمليات المصرفية.

رابعا: الوسائط الالكترونية الجديدة: إن الخشية من القرصنة التي تطول الأرقام السرية لبطاقات الائتمان والتي يتم بموجبها الدفع، أدى إلى البحث عن وسيلة آمنة والتي تتمثل في الدفع الالكتروني عبر الاستعانة بوسيط الكتروني، وفي ذلك يتولى الوسيط إجراءات الدفع بين البائع والمشتري في شبكة الإنترنت حيث يقوم بالتوسط بين بنك التاجر من جهة، وبنك الزبون من جهة أخرى، ويمكن الاستعانة بوسيط لإتمام عملية الدفع أيا كان نوعها سواء أكانت بالنقود الالكترونية أم باستخدام بطاقات الائتمان. ويتم الدفع بهذه الطريقة وفق عدة أنظمة ومن أهمها نظام القابض الأولfirst virtual holding [1].القابضincorporated وشيك النتcheque net.

1.**نظام الهوية الكونية** (globe id)[2]**:** وتتم عملية الدفع وفق نظام الهوية الكونية والذي يعتمده الوسيط (Klein) على النحو الآتي:

*يدفع الزبون بواسطة نظام (GLOBEID) باستخدام الرمز السري الذي يمنحه الوسيط (Klein).

*يرسل التاجر قسيمة الكترونية إلى الوسيط لكي يقوم بتثبيت عملية الدفع.

*يرسل الوسيط (Klein) نسخة إلى الزبون المعنوي للمصادقة عليها.

*يصدر الوسيط (Klein) قسيمة من الصندوق تؤكد عملية الدفع بحيث يقوم بإرسالها إلى التاجر.

أما عملية الدفع وفق النظام الافتراضي الأول، تتم على النحو التالي:

*يدفع المستخدم للتاجر باستخدام الرمز السري الذي يمنحه إياه الوسيط (first Virtual).

*يوجه التاجر إلى الوسيط رسالة يطلب فيها تثبيت عملية الدفع.

*عندما يصادق الزبون ويبعث بهذه المصادقة إلى الوسيط يقوم الوسيط بتحويل قيمة العملية إلى البنك الذي يتعامل معه التاجر لتتم بذلك عملية الدفع.

2.القابض (incorporated)**:** عبارة عن وسيط بين المتعاملين يتلقى طلبات وبيانات كل منهما ويتحقق منها عن طريق موقعه على الشبكة ويتولى مباشرة عملية عرض الخدمة والتسليم والوفاء نظير عملية معينة[3].

3.الشيكات الالكترونية :(électronique-chèques) سعيا وراء التطور قد لجأت العديد من الدول إلى إصدار شبكات إلكترونية وكان ذلك لأول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية[1]، تحت تسمية (E-check) [2] التي هي

1- أنظر الموقع الالكتروني التالي: http://www.fv.com

2- أنظر الموقع الإلكتروني التالي: http://www.kleine.fr

3- محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية ن المرجع السابق، ص108.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

عبارة بيانات يرسلها المشتري إلى البائع عن طريق البريد الالكتروني المؤمن وتتضمن هذه البيانات ، البيانات التي يحتويها الشيك البنكي من تحديد مبلغ الشيك واسم المستفيد واسم من اصدر الشيك وتوقيع مصدر الشيك ويكون توقيع مصدر الشيك الالكتروني عن طريق رموز خاصة[3].

وتعتمد الشيكات الالكترونية على وجود وسيط بين المتعالين يطلق عليه اسم جهة التخليص أو ما يعرف بمصطلح (clearing House) ويتم استخدام الشيك الالكتروني في عملية الوفاء بأن يقوم كل من البائع والمشتري بفتح حساب لدى بنك محدد ويقوم المشتري بتحرير الشيك الالكتروني وتوقيعه الكترونيا وبمجرد توقيع الشيك يندمج التوقيع في الشيك ويصبح كل منهما جزء واحد لا يمكن لأحد من الأشخاص أن يفصل التوقيع عن الشيك، ويمكن أن يكون كل من الشيك والتوقيع مشفرين، بحيث لا يستطيع أحد من المتطفلين على الشبكة معرفة مضمون الشيك او التعرف على التوقيع، وممكن أن يكون مضمون الشيك معروف بحيث يمكن لأي شخص معرفة محتوياته ولكن يظل التوقيع مشفرا لا يمكن قراءته، بعد ذلك يقوم المشتري بإرسال الشيك إلى البائع (المستفيد) عن طريق البريد الالكتروني ثم يقوم البائع بعد ذلك بتوقيع الشيك الالكتروني عن طريق التوقيع الالكتروني الخاص به، باعتباره المستفيد من الشيك، ثم يرسل البائع الشيك إلى البنك الذي يقوم بمراجعة الشيك والتحقق من التوقيعات وتوافر الرصيد اللازم لإتمام عملية الشراء، وبعد التأكد من كل هذه الأمور يقوم البنك بإخطار كل من البائع والمشتري بأن العملية قد تمت، أي خصم الرصيد من المشتري وإضافته لحساب البائع.

خامسا: النقود الالكترونية: تعتبر النقود الالكترونية أحد أهم الوسائل المستخدمة في الدفع الالكتروني واختلفت مسمياتها فقد سميت بالنقود الرقمية، كما سميت بالنقود الرمزية وأيضا النقود القيمية إلا أنها تؤدي وظيفة واحدة هي الوفاء بالثمن.

عرفتها اللائحة الصادرة عن لجنة التنظيم المصرفي والمالي الفرنسي رقم 2002/13 في المادة الأولى بأنها: "عبارة عن وحدات ذات قيمة تسمى وحدات نقدية إلكترونية، وكل وحدة تشمل سند دين مدمج في أداة الكترونية وتحوز قبول الغير لها كأداة وفاء". بمقتضى المادة 311/3 من قانون النقد والمال يقوم المصدر بالحصول على ما يعادل قيمتها نقدا أو بقيمة أعلى كمقابل لها[4]. وعرفها البنك المركزي الأوروبي بأنها: "مخزون الكتروني لقيمة نقدية على وسيلة تقنية يستخدم بصورة شائعة للقيام بمدفوعات لمتعهدين غير من أصدرها، دون الحاجة لوجود حساب بنكي عند إجراء الصفقة وتستخدم كأداة محمولة مدفوعة مقدما"[5].

تتجسد النقود الالكترونية في صنفين نقود مجسدة في مخزون الكتروني ونقود ائتمانية.

1- لمزيد من التفاصيل راجع الموقع الالكتروني التالي: http://fstc.org/about/

2- لمزيد من التفاصيل راجع الموقع الالكتروني التالي: http://www.echek.org

3- محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص145.

4- فياض ملغي القضاة، الالتزامات الناشئة عن استخدام بطاقات الائتمان، مجلة القضاء والتشريع، العدد 7. جويلية 1999، ص ص 239-240.

5-European central bank (1998) , " report on. Electronic money " frank forth, Germany, august.p7.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

1.نقود المخزون الإلكتروني: يتم تخصيص مبالغ في حافظة نقود الكترونية (PME) فيتم التخزين على بطاقة لها ذاكرة غير قابلة للاستعمال بعد انتهاء المبالغ المحملة عليها وقد تكون هذه الحافظة افتراضية [1]. تستخدم في سداد المبالغ قليلة القيمة بشكل مباشرا وغير مباشر[2]. فهي بطاقة وفاء مصرفية مسبقة الدفع prépayée، حيث يتم تحميل مبلغ من المال عليها، يسمح بالوفاء بقيمة أكثر من عملية تجارية أو خدمة.

وتتكون هذه المحفظة من الناحية التقنية من بطاقة بلاستيكية مثبت عليها من الخلف Micro Processor مزود بذاكرة إلكترونية تسمح بتخزين معلومات ووحدات الكترونية تصلح للوفاء بالديون ضئيلة القيمة لدى التجار وعبر شبكة الإنترنت[3]، ويقوم العميل عند استخدام هذه البطاقة بتحميلها عددا من الوحدات الالكترونية، ويتم ذلك في ماكينات الصرف الآلي (ATM) وذلك بتخصيص مفتاح خاص بالشخص، ويتم بإدخال رقم سري خاص بحامل البطاقة كي تعرفه الشركات المصدرة (البنوك التجارية).

وهذه المحافظ تعتبر وسيلة جديدة للوفاء عبر الإنترنت، ويجب تشجيع المستهلكين للإقبال عليها[4]، لما توفره من الأمان القانوني الذي ينشده المتعاملون في مجال وسائل الدفع الالكترونية.

2.النقود الائتمانية الالكترونية(PMV)**:**"النقود الرقمية" وهي تمثل المفهوم الحقيقي للعملة الالكترونية لسببين:

الأول: تسمح هذه النقود بالوفاء مباشرة بالمقابل النقدي للعقد الالكتروني عن طريق الإنترنت دون تدخل وسيط، حيث تنتقل العملة مباشرة من المشتري إلى البائع دون تدخل البنك.

الثاني: تتمثل هذه النقود في سلسلة الأرقام التي تعبر عن قيم معينة تصدرها البنوك التقليدية أو الافتراضية لعملائها يتم الحصول عليها في صورة نبضات كهرومغناطيسية على smart card أو على CD-ROOM[5].

كخلاصة لدراسة النقود الالكترونية يمكننا القول أنه مثلما أفرزت التجارة الالكترونية أساليب تتماشى معها في الكتابة والتوقيع فإنها أفرزت طرقا جديدة للوفاء خاصة بها. ولكي تكون وسيلة الدفع مقبولة في التعامل يجب أن تتمتع بخصائص أساسية كأي وسيلة دفع أهمها: [6]

-أنها وسيلة دفع قانونية.

-أن لها خاصية الإجراء القانوني.

-أنها سهلة ومتوفرة في التعامل.

-أنها وسيلة مأمونة.

أما بخصوص موقف المشرع الجزائري من التعامل بهذه الطرق بالرغم من أنه عدل القانون التجاري وسمح بتداولها بالطرق الالكترونية دون أن ينص باتخاذها الشكل الالكتروني مما يعني أنه ليس هناك ما لا يحول قانونا

1- أسامة أبو حسن مجاهد، مرجع سابق، ص 100

2-SAVATIER (G) le part monnaie électronique et le parte mannaie virtual-ed puf-callection que sais-je ? mai 1997-p32.

3- نبيل محمد أحمد صبيح، حماية المستهلك في التعاملات الالكترونية، مجلة الحقوق مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد 2 السنة 32جوان2008 ص241

4- انظر الموقع الالكتروني التالي :www.digicash.com

5- محمد حسني منصور، مرجع سابق، ص 129.

6- فياض ملغي القضاة، الجوانب القانونية للتعاقد الالكتروني في التاجرة الالكترونية بحث مقدم بتاريخ 2009/4/25 المجلة الأردنية في القانون والعوم السياسية، المجلد الأول العدد الثالث أكتوبر 2009، ص100.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

في الجزائر من التعامل الالكتروني في السداد، خاصة وأننا نجد نصوصًا في قانون المالية لسنة 2006 يسمح بالتعامل مع الإدارة الجبائية بالطرق الالكترونية في السداد[1]. وبموجب القانون رقم 05-02 المؤرخ في 06 فيفري 2005[2]. أضاف فقرة ثالثة للمادة414 في وفاء السفتجة نص على أنه: "يمكن أن يتم التقديم أيضا بأية وسيلة تبادل الكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما". وهي نفس الفقرة التي تم إضافتها للمادة 502 بمناسبة تقديم الشيك للوفاء.

لكن يبقى الإطار القانوني للنقود الالكترونية منعدمًا مما يحتم النظر في المسالة خاصة وأن المادة 356 وما يليها من القانون المدني الجزائري ركزت على الأسس التي يتم بناء عليها تقدير الثمن و لم تبين طبيعته.

أما بخصوص التعامل بنظام البطاقات الالكترونية لم يتبنى المشرع الجزائري التعامل بصفة صريحة ضمن نصوص قانون النقد والقرض[3] يتم العمل بنظام البطاقات الالكترونية من خلال مرونة نص المادتين 66-69 وكذا عدم تناول أحكام هذه البطاقات بنصوص قانونية تطبق محليًا من خلال القانون التجاري[4] في المادة 543 543 مكرر 23.وذلك على غرار المشرع الفرنسي بما يفيد عدم مسايرة التشريعات الوطنية للمشاكل الناجمة عن التطور التكنولوجي وكذا افتقار المجتمع الجزائري إلى الوعي المصرفي ودوره في خدمة الاقتصاد[5].

وأخيرا بشأن جواز التراجع عن الدفع عبر الإنترنت، يفرق في ذلك بين الدفع بواسطة بطاقات الائتمان وبين الدفع بالوسائل المبتكرة. أما بالنسبة للدفع بواسطة بطاقات الائتمان عبر شبكة الإنترنت فإن البعض ذهب إلى عدم جواز نقض الدفع إذا حصل بالرقم الظاهر على البطاقة وحده، دون الرقم السري[6].بحجة عدم وجود وجود أمر فعلي بالدفع[7]،أما إذا استعمل الرقم الظاهر على البطاقة بالتزامن مع الرقم السري لحاملها فإن هذا لا يؤدي إلى تطبيق مبدأ جواز التراجع عن الدفع وذلك لأن الشكلين المطلوبين وهما إبراز الرقم الظاهر وإدخال الرقم السري في الجهاز المتخصص يعدان متحققين[8].

ونص القانون الفرنسي رقم 695/85، الصادر في11سبتمبر1985 على أن[9]: "الأمر والالتزام بالدفع، والصادر بموجب بطاقة دفع غير قابل للرجوع فيه".

وبشأن الدفع الالكتروني عن طريق النقود الالكترونية أو عن طريق وسيط أو من خلال محفظة النقود الالكترونية، وبما أن النقود الالكترونية تمثل نقودا عادية يتم تحويلها الكترونيا، فإن المبدأ العام يجيز نقض الدفع في عمليات التحويل وإمكانية التراجع عنها إذا لم تقيد قيمة التحويل في حساب التاجر، بمعنى أنها غير نهائية.

1-المادة 35 وما بعدها المعدلة للمواد 51 وما بعدها من قانون الإجراءات الجبائية الجريدة الرسمية عدد 85 لسنة 2005 المؤرخة في 2005/12/31.

2- المعدل والمتمم للأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري الجريدة الرسمية عدد 11.

3- قانون رقم10/90 الصادر في1990/04/16معدل بموجب أمر رقم11/03 مؤرخ في 2003/06/26، ج. ر، عدد52، الصادرة في، 2003/08/27

4- القانون رقم 02/05 المؤرخ في 06 فيفري 2005 السالف الذكر.

5- بن عمير أمينة، البطاقات الإلكترونية للدفع والقرض والسحب، رسالة ماجستير مقدمة في سنة 2005 جامعة قسنطينة.

6-SEDALIA (V) : droit de l'internet, collection aui, p228.1996.

7-HEUT (J) : aspects juridiques du télépaiement, j.c.p.éd.g.1991, I, 3524, n°5.

8- طوني ميشال عيسى، المرجع السابق ص320-323.

9-SEDALIA (V) droit de l'internet op.cit.p228.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

ولكن البنوك والهيئات المصرفية في اتفاقاتها مع العملاء تؤكد عدم جواز مبدأ رفض الدفع في التحويلات الالكترونية بحجة أن عملية الدفع الالكترونية عملية لحظية لا يمكن التراجع عنها، لكن قوانين الاستهلاك أعطت المستهلك رخصة للتراجع عن إبرام الصفقة في مدة معينة ويستتبع ذلك التراجع عن كل العمليات التي بنيت عليها ومنها عملية الدفع[1]. ولكن في هذه المرة فإن التراجع عن الدفع إنما جاء للتراجع عن إبرام الصفقة الصفقة وليس إعمالاً لمبدأ نقض الدفع بصفة مستقلة ولا تتوقف التزامات المشتري عند حد الوفاء بالثمن بل تتعداه إلى تسليم المبيع الذي تعاقد بشأنه وهو ما سنتناوله فيما يلي:

المطلب الثاني: التزام المشتري بتسلم المبيع

إن التسلم تصرف قانوني ومادي وسنتطرق من خلال هذا المطلب إلى تحديد مضمون الالتزام وكيفيته في الفرع الأول ثم بيان زامن ومكان التسلم فيما يلي:

الفرع الأول: مضمون الالتزام وكيفيته: يلتزم المشتري بتسلم المبيع الذي يقابل التزام البائع بتسليم المبيع ولقد نصت عليه المادة 394 من القانون المدني الجزائري بقولها[2]: "في غياب اتفاق أو عرف ينص على مكان وزمان وزمان تسلم المبيع، وجب على المشتري أن تسلم الشيء المبيع في المكان الذي يوجد فيه وقت البيع وأن يسحبه دون تأخير، باستثناء الوقت الضروري للقيام بالتسلم" يظهر أن واقعة التسلم تخضع لاتفاق الطرفين أولا ثم لأحكام التعامل ثانيا، ويرى البعض بأنه أصبح من المتعارف عليه في يومنا هذا بان يكون التسليم في مكان المشتري ولا سيما في حالات التعاقد عن بعد والتي منها الشراء عبر الإنترنت، فلا يعقل أن يشتري شخص ما إحدى السلع المعلن عنها عبر الشبكة ويذهب بنفسه لتسلمها من مكان تواجدها وإن كان فهو ليس الغالب الأعم.

والأصل أن التسلم يعني القبول ومطابقة الشيء للمواصفات، ويتأكد ذلك في حالة القبول الصريح بعد الفحص وإجراء التجارب السابقة، أما إذا كان المشتري غير متخصص بصدد المسالة الفنية موضوع التسلم حيث يحتاج الأمر إلى خبرة لا تتوافر لديه، هنا يجوز الرجوع، عند اكتشاف عدم المطابقة بعد التسلم، على المورد بالتعويض اللازم وإلزامه بالإصلاح على النحو الذي يجعل الشيء مطابقا للشروط المتفق عليها[3]. غير أن الاستلام لا يحتاج إلى إجراءات شكلية معينة، ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك.

ونظرا لأهمية عملية التسلم والقبول في المعاملات الالكترونية ولما يثيره من مشاكل خاصة، فإنه غالبا ما يتضمن العقد شرطا يوضح كيفية التسلم كالتوقيع على مستند يفيد القبول ما لم يقترن بتحفظات معينة، فقد يكون التسلم من خلال الشبكة أو البريد الإلكتروني أو الأقراص المرنة.

1- نصت المادة 8 من التوجيه الأوروبي رقم 7/97 المنعقد بتاريخ 20 ماي 1997 بشان حماية المستهلك في مجال التعاقد عن بعد على أن: "تحرص الدول الأعضاء الأعضاء على وجود إجراءات ملائمة للمستهلك ، لإمكانية طلب إلغاء دفع، في حالة الاستخدام غير المشروع لبطاقة الدفع الخاصة به، في إطار العقود التي تتم عن بعد والداخلة في نطاق هذا التوجيه".

2- وتقابلها نص المادة 463 مدني مصري.

3- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص222

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

ويمكن أن يكون الاستلام ضمني ويستخلص ذلك في حالة عدم اشتراط شكل معين، من الظروف المحيطة به، كدفع الثمن دون تحفظ، ومرور مدة دون اعتراض العميل، حيث يعد ذلك قبولا للشيء ومطابقته للاتفاق، وهو افتراض بسيط يسهل دحضه وإثبات عكسه، وهنا يلتزم المستلم بدفع المقابل المتفق عليه، وينتقل إليه عبء تحمل المخاطر، بعدما تطرقنا إلى مضمون التسلم وبيان كيفيته سنتناول مكان وزمان تسلم المبيع.

الفرع الثاني: زمان ومكان التسلم: بما أن الالتزام بالتسلم التزام مقابل لالتزام التسليم الذي يمكن العميل من الاستيلاء على المحل، فإنه يتم تسليم المحل في نفس المكان والزمان اللذين يتوجب إتمام عملية التسلم فيهما[1] لأن هذا الالتزام متساو من حيث كيفية التسلم والتسليم ومكانه وزمانه مما يجعل هذا الالتزام واحد[2] فيتوجب على الملتزم بعد الانتهاء من الإعداد الوفاء به ليتمكن الطرفان من إبراء ذمتهما كلٌ اتجاه الآخر.

وفي حال عدم تحديد وقت التسلم في العقد أو مكانه فيتم الرجوع إلى طبيعة محل التعاقد والبحث في الظروف المرفقة لإبرام العقد، من خلال تحديد المدة التي استقر عليها العرف في إعداد مثل هذا المحل[3].فإنه يتوجب عليه إعلام العميل بذلك للسعي إلى تمكين العميل من استلامه، وتهيئة الظروف المناسبة للبدء بعملية المطابقة ولقد نصت المادة 394 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر عل مكان التسلم وزمانه في حالة عدم الاتفاق أو انعدام العرف المنظم لهذه الحالة، فإن على المشتري للمبيع أن يتسلم المبيع في المكان الذي يوجد فيه وقت البيع[4]فإن كان المبيع موجودا في موطن البائع أو كان موجودا في مخزن أو مستودع فإنه على المشتري التنقل إليه، أما بخصوص زمان التسلم فهو زمان التسليم والتمتع به دون أي عائق والذي يتم فورًا وبمجرد نشوء الالتزام بالتسليم، وفي الحالات التي يؤجل فيها التسليم بالاتفاق أو بناءً على نص قانوني فزمان التسلم يؤجل تبعًا له[5]، وبخصوص نفقات التسلم وبالرجوع إلى التنظيمات الخاصة بالمعاملات الالكترونية وهو ما نص عليه قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي في الباب الخامس من الفصل 25 حيث أوجب على البائع أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة وقبل إبرام العقد...تكلفة تسليم المنتوج ومبلغ تأمينه والآداءات المستوجبة، وبالتالي فإن تكاليف الشحن والارسال تكون على عاتق المشتري، وغالباً ما يتضمنها ثمن السلعة وتكاليف إرسالها، أما الجزاء المترتب عن الإخلال بالتسلم فيتمثل في رفع دعوى الفسخ على المشتري ومطالبته بالتعويض، وبما أن عملية التسليم والاستلام يترتب عنها تحديد تبعة هلاك المبيع، فإن التشدد بالتزام المشتري بهذه الواقعة كالتزام عقد يأتي منسجماً مع مقتضيات حسن النية والتعامل في العقود المبرمة عن بعد التي يقابلها التشدد المقرر لحمايته كمستهلك ومنحه حقوقاً إضافيةً كحقه في إرجاع المبيع واسترداد الثمن.

مما سبق نجد أن التسلم ما هو إلا وجه آخر للتسليم من حيث المكان والزمان وكيفية الوفاء بهذه الالتزامات، لذا فإن تنفيذ التزام المشتري بالاستلام لم يتأثر كثيرا بالبيئة الرقمية التي أبرم من خلالها العقد

1- محمد فواز المطالة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة، الأردن 2011، ص107.

2- سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقد في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة 1998، ص 249.

3- محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، دار النهضة العربية، القاهرة 1992، ص153.

4- لحسين بن الشيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص535.

5- عباس العبودي: شرح أحكام العقود المسماة "البيع والإيجار"، مرجع سابق، ص193.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

الالكتروني، ونفضل دوما الاتفاق المسبق على مثل هذه المسائل بالاستناد على معايير مكانية مبينة في العقد لتفادي النزاعات المحتمل نشوؤها بخصوص المسألة.

وكخلاصة لما تناولناه في تنفيذ التزامات طرفي العقد الالكتروني يتبين تركيزنا على أهم عناصر التزامات طرفيه التي تأثرت بالبيئة الالكترونية التي تبرم من خلالها حتى وإن لم يكن التنفيذ عبرها، وأن وجه الخصوصية في تنفيذ التزامات البائع هو مسألة المطابقة الذي يثير الكثير من المشاكل في ظل عدم تمكن المشتري من فحص البضائع بالطرق التقليدية المعتادة، ووجدنا بأن الحل هو ما توصلت إليه اتفاقية فيينا من فصل الالتزام بالتسليم والالتزام بالمطابقة الذي يعد التزام مستقل له ذاتيته ومن شأنه أن يفرض على البائع تسليم بضاعة مطابقة لما هو منصوص عليه في العقد وخالية من كل عيب، أما بخصوص التخلف عن التسليم أو تأخره فتخضع للأنشطة التجارية التقليدية كما هو الشأن ايضا بالنسبة لمعايير الزمان والمكان، اما بخصوص جزاء اخلال البائع بالتزاماته يترتب عنه فسخ العقد مع التعويض كما يجوز للمشتري طلب التنفيذ العيني إن كان ذلك ممكنا[1].

أما وجه الخصوصية في التزامات المشتري هو الوفاء الالكتروني الذي يتم عبر فضاء معلوماتي مفتوح، مما يغري ضعاف النفوس بالدخول على سوق بطاقات الائتمان لتزويرها أو إساءة استخدامها في النصب على التجار والبنوك مما يقلل من الائتمان والثقة لدى المتعاملين مع نظام الدفع الالكتروني وإذا ما تم الحد من المخاطر التي تنتج عن نظام الدفع الالكتروني وتوافرت للعملاء سبل الحماية والأمان، فإنهم ولا شك سيعمدون تدريجياً إلى التعامل بوسائل هذا النظام على حساب النظام، أما بخصوص جزاء إخلال المشتري بالتزاماته فإن ذلك يخول للبائع عدة حقوق منها حبس المبيع طبقاً لقاعدة الدفع بعدم التنفيذ أو المطالبة بالتنفيذ العيني والحصول على حقه بالتنفيذ الجبري، كما يجوز له فسخ العقد إذا كان ممكناً أو طلب التعويض، بالإضافة إلى ما طرحته البيئة الالكترونية من إشكالية مهمة[2] وهي إثبات تنفيذ البائع لالتزامه من خلال الشبكة ووفاء المشتري بالثمن، وذلك بتداخل أكثر من وسيط عند التنفيذ عبر الشبكة وخاصة عند الوفاء بالثمن[3] ومدى انطباق القواعد القانونية المستقرة فقهاً وقضاء على هذا النوع من العقود وهو ما سنتناوله في الباب الثاني.

1- محمد حسين منصور، احكام البيع التقليدية والالكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر،2006،ص 258.

2- نادر عبد العزيز شافي، المصارف والنقود الالكترونية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، الطبعة الأولى، 2007، ص8

3- هالة جمال الدين محمد محمود، أحكام الإثبات في عقود التجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص30

الباب الثاني

إثبات العقد الإلكتروني

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

تمهيد:

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، يثير التساؤل حول التحديات التي تواجه اثبات العقود الالكترونية؟ وكيف يتم اثبات التصرفات القانونية عند نشوب نزاع بشأنها؟ وما مدى اعتبار ما يتم تدوينه على الوسائط الالكترونية من قبيل الكتابة المعتد بها في الإثبات ومدى حجيتها عند تمسك أحد الأطراف بها وماهي طرق الطعن في صحة المحررات الالكترونية. ماهي وما مدى امكان النظام القانوني للإثبات ان يستوعب هذه الانماط المستجدة من وسائل اثبات التعاقد؟ وسنجيب على هذه الاسئلة من خلال تقسيم هذا الباب الى ثلاثة فصول كما يلي:

الفصل الأول: الكتابة الالكترونية

الفصل الثاني: التوقيع الالكتروني

الفصل الثالث: التوثيق الالكتروني

الفصل الأول: الكتابة الإلكترونية

أصبح تطور تقنيات المعلومات ظاهرة لا يمكن إغفالها أو إهمالها على المستوى القانوني على نحو يستدعي ضرورة أن يواكب القانون هذا التقدم، قاد رجال القانون إلى إعادة التفكير في النظام المعمول به لإثبات التصرفات القانونية الذي يعتمد على مبدأ أولوية الكتابة الورقية والتوقيع الخطي.

إن المحرر الورقي الممهور بتوقيع يدوي يتميز بالقدرة على تجسيد رضاء الأطراف فإن الثورة الرقمية التي تخيم على مجتمع المعلومات ألقت بظلالها على الحبر والورق من هذه الزاوية أصبحت الكتابة طليقة من أية دعامة، الأمر الذي يشكل ثورة حقيقية بالمقارنة بالأحداث التاريخية التي أسهمت في صياغة نظام الإثبات التقليدي، وسنتناول الكتابة الالكترونية من خلال تقسيم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث كما يلي:

المبحث الأول: ماهية الكتابة الالكترونية وأهميتها

المبحث الثاني: الانتقال من الدعامة الورقية الى الدعامة الالكترونية

المبحث الثالث: حجية الكتابة الالكترونية في الاثبات

المبحث الأول: ماهية الكتابة الإلكترونية وأهميتها

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

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

لم يهتم القانون بصورة حقيقية ومباشرة بفكرة الكتابة في ذاتها، سواء على مستوى النصوص القانونية، الفقه أو القضاء واقتصر الأمر على محاولات فقهية لتعريف المصطلح. ففي القانون المدني الفرنسي تم اعتباره مماثلا للكتابة اليدوية الموضوعة على دعامة ورقية، وهو ذات النهج الذي سلكه المشرع الجزائري والمصري.

الفرع الأول: المقصود بالكتابة: لبيان المقصود باصطلاح الكتابة ينبغي التعرف على الدلالة اللغوية لهذا اللفظ ثم إلقاء الضوء على المحاولات الفقهية لتعريفه.

أولاً: المدلول اللغوي للكتابة: الكتابة في اللغة العربية من كَتَبَ بمعنى خَطَّه، يقال كتب الكتاب: أي عقد العقد، ويقال الكِتابُ: بمعنى صحف ضُمَّ بعضها إلى بعض[1]. بذلك تكون الكتابة ما يخطه الإنسان ليثبت بها أمرًا له أو عليه[2].

من جهة أخرى تعتبر التعريفات الواردة في القواميس والمعاجم الفرنسية أكثر استخداما وأهمية في شأن التحليل الجاري إجراؤه، ففي معجم Robert يعني لفظ كتابة L'écrit ما يكون مكتوبا على الورق بالإضافة إلى العمل الذهني المكتوب، بالإضافة إلى ذلك يرى المتخصصون في اللغة أن لفظ كتابة يختلف عن لفظ شفوي مع أنها يمكن أن ينشأ عنها آثار محددة يمكن أن تتخذ شكل حروف، كما لم يعد ذلك اللفظ يستند إلى الدعامة التي قد تتعرض للتغير عبر الزمان والمكان.

من هنا فيقصد بالكتابة بوجه عام مجموعة الرموز المرئية التي تعبر عن القول Langage أو عن فكر Pensée[3].

ثانياً: المحاولات الفقهية لتعريف الكتابة: سنتناول تعريف الكتابة في الفقه الغربي التي اتسمت محاولاته في هذا الشأن بالغزارة، ونتجه بعد ذلك صوب الفقه العربي لنرى مدى إسهاماته في إيجاد وتعريف الكتابة.

1. تعريف الكتابة في الفقه الفرنسي: يتجه الفقه بوجه عام نحو تفضيل الأخذ بنهج وظيفي للكتابة ويختلف ذلك النهج وفقا للعصر الذي ساد فيه، فحسب مفهومها لدى الفقه التقليدي فهي تحقق المحافظة على: أثر أو دلالة الوقائع أو التصرفات التي يراد تأكيدها، فالمسألة تتعلق بحروف مكتوبة Caractère écrit[4].

أما مفهوم الكتابة لدى الفقهاء المتخصصين في قانون المعلوماتية فنلاحظ وجود تباين في وجهات النظر لدى هذا الفقه، فمن جانب يتحدث البعض عن اختفاء الكتابة، بينما يدافع آخرون عن استقلال الكتابة بالنسبة لدعامتها، ينتهي هذا الفقه إلى أنه: "لا يمكن تصور الكتابة من الناحية العملية أو من جهة الممارسة بدون الدعامة الورقية..." [5].

1- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الحديث، القاهرة، مادة كتب، ص562، المعجم الوجيز، ص526.

2- رضا متولي وهدان، الضرورة العملية للإثبات بصور المحررات طبقا لتقنيات الاتصال الحديثة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 2003، ص6.

3-Le Mini ROBERT, Langue français et noms propres, 1995, p230.

4- BONNIER (E), traité théorique et portique des preuves, 42 édition, tom Ii, 1996, p2.

5-LINANT (X), de belle fonds et. HOLLANDE (A), pratique du droit de l'informatique, délais, pari,1998. p288

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

ذهب جانب من الفقه إلى أنه من المعلوم جيدا أنه ينبغي من أجل الاعتداء بالمحرر في الإثبات أن ترتبط الكتابة بتوقيع صاحبها وتلبي بعض الخصائص المرتبطة بدورها في الإثبات كسهولة القراءة والثبات وعدم القابلية للتحريف[1].

2. تعريف الكتابة في الفقه المصري: لم تأخذ مسألة تعريف الكتابة ذات القدر من الأهمية لدى الفقه المصري على خلاف الفقه الفرنسي، حيث لا نجد تعريفا واضحا يحدد الكتابة بنوع الدعامة المادية التي يتم تدوينها عليها.

حيث نجد بعض الفقه المصري[2].يشير إلى الكتابة المعتبرة دليلا في الإثبات بوصفها الأوراق أو المحررات المكتوبة التي تستخدم كأداة للإثبات في قانون التوقيع المصري رقم 15 لسنة 2004 في المادة 1/أ على أنها: "كل حروف أو أرقام أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك".

3. تعريف الكتابة في الفقه الجزائري: رغم إقرار المشرع الجزائري للإثبات بالكتابة إلا أنه لم يقدم أي تعريف يذكر للكتابة يحدد معناها، كما لم يول اهتماما بتحديد دعامة الكتابة ويتضح من نصوص التقنين المدني الجزائري المتعلقة بالإثبات رقم 10/2005 المعدل والمتمم للقانون المدني، حيث نصت المادة 323 مكرر أنه: "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها"، كما ساوت المادة 323 مكرر بين الإثبات بالكتابة على الورق والإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني بشروط بقولها: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

4. تعريف الكتابة في قانون المعاملات التجارية الالكترونية لإمارة دبي: تنص المادة 9 من القانون رقم 2 لسنة 2002 على أنه: "إذا اشترط القانون أن يكون خطيا أي بيان أو مستند أو سجل أو معاملة أو بينة أو نص على ترتيب نتائج معينة في غياب ذلك فإن المستند أو السجل الالكتروني يستوفي هذا الشرط طالما تم الالتزام بأحكام المادة 1/7من نفس القانون[3].

5. تعريف الكتابة في قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الأردني: ينص هذا القانون رقم 58 لسنة 2001 وعملا بأحكام المادة 7 منه أنه: "يعتبر السجل الالكتروني والعقد الالكتروني والرسائل الالكترونية والتوقيع الالكتروني منتجا للآثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية (الكتابية) والتوقيع الخطي (الكتابي) بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامها لأطرافها أو صلاحيتها في الإثبات"[4].

6. تعريف الكتابة في قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي: ينص القانون رقم 83 لسنة 2000

1-I.DE LAMBERTERIE, l'écrit dans la société de l'information.p123.

2- توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، تنقيح عصام توفيق حسن فرج، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2003، ص79.

3- الياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الالكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص209

4- الياس ناصيف، نفس المرجع ، ص210.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

بمقتضاه يعتمد قانونا حفظ الوثيقة الكتابية بالشكل المرسلة به لتعد كوسيلة للإثبات..."[1].

الفرع الثاني: المفاهيم الأساسية المتعلقة بالدليل الكتابي: الدليل الكتابي وسيلة الإثبات الناشئة عن الكتابة والتي يتطلبها القانون لإثبات التصرفات القانونية وإذا كانت قواعد الدليل الكتابي قد تم التفكير فيها وصياغتها في السياق الورقي فإن نقلها للعامل الرقمي يدعو إلى تقييمها مع نظرة لأوجه الاختلاف.

أولاً: تنوع الأدلة الكتابية: يشير تعبير "الدليل الكتابي" لكل شكل للإثبات بالكتابة مع ذلك غالبا ما يقصد به المحررات الموقعة بخاصة المحررات الرسمية والمحررات العرفية، والمقصود بالأدلة الكاملة: تلك الوسائل التي نص عليها القانون وهي كافية بذاتها للتدليل على صحة الواقعة المدعى بها.

كل من المشرع الفرنسي، المشرع المصري والمشرع الجزائري وضع مبدأ التدرج بين أدلة الإثبات، منح بمقتضاه الكتابة حجية مطلقة في الإثبات وأعطاها مبدأ الأولوية على سائر الأدلة، في حين قيد أدلة الإثبات الأخرى "الشهادة، القرائن القضائية، المعاينة والخبرة". ومنحها قوة محدودة في الإثبات[2].

1.القالب الذي تصب فيه الكتابة وأنواعها: يتعين أن تأخذ الكتابة شكلا معينا يطلق عليه لفظ "محرر" سواء أفرغت على الورق أو أية دعامة أخرى تقليدية أو الكترونية لتقسم بدورها في مجال الإثبات إلى محررات رسمية ومحررات عرفية[3]. ولا تتساوى هذه المحررات من حيث قوتها في الإثبات فهي تتفاوت فيما بينها دون أن تبلغ حد الحجية المطلقة أما التفاوت بينها فهو في ثبوت الحجية لها وفي طريقة إثبات عكسها[4].

2.التنظيم التشريعي للأدلة الكتابية: نص المشرع الفرنسي على خمسة أنواع من الأدلة الكتابية هي[5]. المحرر الرسمي، المحرر العرفي، المحررات المسماة Tailles صور المحررات، السندات المؤيدة والتأييدية، أما المشرعين المصري والجزائري فقد قسما الأدلة الكتابية التي تصلح دليلا للإثبات إلى محررات رسمية ومحررات عرفية[6].

ثانياً: تمييز الدليل الكتابي عن التصرف القانوني الذي يتضمنه

1.الخلط بين التصرف القانوني وأداة إثباته: استعمل المشرع الفرنسي عند تناوله لأنواع المحررات لفظ Acte للدلالة على أداة الإثبات الكتابية والتي تستعمل أيضا للدلالة على التصرف القانوني ذاته الأمر الذي أدى إلى الخلط بين التصرف القانوني Negation وأداة إثباته Instrumental [7]. ولقد تسرب هذا اللبس إلى لغة القانون العربية فاستعمل لفظ "العقد" للدلالة على التصرف القانوني ثم استخدام نفس اللفظ للدلالة على أداة إثباته[8] لذا يجب التحرز من مثل هذا الخلط، فهناك فارق مهم بين العقد ووسيلة إثباته، فالعقد كيان قانوني قوامه

1- الياس ناصيف، مرجع سابق، ص211.

2- سليمان مرقس، الأدلة المطلقة، دار الكتب القانونية "شتات" المنشورات الحقوقية، الطبعة الخامسة 1991م، ص157.

3- سنتطرق إلى المحررات الرسمية والمحررات العرفية بشكل تفصيلي في المبحث الثالث.

4- سليمان مرقس، نفس المرجع ، ص163.

5- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الاثبات، آثار الالتزام، تنقيح المستشار احمد المراغي، منشأة المعارف، 2004، ص142.

6- ستعرض الدراسة لأحكام كل من تنوعي المحررات بالتفصيل في التشريعيين المصري والجزائري في المبحث الثالث.

7- تامر محمد سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد الالكتروني عبر الانترنت، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، 2009، ص180.

8- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الإثبات، نفس مرجع ، ص141.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

الإرادة وهو أمر معنوي في حين أن المحرر كوسيلة إثبات هو أمر مادي[1]. ما يترتب عليه استقلال كل منهما عن الآخر فبطلان المحرر لا يؤثر على صحة التصرف الذي يتضمنه والذي يمكن إثباته بأية وسيلة أخرى متى كان مستوفيا لأركانه وشروطه القانونية كما قد يكون العقد باطلا على الرغم من استيفاء المحرر الذي يثبته للاشتراطات التي يتطلبها القانون[2].

2.أداة الإثبات الكتابية: المحرر– الورقة– السند: تعبير "الدليل الكتابي "يستخدم للدلالة عليه تسميات مختلفة فالمشرع المصري يستعمل لفظ "السند" في القانون المدني الملغى ثم عدل عن ذلك وأطلق عليه لفظ "الورقة" بمقتضى القانون رقم 131 لسنة 1948 بإصدار القانون المدني[3]. والذي خصص الباب السادس منه للقواعد الخاصة بإثبات الالتزام (المواد من 389–417) وقد اثر المشرع المصري استعمال لفظ "الورقة" باعتباره أعم في المعنى من لفظ السند من حيث دلالته على نوعي الأدلة الكتابية المهيأة وغير المهيأة[4]. أما في قانون الإثبات الحالي رقم 25 لسنة 1968، فقد استبدل المشرع في تنظيمه للأدلة الكتابية على ما يكتب على الورق، بالإضافة إلى أن لفظ "المحرر" يعبر عن الدليل الكتابي سواء كان معدا للإثبات أما لا[5].

المطلب الثاني: خصائص الكتابة الالكترونية

أشارت الدراسة فيما سبق إلى أن الكتابة تعتبر إحدى المفاهيم الأساسية في العالم القانوني بصفة عامة وفي مجال الإثبات بصفة خاصة ولم يكن يوجد لها تعريف قانوني حتى عهد قريب، في إطار ما تقدم يجدر إلقاء بعض الضوء على خصائص الكتابة الالكترونية ومراحل إنشائها ما يسهم بشكل فعال في إدراك مدى الحاجة لتطوير مفهوم الكتابة على نحو يجعله يشمل الكتابة الالكترونية.

الفرع الأول: خصائص الكتابة الالكترونية ومراحل إنشائها: أدى ظهور تقنيات المعلومات إلى حدوث تأثيرات عميقة على شكل الكتابة وأصبحت تتميز بطابع لا مادي.

أولاً: خصائص الكتابة الالكترونية: إن أهم ما يميز الكتابة والمحررات الالكترونية أنها تدور في فلك شبكة الانترنت بذلك فإنها تستفيد من تقنيتها التكنولوجية العالية حيث تتحول المعلومات إلى شكل رقمي بواسطة شفرات حسابية تستخدم اللغة الثنائية وقد تكون هذه المعلومات موضع عدة عمليات.

1.الدعامة الالكترونية لا تؤدي إلى اختفاء الورق: إن التطور الالكتروني قد ينشأ عنه مجتمع بدون ورق لكن شيئا من هذا القبيل لم يحدث فما زال الورق يحظى بمكانته يرجع ذلك إلى طبيعة الدعامة الورقية التي تتميز بخصائص عديدة بخاصة ما يتعلق منها بقراءة الكتابة أو دوامها أو عدم قابليتها للتحريف بالإضافة إلى استقلال الدعامة الورقية على غرار المستند الالكتروني.

1– محمد شكري سرور، موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، 2003، ص50.

2– محمد بن عبد الوهاب حاج طالب، دور المحررات العرفية المعدة مقدما في الإثبات المدني، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس،1999، ص8 ص8

3– الوقائع المصرية، العدد 108 مكرر (أ) الصادر في 29 جويلية 1948.

4– مذكرة المشروع التمهيدي، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، ج3.مطبعة أحمد مخيمر، ص352.

5– محمد حسين منصور، قانون الإثبات، مبادئ الإثبات وطرقه، منشاة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص56.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

2. إمكانية تعديل وتغيير الكتابة الالكترونية: تتيح الكتابة الالكترونية إمكانية تعديل النصوص أو حتى محوها عن طريق الإمكانيات المتعددة لبرامج معالجة النصوص، وقد يشكل ذلك خطرا حقيقيا فيما يتعلق بالتحري عن المعنى أو عن الحقيقة التي يرغب المتعاقدون في التعبير عنها عن طريق الكتابة إلا أنه ينبغي التعامل مع تلك الأخطار على أنها نسبية، نظرا لأن الكتابة التقليدية لا تختلف عن الكتابة الالكترونية إلا من حيث الوسيلة المستخدمة في تحريرها أو الدعامة التي تسجل عليها[1].

ثانيًا: مراحل إنشاء الكتابة الالكترونية: تمر عملية إعداد الكتابة الالكترونية بعدة مراحل تتم عن طريق استخدام جهاز الحاسوب والتي من أهمها:

1.مرحلة تدوين الكتابة وحفظها: تضم هذه المرحلة ثلاث نشاطات فنية:

أ. إدخال البيانات: يتم ذلك بأن يقوم مستخدم الحاسوب بتغذيته بالبيانات المراد معالجتها عن طريق إدخال البيانات إلى ذاكرة الحاسوب باستعمال لوحة المفاتيح في صورة حروف، أرقام، علامات أو رموز[2].

ب. معالجة البيانات: تحتاج هذه العملية إلى برامج "معالجة الكلمات والنصوص" من أشهرها Microsoft Word الذي يوجد ضمن برامج المجموعة المكتبية Microsoft office فيقوم بإجراء بعض العمليات على البيانات المدخلة وفقا للتعليمات التي يتلقاها من المستخدم لتظهر على شاشة الحاسوب في صورة معلومات مقروءة[3].

ج. حفظ البيانات وتخزينها: تلي هذه المرحلة مرحلتا التدوين والمعالجة وتهدف إلى المحافظة على البيانات المدخلة لاسترجاعها عند الحاجة ويتم تخزينها وحفظها على أدوات تقنية معدة خصيصا لهذا الشأن مثلاً الأقراص المرنة والصلبة فضلاً عن تخزينها على مواقع الويب.

2.مرحلة إظهار الكتابة للاطلاع عليها: إظهار الكتابة يتم في صور وأشكال مختلفة تسمى المخرجات وهي وحدات ملحقة بالحاسوب والتي يمكن إيجازها على النحو التالي:

أ. شاشة الحاسوب: وحدة العرض المرئي لا تعد من قبيل الدعامة المعتد بها في الاثبات، لأن من أهم صفات الدعامة أن تؤدي إلى دوام الكتابة أو ثباتها فهي إذن تقتصر على العرض فقط.

ب. طباعة الكتابة على ورق: يرى بعض الفقه[4] أن هذه الصورة من إظهار الكتابة قد تدعو إلى اللبس والخلط فينظر إلى الكتابة المخرجة على الورق على أنها محرر ورقي تقليدي بينما الحقيقة الفنية فهي مختزنة في ذاكرة الحاسوب.

ج. مرحلة الإرسال والتبادل الالكتروني للكتابة: يتم الإرسال بين الحواسيب بواسطة شبكة الانترنت، فيكون على شكل صفحات الكترونية.

نلمس مما سبق لمراحل تكَوُّن الكتابة الالكترونية أنها لا تختلف في طبيعتها عن كونها مجرد كتابة تعبر عن

1- تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص225.

2- محمد المرسي زهرة، الحاسوب القانون، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، الطبعة الأولى، 1995، ص27.

3- محمد محمد أبو زيد، تحديث قانون الإثبات "مكانة المحررات الالكترونية بين الأدلة الكتابية، ص31.

4- محمد محمد أبو زيد، نفس المرجع، ص32.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

حر وإرادة المتعاقدين، إنما الجديد هي وسيلة إنشائها والدعامة التي تدون عليها المعلومات.

الفرع الثاني: ضرورة وجود تعريف محايد و"غير تحديدي" للكتابة: إن تعريف الكتابة بشكل قانوني على نحو يمنحها بعض الحياد ليس بالمسألة الميسورة إنما ينطوي على وضع العديد من الثوابت، لذا يفترض التعريف القانوني للكتابة أيضا فهم المسائل الهامة في مجتمع المعلومات خاصة نقل الكتابة ودوامها.

أولاً: الاستناد إلى مبدأ الحياد التقني: يعني الحياد التقني بوجه عام عدم التقيد باستخدام تكنولوجيا أو دعامة معينة نظرا لخاصية السرعة بالتالي ضرورة الأخذ بنهج مرن بما يتعلق بالتقنيات المستخدمة في الكتابة.

يقصد بالتعريف المحايد للكتابة وضع تعريف واسع لها على نحو يشمل الكتابة الورقية والكتابة الالكترونية لينطوي على عدم التمييز بين أنواع الكتابة على أساس الدعامة التي تقع عليها[1].

يعرف الأستاذ Vincent Guêtrais [2]. أنه: يمكن ضبط مفهوم الحياد التقني من زاويتين: الأولى أن هذا المفهوم يفترض بداية عدم البحث عن تفضيل لتقنية عن أخرى، من جانب آخر يعتقد أن المعالجة الآلية لمستند ما تستقل عن الدعامة المستخدمة ويجب أن تأول وتقيم قانونا بالإشارة لطبيعية محتواها ودون الإشارة المباشرة لدعامتها".

أخذت غالبية الدول التي اتجهت لتعديل تشريعاتها من اجل مسايرة التقدم التقني بمبدأ الحياد التقني، الذي يشبه إلى حد ما "مبدأ النظير الوظيفي"، وقد أخذ به كل من المشرع الفرنسي المصري و الجزائري[3].

ثانيًا: مسألة نقل الكتابة: يرى الأستاذ: David G. masse أن المحررات الرقمية تتسم بصفتين: مرونتها واستقلالها، فالمحرر الرقمي يعتبر مرنا نظرا لأنه يتكون من سلسلة من أرقام ثنائية مدونة على دعامة الكترونية" كذلك يعتبر المحرر الرقمي مستقلا نظرا لأنه يمكن فصله عن دعامته دون أن يفقد صفته الأولية بيد أن هذا الاتجاه غير مقبول، لأن نقل الكتابة الالكترونية لا يعتبر في حد ذاته فرصة للترخيص بتفوق الوثيقة المادية.

نخلص مما تقدم إلى أن التعريف القانوني للكتابة يلزم أيضا الأخذ في الحسبان الاعتبارات المتعلقة بنقل الكتابة بالإضافة للاعتبار الخاص بكونها محايدة تقنيا.

ثالثًا: مسألة دوام الكتابة: إن المشرع حينما يسعى لتعريف مفهوم الكتابة يجب أن يتذكر أهمية عدم التمييز بين الدعامات ما يؤدي بالاعتماد على مبدأ الحياد التقني بيد أنه ينبغي ألا يغفل المشرع خاصية الدوام الواجب توافرها في الدعامة حتى يمكن للكتابة أنه تدوم ما يدعو إلى اللجوء في العالم الرقمي إلى دعامات "دائمة" للكتابة بشكل يحفظ أثر للمعاملة التي جرت بين الأطراف عبر الشبكة[4].

أخيرا وكما أكد الأستاذ Marcel FONTAINE، أن إطلاق عبارة "دائمة" عل دعامة الكتابة لا تعني مطلقا أن تستمر الدعامة إلى الأبد، إنما يكفي أن تستمر فترة من الزمن تتفق وطبيعة المعلومات المدونة عليها، الأمر الذي

1- أحمد شرف الدين، عقود التجارة الالكترونية، تكوين العقد وإثباته، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ص311.

2- GAUTRAIS Vincent le contrat électronique au regarde de la loi concernant. Thémis.2002.p11.

3- تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابقن ص229.

1- DEMOULIN Mireille, la notion de" support durable " dans les contrats à distance : une contrefaçon de l'écrit ? Revue européenne de droit de la consommation, 2000, n°4, pp361-377.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

يعطي بعدا معقولا لدوام الدعامة يتوافق مع غايتها.

المطلب الثالث: أهمية الكتابة الالكترونية وشروطها

إن استلزام الكتابة من الناحية القانونية جاء لما تتميز به من تثبيت للمعلومات والأفكار على دعامة ما، لفترة طويلة جدا من الزمن لذا فهي تستلزم توفر عدة شروط كي تكتمل أهميتها.

الفرع الأول: أهمية الكتابة الالكترونية: جاءت الكتابة على رأس أدلة الإثبات لما تتميز به عن باقي الأدلة من الثبوت والاستقرار فلا تخضع للنسيان والتقادم فهي ثابتة بثبات الدعامة المثبتة عليها، بالتالي يؤدي ذلك إلى اعتبار الكتابة هي الأفضل والأسهل لإثبات الالتزام[1].

هذا ما جعل المشرع المصري يتوج الكتابة المرتبة الأولى في وسائل الإثبات فيما يتعلق بالتصرفات القانونية، أما باقي الوسائل من الشهادات والقرائن...فليس لها ذات القوة بل قوتها محدودة[2]. نظرًا لأهمية الكتابة فقد اشترطت بعض الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم على ضرورة أن يكون شرط التحكم مكتوبا سواء في عقد اتفاق أو غير ذلك[3].

تأكيدًا لأهمية الكتابة يلزم عدم قصرها كونها وسيلة وشكل معين أو على مادة معينة وذلك حتى تستوعب كل ما يستجد من وسائل تقنية حديثة، ذلك يتحقق بتغيير وتعديل بعض النصوص القانونية كي تستوعب الوسائل الحديثة المستمرة دون توقف، فإذا نظرنا إلى بعض النصوص نجد التلازم والترابط بين الورق والكتابة.

ذلك ما قام به المشرع الفرنسي من تعديل لبعض مواده كي تواكب التطور، من ذلك المادة 1316 من التقنين المدني الفرنسي حيث نصت على: "ينشأ الإثبات الخطي أو بالكتابة من تتابع أحرف أو أشكال أو أرقام أو أية إشارات أو رموز لها دلالة قابلة للإدراك، وذلك أيا كانت دعامته أو وسائل نقله".

الفرع الثاني: شروط الكتابة الالكترونية: اتفق الفقه على جملة من الشروط التي يجب أن تستجمعها الكتابة حتى يمكن الاعتداد بها قانونا بالتالي تأدية دورها في الإثبات وجملة الشروط هي كالآتي:

أولاً: أن تكون الكتابة مقروءة: يعني ذلك أن يكون المستند المتضمن الكتابة المراد جعلها دليلا ناطقا بما فيه، ليتسنى فهمه واستيعابه وإدراك محتواه[4]. وكذا أن يمكن إنسابه إلى صاحبه[5].

نجد هذا الشرط قد تضمنه القانون الجزائري في نص المادة 323 مكرر من التقنين المدني الجزائري التي نصت على أنه: ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم.." والمعنى المفهوم نرى القصد منه إمكانية قراءته لأنه لا فهم دون قراءة لأمر مكتوب.

ثانياً: شرط الاستمرارية الكتابة ودوامها: هذا الشرط يستدعي أن تستمر إمكانية قراءة الكتابة مدة من الزمن

1- مصطفى أحمد إبراهيم نصر، وسائل إثبات العقود الالكترونية، دراسة مقارنة، درا النهضة العربية، القاهرة 2010، ص17.

2- مصطفى أحمد إبراهيم نصر، نفس المرجع، ص18.

3- أحمد شرف الدين، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الالكترونية، د.ن، 2003،د.م.ن، ص93.

4- حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص20.

5- بشار طلال أحمد المومني، مشكلات التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، مصر 2003، ص20.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

حتى يتسنى الرجوع إليه كلما تعين ذلك، أيا كانت الدعامة المحفوظة عليها الكتابة[1].وهو ما أشارت إليه المادة (1/10/أ) من قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الالكترونية بصدد ذكرها للشروط الواجب توافرها في المستند الالكتروني بنصها: "الاطلاع على المعلومات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقا"، كما نصت المادة 6 من ذات القانون صراحة على هذا الشرط بأنه: "عندما يشترط القانون أن تكون المعلومة مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا".

وهما النصين اللذين تأثرت بهما العديد من القوانين الحديثة في مجال الإثبات القانوني منها المدني القانون الفرنسي المعدل في نص مادته (1/1316) التي اشترطت أن تكون الكتابة الالكترونية كالكتابة الورقية بشرط إمكانية تحديد الشخص الذي أصدرها أو أن يكون تدوين الكتابة وحفظها قد تم في ظروف ذات طبيعة تضمن تكاملها[2]. وهو نفس اتجاه المشرع الجزائري أيضا في تعديله الأخير للتقنين المدني في المادة 323 مكرر 1 بالنص: "...وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها" ويفهم من الإعداد والحفظ أن يكون ذلك لغرض الدوام والاستمرار.

ثالثًا: شرط الثبات أو عدم قابلية الكتابة للتعديل: يقصد به حفظ المستند الكتابي دون ادني تعديل أو تغيير من حذف، محو أو حشو، ليتسنى بعد ذلك الاعتداد بالمحرر المكتوب، إذ أن قدرة المحرر في الإثبات تتقرر بمدى سلامته من أي عيب قد يؤثر في شكله الخارجي[3]. وهو المعنى الذي أخذت به المادة (1/10/ب) من قانون اليونيسترال النموذجي بنصها على: "الاحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشأت أو أرسلت أو استلمت به أو بشكل يمكن إثبات أن يمثل بدقة المعلومات التي أنشأت أو أرسلت أو استلمت "،وهو شرط نجد غالبية التشريعات قد اشترطته بحيث أوجبت حفظ المحرر من أي تعديل أو عمل قد ينقص من قيمته القانونية كدليل في الإثبات، وهو ما نص عليه أيضا المشرع الجزائري في العبارة الأخيرة من المادة 323 مكرر 1 بالنص: "....في ظروف تضمن سلامتها".

مع توفر الشروط المتطلبة في الكتابة في صورتها التقليدية من إمكانية القراءة والاستمرارية والثبات وإمكانية الرجوع إليها عند الاقتضاء، وعدم قابليتها للتعديل إلا بترك أثر واضح يدل على ذلك التعديل والتي يمكن تحققها كلها في الكتابة مجال الإثبات.

لم يبق لنا أدنى شك في اعتبارها من الأدلة الكتابية للإثبات، وعليه فإن اختلاف الأداة المستخدمة والوسيط المستعمل لا يؤثران في قيمة الوثيقة الالكترونية في الإثبات.

المبحث الثاني: الانتقال من الدعامة الورقية إلى الدعامة الالكتروني

لا شك أن الانتقال من مرحلة التعامل الورقي إلى مرحلة التعامل الالكتروني في مجالات التجارة دون تهيئة

1-VERBIEST Thibault, la protection jurions du cuber consommateur, lité, paris, 2002, p80.

2- بشار طلال أحمد الموفي، مرجع سابقن، ص110.

3- سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر 2006، ص201.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

بيئة قانونية ملائمة للمعطيات التقنية في التبادل الالكتروني للبيانات من شأنه تهديد حقوق المتعاملين كما يقلل من فرص الاستفادة من التطور التقني في وسائل الاتصال.

على هذا الأساس فقد بذلت العديد من المحاولات من أجل معالجة وضع المحررات الالكترونية في ضوء قواعد الإثبات القائمة عن طريق تأويل هذه القواعد لكي تستوعب المحررات الالكترونية وحواملها في الإثبات.

المطلب الأول: تعديل القواعد التقليدية للدليل الكتابي

اتجه الفقه قبل صدور القانون الفرنسي الصادر في 13 مارس المتعلق بتطويع قانون الإثبات لتكنولوجيا المعلومات والتوقيع الالكتروني والقانون المصري رقم 15 لسنة 2004 بشأن تنظيم التوقيع الالكتروني إلى إمكانية الاعتداد بالكتابة الالكترونية في الإثبات في ظل قواعد الإثبات القائمة دون الحاجة لتعديل تشريعي لها.

الفرع الأول: محاولات الاعتداد بالمحرر الالكتروني في ظل قواعد الإثبات القائمة: أشارت الدراسة إلى أن عدم التوافق بين أحكام النظام القانوني في مصر، فرنسا والجزائر، القائم على صدارة الدعامة المادية بدعامات الكتابة من جهة والدعامة الالكترونية اللامادية من جهة أخرى، قد دفع الفقه والقضاء المعارض لتعديل قواعد الإثبات إلى محاولة تفسير هذه القواعد من أجل الاعتداد بالمحرر الالكتروني.

أولاً: استيعاب المحرر الالكتروني لفكرة الكتابة (فقها وقضاء)

1.المعوقات القانونية: إن نظام الإثبات بالكتابة يجعل من قبول المحرر الإلكتروني في الإثبات عملية حساسة[1]. أو بمعنى آخر يواجه الاعتراف بالمحرر الالكتروني كدليل كتابي في الإثبات صعوبات الاصطدام مع القيود المادية لنظام "الإثبات بالكتابة" وفقا لمفهومه التقليدي.

2.الإعتداد بالكتابة والمحررات الالكترونية: ذهب جانب من الفقه إلى محاولة تأويل القواعد والأحكام القانونية التقليدية المتعلقة بالدليل الكتابي على نحو يسمح بالاعتداد بالمحرر الإلكتروني كدليل كتابي، وتأتي نقطة البداية لدى أنصار هذا الاتجاه من القول بأنه لا يشترط شكلا معينا في الكتابة سواء بشأن المادة التي تكتب عليها أو التي تكتب بها.

يستند هذا الاتجاه إلى عدة حجج[2]. **الحجة الأولى:** جاءت من تحليل نصوص القانون، إذ أن القانون في تنظيمه للمحررات الرسمية لم يتطلب بشأنها سوى ثلاثة شروط[3]. تستند **الحجة الثانية** إلى نصوص بعض الاتفاقيات الدولية[4]. كاتفاقية نيويورك بشأن التقادم عام 1972 واتفاقية الأمم المتحدة لعقود البيع الدولي، للبضائع والموقعة في فيينا عام 1980، حيث يخلص هذا الاتجاه إلى عدم وجود ارتباط بين فكرة الكتابة ووجوب تدوينها على دعامة ورقية، الأمر الذي يسمح بالاعتداد بالكتابة أياً كان شكلها بصرف النظر عن الدعامة

1- تامر محمد سليمان الدميماطي، مرجع سابق، ص238.

2- حسام الدين كامل الأهواني، إثبات عقود التجارة الالكترونية، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون وتحديات المستقبل في العالم العربي، جامعة الكويت، كلية الحقوق ومركز البحوث العربية، 25-27 أكتوبر 1999، ص ص435-442.

3- لمزيد من التفاصيل راجع المادة 10 من قانون الإثبات المصري، يقابلها المادة 1317 من التقنين المدني الفرنسي يقابلها المادة 323 من القانون المدني الجزائري.

4- محمد إشارة خاصة لبعض قوانين البلدان العربية، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2002، ص28.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

المثبتة عليها.

3.قبول القضاء الفرنسي للمحررات غير الورقية: ذهب اتجاه قضائي جرئ لمحكمة النقض الفرنسية، قبل سريان القانون الجديد الصادر في 13 مارس 2000 إلى إمكانية قبول المحررات الالكترونية كأدلة كتابية كاملة في الإثبات، متى توافرت فيها ضمانات معينة فقد قضت الدائرة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر 7 ديسمبر 1997 بجواز إثبات قبول الحوالة عن طريق رسالة مرسلة بالفاكس[1].

كما ذهبت المحكمة إلى أبعد من ذلك تصدت لوضع تعريف حديث للدليل الكتابي مستقلا عن الدعامة الورقية يتفق ومقتضيات التجارة الالكترونية بقولها إن "الكتابة يمكن أن تتمثل على أية دعامة طالما أن سلامتها ونسبتها إلى مرسلها قد تحققت دون منازعة".

ثانياً: الاستعانة بمبدأ حرية الإثبات للاعتداد بالمحرر الالكتروني: رأينا أن من التشريعات من يأخذ بمبدأ حرية الإثبات في مجال الأعمال المادية والمواد التجارية والتصرفات المدنية، ومفاد مبدأ حرية الإثبات هو عدم تقييد المدعي في إثبات ما يدعيه بطريق معين من طرق الإثبات، إنما يكون له إثبات ما يدعيه بكافة الطرق بما في ذلك الشهود والقرائن القضائية[2].

1.التصرفات القانونية التجارية: إن مجال الأخذ بالمحرر الالكتروني في الإثبات من خلال مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية، ليس فقط مجال محدود النطاق، إنما أيضا ذو قوة محدودة ومؤدى ذلك أن محاولة اللجوء إلى مبدأ حرية الإثبات كمنفذ للاعتداد بالمحرر الالكتروني كدليل في الإثبات جاءت مخيبة للآمال المنعقدة على الوصول به إلى مرتبة الدليل الكتابي الكامل[3].

2.التصرفات القانونية المدنية التي لا تتجاوز نصاب الإثبات بالبينة: رأينا أن محاولة الاستعانة بمبدأ حرية الإثبات في نطاق المعاملات التجارية والتصرفات المدنية التي لا تتجاوز نصاب الإثبات بالبيّنة لم يحققا الهدف المأمول والمتمثل في قبول المحرر الالكتروني في الإثبات في مرتبة الدليل الكتابي الكامل[4]. لذا نرى أنه من الأوفق في هذا الصدد التدخل التشريعي للاعتراف للمحرر الالكتروني بهذه المكانة ومنحه حجية في الإثبات مساوية الحجية المحرر الورقي والقول بغير ذلك يؤدي إلى الوقوف حجر عثرة أمام ازدهار التعاملات الالكترونية.

ثالثاً: الاعتداد بالمحرر الالكتروني في ظل الاستثناءات الواردة على قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة: فضل المشروع الكتابة على البيّنة وجعل الإثبات بها واجبا في التصرفات التي تزيد قيمتها على قيمة محددة أو فيما يخالف أو يجاوز ما هو ثابت بالكتابة[5].أجاز المشرع إثبات هذه التصرفات بشهادة الشهود والقرائن في فروض استثنائية تتمثل في حالة توافر مبدأ الثبوت بالكتابة وحالة تعذر الحصول على دليل كتابي لمانع مادي أو أدبي

1- حسام الدين كامل الأهواني، إثبات التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص438.

2- يسين محمد يحي، القرائن القانونية، وحجيتها في الإثبات، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1990، ص41.

3- محمد محمد أبو زيد، مرجع سابق، ص 94.

4- تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص246.

5-سليمان مرقس، الأدلة المقيدة وما يجوز إثباته بها وما يجب إثباته بالكتابة، دار الكتب القانونية "شتات، المنشورات الحقوقية "صادر"، الطبعة4،1998، ص529.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
(المادة 63/أ إثبات المادة 1348 مدني فرنسي)، وأخيرا حالة فقد السند الكتابي بسبب أجنبي(المادة 63/ب إثبات المادة 1348 مدني فرنسي).

ذهب جانب من الفقه إلى إمكانية الاعتداد بالمحرر الالكتروني في ظل القواعد التقليدية للإثبات، عن طريق الاستعانة باستثناءات[1]. وفيما يلي سنعرض إثر هذه الاستثناءات على إمكانية الإثبات بالمحررات الالكترونية مع بيان الصعوبات التي قد تنشأ عن ذلك.

1.**مبدأ الثبوت بالكتابة:** تشير المادة 323 من قانون الإثبات مدني جزائري ويقابلها المادة 62 من قانون الإثبات المصري ويقابلها المادة 1347 من التقنين المدني الفرنسي إلى مبدأ الثبوت بالكتابة باعتباره أحد الاستثناءات الواردة على قاعدة الإثبات بالكتابة بنصها على أمه: "يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ الثبوت بالكتابة".

يقصد بمبدأ الثبوت بالكتابة: "كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن يجعل التصرف لمدعي قريب الاحتمال" (المادة 2/62 اثبات مصري، 2/1348 مدني فرنسي)، يتضح من ذلك أن وجود مبدأ الثبوت بالكتابة يرتبط بتوافر شروط ثلاثة: *أن تكون هناك كتابة ويلزم أن تكون بخط يد الخضم أو موقعه منه[2].*أن تكون هذه الكتابة صادرة من الخصم الذي يحتج عليه بها[3].*يشترط أن يكون من شأن هذه الكتابة أن تجعل التصرف المدعي به قريب الاحتمال، وهو أمر يخضع لسلطة القاضي التقديرية لكن يجب أن لا يقتصر الأمر على مجرد افتراض[4]. إذ ما توافرت الشروط السابقة في الكتابة فإن ما يترتب على وجود مبدأ الثبوت بالكتابة التي يتمسك بها الخصم جاز الترخيص له في الإثبات بالبينة أو القرائن حتى ولو كان الإثبات بالكتابة مشترطًا بنص لقانون أو باتفاق الأطراف، أو كان المطلوب إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه الدليل الكتابي[5]. الكتابي[5]. ومتى وجد مبدأ الثبوت بالكتابة وتعزز تكملة هذا المبدأ بالبينة أو القرائن فإنه يقوم مقام الدليل الكتابي الكامل في الإثبات.

2.قيام مانع من الحصول على الدليل الكتابي أو من تقديمه: المادة 323 من القانون المدني الجزائري تقابلها المادة 23 من قانون الإثبات المصري والمادة 1348 من التقنين المدني الفرنسي المعدلة بالقانون رقم 525-80 الصادر في 12 جويلية 1980[6]. يستفاد منها أنه توجد حالتان تشتركان من ناحية قيام المانع في كل منهما ولكن تتميز إحداهما عن الأخرى.

أ. المانع من الحصول على دليل كتابي: تأسيسًا على هذه الفكرة فإن للمدعى وفقا لهذه الاستحالة أن يثبت

3. CHAMOUN(F), la loi du 12 juillet 1980.une ouverture sur de nouveaux moyens de preuve, op, n°11 et s.

2- سليمان مرقس، الأدلة المقيدة، مرجع سابق، ص531.

3- وهو ما أشارت إليه الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري الحالي، المجلد الثالث، ص407.

4- سهير منتصر، مبدأ الثبوت بالكتابة في القوانين المصري والفرنسي، بدون دار نشر، 1981، ص15.

5- عبد العزيز المرسي حمود، مدى حجية المحرر الالكتروني في الإثبات في المسائل المدنية في ضوء قواعد الاثبات النافذة مرجع سابق،ص75.

6-loi n080-525 du juillet 1980 relative à la preuve des actes juridiques,j.o.13 juillet.1980, p1755.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

المتعاقد بكافة الرق، من بينها القرينة المستمدة على وجود المحرر الالكتروني على الوسائط المغنطة أو النسخة المستخرجة منها بواسطة الطابعة[1]. فهنا بصدد التحدث عن المانع المادي، أما المانع الأدبي فيرجع إلى الظروف التي يمر فيها التعاقد أو الصلات التي تربط المتعاقدين وقت إبرام التعاقد شريطة أن يكون من شأن هذه الصلة أو الظروف إيجاد حرج أدبي يحول بين الشخص وطلب دليل كتابي لإثباته، وهنا الاستحالة معنوية تتمثل فيما يقتضيه عرف التعامل الجاري العمل به على شبكة الانترنت من إبرام العقود على دعامات الكترونية دون أن يدون مضمونها في أوراق مكتوبة، في حين لا يوجد في أغلب الأحيان أي حرج أدبي أو علاقة شخصية بين المتعاقدين عبر الانترنت يحول دون الحصول على سند كتابي بوجود ومضمون التعاقد[2].

ب. المانع من تقديم الدليل الكتابي المفقود بسبب أجنبي: أجازت المادة 63/ب من قانون الإثبات المصري والمادة 1348 من التقنين المدني الفرنسي (المعدلة بالقانون رقم 525 لسنة 1980) للدائن الذي فقد سنده الكتابي بسبب اجنبي لابد له فيه الإثبات بشهادة الشهود على توافر شرطين أولهما: سبق وجود دليل كتابي على وجود ومضمون التصرف الذي يراد إثباته والثاني: وجود سبب أجنبي خارج عن إرادة الدائن أدى إلى فقد هذا الدليل الكتابي، مثل القاهرة أو حالة الضرورة... وفي كل الأحوال لا يقبل تمسك الدائن بأي سبب يرجع إلى فعله ولو كان مجرد إهمال أو تراخ[3].

صفوة القول لدينا أن اللجوء إلى نظام الاستثناءات على مبدأ الإثبات بالكتابة كوسيلة للاعتراف للمحرر الالكتروني بحجيته في الإثبات لم يعد أمرا مقبولا في ظل الانتشار المتنامي للمعاملات الالكترونية التي تتم عبر شبكة الانترنت، ولا يعدو اللجوء إلى تلك الاستثناءات إلا تهربا من مواجهة واقع التعامل بالمحررات الالكترونية الأمر الذي لا يشكل أساسا سليما يتم بناء عليه الاعتراف والتكافؤ بين المحررات الالكترونية والمحررات الورقية من حيث قبولها وحجيتها في الإثبات[4].

الفرع الثاني: الحاجة إلى تعديل تشريعي لقواعد الإثبات القائمة: بات من الواضح الحاجة إلى تعديل تشريعي للقواعد التقليدية المنظمة لإثبات التصرفات القانونية من أجل وضع قواعد من شانها أن تكفل الاعتراف للكتابة الالكترونية والمحررات الالكترونية بحجية في الإثبات مساوية للكتابة والمحررات على دعامة ورقية.

أولاً: مبررات التعديل التشريعي القواعد الإثبات: باتت الحاجة ملحة إلى تعديل قانون الإثبات لمجاراة التطورات وبخاصة في ضوء زيادة حجم المبادلات والتعاملات الجارية على الشبكة.

1- محمد حسام محمود لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الالكترونية، دراسة في قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، القاهرة، 1994،ص55.

2- عبد العزيز المرسي حمود، نفس المرجع، ص83.

3- محمد شكري سرور، موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص153.

4- حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص67.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

1.الحاجة إلى الأمان القانوني على المستوى الوطني: إن ازدهار التجارة الالكترونية يتوقف على جريانها في وسط قانوني يكفل الأمن القانوني للمعاملات[1] ويحمي حقوق وحريات أطرافها ويحيط لمصالح المتعلقة بالنظام العام سواء الداخلي أو الدولي بسياج متين من الحرية.

على المستوى الفقهي كان الوضع متأرجحا بين المطالبة بتعديل قواعد الإثبات القائمة بشكل يستوعب المحررات الالكترونية بوصفها كتابيا كاملا مع وضع الضوابط الكفيلة بتحقيق ذلك وبين الأصوات المنادية بعدم جدوى التعديل التشريعي لقواعد الإثبات والاكتفاء بتفسير مرن للنصوص على نحو يحقق للمحررات الالكترونية حجية في الإثبات.

من جانب آخر لم يقف القضاء الفرنسي موقف المتفرج من استخدام التقنيات الحديثة في التعاملات الالكترونية بل تصدى مبكرا لبحث المسالة وقطع خطوات واسعة في سبيل المساواة بين المحرر الالكتروني والمحرر الورقي على نحو مهد للتعديل التشريعي لقواعد الإثبات من أجل استيعاب المحرر الالكتروني[2].

أ.الخلاف بشأن جدوى التدخل التشريعي لتعديل قواعد الإثبات: يثور التساؤل حول ضرورة فرض نصوص قانونية من أجل الاعتداد بالمحررات الالكترونية في الإثبات تعتمد بصورة عامة على نهج النظير الوظيفي، في هذا الخصوص تباينت نظر الفقه ما بين مؤيد ومعارض لهذا التعديل ولكل اتجاه مبرراته التي يدعم بها موقفه.

***الحجج الرافضة للتعديل التشريعي:** ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى عدم جدوى التعديل التشريعي لقواعد إثبات التصرفات القانونية المعمول بها، وحجج أنصار هذا الاتجاه أنه يمكن منح الثقة للقاضي لأجل تطوير النصوص الحالية وأن بعض الأحكام القضائية فسرت مفاهيم الكتابة والتوقيع بطريقة متطورة للغاية[3].

***الحجج المؤيدة للتعديلات التشريعية:** يعارض جانب كبير من الفقه الفرنسي، الجزائري والمصري هذا الاتجاه السابق ويرى ضرورة تعديل قواعد الإثبات القائمة للاعتداد بالمحرر الالكتروني في الإثبات وعدم ترك الأمر لسلطة القاضي التقديرية لأنها لم تعد قادرة في ظل هذا الواقع على أنها الحقيقة في كل الأحوال، ما ينعكس سلباً على الثقة في المعاملات الالكترونية، وقد وجه هذا الفقه النقد للحجج الرافضة للتعديل التشريعي من عدة وجوه فمن جهة، يرى أن الأحكام الصادرة في هذا الصدد تعد منفردة وغير كافية بشكل واضح لأحداث انقلاب في القضاء الحالي[4]. ومن جهة أخرى فإن انتظار فترة من الوقت (قد تطول) لإقامة الدليل أمام القضاء على وجود العقد الالكتروني ومضمونه يمكن أن يولد زيادة الشعور بعدم الأمان القانوني، مما يؤدي إلى إحجام الأفراد عن اللجوء إلى تلك الوسيلة في التعاقد.

ب.التطور القضائي الفرنسي في مجال الدليل الكتابي: لقد دفع تطور الأحكام القضائية في هذا المجال المشرع الفرنسي إلى التدخل من اجل تطويع قواعد الإثبات الواردة في القانون المدني لكي تتلاءم مع التكنولوجيا

1- أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص7.

2- تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص260.

3-GOBERT. la sécurisation des échanges par la reconnaissance de la signature électronique et perspectives, droit de la preuve- formation permanente C U P volume X I X. octobre 1997.p98.

4- حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص99.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

الحديثة والتوقيع الالكتروني، وهو ما ظهرت نتائجه في إصداره لقانون 13 مارس 2000،وتطورت الاحكام القضائية بشكل ملموس في مجال بحث مدى قبول الكتابة والمحررات غير الورقية في الاثبات، بالإضافة الى بحث مدى قبول حجية التوقيعات الالكترونية في الإثبات ويمكن أن نلمس ملامح هذا التطور بصورة واضحة بالنسبة لدعامة الكتابة فيما يلي :

***تطور القضاء الفرنسي في مجال دعامة الكتابة:** سوف نقتصر على التعليق على حكم الدائرة التجارية الصادر من محكمة النقض الفرنسية في 2 ديسمبر 1997 حيث كانت المشكلة تدور حول ما إذا كان يمكن إثبات قبول حوالة الحق عن طريق رسالة مرسلة بالفاكس[1]، وذهبت المحكمة إلى إمكانية قبول المحررات الالكترونية كأدلة كتابية كاملة في الإثبات متى توافرت فيها ضمانات معينة، كما يمكن ملاحظة أنه كان في وسع محكمة النقض الاعتداد بالحوالة المرسلة بالفاكس على أنها مجرد صورة دائمة ومطابقة (للمادة 1348 مدني فرنسي) أو استنادا إلى مبدأ الثبوت بالكتابة (المادة 1347 مدني فرنسي)[2]. وهكذا حددت محكمة النقض بوضوح الشروط لضرورة لحجية المحرر الناشئ بوسيلة الكترونية، واليقين بأن الكتابة صادرة من الخصم.

على الرغم من أن المحكمة لم تتناول سوى مفهوم الكتابة، إلا أنها تتبنى تفسيراً وظيفياً لهذا المفهوم، لكنها من جانب آخر أضافة بأن هذا التقسيم لا يعتد به إلا إذا كانت وظائف الكتابة قد تم التحقق منها أو كانت غير متنازع فيها. ونرى أنه يمكن أن يستفاد أمران على جانب كبير من الأهمية من اتجاه محكمة النقض الفرنسية أولهما، مقبولية المحررات الالكترونية وثانيهما: حجية المحررات الالكترونية في الإثبات.

2.الحاجة إلى التنسيق على المستوى الدولي: فضلا عن الاعتبارات ذات الطابع الوطني يقود النهج المقارن إلى ملاحظة أنه توجد في أغلب الدول "عقبات قانونية" تواجه الاعتراف بالعقود الالكترونية ووسائل إثباتها غير التقليدية.

من أجل توحيد وتنسيق القواعد القانونية الخاصة باستخدام المحررات الالكترونية ومنحها الحجية في الإثبات على المستوى الدولي قامت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي بإعداد قانون اليونسترال النموذجي بشان التجارة الالكترونية لصادر عام 1996 يساعد جميع الدول في تعزيز تشريعاتها التي تنظم بدائل للأشكال الورقية للاتصال وتخزين المعلومات وعلى صياغة هذه التشريعات في حالة عدم وجودها[3].

أ. الاقتراحات الهادفة لتطويع تشريعي لقواعد الإثبات: سنشير في هذا الصدد إلى التوصيات الهادفة للاعتراف بحجية المحرر الالكتروني في الإثبات في القوانين.

فقد نظم المشرع الفرنسي لاستخدام المحررات الالكترونية بصورة جزئية، وبادر قبل تبني القانون المتعلق بتعديل القواعد العامة في الإثبات في 13 مارس 2000 بالتدخل نحو تنظيم قبول وحجية المحررات الالكترونية في

2- J .M.HOCQUARD, Télécopie et preuve, petites affiches du 29 mai 1996, p24.

2- تامر محمد سليمان الدميياطي، مرجع سابق، ص263.

3- دليل تشريع قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية، 1996، ص16.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
الإثبات بصدد المعاملات أو التصرفات القانونية التي تجرى عبر الانترنت واتسم تدخل المشرع الفرنسي في هذا الصدد بالمحدودية، لأنه لم يقم بالتكافؤ بشكل عام بين الرسالة الالكترونية والكتابة.

إن الجهود الخاصة بالاعتراف بحجية المحرر الالكتروني في فرنسا والتي سارعت بعض جهاتها بتقديم اقتراحات من أجل تطويع النصوص الحالية للإثبات لمواكبة التطور التقني المتسارع ونمو واستخدام الانترنت في إنجاز المعاملات ومن بعض تلك الجهات نجد[1]:

* المجلس الوطني للائتمان (CNCT) في تقرير الصادر في ماي 1997.

* مجموعة "القانون والعدالة" وهي مجموعة من أساتذة القانون اجتمعوا تحت رعاية GIP.

* تقرير مجلس الدولة الفرنسي بشأن "الأنترنت والشبكات الرقمية الصادر في 2 جويلية 1998.

كما ساوى المشرع المصري في قانون الأحوال المدنية الصادر عام 1994 قبل صدور قانون ينظمه[2] بين السجلات الورقية والالكترونية حيث تقرر المادة 3/ج من القانون الاعتراف بالمحررات الالكترونية، وأيضاً مشروع قانون المعاملات الالكترونية المصري عام2001 الذي جمع بين الرؤية الواضحة والدقيقة للمسائل القانونية ولمواكبة الواقعة للتطورات التكنولوجية الدائمة والمتسارعة[3].

ب. السياق الدولي والإقليمي للاعتراف بحجية المحرر الالكتروني في الاثبات: سنتناول فيما يأتي دور لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اليونيسترال ثم نعرض لجهود منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية وأعمال اللجنة الأوروبية المتعلقة بالاعتراف بالمحررات الالكترونية[4].

قدمت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اليونيسترال في هذا الخصوص العديد من الدراسات التي تستهدف كيفية إزالة العقبات القانونية التي تحول دون الاستفادة من التطور التقني الحادث في مجال المعالجة الآلية للبيانات عبر الحاسوب وقد أثمرت جهود اللجنة في اعداد القانون النموذجي يضع تنظيما بكافة جوانب التجارة الالكترونية ثم توجهت أعمالها بأعداد قانون نموذجي للتوقيعات الالكترونية في2001 باعتبارها حجر الزاوية في الاعتداد بالمحررات الالكترونية وتوفير الثقة في المعاملات الالكترونية بوجه عام[5].

أما منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD) فانصبت جهودها من خلال المؤتمر إلى إقرار عدد من الآليات وتحديد مناطق الاهتمام القانوني الرئيسية وشملت التوصيات التي صدرت عن المؤتمر ضرورة حماية الخصوصية وأمن الشبكات وحماية المستهلك في معاملات التجارة الالكترونية ومراعاة التيقن من موثوقيتها.

أما أعمال لجنة الاتحاد الأوروبي التي ركزت في بيانها الصادر في 8 أكتوبر 1997 على ضرورة تكييف التشريعات الوطنية بهدف الاعتراف بالقيمة القانونية للمحررات الالكترونية الموقعة من حيث قبولها وحجيتها في الإثبات التي تجري من خلال وسائل الاتصال الحديثة وذلك على غرار المحررات الورقية.

1-Sedalia Valérie, preuve et signature électronique, op, ect, note1.

2- الجريدة الرسمية العدد 23 الصادرة في 9 جوان 1994.

3- فؤاد جمال عبد القادر ، إطلالة على مشروع التجارة الالكترونية ، متاح على الأنترنت

4- محمد السيد عرفة، التجارة الدولية الالكترونية مفهومها والقواعد القانونية التي تحكمها ومدى حجية المحررات في الإثبات، مرجع سابق، ص293

5-أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص39.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

تتضمن الكتابة بصفة عامة مظهرين أساسيين: أولهما شكل الكتابة بمعنى العمل المادي وهو ما يمكن أن نسميه بنية الكتابة، وثانيهما هو موضوع أو مضمون الكتابة وهو التعبير عن حقيقة ومعنى وصدق الإرادة أو بمعنى آخر تجسيد الفكر ويمكن ان نطلق عليه تسمية البعد المعنوي للكتابة.

يتمثل الغرض الذي نناقشه هنا، في تحديد الشكل الذي يجب أن تتسم به الكتابة الالكترونية، في المقابل يثير مضمون هذه المحررات المنبثقة عن التطور التقني مشكلة لرجل القانون تتعلق بصعوبة الوقوف على مدى امتداد تأثير التطور التقني لهذا العنصر على عكس شكل الكتابة التي تبدو ملامح التأثير التقني عليها واضحة، بينما موضوع الكتابة عنصر معنوي يتم التعبير عنه من خلال الأدوات المستخدمة في الكتابة على دعامة.

الفرع الأول: شكل الكتابة: تعتبر الكتابة وسيلة تعمل على: "تجسيد الأقوال والأفكار على دعامة بواسطة علامات متفق عليها هي وسيلة ظهور هذا الفكر للواقع الملموس"[1]. بناءً على هذا الوصف لا يوجد ما يحول دون اعتبار الكتابة الالكترونية نوعا من الكتابة.

يبدو أن هذا التعريف المعمول به في الواقع التقليدي والذي يتميز بالإسهاب يتعارض مع الإدراك القانوني من هذا المفهوم بشكل يحصر الكتابة في كونها عملا قانونا عبارة عن أداة إثبات محررة على دعامة وموقعة إما بواسطة أصحاب الشأن وحدهم (المحرر العرفي) أو بواسطة موظف عام (المحرر الرسمي) سواء أنشئت الكتابة لإثبات العقد أو لصحته أو لرسميته.

ترتيبا على ذلك تستلزم الكتابة الضرورية للإثبات (من جهة) خصائص مادية تثير التساؤل حول نوعية الدعامات الحاملة للكتابة، مما يؤدي إلى استفسار آخر يتعلق بمدى ضرورة أن تكون الكتابة واضحة ومفهومة مباشرة ولحظية، من جهة أخرى توجد مسالة على قدر كبير من الأهمية تظهر حين يجب أن تتسم الكتابة بخصائص تتعلق بالإثبات وهي تعلق بمدى ضرورة أن تكون تلك الكتابة خطية وموقعه بخط اليد.

أولاً: الخصائص المادية للكتابة: قبل التطور التقني وظهور تقنيات المعلومات الحديثة لم يكن في الامكان أن نلمس الكتابة بشكل عملي بدون توافر دعامة ورقية، والتي تستلزم أدوات مادية لتدوينها، مع ذلك نلمس من اتجاه المشرع الفرنسي إلى إدراج المحررات (المادة 1333 ق.م. فرنسي) بين الأدلة الكتابية أنه لا يحصر الكتابة في دعامتها الورقية لذى لا تعدو الدعامة الورقية إلا أن تكون نموذجا خاصا من بين النماذج أخر للدعامة.

1.**دعامة الكتابة:** ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلا أنه مع افتراض أن الدعامة الورقية في حد ذاتها قد لا تشكل حجة تعترض مساواة الكتابة الالكترونية بالكتابة الورقية، إلا أن بعض الخصوصيات التي تمنحها الدعامة الورقية للكتابة قد تشكل عقبات في هذا الشأن حيث أن : "الكتابة لا تعبر شيئا بدون دعامة ورقية...."تمنحها وجودها وذلك بأن تربط بها قرينة عدم القابلية للتحريف"[2].

2- FROGER Didier et Morin pascal science et raison du droit, in code civil M les défis d'un nouveau siècle 100 congrès des notaires de France, paris16-19 mais 2004, éd crédit agricole, p398.

2-تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص184.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

وهكذا نجد أن الخاصية الأولى الدعامة الكتابية وفقا: "للمفهوم التقليدي هي أن تكون مادية، ملموسة، أما الخاصية الثانية لدعامة الكتابة وهي عدم قابليتها للتعديل أو التحريف، تكفل دعامة الكتابة وظيفة أساسية لصاحب الشأن ألا وهي وظيفة "التنبيه"، حيث تؤدي إلى تنبيه صاحب الشأن إلى أنه مدفوع إلى الالتزام بمضمون ما يحرره بها يكفل إلمامه الكامل بما يرضى به صراحة أو ضمنا، من ناحية أخرى تؤدي هذه الوظيفة دورا مهما بالنسبة إلى "الغير" حين تكون الدعامة متاحة للكافة وقابلة للاطلاع عليها بسهولة كما تؤدي الدعامة وظيفة عل قدر نفس الأهمية تتمثل في "ضمان سلامة المعلومات المدونة عليها" ذلك حين تتخذ شكلا دائما وغير قابل للتحريف.

فضلا عن ذلك توجد وظيفة ثالثة جديدة ينبغي كفالتها في حالة إرسال رسالة البيانات عبر الشبكة، تتمثل في أمان الاتصال عن بعد، لذا يتعين على الدعامة الجديدة (الالكترونية) أن تفسح المجال لتحديد مكان وسرعة الإرسال والاستلام، وتحديد هوية الشخص المنسوب إليه مضمون المحرر والتحقق من سلامة المعلومات المرسلة وتلك التي يتم استلامها وفي أغلب الأحيان يقوم التوقيع بأداء هذه الوظيفة.

2.الأدوات اللازمة للكتابة: يوجد تداخل بين الدعامة والأداة المستخدمة في تحرير التصرفات القانونية، حيث أن التدوين على الدعامة يتبع استخدام أداة النقل الفكر الإنساني إلى الدعامة من جهة أخرى إذا كان تعبير الدليل الكتابي يثير موضوع استخدام الحروف "بمعنى علامات خطية مستخدمة في تدوين الكلام" فإن الأمر يدق بالنسبة للمادة المستخدمة في الكتابة أو أداة وضع تلك الحروف على الدعامة.

في مجال الانترنت يتم استخدام وسائل أو أدوات الكترونية في الكتابة من بداية إنشاء النص حتى ظهوره على الشبكة أو تبادله بين الأفراد عن طريق البريد الالكتروني أو الويب.

من جهة أخرى يبرز جانب من الفقه الفرنسي الخاصية العملية للكتابة وهي أنها وسيلة فنية للتعبير عن الفكر وقد تعرض التقنين المدني الفرنسي مسألة أدوات الكتابة لدى تناوله شكل الوصية[1]. كما حرص ذلك القانون على إيضاح "الطريقة المستخدمة في الكتابة[2]. عند تعرضه للوصية المحررة بخط الموصي أو الرسمية أو على نحو أدق أداة الكتابة "اليدوية أم الآلية" بيد أن النصوص المرجعية في هذا الشأن تعتبر محدودة للغاية على القضاء الفرنسي أن يعمل مرات عديدة على تقنية ما يحيط بهذه المفاهيم من غموض.

3. مشاركة القضاء الفرنسي في تكييف بينة الكتابة: إن بنية الكتابة تستند إلى الدعامة التي يتم عليها تدوين الحروف أو الأرقام أو أي رموز من شأنها أن تعبر عن فكر وإرادة صاحبها ، كما تعتمد أيضا على الأداة المستخدمة في تسطير هذه الحروف أو الأرقام أو الرموز المعبرة عن الفكر وقد أقر القضاء الفرنسي صحة التصرفات التي تتم على دعامات مادية مختلفة عن الدعامة الورقية والتي تتيح التعبير عن إرادة محرر الكتابة.

1- راجع المواد 970، 972، 976 من التقنين المدني الفرنسي.

2- راجع المادة 973، من التقنين المدني الفرنسي.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

ثانيًا: الخصائص الإثباتية للكتابة: ترتبط حجية الكتابة في الإثبات بصورة مباشرة بإمكانية تعيين هوية صاحبها من ناحية وإثبات صلته الوثيقة بمضمون الرسالة التي تحتويها هذه الكتابة من ناحية أخرى.

والواقع أن الكتابة الخطية والتوقيع يؤديان دورا بالغ الأهمية في هذا الشأن من ناحية تحقيق هاتين الوظيفتين، على أن المسألة تقتضي التأمل قليلا في حالة ما إذا كانت الكتابة الخطية والتوقيع مطلوبين كذلك من الناحية القانونية لجواز اعتبار الكتابة الالكترونية من قبيل الكتابة المعتد بها في الإثبات.

ففي المقام الأول لا يشترط أن تكون الكتابة بالضرورة خطية فيمكن ان تكون مكتوبة بالآلة الكاتبة أو مطبوعة أو منقوشة أو محفورة، غير أنه يبرز في هذا الخصوص بعض الاشتراطات القانونية التي تستلزم وجود كتابة خطية، من ذلك كانت تفرضه المادة 1326 من التقنين المدني الفرنسي قبل تعديلها بالقانون الصادر في 13 مارس 2000 من أنه في المحررات العرفية التي تثبت عقودا ملزمة لجانب واحد ينبغي أن يكتب المدين قيمة الالتزام بخط يده[1]. إلى جانب ذلك نجد أن المادة 1326 المشار إليها تخضع هذه المحررات الشكلية خاصية يطلق عليها "شكلية الاعتماد" وهي أن يكتب المدين قيمة الالتزام، حروفا لا أرقاما مسبوقة بعبارة يعتمد بها المدين قيمة التزامه.

وفي المقام الثاني فإن الكتابة في أغلب الأحيان لا تكون لها قيمة إلا نظرا للتوقيع الذي يصاحبها من هذا المنطلق ينبغي أن تكون الكتابة موقعة[2]. إن التوقيع يمثل من حيث المبدأ علامة مميزة خاصة بصاحبه، صحيح أن اللقب يستخدم في الغالب الأعم كتوقيع[3]. لكن "إذا كان التوقيع في معناه العادي يعود إلى كتابة اسم الأسرة بالتالي كتابة كل الحروف الهجائية التي يتكون منها، فينبغي ألا نجعل من هذا التعريف قاعدة قانونية غير قابلة للتغيير ومطلقة"[4].

في هذا الصدد يقتضي القضاء الفرنسي أن: "لا يترك التوقيع مجالا لأي شك سواء في شأن هوية صاحب المحرر أو اتجاه انصراف إرادته نحو الموافقة على بنوده".

يتبين من ذلك أنه من الضروري أن تكفل لطرق التقنية المستخدمة في التوقيع أداء تلك الوظائف في البيئة الالكترونية علاوة على ذلك يمكن أن تثير تلك الطرق الحديثة في التوقيع مخاطر الاعتراض سيما وأن نقل التوقيع يتم من خلال شبكة للاتصالات عن بعد، ولذا يتعين في هذا الشأن إيجاد آليات لتأمين المعاملات التي تبرم عبر الشبكة والضمان صحة وموثوقة التوقيع الالكتروني، وفي هذا الصدد تشكل تقنيات التشفير أهم الآليات التي تسمح بتلبية هذه الاشتراطات، إذ يعتمد التوقيع الرقمي المستخدم في التجارة الالكترونية في الوضع التكنولوجي الراهن على تقنيات التشفير.

الفرع الثاني: موضوع الكتابة (البعد المعنوي للكتابة): إن للكتابة بعدًا بنيويًا أو هيكليًا بل معنويًا كذلك غير أن هذا البعد المعنوي لا يتوافر وجوده بوضوح في النصوص القانونية المنظمة للإثبات، ومنحت الأنظمة

1- راجع المادة 1326 من التقنين المدني الفرنسي.

2- وينطبق ذلك على المحررات الرسمية والمحررات العرفية.

3- CORNU G. Vocabulaire juridique, op.cit. vo signature

4- NORMEND Emaile, de la signature des actes authentiques et prives, thèse rênes 1930, p26

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

الأمور المدونة فيه يسهل معه اكتشاف أي تعديل او تحريف يلحق به مما يقلل احتمالات النزاع حوله، وقد صاحب هذا الإقرار الاجتماعي للكتابة إقرار قانوني لها حيث قرر لها القانون قوة في الإثبات ويجوز أن يثبت بها جميع الوقائع من تصرفات قانونية أياً كانت قيمتها والأعمال المادية، كما قام القانون بدوره بإضافة ضمانات وشروط خاصة ينبغي توافرها في الدليل الكتابي ضاعفت مما يتمتع به من حجية في الاثبات، لذا يمكن القول أن قوة الاثبات التي تحظى بها إحدى طرق الاثبات ترجع في الأساس إلى إقرارها الاجتماعي إلا أنه لا يتسنى تأكيد هذا الإقرار إلا من خلال إقرارها القانوني[1].

أولاً: الإقرار الاجتماعي للكتابة: لم تأتي قواعد الاثبات التي تضمنتها التشريعات الحالية للدول المختلفة طفرة واحدة، شأنها شأن سائر قواعد الاثبات، بل جاءت ثمرة تطور طويل على مر العصور المختلفة تبلورت فيه هذه القواعد وصقلت لتساير التطورات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي عاشتها المجتمعات البشرية على مر الزمان[2].

1.الصراع بين الدعامات المختلفة للكتابة: لم يكن للكتابة في العصور الوسطى قوة في الاثبات بمفردها بل كان يلزم الاستعانة بالشهادة بصورة متكررة في ذلك العهد، وفي حالة النزاع كان القاضي يطلب تدخل قوى غير طبيعية (مثل التعذيب بالماء والنار ، اللجوء إلى العرافين..) وكان الاعتراض على تلك الحجية يعد تدنيسا للمقدسات ما أدى لسيادة المثل القائل بأن: "البيّنة القولية لا تعارضها الخطية" بمعنى أن الشهادة فوق الكتابة منذ ذلك الحين أصبح الأمر يستلزم أن يكون نظام الاثبات" وثيق الصلة بحركة التفكير البشري وبالمعتقدات السائدة في المجتمعات التي يطبق فيها"[3].

2.الاحتكار الورقي لدعامة الكتابة وبداية الخلط بين الكتابة ودعامتها الورقية: منذ ما يقارب من قرنين من الزمان أصبح الورق يشكل الدعامة المرجعية الأولى للكتابة، لدرجة ساد معها الخلط بين الكتابة والدعامة الورقية، حيث نلاحظ الإقرار الاجتماعي للدليل الكتابي في أوروبا في القرن 17،18 من أجل وضع حد للاستعانة بشهادة الشهود والقوى الخارقة وطرق الإثبات العشوائية التي تثقل المعاملات.

غير أن المتمعن في تاريخ الكتبة يتبين له بجلاء أن الارتباط بينها وبين الورق ليس ارتباطا عضويا وأن الكتابة باعتبارها ضرب من ضروب الرموز المتفق عليها في إطار اجتماعي معين قد ظهرت منذ عدة قرون، وفي خضم هذا التطور كان الورق آخر هذه الدعامات إلا أن تطوره وتدعيمه بأساليب الطباعة جعل زمن المضمون المتمثل في الكتابة يرتبط ارتباطا وثيقا بشكله المادي الورقي إلى درجة التمازج والانصهار.

ثانياً: الاقرار القانوني للكتابة: تم إقرار نظام الاثبات الكتابي لتصرفات القانونية في القانون الفرنسي القديم بالأمر الصادر عام 1566 (أمر مولان) وقد شيد هذا الأمر مبدأ إصداره الدليل الكتابي لإثبات التصرفات القانونية

1- تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص198.

2- محمد بن عبد الوهاب حاج طالب، مرجع سابق، ص39.

3-GILISSEN John., la preuve en Europe (XVI-XIX s.).in Recueils de la société jean Bodin ; t .XVII, 1965 ;P 757.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

في فرنسا، مؤكدا على زعامة الكتابة بطرق الاثبات المعروفة آنذاك، و لم يقتصر هذا التطور على ذلك بل أدى إقرار ذلك المبدأ والاستعمال التقليدي للورق إلى حدوث خلط تام بين الدليل الكتابي والدعامة الورقية، وبعد مائة عام صدر أمر آخر يؤكده في عام 1667 وهو قانون لويس الرابع عشر في الإصلاح القضائي الذي يقضي بوجوب تدوين المعاملات التي تزيد قيمتها على مائة جنيه ثم أخذ به القانون المدني الفرنسي الصادر عام 1704 من هذا الوقت يقوم القانون الفرنسي بصورة جوهرية على احتكار الكتابة الورقية الموقعة وذلك فيما عدا الاستثناءات الواردة في الماجة 1333 مدني الخاصة بالمحررات المسماة "les tailles" والذي أصبح نادر لاستخدام مضي الوقت[1].

إن قوة الكتابة أو المحرر في الاثبات تعتمد في الحقيقة على أسس ثلاثة: أولها: درجة الثقة التي يمكن منحها لصاحب المحرر، لذا يمنح قانون الاثبات قوة اثبات للمحرر الرسمي تفوق تلك الممنوحة للمحرر العرفي، وثانيها: أن قوة وسيلة الاثبات تنتج من مراعاة أوضاع شكلية دقيقة ينص عليها القانون واخيرًا: تسهم شدة العقوبات المفروضة على عدم مراعاة أثر الردع الناتج عن ذلك سيولد شعورا بالأمان لدى الأطراف من شأنه دعم قوة هذه الوسيلة في الاثبات.

المطلب الثالث: إجازة الاثبات المعلوماتي في القانون الأنجلوسكسوني

يعرف القانون الانجلوسكسوني مبدأين أساسيين يعدان عقبتين جسيمتين أمام قبول الوثائق الرقمية لسند الاثبات المعلومات التي يتضمنها لكن دول القانون المشترك تدرك الاستخدام الهائل للوثائق المعلوماتية، مما دفعها لتعديل نظمها لجعل الوثائق المعلوماتية أداة للإثبات.

الفرع الأول: عوائق الإثبات الالكتروني في القانون الأنجلوسكسوني: توجد بالدول التي تأخذ بالقانون غير المكتوب والذي يعرف بالقانون العرفي قاعدتان تشكلان عائقًا للإثبات عن طريق الوثائق المعلوماتية هما:

أولاً: قاعدة الشهادة السماعية: وفقا لهذه القاعدة فإن الشهادة لها دور كبير في الإثبات، ويشترط لقبولها أن تكون صادرة من الشخص الذي اتصل علمه مباشرة بالواقعة المراد إثباتها، بمعنى أن الوثيقة لا تقبل في الإثبات إلا إذا شهد منشئها (أي محررها) بمضمونها أمام المحكمة.

وبتطبيق هذه القاعدة على الوثائق الالكتروني، فقد ذهب الفقهاء الأنجلوسكسونيين إلى أنه عند إدخال معلومات بالحاسب الآلي فأنها تعرض في صورة وثائق صادرة عن الحاسب الآلي، مما يستنتج أن المعلومات الاصلية تنتقل بين عدة أشخاص، هذا يؤدي إلى عدم قبول الوثائق الالكترونية وفقا لتلك القاعدة.

فالوثيقة المعلوماتية لا يمكن إلا أن تكون مقبولة كدليل إثبات لاستحالة شهادة فاعلها الذي ألم بمضمونها شخصيا، أي أن قاعدة الشهادة السماعية يتبعها إذا منع الإثبات عن طريق الوثائق المعلوماتية[2].

1- تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص204.

2- إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الالكتروني وإثباته الجوانب القانونية لعقد التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص229.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

ثالثًا: قاعدة الدليل الأصل أو الأفضل: بمقتضى هذه القاعدة لا تكون الوثيقة مقبولة إلا إذا قدمت في شكلها الأصلي، أي الوثيقة الأصلية ويترتب على ذلك نتيجة مفادها عدم قبول الاثبات عن طريق مخرجات التقنيات الحديثة والتي هي في أغلبها صور المستندات ثم تسجيلها على الحاسب الآلي.

إن التواجد لهذه القواعد بالقانون المشترك مع الاستخدام المتزايد للوثائق الالكترونية، ألزم الدول تعديل أنظمتها القانونية للإثبات للأخذ بالإثبات المعلوماتي.

الفرع الثاني: الاستثناءات وتطبيقها على الوثائق المعلوماتية: لقد تم تعديل القاعدتين حتى يجيزا الاثبات بالوثائق المعلوماتية.

أولاً: الاستثناءات على قاعدة الشهادة السماعية

1.**القانون الإنجليزي**: يحكم قانون الاثبات الانجليزي، بوصفه نموذجا للقانون الأنجلوسكسوني. (قاعدة الشهادة السماعية)، والتي أن تصدر الشهادة ممن لديه علم مباشر بالواقعة محل الاثبات. ففي عام 1968 أورد قانون الاثبات المدني الانجليزي قواعد تسمح بقبول الشهادة السماعية لمن اتصل مباشرة بالواقعية محل الاثبات، وبتطبيق هذه القواعد على الوثائق المعلوماتية فهذه القاعدة تعني أن الوثيقة المعلوماتية تكون مقبولة إذا حضر من أدخل بياناتها وثبت أن له معرفة شخصية بها أو أنه نظرا لطبيعة عمله، قد حصل عليها من شخص لديه هذه المعرفة الشخصية أو من أشخاص يفرض عليهم عملهم بالبيانات المستخرجة شريطة أن يكون اتصالهما هذا عن طريق شخص له معرفة شخصية بها، بمعنى ذلك أنه إذا كانت الوثيقة لا تجد أصلها في محرر اتصل به علم أي شخص بصفة مباشرة، فلا تطبق عليها هذه القواعد العامة في الشهادة السماعية[1].

وقد أورد هذا القانون شروطا أربعة يتعين توافرها بالوثيقة وهي: [2]

*أن تكون الوثيقة صادرة من حاسب آلي يستخدم بانتظام في أنشطة مستغل الحاسب.

*أن تتم تغذية الحاسب بانتظام ببيانات من نفس نوع البيانات الواردة بالوثيقة المقدمة.

*أن يعمل الحاسب بصورة طبيعية وقت تسجيل البيانات.

*أن تكون المعلومات التي تتضمنها الوثيقة المقدمة قد تم نسخها أو أخذها من معلومات مقدمة للحاسب.

بالإضافة لهذه الشروط الأربعة، فقد أوجب هذا القانون ضرورة تقديم شهادة تتضمن وصف الطريقة التي صدرت بها الوثيقة والجهاز الذي صدرت منه.

قد صدر قانون الإثبات المدني الجديد بإنجلترا عام 1995 الذي سهل الإثبات عن طريق الوثائق المعلوماتية، حيث عرّف الوثيقة بأنها: "أي شيء يتم تسجيل أية معلومات عليه"، بذلك وسع المشرع الانجليزي من نطاق الوثائق ليتسع الغير الوثائق المكتوبة، وعلى ذلك فإن كل بريد الكتروني أو تسجيل معلوماتي بصفحة الويب

1- أسامة أحمد شوقي، استخدام مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة وأثره على قواعد الإثبات المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000ص41

2- إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص231.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

يكون في صورة نسخة معلوماتية تتواجد بالأنترنت يكون جزءا من السجلات التجارية أو كانت صادرة من سلطة عامة وأقرت بقبولها في الإثبات دون حاجة لمزيد من الأدلة[1].

2.القانون الأمريكي: يأخذ المشرع الفيدرالي الأمريكي[2] بقاعدة الشهادة السماعية ولكن في نطاق محدود، وتعرف الشهادة السمعية بأنها: "عبارة-تختلف عن تلك الصادرة من الشخص نفسه أثناء الشهادة أو الاستماع أمام المحكمة-تقدم للإثبات كدليل على حقيقة الموضوع المطروح". ويشترط لإعمال هذا الاستثناء عدة أمور:

*أن يتعلق الأمر بمحرر تجاري.

*أن يتم استخراج المحرر وفقا للسير الطبيعي لعملية تسجيل البيانات التي يتضمنها لضمان سلامة هذه البيانات.

*أن يتم استخراج المحرر في زمن معاصر لعملية التسجيل.[3]

وعلى هذا النحو فإنه في القانون الأمريكي، فإن الوثيقة المنقولة عبر الانترنت والتي أعدت خلال المجرى العادي لنشاط المشروع تقبل كأداة اثبات بشرط أن تكون محلا لتأييدها بشهادة من شخص ملم بنظام تسجيل أو حفظ المعطيات الالكترونية لكي يحدد مدى دقة نظام التسجيل وسلامته[4].

ثانياً: الاستثناءات على قاعدة الاثبات بالأصل

1.القانون الإنجليزي: تحكم القانون الإنجليزي قاعدة الدليل الأفضل بالنسبة لقبول الأدلة أمام المحكمة والتي تتطلب وجود أصل المحرر لإثبات الحقيقة.

وقد أورد قانون الإثبات المدني لسنة 1968 بفصله 5 استثناءً من قاعدة ضرورة تقديم الأصل، وهو ان نسخ الوثائق الصادرة من الحاسب الآلي تكون مقبولة إذا أمكن إثبات تطابقها مع الأصول أمام المحكمة[5].

من بعد هذا القانون صدر قانون 1995 والذي أورد بفصليه (8-9) إمكانية الاكتفاء بصورة الرسمية أو التي تعتبر جزءا من سجل تجاري أو بالشهادة الشفوية لإثبات الأصل[6].

2.القانون الأمريكي: تقتضي قواعد الإثبات الفيدرالية بضرورة تقديم الدليل الأصل، إلا أن الصورة يمكن الاستناد إليها كدليل إثبات على سبيل الاستثناء في حالات محددة من ذلك الصورة المطابقة للأصل يتم قبولها ومنحها نفس قيمة الأصل، كذلك حالة فقد الأصل أو تلفه يمكن الاكتفاء بالصورة كدليل إثبات شريطة ألا يكون الفقد والتلف للأصل يرجع للمدعي.

وفقا لما سبق فإن أي نسخ للبريد الالكتروني أو للوارد بصفحة الويب يعد بمثابة أصل بالإثبات متى كان مطابقًا وبمقتضى ذلك أن قواعد الإثبات الفيدرالية تجيز الإثبات عن طريق الوثائق المعلوماتية.

1- أسامة أحمد شوقي، مرجع سابق، ص48.

2- تتعدد تشريعات القانون الأمريكي لاختلاف القواعد التي تطبقها المحاكم الفيدرالية عن تلك التي تطبقها المحاكم المحلية بكل ولاية، وتقتصر الدراسة على القواعد الفيدرالية للإثبات التي تطبق في جميع الولايات الأمريكية.

3- محمد حسام محمود لطفي، الحجية القانونية للمصغرات الفيلمية، دار الثقافة، ص82.

4- أسامة أحمد شوقي، مرجع سابق ، ص53.

5- إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص235.

6- أسامة أحمد شوقي، نفس المرجع، ص49.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

ظل المحرر الورقي فترة طويلة من الزمن يعلو على المحررات الكتابية في إثبات الالتزام ولكن ينافس المحرر الورقي الآن نوع آخر هو المحرر الالكتروني ما أدى إلى ظهوره هو ازدياد التعاقدات التي تتم من خلال وسائل الاتصال الحديثة.

في حالة حدوث نزاع بين محرر الكتروني ومحرر ورقي، وكان كلاهما يتضمنان نفس العقد، لكن كان هناك تعارض بينهما، فأي منهما سوف يرجح القاضي؟

المطلب الأول: قوة ثبوتية المحررات الالكترونية العرفية والرسمية

ينقسم المحرر الالكتروني إلى محرر الكتروني رسمي ومحرر الكتروني عرفي مثل المحرر الورقي ولكل منهما حجية في الإثبات تختلف في القوة عن الآخر فالقوة الثبوتية للمحرر الرسمي أكبر من القوة الثبوتية للمحرر العرفي هذا ما تضمنته قوانين الإثبات الحديثة التي تناولت حجية المحررات الالكترونية في الإثبات.

الفرع الأول: القوة الثبوتية للمحرر الالكتروني العرفي: المحرر العرفي[1] هو "المحرر الذي يصدر من الأفراد ولا يدخل موظف عام في تحريره[2].تعرض قانون اليونيسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لمسالة القوة الثبوتية للمحرر الالكتروني العرفي، وذلك في المادة 9 منه حيث تضمنت حكمين تم النص عليهما في الفقرة 2،1 فقد تضمن المادة 1/9 مسألة قبول المحرر الالكتروني في الإثبات، وأنه لا يجوز أن يحول أي حكم من أحكام قانون الإثبات من قبول المحرر الالكتروني كدليل إثبات، ثم تعرضت الفقرة 2 لمسالة حجية المحرر الالكتروني في الإثبات. بالتالي فالغرض من المادة 9 هو إقرار قبول المحرر الالكتروني ومنحه حجية في الاثبات.

أولاً: إنكار المحرر الالكتروني العرفي: تنص المادة 1/14 من قانون الاثبات على أنه: "يعتبر المحرر العرفي صادرًا ممن وقعه مال لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة". معنى هذا النص أن المحرر العرفي له حجية مؤقتة على من وقعه إلى أن ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو توقيع[3].

يظهر الاختلاف بين المحرر الالكتروني العرفي والمحرر الورقي العرفي في نقطة إذا لا يمكن تصور أن يطلب من يتمسك بمحرر الكتروني عرفي من المحكمة أن تأمر بتحقيق الخطوط وذلك لأن المحرر الالكتروني غير مكتوب بخط المدين، بالتالي ما هو الحل في حالة إنكار المدين التوقيع الالكتروني الموجود على المحرر الالكتروني؟ هنا يختلف الحل على حسب حالتين[4].

1- المشرعين المصري والإماراتي استخدما مصطلح "المحرر" في قانون الإثبات ويسمى بالفرنسية (écrit-acte) في حين استخدم المشرعان: الأردني والسوري مصطلح "السند"، ويسمى بالفرنسية (titre) أما المشرع التونسي فقد استخدم اصطلاح "الحجج المكتوبة"، والمشرع الكويتي استخدم مصطلح "الأوراق".

2- وفاء حلمي أبو جميل ، محاضرات في انقضاء الالتزام وإثباته، 2005، بدون ناشر، ص152.

3- عبد الودود يحي، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص846.

4- سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة ، كلية الحقوق ، جامعة الزقازيق، دار الكتب القانونية، مصر 2008،ص 556.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

الحالة الأولى: أن ينكر المدين أن التوقيع الالكتروني الموجود على هذا المحرر الالكتروني خاص به، في هذه الحالة سيكون الحال سهلا، إذ يقع على عاتق من يتمسك بهذا المحرر أن يقوم يتقدم شهادة التصديق الالكتروني الخاصة بالموقع.

الحالة الثانية: أن يعترف المدين أن هذا التوقيع الالكتروني خاص به، لكن ينكر حصول التوقيع منه، هنا هذه الحالة مماثلة للحالة الخاصة بالتوقيع بالختم دون رضاء صاحبه حيث يعترف صاحب الختم بان الختم الموجود على المحرر هو ختمه ولكنه ينكر أن يكون قام بصم بختمه على المحرر، بالتالي هذا كاف لثبوت حجية المحرر، ويجب على من يحتج عليه بالمحرر إذا أنكر التوقيع بختمه، أن يقيم الدليل على ما يدعيه وذلك بأن يقيم الدليل على كيفية وصول ختمه على هذا المحرر، وهذا يعتبر دعوى تزوير يجب أن يتم السير فيها بطريقها القانوني.

ثانيًا: التاريخ الثابت للمحرر الالكتروني العرفي: وفقا للمادة 15 من قانون الإثبات المصري فإن المحرر العرفي لا يكون حجة على الغير من حيث التاريخ إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون للمحرر تاريخ ثابت في حالات حددها القانون وهي:

*من يوم أن يقيد بالسجل المعد لذلك.

*من يوم أن يثبت مضمونه في محرر آخر ثابت التاريخ.

*من يوم أن يؤشر عليه موظف مختص.

*من ويم وفاة أحد ممن لهم على المحرر أثر معترف به من خط أو إمضاء او بصمة أو من يوم أن يصبح مستحيلا على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعلة في جسمه.

*من يوم وقوع أي حادث آخر يكون قاطعا في أن المحرر قد صدر قبل وقوعه.

الحالة الأولى والثانية لا يمكن تصورها بالنسبة للمحرر الالكتروني أما باقي المجالات يمكن تصورها إن مسألة ثبوت التاريخ بالنسبة للمحرر الالكتروني يمكن حلها بسهولة من خلال الجهة التي يقوم بحفظ المحرر، إذا أنها تلتزم وفقا للمادة 8 من اللائحة التنفيذية للقانون بتحديد تاريخ إنشاء المحرر الالكتروني ذلك يعتبر شرطا من شروط منح الحجية للمحرر الالكتروني في الإثبات[1].

ثالثًا: السلطة التقديرية لقاضي الموضوع: المشرع الفرنسي ورغبة منه في حل المشكلات الناتجة عن إنكار المحرر الالكتروني العرفي، فقد منح القاضي سلطة تقديرية واسعة في التأكد من نسبة هذا المحرر الالكتروني للمدين، ومدى توافر الشروط التي تطلبها القانون في المحرر الالكتروني والتوقيع الالكتروني، لذلك أصدر المرسوم 1436 لسنة 2002[2] فقرة إلى المادة 287 من قانون الإجراءات المدنية تنص على : "إذا كان الإنكار يرد على محرر أو توقيع الكتروني، فإن القاضي عليه أن يتحقق مما إذا كنت الشروط التي تم النص عليها في المادة 4/1316 من القانون المدني والخاصة بصحة المحرر والتوقيع الالكتروني قد تحققت".

1- سامح عبد الواحد التهامي، نفس المرجع، ص559.

2-décrit n°2002-1436 du 3 décembre 2002.j.o.du 12 d Décembre 2002, p :20482, n° :7, disponible sur www.regifrance.gouv.fr

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

ونرى أن المشرع الجزائري يجب أن يقوم بإضافة نص إلى قانون التوقيع الالكتروني يعطي القاضي السلطة التقديرية الواسعة في حالة إنكار المحرر أو التوقيع الالكتروني حتى يستطيع القاضي الرجوع إلى سلطة التصديق الالكتروني باعتبارها صاحبة الدور الأكبر في إثبات التعاقد الالكتروني.

رابعاً: صور المحرر الالكتروني العرفي: صور المحررات العرفية لا حجية لها في الإثبات إلا بمقدار ما تهدي إلى الأصل بتطبيق هذه القواعد على الصورة الالكترونية للمحرر الالكتروني العرفي وهي صورة لا تحمل توقيعا "الكترونيا" للمدين فإن هذه الصورة لا تتمتع بأي حجية في الإثبات.

أما بالنسبة للصورة الورقية للمحرر الالكتروني وهي الورقة الناتجة عن طباعة المحرر الالكتروني على دعامة ورقية فهي لا تتمتع بأي حجية في الاثبات وذلك لأنها لا تحمل توقيعا الكترونيا أو خطيا".

إذا تم نسخ المحرر الالكتروني إلكترونيا، وتم التوقيع الكترونيا على هذه الصورة الالكترونية فإن هذه الصورة تعتبر اصلا في هذه الحالة طالما تم التوقيع عليها الكترونيا وتتمتع بنفس حجية الأصل.

الفرع الثاني: القوة الثبوتية للمحرر الالكتروني الرسمي: وفقا للمادة 10 من قانون الإثبات المصري، فإن المحرر الرسمي هو ذلك المحرر الذي يثبت فيه موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يده أو ما تلقاه من ذوي الشأن طبقا للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه.

القانون المدني الفرنسي بعد تعديله بالقانون 230 لسنة 2000 منح حجية في الإثبات للمحرر الالكتروني الرسمي وذلك في موضعين[1]:

* المادة 2 نصت على أنه المادة 1317 (الخاصة بالمحرر الرسمي) يتم إضافة فقرة ثانية لها تنص على: "أنه أن يتم إنشاؤه على دعامة الكترونية إذا تم إنشاؤه وحفظه وفقا للشروط التي سوف يصدر بها المرسوم من مجلس الدولة".

*نص في المادة 4 والتي أضافت الفقرة 4 إلى المادة 1316 من القانون المدني على أنه إذا تم وضع التوقيع الالكتروني بواسطة موظف عام فإنه يضفي الرسمية على المحرر.

فالمحرر الرسمي يمكن أن يكون صادرا من موظف غير مختص بالتوثيق وذلك مثل أي محرر يصدر من جهة إدارية ويكون موقعا من الموظف المختص، وهذا ما أشارت إليه المادة 4/1316 من القانون المدني الفرنسي عندما أشارت إلى أن المحرر إذا تم التوقيع عليه الكترونيا من موظف عام فإنه يكتسب صفة الرسمية.

هذا ما اتجه إليه قانون التوقيع الالكتروني المصري في المادة 15 منه.

أولاً: إنشاء المحرر الالكتروني الرسمي: أصدر المشرع الفرنسي المرسوم رقم 973 لسنة 2005 حتى يسمح بتوثيق المحرر الالكتروني، وأول أمر نص عليه المرسوم في المادة 16 هو ضرورة ان يقوم الموثق بإنشاء نظام المعالجة ونقل البيانات، هذا النظام يجب أن يتوافر فيه ثلاثة شروط[2]:

1.أن يتم اعتماده من المجلس الأعلى للموثقين.

1-Herbert(v), le preuve dans les télécommunication,op.cit.p44.
2-Samarcq (N)., les actes authentiques électroniques , une réalité au 1 er février, art disponible sur www.droit-ntic.com ,la date de mise en ligne est 14 nouvembre.2005.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

2.أن يتضمن سلامة وسرية محتويات المحررات التي يتم نقلها عبره.

3.أن يكون متصلا مع الأنظمة الأخرى التي يتم إنشاؤها من قبل الموثقين، الآخرين في فرنسا.

الجدير بالذكر أن الموثقين في فرنسا قاموا بإنشاء شبكة داخلية بينهم تسمى"real" تسمح بتداول أي وثائق أو محررات بين الموثقين داخل هذه الشبكة، ووجود هذه الشبكة هو الذي شجع المشرع على إصدار المرسوم رقم 973 لسنة 2005.

ثانياً: حفظ المحرر الالكتروني الرسمي: يلتزم الموثق بإنشاء فهرس الكتروني يقوم بتسجيل كل بيانات المحررات الالكترونية الرسمية التي يقوم بإنشائها هذا الفهرس يكون موقعًا الكترونيًا من رئيس مجلس الموثقين يجب أن يتوافر في توقيعه الشروط التي تنص عليها القانون ويتضمن الفهرس تاريخ المحرر الالكتروني الرسمي، طبيعة العقد وأسماء أطراف العقد، في حالة تدخل أكثر من موثق فإن الموثق الرسمي هو الذي يقع على عاتقه تسجيل المحرر في هذا الفهرس، هذا كله وفقا للمواد 23-25 من المرسوم.

لم ينص المشرع المصري على مثل هذه القواعد التي تنص عليها المرسوم الفرنسي، والأمر يحتاج إلى تعديل في قانون 68 لسنة 1947[1].

ثالثًا: حجية البيانات الواردة في المحرر الالكتروني الرسمي: طالما تم إنشاء المحرر الالكتروني الرسمي وفق الشروط التي نص عليها القانون، فإنه يتمتع بنفس الحجية التي يتمتع بها المحرر الرسمي في قانون الإثبات.

أما الاختلاف فتختلف حجية البيانات الواردة في المحرر الرسمي بالنسبة للبيانات التي تحقق الموثق منها بنفسه وتشمل التاريخ المكان وحضور ذوي الشأن وتوقعاتهم وتوقيع الموثق والبينات الخاصة بإتمام الاجراءات التي يتطلبها القانون وما صدر عن ذوى الشأن ويدركها الموثق بالسمع أو البصر فإن هذه البيانات السابقة تتمتع بحجية على الكافة، أما للنوع الثاني من البيانات المتعلقة بمضمون ما أفاده الأطراف أمام الموثق، هذه البيانات لا تتمتع بالحجية السابقة، إذ يجوز الطعن عليها بغير طريق الطعن بالتزوير، تقتصر هذه الحجية على الأطراف وخلفائهم العام والخاص أما بالنسبة للغير فإن ما أفاده صاحب الشأن لا يكون حجة عليهم إذا أنكره.

رابعاً: حجية صورة المحرر الالكتروني الرسمي: نصت المادة 37 من المرسوم على الأحكام الخاصة بتكوين صورة الكترونية من المحرر الرسمي سواء كان ورقيًا أو الكترونيًا: "فيجوز للموثق أن يقوم بتسليم صورة الكترونية لأصل محرر ورقي رسمي أو محرر الكتروني رسمي".

في كلا الحالتين يجب توافر عدة بيانات في هذه الصورة:

أ.تاريخ إنشاء هذه الصورة الالكترونية.

ب.التوقيع الالكتروني للموثق وإن تتوافر في هذا التوقيع كل الشروط التي تطلبها القانون.

ج.صورة رقمية من الختم الخاص بالموثق وهذه الصورة تتم إما عن طريق الماسح الضوئي أو الشاشة القابلة للكتابة عليها.

1- سامح عبد الواحد التهامي، مرجع سابق، 2008، ص569.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

الإشارة من الموثق على أن هذه الصورة الالكترونية مطابقة تماما للأصل الموجود لديه.

والجديد الذي سمح به المرسوم هو أن يتم تسليم هذه الصورة الالكترونية للمحرر الرسمي بطريقة الكترونية لكن مشروط بعدة شروط تقنية من بينها توافر الظروف الفنية والتقنية التي تسمح بالحفاظ على سلامة الصورة الالكترونية أثناء نقلها من الموثق إلى المستلم.

المطلب الثاني: التنازع بين المحرر الورقي والمحرر الالكتروني

هذا النوع من التنازع هو شكل جديد من أشكال التنازع بين المحررات الكتابية لم يكن موجودا من قبل، وهذا راجع إلى أن القانون أعطى للمحرر الالكتروني الذي تتوافر فيه كل الشروط التي تنص عليها حجية مساوية للمحرر الورقي.

وضعت المادة 1316-2 من القانون المدني الفرنسي بعد إضافتها بالقانون 230 لسنة 2000 حلا لهذه المشكلة، حيث نصت على أن: "يفصل القاضي في التنازع القائم بين الأدلة الكتابية بكل الوسائل الممكنة عن طريق ترجيح الدليل الأقرب إلى الاحتمال أياً كانت الدعامة المستخدمة في تدوينه ما لم يكن هناك نص أو اتفاق بين الأطراف".

الفرع الأول: وجود نص أو اتفاق ينظم تنازع المحررات: إذا كان هناك تنازع أو تعارض بين محرر الكتروني ومحرر ورقي بالنسبة لذات العقد، فإن القاضي يرجع أولا إلى القانون ويعمل بالنص، أما إذا كان اتفاق بين الطرفين في هذه الحالة يتقيد بهذا الاتفاق إذا كان صحيحًا.

أولاً: وجود نص ينظم تنازع المحررات: النص القانوني يعطي الأفضلية لأحد المحررين على الآخر، فيجب على القاضي في هذه الحالة أن يعمل إثر النص، فمثلا إذا كان أحد المحررين محررًا رسميا والآخر عرفياً، وهناك تعارض بينهما، فوفقا للقانون، المحرر الرسمي أقوى من المحرر العرفي في الحجية، بالتالي يجب على القاضي أن يأخذ بما هو ثابت في المحرر الرسمي[1]. فإذا كان هناك محرر رسمي الكتروني ومحرر ورقي عرفي وكان مضمون المحرران به تعارض، فإن القاضي يأخذ بما هو وارد في المحرر الالكتروني الرسمي.

ثانياً: وجود اتفاق ينظم تنازع المحررات: نجد أن محكمة النقض الفرنسية قد أشارت في كثير من أحكامها إلى أن قاعدة عدم جواز الاثبات بالبينة في الأحوال التي يجب فيها الاثبات بالكتابة ليست من النظام العام ويجوز الاتفاق صراحة أو ضمنا على مخالفتها[2].

بالنسبة للقانون الفرنسي، فإن المادة 2/1316 من القانون المدني بعد إضافتها بالقانون 230 لسنة 2000 قد اعترفت صراحة بصحة الاتفاقات المتعلقة بتنظيم مسائل الاثبات الموضوعية، كما أن الفقه والقضاء كان يعترف صحة مثل هذه الاتفاقيات قبل إضافة هذه المادة.

بالتالي فإنه وفقا للقانون الفرنسي فللمتعاقدين الحق في تنظيم قواعد الاثبات الموضوعية اتفاقا وإذا وجد مثل هذا الاتفاق فإن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في الحكم بمدى صحة هذا الاتفاق من عدمه، فالشرط الخاص

1-CAPRIOILI Eric ;, écrit et preuve électroniques dans la loi n :2000.230.du 13 mars, 2000, art.

2- سامح عبد الواحد التهامي، مرجع سابق، ص605.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

الفرنسي هذا الشرط يكون باطلا وفقا لأحاكم القانون الفرنسي فالقاضي يحكم بالبطلان لأن الشرط تعسفي.

وإذا توافر في اتفاق الإثبات خصائص عقد لاذعان وفقا للمادة 100 من القانون المدني المصري فللقاضي إن كان هناك شرط تعسفي في هذا الاتفاق أن يعطي لطرف المذعن من هذا الشرط وفقا للمادة 149 من القانون المدني، بالتالي فإن اتفاق الإثبات يخضع للسلطة التقديرية للقاضي فله أن يحكم باعتبار الشرط الوارد في هذا الاتفاق شرط تعسفي وبالتالي يحكم ببطلانه وفقا للقانون الفرنسي، أو يعفي الطرق المذعن منه في القانون المصري، أما إذا حكم القاضي باعتبار اتفاق الاثبات صحيحا، فإنه يأخذ بما ورد به من إعطاء أفضلية لأحد المحررين على الآخر، فإذا كان هذا الاتفاق ينص على أن الاثبات لا يكون إلا بالمحرر الالكتروني وأنه يستبعد الورقي، ففي هذه الحالة يجب إعطاء الأفضلية للمحرر الالكتروني والأخذ بما ورد فيه وإذا كان الاتفاق بالعكس فإن القاضي سيعطي الأفضلية للمحرر الورقي ويأخذ بما ورد فيه.

الفرع الثاني: عدم وجود نص أو اتفاق ينظم تنازع المحررات: لنفرض أن القاضي أمامه محرر الكتروني مقدم من أحد أطراف النزاع ومحرر ورقي مقدم من الطرف الآخر، كلاهما يتعلق بذات العقد وهو مبرم عبر الانترنت ويوجد اختلاف في مضمون المحررين، والمشكلة هنا أنه لا يوجد أي نص أو أي اتفاق بين أطراف النزاع ينظم هذه المسألة هنا يقع على عاتق القاضي تحديد المحرر الأقرب إلى الاحتمال أي الذي يأخذ بمضمونه، يتمتع القاضي في ذلك بسلطة تقديرية واسعة غير خاضعة لرقابة محكمة النقض، طالما أقام قضاءه على أسباب سائغة[1].

إذا كانت المحررات متساوية من حيث القوة، واستوفى كل محرر شروط اعتباره دليل كتابي كامل وكان مضمون أحدها متعارضاً لأخذ، فإن التنازع يثور، وعلى القاضي أن يتمتع بسلطة تقديرية واسعة لتحديد ما هو الدليل الأقرب للحقيقة وأن يستعين في ذلك بكافة الوسائل لتكوين عقديته فله أن يستعين بخبير، ويستعين بتاريخ المحرر.. [2]

المطلب الثالث: طرق الطعن في صحة المحررات الالكترونية

لم يتعرض المشرع الأردني والمصري لكيفية الطعن بالمحررات الالكترونية العرفية، منها والرسمية، بل اكتفى المشرع المصري بنص المادة 17 من قانون التوقيع الالكتروني الذي أحال بموجبه إلى نصوص قانون الاثبات.

المحررات العرفية يمكن إنكارها وعدم الاعتراف بها كما يمكن الطعن بها بالتزوير إذا أقر الموقع بصحة المحرر الالكتروني صراحة أو ضمنًا، أما المحررات الرسمية فلا يجوز الطعن بها إلا بالتزوير.

الفرع الأول: الادعاء بتزوير المحررات الرسمية والعرفية الالكترونية: الادعاء بالتزوير هو مجموعة من الإجراءات التي أوجبها القانون لإثبات تزوير المحررات الرسمية أو العرفية[3].

1- علي السيد قاسم، بعض الجوانب القانونية للتوقيع الالكتروني، مجلة القانون، كلية الحقوق، القاهرة، 2002، ص38.

2- CAPRIOILI Eric., écrit et preuve électroniques dans la loi n° : 230 du 13 mars.2000, art précis

3- الأنصاري حسن النيداني، القاضي والوسائل الالكترونية الحديثة، درا الجامعة الجديدة، 2009، ص132.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R
والإداء بالتزوير على المحررات الرسمية وتحديدا على البيانات التي قام الموظف العام بإثباتها في حدود مهمته، أو وقعت من ذوي الشأن بحضوره وذلك وفق ما ورد بنص المادة 7 من قانون البيانات الأردني وفي المادة 10 إثبات مصري، والبيانات التي أثبتها الموظف العام هي حجية على الكتابة بالتالي من أراد أن لا يعترف بها وجب عليه أن يطعن بها بالتزوير، كما هو الحال بالنسبة لتاريخ المحرر الرسمي سواء العادي أو الالكتروني وكذلك إثبات حضور الأطراف لدى كاتب العدل وتوقيع الأطراف فهذه الوقائع لا يطعن بها إلا تزويرا سواء أوردت في محرر رسمي تقليدي أم الكتروني[1].

عرف المشرع الأردني في التزوير في قانون العقوبات بأنه: "تحريف مفتعل للحقيقة في الواقع والبيانات التي يراد إثباتها بصك أو مخطوط يحتج بما نجم أو يمكن أن ينجم عنه ضرر مادي أو مقبول أو اجتماعي".

ويتم التزوير إما بإضافة بيانات لم تكن موجودة أصلا أو بحذف بيانات ضرورية كانت موجودة أو تغيير وتبديل بعض البيانات وذلك بحذف بيان وإضافة آخر بدلاً منه، وطالما أن السند الالكتروني يتضمن كتابة فإن من الممكن أن يتعرض للتزوير لسهولة القيام به. [2]

قد تعرض المشرع الأردني والمصري في قانون المعاملات الالكترونية، والتوقيع الالكتروني لجريمة تزوير المحررات الالكترونية[3]. ولم ينظم كلا المشرعين لإجراءات الطعن بالتزوير بالتالي فإنه لابد من اللجوء إلى الطرق الواردة في قانون الإثبات المصري والبيانات الأردني ومواءمتها مع طبيعة المحررات الالكترونية أي تطبيق هذه النصوص بما يتفق مع طبيعة المحررات الالكترونية ما يهمنا في هذا المقام هو إمكانية قيام من احتج عليه بسند الكتروني أي يدعي تزوير هذا المستند أو التوقيع وعندها فإن على المحكمة التحقق من صحة هذا الادعاء بالطرق التي حددها القانون ، سواء باللجوء إلى الخبرة والمضاهاة واستعمال وسائل تقنية وفنية في هذا الخصوص، أو ينقل عبء الإثبات للطرف الآخر ويشار هنا إلى أن قانون العقوبات يعاقب على التزوير في المستندات الرسمية والخاصة والتي يعد فيها السند الكترونياً. [4]

لابد من التأكيد أن الادعاء بالتزوير قد يتخذ شكلاً جنائيًا، وأن يقوم الخصم برفع دعوى جزائية أمام المدعي العام أو النيابة العامة للطعن به، كما قد يتخذ شكل الادعاء المدني بالتزوير ويتبع في ذلك الإجراءات السالفة الواردة في قانون الإثبات، حيث إن المشرع المصري نظم إجراءات الطعن بالتزوير الجنائي في المادة 23 من قانون التوقيع الالكتروني وأتى على ذكر بعض صور هذا التزوير، كأن يتم التزوير بالاصطناع أو التعديل أو التحوير وترك المشرع الباب مفتوحًا أمام ظهور أي طريقة قد تعززها التكنولوجيا حديثا فأضاف عبارة (أو

1- يوسف أحمد النوافلة، الإثبات الالكتروني في المواد المدنية والمصرفية، دار الثقافة الطبعة الأولى، الادرن،2012، ص290.

2- المادة 260 من قانون العقوبات الأردني ويقابلها نص المادة 211، 212، وما بعدها من قانون العقوبات المصري والذي لم يورد تعريفا للتزويد كما فعل المشرع الأردني.

3- يوسف أحمد النوافلة، نفس المرجع، ص292.

4- وهي عقوبات وردت في المواد 260 حتى 271 من قانون العقوبات الأردني، ويقابلها المواد 211-215 من قانون العقوبات المصري.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

أي طريق آخر) إلا أن المشرع المصري لم ينظم طرق الطعن بالتزوير الالكتروني المدني وأحال بذلك لقانون الإثبات وكان من الأجدر به أن ينظم هذه الطرق لاختلاف طبيعة المحرر الالكتروني عن المحرر الورقي[1].

الفرع الثاني: سلطة المحكمة في تقدير مدى صحة المحررات الالكترونية: لم يبين المشرع الأردني في قانون البيانات أو المعاملات الالكترونية سلطة القاضي في تقدير قيمة السند الالكتروني الذي تعرض إلى محو أو كشط أو إضافة كما فعل المشرع الأردني والعراقي بهذا الصدد، والذي أعطى القاضي حرية تقدير قيمة السند الذي تعرض للتزوير سواء بإسقاط قيمته في الإثبات مع وجوب تعليل ذلك في القرار فتنص المادة 2/35 من قانون البيانات العراقي على أنه: "للمحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشط والمحو والتحشية وغير ذلك من العيوب المادية في السند من إسقاط قيمته في الإثبات أو إنقاص هذه القيمة على أن تدل على صحة وجوب العيب في قرارها بشكل واضح"[2]. تنص المادة 28 من قانون الإثبات المصري على أن: "للمحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشط والمحو والتحشية وغير ذلك من العيوب المادية في المحرر من إسقاط قيمته في الاثبات أو إنقاصها".

وهذا النص الذي لم نجد ما يقابله في قانون البيانات الأردني الذي أعطى صلاحية تقديرية واسعة للمحكمة لتقدير قيمة الدليل الكتابي الالكتروني والعادي في الاثبات فقد يدعي أحد الأطراف كما أسلفنا تزوير مستند الكتروني، فهنا أعطى المشرع المحكمة صلاحية في تقدير قيمة السند الالكتروني في الإثبات فقد تقرر المحكمة إسقاط السند نهائيا من عداد البيانات وقد تعطيه قيمة ناقصة في الإثبات على صحة الاتجاه الذي أخذ به وذلك ببيان العيوب التي اعترت السند الالكتروني وأثرت على قيمته في الإثبات[3].

يتضح من النصوص السابقة أن المحكمة تتمتع بصلاحية واسعة في تقدير صحة السند الالكتروني المدعى تزويره، إلا أن ذلك يجب أن يكون بقرار معلل وان توضح المحكمة العيوب التي أصابت السند ودعت إلى إسقاط قيمته أو إنقاصها، لا أن يكون رأيها مطلقا" في ذلك دون تعليل أو تسبيب.

يلاحظ بأنه من الممكن أن يتقدم الخصوم إلى المحكمة بمحرر عرفي الكتروني ومحرر عرفي ورقي، ويبقى دور القاضي فيما بعد للفصل في هذا الأمر، إن التشريع سواء الجزائري أو الأردني أو المصري أو المقارن قد سوى بين حجية المحرر العرفي الالكتروني والورقي بالرغم من قيام قرينة الموثوقية إلى جانب المحرر الالكتروني إلا أن كلا المحررين متساوين في القيمة القانونية أمام القاضي و لم يمنح أي تشريع الأفضلية للمحرر الالكتروني العرفي بالرغم من قيام قرينة الصحة إلى جانبه ، فإذا توافرت حجية كلا المحررين وكانا متعارضين معا في مضمونهما، فإنه لا أفضلية لسند على آخر، لكن يقوم القاضي بالترجيح بينهما وفقا لواقع الدعوى والبيانات الواردة فيها والمحرر الذي يراه القاضي أقرب إلى الحقيقة من الآخر دون أدنى تفضيل بينهما.

1- الأنصاري حسن النيداني، مرجع سابق، ص ص132-135.

2- عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الاثبات المدني، دار الثقافة، 2002، ص124.

3- يوسف أحمد النوافلة، مرجع سابق، ص296.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

أما إذا كان هناك اتفاق بين الأطراف على ترجيح المحرر العرفي الالكتروني على المحرر العرفي الورقي أو العكس فإن القاضي في هذه الحالة يأخذ باتفاق الطرفين ويرجح المحرر الذي اتفق الأطراف على ترجيحه على الآخر، اما المشرع الفرنسي فقد ترك سلطة الترجيح بين الأدلة المتساوية في الحجية لضمير القاضي[1].

الفصل الثاني: التوقيع الالكتروني

على الرغم من المكانة المتميزة التي يحتاجها التوقيع فيها يتعلق بالاعتراف بالحجية للورقة العرفية وإجماع القضاء على اعتباره الشرط الجوهري الوحيد لصحتها و اعتبار دليلا كاملا في الإثبات، إلا أن كل من المشرع أو القضاء لم يورد تعريفا لماهية التوقيع، الأمر الذي حدا بالفقه إلى بذل الجهد في محاولة لوضع مفهوم للتوقيع.

هناك من يعرف التوقيع بأنه، التأشير أو وضع علامة على السند للتعبير عن القبول بما ورد فيه.

الحاصل أن معظم المعاملات المالية والتجارية تتم بواسطة وسائل الاتصال الحديثة، معتمدة في ذلك على الكتابة الالكترونية والمحررات الالكترونية، لهذا من الضروري توثيق هذه المحررات من أطراف التعاقد، وذلك بواسطة التوقيع الالكتروني. لهذا الغرض نقسم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث وهي:

المبحث الأول: مفهوم التوقيع الالكتروني، صوره ووظائفه.

المبحث الثاني: شروط التوقيع الالكتروني، دوره في الاثبات ونطاق حجيته.

المبحث الثالث: الحماية القانونية للتوقيع الالكتروني.

المبحث الأول: مفهوم التوقيع الالكتروني، صوره ووظائفه

التوقيع الالكتروني هو كل كتابة مدرجة في شكل الكتروني وتتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات ويمكن عن طريقها نسبة هذه الكتابة إلى موقعها ويختلف التوقيع الالكتروني عن الخط التقليدي في الناحيتين: فمن ناحية الشكل: فالتوقيع الالكتروني هو نتاج حركة يد الموقع في صورة إمضاء أو بصمة عبر وسيط مادي يتم عبر وسيط الكتروني عن طريق جهاز الحاسب الآلي.

أما من ناحية الخصائص المادية: فالتوقيع الالكتروني عبارة عن بيانات مدونة على وسائط الكترونية وللقاضي سلطة واسعة في تقدير مدى قيمة الدليل الالكتروني المقدم أمامه وفي مراعاة توفر ضوابط الكتابة الالكترونية.

المطلب الأول: مفهوم التوقيع الالكتروني

يتجه الواقع العملي إلى إدخال طرق ووسائل حديثة في التعامل لا تتفق تماما مع فكرة التوقيع التقليدي، وفي ظل هذه الظروف قد لا نجد التوقيع التقليدي له مكان أمام انتشار نظم المعالجة الالكترونية للمعلومات، التي بدأت تغزو العالم وتعتمد اعتمادا كليا على الآلية، ولا مجال للإجراءات اليدوية في ظلها.

الفرع الأول: مفهوم التوقيع الالكتروني في النظام الانجلوسكسوني: لم يرد في قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لعام 1996 تعريفا للتوقيع الالكتروني واكتفى في المادة السابعة منه بتحديد الشروط الواجب توافرها في التوقيع. إلا أنه بتاريخ: 05جويلية2001 صدر قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن

1- تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص835.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

التوقيعات الالكترونية[1] والذي تضمن في المادة2/أ تعريف التوقيع الالكتروني بأنه: "بيانات في شكل الكتروني مدرجة في رسالة بيانات، أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا يجوز أن تستخدم لتعين هوية الموقع بالنسبة لرسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات". وقد ورد في الفقرة(د) من هذه المادة تعريف الموقع بأنه: "شخص حائز على بيانات إنشاء توقيع، ويتصرف إما بالأصالة عن نفسه، وإما بالنيابة عن الشخص الذي يمثله".

يتضح مما سبق أن هذا القانون قد وضح المقصود بالتوقيع الالكتروني وحدد الشروط الواجب توافرها فيه على نحو يتفق مع مفهوم وشروط التوقيع التقليدي كما أنه يستوي أن يكون الشخص الموقع شخصًا طبيعيًا أو معنوياً، وأنه يجوز للشخص أن يقوم بالتوقيع بنفسه أو بواسطة شخص يمثله قانونًا.

كما عرف الفقه الأمريكي التوقيع الالكتروني بأنه: "وحدة قصيرة من البيانات التي تحمل علاقة رياضية مع البيانات الموجودة في محتوى الوثيقة".

أما القانون الأمريكي الصادر في 30 جوان 2000 فقد عرف التوقيع الالكتروني بأنه: "شهادة رقمية تصدر عن إحدى الهيئات المستقلة وتميز كل مستخدم يمكن أن يستخدمها في إرسال أي ووثيقة أو عقد تجاري أو تعهد أو قرار".[2]

الفرع الثاني: مفهوم التوقيع الالكتروني في النظام اللاتيني: بتاريخ 13ديسمبر1999 صدر التوجيه الأوربي رقم 99-1993 بشأن التوقيع الالكتروني[3] وتنص المادة 1/2 منه على أن التوقيع الالكتروني هو: "عبارة عن بيان أو معلومة معالجة الكترونيًا ترتبط منطقياً بمعلومات أو بيانات الكترونية أخري (كرسالة أو محرر) والتي تصلح كوسيلة لتميز الشخص وتحديد هويته".

قد أضفى هذا التوجيه على التوقيع الالكتروني نفس الحجة القانونية في الإثبات الممنوحة للتوقيع التقليدي كما تبنى مفهوما واسع للتوقيع الالكتروني حيث جاء عامًا وشاملاً لجميع صور التوقيع والتي من شأنها أن تحدد صاحب التوقيع، وتميزه عند استخدام تقنيات الاتصال الحديثة.

بيد أن هذا التوجيه قد ميز بين: التوقيع الالكتروني المتقدم و التوقيع الالكتروني البسيط، فالأول هو الذي يكون معتمدا من أحد مقدمي خدمات التصديق الالكتروني، ويمنح شهادة تفيد صحة هذا التوقيع، وذلك بعد التحقق من نسبة التوقيع إلى صاحبه.[4]

1- صدر هذا القانون من لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الدورة34، المعقودة في فيينا في الفترة من 25 إلى 13 جويلية2001 ويمثل هذا القانون مجموعة من القواعد التي ينبغي على الدول الأعضاء في الأمم المتحدة أن تضعها في الاعتبار عند تعديل قوانينها الحالية، أو وضع قوانين جديدة بشأن تنظيم المعاملات والتوقيعات الالكترونية.

2- إبراهيم بن شايع العقيل وسليمان بن محمد بن الشد، التوقيع الالكتروني وأثره في إثبات الحقوق والالتزامات بين الشريعة الإسلامية والنظم والقواعد القانونية، قاضيان بديوان المملكة العربية السعودية، ورقة عمل مقدمة في ندوة التوقيع الالكتروني، والمنعقدة في الرباط المملكة المغربية في جوان2006، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، أعمال المؤتمرات،2008.ص:220.

3- يتكون هذا التوجيه من خمس عشرة مادة، متبوعة بأربعة ملاحق ووفقا لأحكام هذا التوجيه فانه ينبغي على الدول الأعضاء في الاتحاد الأوربي اتخاذ الإجراءات اللازمة لتطبيق أحكامه وتطويع قوانينها الداخلية لتتوائم معه في مدة أقصاها 18 شهرا من تاريخ نفاذ هذا التوجيه، أي بتاريخ19 جويلية2001.

4- سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، مرجع سابق، ص 208.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

ووفقًا لنص المادة 2-2 من هذا التوجيه، فانه ينبغي أن يتوافر في التوقيع المتقدم المتطلبات الآتية:

*أن يكون قادرا على تحديد شخصية الموقع، ومميزا له عن غيره من الأشخاص.

*أن ينشأ باستخدام وسائل و إجراءات تقنية تقع تحت سيطرة الموقع.

*أن يرتبط بالمعلومات التي يتضمنها المحرر الالكتروني بطريقة تسمح بكشف أية محاولة تعديل هذه البيانات[1] متى توافرت هذه الشروط يكون للتوقيع المتقدم الحجية القانونية الكاملة في الإثبات.

أما التوقيع البسيط فيتمتع بالحجية القانونية في حالة عدم إنكاره، وفي حالة إنكاره يقع على عاتق من يتمسك به إقامة الدليل بأنه قد تم بطريقة تقنية موثوق بها، وفي حالة ما إذا وجد ازدواجية بين توقيعين الكترونيين، أحدهما: متقدم والآخر بسيط، فإن الأولوية تكون للأول لأنه يتمتع بعناصر أمان وثقة لا تتوافر في النوع الثاني.

يتضح مما سبق أن التوجيه الأوربي قد وضع تعريفا "وصفيا" للتوقيع، يسمح بالاعتراف به بمجرد أدائه لوظائفه وهي تمييز وتحديد هوية موقعه. [2] كما انه قد أنشأ قرينة قانونية بسيطة على صحة التوقيع، وحجيته القانونية في الإثبات، بشرط أن يتم تقديم شهادة باعتماد، التوقيع من جهة ومتخصصة تخضع في إنشائها، وممارستها لعملها لرقابة الدولة.

على الرغم من أن التقنين المدني الفرنسي قد أشار إلى التوقيع في العديد من المراسيم[3] والمواد إلا انه لم يكن قد وضع تعريفا له، إلى أن صدر القانون رقم 230/200 بشأن التوقيع الالكتروني، حيث جاءت المادة 4/1316 وأشارت إلى تعريف التوقيع بأنه: " التوقيع الضروري لإكمال التصرف القانوني، والذي يحدد هوية من يحتج به عليه، ويعبر عن رضاء الأطراف بالالتزامات الناشئة عن هذا التصرف وعندما يتم التوقيع بمعرفة موظف عام يكون التصرف رسميا. عندما يكون التوقيع الكترونيا، ينبغي استخدام وسيلة آمنة لتحديد الشخص بحيث تضمن صلته بالتصرف الذي وقع عليه...."

يتضح أن المشرع الفرنسي قد وضع مفهومًا موسعًا للتوقيع و لم يفرق بين التوقيع التقليدي والالكتروني، حيث يكون لكل منهما نفس الحجية القانونية في الإثبات، طالما كان هذا التوقيع يميز صاحبه، ويتم بإجراءات آمنة تضمن سرية بيانات هذا التوقيع بالتالي فان معظم الدول الأوربية قامت في تعريفها للتوقيع الالكتروني بنقل التعريف الوارد بتوجيه اللجنة الأوربية رقم 93-1999 ومن بين تلك الدول نذكر منها النمسا حيث صدر قانون خاص بالتوقيع الالكتروني في 01جانفي2000، وفي بلجيكا صدر قانون في 30نوفمبر2001، في الدانمارك القانون رقم 417 في 31ماي2000، في ايرلندا أيضا تم نقل هذا التوجيه بالقانون رقم 27 لسنة 2000 الخاص بالتجارة الالكترونية وكذلك انجلترا نقلت التوجيه بالقانون الخاص بالتجارة الالكترونية.[4]

1 FAUSSE Yanaon: La signature électronique, DUNOD, Paris, 2001, P.87ets.

2- حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت، مرجع سابق ص 94-95

3- بتاريخ 30 مارس 2001 صدر المرسوم رقم 2001-272 والذي يتضمن القواعد والأحكام بشأن حماية وأمن بيانات التوقيع الالكتروني. وبتاريخ 18 أفريل 2002 صدر أيضا المرسوم رقم 2002-535 والذي يتضمن القواعد والأحكام الخاصة بحماية وأمن عرض المنتجات وأنظمة المعلومات.

4- إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص 250

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

الفرع الثالث: التنظيم القانوني للتوقيع الالكتروني في التشريعات العربية: سنعرض لمفهوم التوقيع الالكتروني في الدول العربية التي أصدرت قوانين لتنظيم التوقيع الالكتروني والتجارة الالكترونية وذلك على النحو التالي:

أولا: في الجزائر: عرف المشرع الجزائري التوقيع الالكتروني حسب المرسوم التنفيذي رقم 07-162 مؤرخ في 30 ماي 2007، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 09 ماي 2001 والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، وحسب المادة 3 مكرر يقصد بالتوقيع الالكتروني: "معطى ينجم عن استخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر و323 مكرر 1 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975".[1]

ثانياً: في تونس: لم يرد نص في القانون التونسي رقم 8 لسنة 2000 بشأن المبادلات والتجارة الالكترونية يتضمن تعريفا للتوقيع الالكتروني واكتفى بتعريف العناصر المؤدية له، حيث تناولت المادة الثانية منه تعريف منظومة أحداث الإمضاء بأنها: "مجموعة وحيدة من عناصر التشفير الشخصية أو مجموعة من المعدات الشخصية المهيأة خصيصا لإحداث إمضاء الكتروني".

كما ورد في ذات المادة تعريف منظومة التدقيق في الإمضاء بأنها: "مجموعة من عناصر التشفير العمومية أو مجموعة من المعدات التي تمكن من التدقيق في الإمضاء الالكتروني".

ثالثاً: في المملكة الأردنية الهاشمية: عرف المشرع الأردني التوقيع الالكترونية في المادة الثانية من القانون رقم 85 لسنة 2001 بشأن المعاملات الالكترونية بأنه: "الأصوات الالكترونية أو الرموز أو المعالجة أو التشفير الرقمي التي تبين هوية الشخص المعني الذي وضع هذه الإشارات على المستند من أجل توقيعه وبغرض الموافقة على مضمونه". ووفقا للمادة 7 من ذات القانون فقد منح المشرع الأردني الحجية القانونية الكاملة للتوقيع الالكتروني شأنه في ذلك شأن التوقيع التقليدي.

رابعاً: في الإمارات العربية المتحدة: عرف المشرع الإماراتي التوقيع الالكتروني في المادة الثانية من القانون رقم 2 لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الالكترونية بأنه: "توقيع مكون من حروف أو أرقام أو رموز أو صوت أو نظام معالجة ذي شكل الكتروني وملحق أو مرتبط منطقيا برسالة الكترونية وممهور بنية توثيق أو اعتماد تلك الرسالة".

خامساً: في مملكة البحرين: عرف المشرع البحريني التوقيع الالكتروني في المادة الأولى من قانون التجارة الالكترونية الصادر في 14 سبتمبر 2002 بأنه: "معلومات في شكل الكتروني تكون موجودة في سجل الكتروني أو مثبتة أو مقترنة به منطقيا، ويمكن للموقع استعمالها لإثبات هويته".

سادساً: في جمهورية مصر العربية: عرف المشرع المصري التوقيع الالكتروني في المادة 1/ج من القانون رقم 15 لسنة 2004 بشأن تنظيم التوقيع الالكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات بأنه: "ما يوضع

1- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 37 المؤرخة في 7 جوان 2007 ص ص 12-13.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

على محرر الكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها، ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره".

سابعاً: في المملكة العربية السعودية: فقد عرف مشروع نظام التعاملات الالكترونية السعودي التوقيع الالكتروني بأنه: "بيانات الكترونية مدرجة في معامل الكتروني(أو مضافة إليه أو مرتبطة به منطقيا)تستخدم لإثبات هوية الموقع وموافقته على التعامل الالكتروني واكتشاف أي تعديل يطرأ على هذا التعامل بعد التوقيع عليه".[1]

المطلب الثاني: صور التوقيع الالكتروني.

أوجدت التقنيات الحديثة صورًا عديدة من التوقيعات الالكترونية لمحاولة استيفاء التوقيع الالكتروني للشروط اللازم توافرها في التوقيع التقليدي وبالتالي اعتماده والاعتداد به قانونًا.

هذه الصور هي التوقيع البيومتري الذي يعتمد على الصفات والخصائص الجسدية والسلوكية للشخص، والتوقيع بالقلم الالكتروني، والتوقيع الكودي أو السري والتوقيع الرقمي التي تعتمد على التشفير وربطه بمفاتيح خاصة لفك الشفرة.

الفرع الأول التوقيع البيومتري: يتم التوقيع البيومتري بأحد الخواص المميزة لكل شخص[2]، أي استخدام هويته، لذا يطلق عليه التوقيع بالخواص الذاتية. تعتمد هذه الصورة على حقيقة علمية هي أن لكل شخص صفات ذاتية خاصة به تختلف من شخص إلى آخر تتميز بالثبات النسبي، فالصفات الجسدية أو البيومترية التي يعتمد عليها التوقيع البيومتري متعددة من أهمها: البصمة الشخصية، بصمة شبكية العين، بصمة الصوت، بصمة الشفاه، خواص اليد البشرية، التوقيع الشخصي...

يؤخذ على هذا التوقيع أنه بالرغم من دقته والأمان والثقة المتوافرة به، إلا أنه ليس بعيدا عن التزوير فيمكن: تسجيل بصمة الصوت ثم إعادة بثها، طلاء الشفاه بمادة معينة تجعلها مطابقة للبصمة الأصلية كذلك تزوير بصمة العين بتقليدها عن طريق بعض أنواع العدسات اللاصقة... بل إن هناك إمكانية خضوع الذبذبات الحاملة للصوت أو الصورة للنسخ وإعادة الاستعمال مما يؤدي لافتقادها للأمن والسرية[3]. وعليه فإن كل وسيلة تقوم بوظيفتي التوقيع وهما تعيين صاحبها والتأكد من انصراف إرادته إلى الالتزام بمضمون ما وقع عليه تصلح لأن تكون توقيعا.

1- رشيد لكتامي، التوقيع الالكتروني وحجيته في الإثبات، ورق عمل مقدمة في ندوة التوقيع الالكتروني، المنعقدة في الرباط، المملكة المغربية في جوان 2006، عن المنظمة العربية للتنمية الإدارية، أعمال المؤتمرات، عنوان: النظم والقواعد القانونية للتجارة الالكترونية، 2008، ص 221.

2- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، توثيق التعاملات الالكترونية ومسؤولية جهة التوثيق اتجاه الغير المتضرر، بحث مقدم بمؤتمر "الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون" المنعقدة بدولة الإمارات العربية، غرفة تجارة صناعة دبي، في الفترة 10-12 ماي 2003، الجزء الخامس، ص 1854.

3- عادل محمود مشرف، وعبد الله إسماعيل عبد الله، ضمانات الأمن والتأمين في شبكة الانترنيت، بحث مقدم بمؤتمر "القانون والكمبيوتر والانترنيت"، المنعقد بدولة الإمارات العربية المتحدة، العين، في الفترة من 1-3 ماي 2000.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

الفرع الثاني: التوقيع بالقلم الالكتروني: التوقيع بالقلم الالكتروني هو طريقة حديثة من طرق التوقيع البيومترى ويتم هذا التوقيع بقيام الشخص بالتوقيع على شاشة جهاز الحاسب الآلي باستخدام قلم الكتروني خاص، يستوجب جهاز حاسب آليا ذا مواصفات خاصة تمكنه من أداء مهمته في التقاط التوقيع من شاشته.

هذه الصورة يتم حفظ صورة التوقيع الشخص بذاكرة الحاسب الآلي، وعندما يرسل مستند الكتروني موقع بخط يده عن طريق القلم الالكتروني يتم المضاهاة بين التوقيع المرسل والتوقيع المخزن بذاكرة الحاسب. يتم التحقق من صحة التوقيع بالاستناد إلى حركة القلم الالكتروني والأشكال التي يتخذها من انحناءات أو التواءات وغير ذلك من سمات خاصة بالتوقيع، الخاص بالموقع.

إذا كان تزوير هذه الصورة من صور التوقيع الالكتروني يفوق في الصعوبة تزوير التوقيع على المستندات الورقية ذلك أن عملية المقارنة بين التوقيع بالقلم ونسخة التوقيع بخط اليد تتم من خلال تقنية تتسم بدقة كبيرة بحيث يسهل اكتشاف التزوير، فإنها لا تتمتع بأي درجة من الأمان اللازم توافرها بالتوقيع حتى يمكن الاعتداد بها في الإثبات، إذ أن المرسل إليه صورة التوقيع يستطيع أن يحتفظ بصورة من ذلك التوقيع ثم يعيد وضعها على أي وثيقة من الوثائق المحررة على الوسائط الالكترونية وينسبها لصاحب التوقيع.

بيد أنه يفضل استعمال هذا الإمضاء[1] عبر شبكات (Intranet) أو (Extranet) وهي شبكات أكثر أمانًا من شبكة Internet، إذ أن المتعاملين عليها بصفة عامة يعرفون بعضهم البعض.

الفرع الثالث: التوقيع عن طريق البطاقة المقترنة بالرقم السري (التوقيع الكودي): غالبا ما يرتبط التوقيع السري بالبطاقات البلاستيكية والبطاقات الممغنطة وغيرها من البطاقات الحديثة المشابهة والمزودة بذاكرة الكترونية، ويتم توقيع التعاملات الالكترونية وفقا لهذه الطريقة باستخدام مجموعة من الأرقام أو الحروف أو كليهما، يختارها صاحب التوقيع لتحديد شخصيته ولا تكون معلومة إلا له ولمن يبلغه به[2]. وتسمى هذه الطريقة بالإنجليزية اختصارا "P.I.N".

ينتشر استعمال التوقيع السري أو الكودي في عمليات المصارف والدفع الالكتروني حيث تحرص البنوك على تنظيم عملية الإثبات بمقتضى اتفاق مع حامل البطاقة في العمل توجد صور عدة لهذه البطاقات[3] مثل: بطاقة "VISA"و"Master card" و"American Express". تعمل هذه البطاقات بنظامين هما نظام "Off-Line" ونظام "On-Line" وتنحصر إجراءات التوقيع بالموافقة على عمليات السحب النقدي أو السداد بالبطاقة في:[4]

*إدخال البطاقة والتي تحتوي على البيانات الخاصة بالعميل في جهاز الصرف الآلي.

*إدخال الرقم السري الخاص بالعميل والذي لا يعلم به سواه.

1- المنصف قرطاس، حجية الإمضاء الالكتروني أمام القضاء، بحث منشور بمجلة "التجارة الالكترونية والخدمات المصرفية والمالية عبر الانترنيت"، اتحاد المصارف العربية، 2000، ص 237.

2- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 1853.

3- نجوى أبو هيبة، التوقيع الالكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون ناشر، ص 67.

4- إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص 263.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

إصدار الأمر بالسحب أو بالسداد بالموافقة على العملية بالضغط على المفتاح الذي يكتمل به التعبير عن الإرادة في قبول العملية حيث يتم صرف المبلغ المطلوب أو سداده ثم تعاد البطاقة للعميل.

أقر القضاء الفرنسي مبكرا التوقيع الالكتروني بالبطاقات الالكترونية المقترنة بالرقم السري واعترف لها بالحجية الكاملة في الإثبات، حيث استند القضاء الفرنسي في منحه الحجية القانونية على الاتفاقات التي تبرم بين ذوي الشأن. وعليه فإن هذا النوع من أنواع التوقيع لا يصلح لإعداد الدليل "المستند" الكتابي المهيأ للإثبات، لأنه لا يتم إلحاقه بأي محرر كتابي، إنما يتم تسجيله في وثائق البنك منفصلا عن أي وثيقة تعاقدية.

الفرع الرابع: التوقيع الرقمي: التوقيع الرقمي عبارة عن: "أرقام مطبوعة تسمى "HASH" لمحتوى المعاملة التي يتم التوقيع عليها بالطريقة ذاتها، أي باستخدام الأرقام".[1]

يتم الحصول على التوقيع الرقمي عن طريق التشفير"Le cryptographic" بتحويل المحرر المكتوب والتوقيع الوارد عليه من نمط الكتابة العادية إلى معادلة رياضية باستخدام مفاتيح سرية وطرق حسابية معقدة "لوغاريتمات".

يمكننا القول أن المرسل يستخدم المفتاح الخاص لتوقيع الوثيقة الكترونيا بصورة مشفرة والمستقبل يتحقق من صحة التوقيع عن طريق استخدام المفتاح العام للمرسل لفك الشفرة.

إن التوقيع الرقمي يحقق أعلى درجات الثقة والأمان لعدة أمور هي:[2]

*باستخدام التوقيع الرقمي يتحقق الارتباط بين المستند الكتابي والتوقيع الوارد عليه.

*يضمن عدم إمكان التدخل في مضمون التوقيع أو مضمون المحرر الذي يرتبط به.

*يؤدي إلى التحقق من هوية الموقع، وأن الرسالة الموقعة منه تنسب إليه، فلا يمكن للموقع إنكار أن المستند الموقع منه لا ينسب إليه، ويرجع ذلك إلى الارتباط التام بين المفتاح العام والخاص.

*يعبر بطريقة واضحة عن إرادة صاحبه للالتزام بالتصرف القانوني وقبوله لمضمونه، بذلك فهو يحقق كافة الشروط التي يتطلبها القانون في المحرر لكي يصلح أن يكون دليلا كتابيا كاملا.

*يضاف إلى ما سبق أن التوقيع الرقمي يحقق سرية المعلومات التي تتضمنها المحررات الالكترونية حيث لا يمكن قراءة تلك المحررات إلا ممن أرسلت إليه وباستخدام المفتاح العام للمرسل.

– لضمان الأمان في عملية التشفير الخاصة بالتوقيع الالكتروني فقد وجدت الحاجة إلى طرف ثالث في عملية التجارة الالكترونية يكون محل ثقة طرفي العقد والذي يتمثل في هيئة مختصة يكون لها سلطة توثيق التوقيع الالكتروني، لذا يتم تسجيل التوقيع الرقمي لدى جهات متخصصة في إصداره بناءً على طلب العملاء. [3]

– يجب عدم الخلط بين أمرين هما: تشفير التوقيع وتشفير الرسالة، فإذا كانا يتفقان على أنه يمكن تشفيرهما إلا أن الفارق هو أن تشفير الرسالة الالكترونية يشملها بأكملها بما في ذلك التوقيع.

1– إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 1856.

2-BENSOUSSAN (A). Le commerce électronique, aspects juridiques, op, cit. P 45.

3– ثروت عبد الحميد، التوقيع الالكتروني، دار النيل للطباعة والنشر، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، 2001، ص 63.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R
خلاصة القول هي أن هذه الصور تتباين فيما بينها من حيث درجة الثقة وذلك بحسب الإجراءات المتبعة في إصدارها وتأمينها والتقنيات التي تتيحها ولا شك أن هذه التقنيات في تطور مستمر بهدف إيجاد نظام آمن يضمن الحفاظ على الحقوق.

المطلب الثالث: وظائف التوقيع الالكتروني

سبق وأن بينا ماهية التوقيع الالكتروني والتعريف التشريعي والفقهي له ولاحظنا أن الكثير من التشريعات عرفت التوقيع من خلال الوظائف التي يؤديها وهي تمييز الشخص الموقع والتعبير عن إرادته بالموافقة على مضمون التصرف، لذا نلخص الوظائف فيمايلي:

الفرع الأول: تحديد شخصية أو هوية الشخص الموقع: وهو الشخص الملتزم بالتوقيع وهذا من أساسيات التوقيع، إذ أن الغاية من التوقيع هو نسبة ما ورد في المحرر أو السند للشخص الموقع.

إن معظم الفقه يرى أن التواقيع الالكترونية يتم بواسطتها تحديد هوية الموقع، إذا ما روعيت وسائل الأمان المتبعة، كما أن التوقيع يستطيع تأدية هذه الوظيفة باختلاف نوع التواقيع الالكترونية المستخدمة، فمثلا استخدام تقنية الماسح الضوئي الذي يقوم بنقل التوقيع الصادر إلى شاشة الكمبيوتر لا يمكنه تأدية هذه الوظيفة في ظل التقدم التكنولوجي وإمكانية استخدام هذه التقنية من قبل العابثين، ذلك عكس ما عليه الحال في التوقيع الرقمي الذي يستخدم وسائل أكثر أمانا.[1]

أخيرا يجب الإشارة إلى أنه قد ظهرت في مختلف الدول شركات متخصصة وتقنيات متطورة من أجل تنفيذ عملية حماية التوقيع الالكتروني وتأمينها. وقد أشار المشرع الأردني في المادة 32/ب من قانون المعاملات الالكترونية إلى ضرورة إصدار شهادة التوثيق من جهة مرخصة أو معتمدة سواء في الأردن أو في دولة أخرى. كما أن المشرع المصري أشار إلى هيئة التصديق في المادتين 9،7 من اللائحة التنفيذية والخدمات التي تقدمها هيئة تنمية تكنولوجيا المعلومات من أجل تأمين التوقيع الالكتروني وخدمات الفحص الالكتروني وتحديد شخص الموقع على المحرر الالكتروني.[2]

ولقد عرف المشرع الجزائري الموقع في المادة 3 مكرر[3] بأنه: "شخص طبيعي يتصرف لحسابه الخاص أو لحساب الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمثله ويضع موضع التنفيذ جهاز إنشاء التوقيع الالكتروني". هنا حدد المشرع الجزائري هوية الموقع أو شخصيته بتعبير عن الحساب الخاص للموقع أو حساب الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمثله، فهو قد حدد ذاتية الشخص أو ذمته.

كما عرّف المشرع الجزائري في نفس المادة مصطلح الشهادة الالكترونية بأنها: "وثيقة في شكل الكتروني تثبت الصلة بين معطيات فحص التوقيع الالكتروني والموقع" ويعني بها التحقق من هوية الشخص الموقع من خلال الشهادة الالكترونية.

1- حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص 45.

2- يوسف أحمد النوافلة، مرجع سابق، ص 99.

3- المرسوم التنفيذي رقم162/07 المؤرخ في 30ماي 2007،ج .ر.ع، 37، الصادرة بتاريخ، 7 جوان 2007، ص 13.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

الفرع الثاني: التعبير عن ارادة الشخص الموقع بمضمون السند (المحرر): فالتوقيع الالكتروني الموثق والمؤمن والصادر وفق الضوابط الفنية والتقنية قرينة على أن الشخص الموقع قد وافق على مضمون المحرر الالكتروني والبيانات الواردة فيه ما لم يثبت خلاف لذلك.

نصت المادة 32/ب من قانون المعاملات الأردني على أنه: "إذا لم يكن السجل الالكتروني أو التوقيع الالكتروني موثقاً فليس له أي حجية."

وتضمنت المادة 11 من قانون البيانات الأردني بخصوص حجية السند العادي في الإثبات بأن من يريد إنكار مضمون السند المحتج به اتجاهه عليه أن ينكر توقيعه الوارد عليه. بالتالي فإن التوقيع الالكتروني له وظيفة هامة في التعبير عن إرادة الشخص الموقع بالالتزام والقبول بما ورد في المحرر الالكتروني وأن قيام الشخص الموقع بالتوقيع الالكتروني على المحرر متى كان التوقيع موثقا ومؤمنا حسب الأصول يعتبر أداة للتعبير عن رضا الشخص الموقع بما ورد في المحرر الالكتروني.[1]

فالتوقيع الالكتروني باستخدام إحدى صور التوقيع الالكتروني المشار إليها سلفا يعني أنه يؤدي الوظيفة ذاتها التي يؤديها التوقيع التقليدي وهي التعبير عن رضا الموقع بما ورد في السند.

يشار هنا فقط لضرورة اقتران التوقيع الالكتروني بوسائل الأمان والثقة خوفا من إساءة استخدام التوقيع من قبل الآخرين وإتباع إجراءات التوثيق والأمان للحفاظ على التوقيع الالكتروني وضمان عدم إساءة استخدامه.[2]

الفرع الثالث: إثبات سلامة العقد: لا يقصد بذلك أن التوقيع يضفي الحجية على سلامة العقد وصحته وحجيته، إنما قرينة تقبل إثبات العكس على سلامة محتوى العقد وصحته وعدم المساس بمضمونه أو العبث به، إذ أنه حتى لو ثبتت سلامة العقد من خلال استخدام التوقيع الالكتروني المؤمن والمشفر والذي يضمن عدم العبث بمحتوى العقد فإن من الممكن إثبات عدم حجية المحرر الالكتروني أو بطلانه.[3]

تنص المادة 31/د من قانون المعاملات الالكترونية الأردني على أن التوقيع الالكتروني يكون موثقا عندما يرتبط بالسجل بصورة لا تسمح بإجراء أي تعديل على المحرر بعد توقيعه وتضمنت المادة 2/هـــ من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني المصري على ذات المضمون حيث أنه وفي المحررات الالكترونية تختفي بيئة الورق وتظهر لدينا بيئة الحاسبات وشاشات الكمبيوتر التي تحفظ بها المعلومات على دعامات يسهل التلاعب بها، وهنا تظهر لنا أهمية التوقيع الالكتروني.

في الأخير يمكن القول أن التوقيع الالكتروني يستطيع أن يؤدي دوره في الإثبات خاصة أن وسائل الأمان في مجال العقود الالكترونية مهمة صعبة وشاقة.[4]

المبحث الثاني: شروط التوقيع الالكتروني، دوره في الإثبات ونطاق حجيته

1- سعيد السيد قنديل، التوقيع الالكتروني، ماهيته، صوره، حجيته في الإثبات، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص 50.

2- حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص 46.

3- يوسف أحمد النوافلة، مرجع سابق، ص 101.

4- ضياء أمين مشيمش، التوقيع الالكتروني، دراسة مقارنة، المنشورات الحقوقية، 2003، ص 155.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
إن منح القيمة القانونية للتوقيع الالكتروني ومساواته بالتوقيع التقليدي يعتمد على توافر شروط معينة تعزز من هذا التوقيع وتوفر فيه الثقة، فيثور التساؤل حول مدى استكمال التوقيع الالكتروني للشروط التي يتطلبها القانون ي التوقيع (بصفة عامة) حتى يمكن منح المحرر حجيته في الإثبات، ومدى وجود أنظمة معلوماتية عالية الثقة والأمان يمكن التعويل عليها في منح المحررات الالكترونية المستخرجة منها القبول والاعتماد.

المطلب الأول: شروط التوقيع الالكتروني

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 1/6 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]

*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.

كما أقر التوجيه **الأوروبي** اتفاقات الإثبات التي بموجبها يتفق أطرافها على شروط قبول التوقيعات الالكترونية في الإثبات.[2] وقد أوضح في المادة 2/2 الشروط التي يتعين توافرها في التوقيع المعزز وهي:[3]

*أن يرتبط فقط بالشخص الموقع.

*أن يسمح بتحديد شخصية أو هوية الشخص الموقع.

*أن يتم بوسائل يستطيع الشخص الموقع من خلالها الاحتفاظ به والسيطرة عليه بشكل حصري.

*أن يرتبط ببيانات تخرجه في شكل يسمح بإمكانية كشف كل تعديلات لاحقة على هذه البيانات.

1- إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص 278.

2- إيمان مأمون أحمد سليمان، نفس المرجع، ص 281.

3- إيمان مأمون أحمد سليمان، نفس المرجع، ص 280.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

هذه الشروط هي ذاتها الشروط التي أوردها قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الإماراتي رقم 2 لعام 2002 في المادة 20 بشأن تحديد شروط التوقيع الالكتروني المحمي.

أما في مصر فقد اشترط القانون الخاص بالتوقيع الالكتروني رقم 15 لسنة 2004 في المادة 18حتى يمنح التوقيع الحجية في الإثبات أن تتوافر فيه عدة شروط وهي: [1]

*أن يرتبط التوقيع الالكتروني بالشخص الموقع وحده دون غيره.

*أن يسطر الشخص الموقع وحده دون غيره على الوسيط الالكتروني.

*إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الالكتروني أو التوقيع الالكتروني.

نلاحظ من خلال ما سبق أن كل التشريعات السابقة الذكر تقترب أو تتشابه في وضع شروط للتوقيع الالكتروني حتى يمكن الاحتجاج به.

غير أن القانون الفرنسي صاغ هذه الشروط على الوسيلة المستخدمة في التوقيع الالكتروني، ونص في المادة 4/1316 من القانون المدني بعد إضافة هذه الفقرة بمقتضى القانون 230 لسنة 2000 الصادر في 13 مارس 2000، فقد أحال إلى مرسوم يصدر بعد ذلك ليحدد الشروط الواجب توافرها حتى يتمتع التوقيع الالكتروني بقرينة الثقة، قد صدر هذا المرسوم في 30 مارس 2001 برقم 272 لسنة 2001 وقد حددت المادة 2 منه الشروط الواجب توافرها في الأداة التي يتم إنشاء التوقيع الالكتروني بها حتى يتمتع بالحجية أو قرينة الثقة. ذلك بصفة عامة ثم تناولها بالتفصيل في مواد أخرى من المرسوم.

بالتالي المرسوم ينص على ثلاثة شروط يجب توافرها في الوسيلة المستخدمة في إنشاء التوقيع الالكتروني حتى يتمتع بالحجية وهي:

*أن يكون التوقيع الالكتروني توقيعا آمنا.

*أن يتم إنشاؤه بمقتضى أداة آمنة.

*أن يتم التأكد من صحته بشهادة تصديق معتمدة.

اعتمد المشرع الجزائري التوقيع الالكتروني لأول مرة في نص المادة 2/327 من القانون المدني المعدلة بالقانون 10/05 والتي تنص على: "...يعتد بالتوقيع الالكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر..." وذلك من أجل إضفاء الحجية على المحررات الالكترونية بصفة عامة والتوقيع الالكتروني بصفة خاصة حتى يمكن الاعتداد به في الإثبات. ولتناول هذه الشروط نقسم هذا المطلب إلى فرعين كما يلي:

الفرع الأول: التوقيع الالكتروني الآمن: فقد نصت عليه المادة 2/1 من المرسوم الفرنسي رقم272 لسنة 2001 على المقصود بالتوقيع الالكتروني الآمن (الذي يطلق عليه التوجيه الأوروبي مصطلح التوقيع الالكتروني المتقدم) بأنه: "التوقيع الالكتروني الذي يحقق الشروط الآتية:[2]

1- إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص 281.

2- سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنيت، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص 457.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
أن يكون خاصاً بالشخص الموقع.

*أن يتم إنشاؤه بوسائل تقع تحت سيطرة الشخص الموقع وحده.

*أن يرتبط بالمحرر ارتباطا وثيقا بحيث أن كل تعديل في المحرر أو السند بعد ذلك يتم اكتشافه"[1]

أما المشرع الجزائري فقد أورد الشروط الواجب توافرها في التوقيع الالكتروني المؤمن في المادة 3 مكرر بقوله أن: التوقيع الالكتروني المؤمن: "هو توقيع الكتروني يفي بالمتطلبات الآتية:

*أن يكون خاصًا بالموقع.

*أن يتم إنشاؤه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحصرية.

*أن يضمن مع الفعل المرتبط به صلة بحيث يكون كل تعديل لاحق للفعل قابلا للكشف عنه".

الفرع الثاني: أداة إنشاء التوقيع الالكتروني الآمنة: أورد المشرع الجزائري تعريفا لأداة إنشاء التوقيع الالكتروني المؤمن وسماها بجهاز مأمون لإنشاء توقيع الكتروني في المادة 3 مكرر فعرفه بأنه: "جهاز إنشاء توقيع الكتروني يفي بالمتطلبات المحددة" فاستعمل المشرع عبارة المتطلبات المحددة يعني بها الشروط التي تتعلق بحماية البيانات والمعطيات لإنشاء التوقيع لكنه لم يحصر هذه الشروط حتى تتماشى والتكنولوجيات المستجدة.

كما أورد كل من القانون الفرنسي والتوجيه الأوروبي شروطا يجب توافرها في الأداة المستخدمة في إنشاء التوقيع الالكتروني. فقد أورد المشرع الفرنسي هذه الشروط في المادة 3 من المرسوم رقم 272 لسنة 2001، وأوردها التوجيه الأوروبي في الملحق الثالث له، ولم ترد مثل هذه الشروط في قانون اليونيسترال النموذجي للتوقيعات الالكترونية، كما أوردها المشرع المصري في اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني.

الشروط التي تطلبها المرسوم والتوجيه الأوروبي هي أربعة، الثلاثة شروط الأولى منها، تتعلق بالوسائل التقنية لحماية معطيات إنشاء التوقيع، والشرط الأخير يهدف إلى أن يتضمن أداة إنشاء التوقيع ألا تكون عائقاً على أن يعلم الموقع علمًا تامًا بمضمون المحرر قبل التوقيع عليه، وأن لا تؤدي أداة التوقيع لتغيير في المحرر الموقع.[2]

الشروط الثلاثة التي تتعلق بحماية معطيات إنشاء التوقيع هي:[3]

*لا يمكن أن يتم إنشاء بيانات التوقيع أكثر من مرة وأن تكون سريتها مكفولة.

*أن لا يمكن استنباط بيانات التوقيع أو تقليدها.

*أن يتم حماية بيانات التوقيع بواسطة الشخص الموقع ضد أي استعمال من لغير.

أما الشرط الرابع هو أن لا تؤدي أداة إنشاء التوقيع إلى حدوث أي تغيير في مضمون المحرر الموقع وأن لا تكون هذه الأداة عائقا في إمكانية معرفة الشخص الموقع التامة بمضمون المحرر قبل أن يقوم بالتوقيع عليه.

كل هذه الشروط السابقة تهدف إلى أن يكون التوقيع الالكتروني نظيرا وظيفيا للتوقيع التقليدي حتى يمكن للتوقيع الالكتروني أن يتمتع بالحجية ويتمتع بنفس الآثار القانونية.

1- هذه الشروط مستوحاة من المادة 2 من التوجيه الأوروبي.

2-LAMBERTERIE et J.F0BLANCHETTE ? Le décret du 30 Mars 2001 relative à la signature électronique, art, Précis.

3- Art 3/1/1 de Décret n° 2001-272 I-un dispositif sécurisé de création de signature électronique.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

الفرع الثالث: شهادة التصديق المعتمدة: إن الشرط الثالث من شروط تمتع التوقيع الالكتروني بالحجية هو أن يتم التحقق من هوية الشخص الموقع من خلال شهادة تصديق الكتروني معتمدة، وقد تطلب هذا الشرط تقريباً في جل القوانين المهتمة بهذا الأمر.

فقد نصت المادة 1/5 من التوجيه الأوروبي على أن التوقيع الالكتروني الذي يتمتع بحجية مساوية لحجية التوقيع الخطي من أحد شروطه أن يكون مبنيًا على شهادة تصديق معتمدة.

وأما في للقانون الفرنسي فقد نصت المادة 2 من المرسوم رقم 272 لسنة 2001 على أن من أحد شروط تمتع التوقيع الالكتروني بقرينة الثقة هو أن يكون مبنيًا على شهادة تصديق معتمدة وكانت الشهادة تتضمن البيانات التي نصت عليها المادة 1/6 من ذات المرسوم.

أما بالنسبة للقانون المصري فقد نصت المادة 9/أ من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني على الشرط الخاص بوجوب ارتباط التوقيع الالكتروني بشهادة تصديق الكتروني معتمدة. فجهة التصديق المرخص لها هي جهة التصديق التي تتمتع بالجنسية المصرية أما جهة التصديق المعتمدة فهي جهة التصديق الأجنبية.[1]

أما بخصوص القانون الجزائري فقد نصت المادة 3 مكرر من المرسوم 162/07 على الشهادة الالكترونية والشهادة الالكترونية الموصوفة وأعطت كلا المصطلحين تعريفًا: فالشهادة الالكترونية هي: "وثيقة في شكل الكتروني تثبت الصلة بين معطيات فحص التوقيع الالكتروني والموقع". وأما الشهادة الالكترونية الموصوفة هي: "شهادة الكترونية تستجيب للمتطلبات المحددة".

فنلاحظ من خلال النصين أن كلا الشهادتين تفي بوجوب ارتباط التوقيع الالكتروني بشهادة الكترونية وهذه الأخيرة لا تأتي إلا من جهة تصديق الكتروني معتمدة.

المطلب الثاني: دور التوقيع الالكتروني في الإثبات

قد يبدو لأول وهلة أن التوقيع الالكتروني يعجز عن أداء الوظائف المنوطة بالتوقيع التقليدي، أي تحديد هوية الشخص الموقع والتعبير عن رضائه بمضمون المحرر ويرجع ذلك إلى الوسيلة التي يتم بها.

فالتوقيع الالكتروني لكونه منفصلا عن شخصية صاحبه ووجوده ضمن المحرر على وسيط الكتروني، لا يحقق نفس ضمانات التوقيع التقليدي، إذ يمكن للقراصنة اختراق أنظمة المعلومات والتقاط صورة التوقيع أو فك شفرته ثم استخدامه بدون علم صاحبه. وكذا ظهور حالات عديدة لتزوير بطاقات الائتمان، بالإضافة إلى الفيروسات التي تهدد بإتلاف الملفات المحفوظة مما يؤدي إلى اضطراب التعامل. كل ذلك يدعو إلى التشكيك في التوقيع الالكتروني وفي أدائه لدوره مما يعرقل في إعطائه قيمته القانونية. لهذا الغرض سنقسم هذا المطلب إلى فرعين كالآتي:

الفرع الأول: دور التوقيع الالكتروني: التوقيع بصفة عامة عنصر أساسي لحجية الدليل المعد للإثبات، فالمحرر دون توقيع ليس له حجية ملزمة للقاضي، وبوجه عام يمكن القول أن التوقيع له ثلاثة أدوار رئيسية وهي:[1]

1- سامح عبد الواحد التهامي، مرجع سابق، ص 473.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

أولاً: أن التوقيع وسيلة لتحديد هوية الشخص الموقع: مفاد ذلك، أن التوقيع يُمَكِّنُ من تحديد شخصية الموقع وتمييزه عن غيره، كما يتيح تحديد سلطة الشخص الموقع للتوقيع، فالشخص الموقع قد يكون هو الطرف الأصيل في التعاقد وقد لا يكون كذلك كما لو كان وكيلاً أو وليًا أو وصيًا على القاصر أو ممثلاً عن الشخص المعنوي، ففي جميع هذه الحالات يجب على الشخص الموقع أن يحدد هويته كما يوضح سلطته في التوقيع.[2]

ثانياً: أن التوقيع تعبير عن رضاء الشخص الموقع بمضمون المحرر: فعندما يضع الشخص الموقع توقيعه على المحرر فهو يعبر عن التزامه بمضمون المحرر وإقراره له، وقد جرت العادة على وضع التوقيع في آخر المحرر، حتى يكون منسجمًا على جميع البيانات الواردة بالمحرر وأمنًا بعدم الإضافة به بعد التوقيع دون علم الشخص الموقع.

ثالثاً: أن التوقيع دليل على الحضور الجسدي للشخص الموقع: التوقيع بالإمضاء دليل على الحضور الجسدي لصاحبه وإقراره لما ورد بالمحرر.[3]

فالمشرع المصري أقر بالتوقيع بالختم وببصمة الأصبع، غير أن التوقيع بالختم يشوبه العيب لانفصاله عن شخص صاحبه حيث يسهل تقليده أوقد يُؤخذ الختم ويتم التوقيع به دون علم صاحبه.

وعلى عكس الوضع الذي أقره المشرع المصري، نجد المشرع الفرنسي الذي لم يقر ببصمة الأصبع كطريقة للتوقيع، و لم يجز التوقيع ببصمة الختم إلا في المسائل التجارية التي أجاز بها التوقيع بالخاتم. على ذلك فإن التوقيع بالختم فقط لا يدل على الحضور الجسدي للشخص الموقع.

هناك مسألة أخرى تتصل بالحضور الشخصي للموقع، وهي مسألة تحديد أهلية الشخص الموقع، إذ أن الحضور الشخصي لطرفي العقد يُمَكِن من التحقق من أهلية كل طرف للتعاقد، وهذا الأمر غير متوفر بالعقد الالكتروني بالتالي تتواجد احتمالية أن يكون أحد أطراف التعاقد غير ذي أهلية.

الفرع الثاني: مدى أداء التوقيع الالكتروني لدوره: قد نص القانون النموذجي للتجارة الالكترونية في مادته السابعة التي تحدد مصطلح "التوقيع" على أنه: "عندما يشترط القانون توقيع شخص ما فإن رسالة البيانات تعتبر مستوفية لهذا الشرط[4] إذا استخدمت طريقة تسمح بتمييز هذا الشخص وتحديد هويته والتدليل على موافقته على المعلومات الواردة ضمن رسالة البيانات، فكانت تلك الطريقة جديرة بالتعويل عليها بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت من أجله رسالة البيانات في ضوء كل الظروف بما في ذلك أي اتفاق متصل بالأمر".

لقد عرضنا فيما سبق قيام التوقيع بثلاث وظائف وذلك حتى يؤدي دوره الكامل في الإثبات، وهي قدرته على التحديد الدقيق لشخصية صاحبه، وقدرته على التعبير عن إرادته في الرضا بالتعاقد والقبول بالالتزام به، وأخيرا قدرته للدلالة على الحضور الجسدي لصاحبه.

1- محمد المرسي زهرة، حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات، دراسة مقارنة، بحث منشور بمجلة الشؤون الاجتماعية، العدد 48، السنة 12، 1995، ص 157

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء2، نظرية الالتزام بوجه عام، المجلد2، الإثبات، مؤسسة الأمل بيروت، لبنان2007، بند 106

3- محمد المرسي زهرة، مدى حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات، دراسة مقارنة، مجلة "شؤون اجتماعية"، العدد 48، السنة الثانية عشر 1995، ص 91.

4- إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص 287.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

بيد أن هذه الوظيفة الأخيرة إذا كانت تتفق مع التوقيع التقليدي حيث يبرم العقد بحضور طرفي العقد في مجلس واحد، حيث يكون ذلك دليلاً على حضور الشخص الموقع شخصيًا وجسديًا، فإن الأمر يختلف في التوقيع الالكتروني الذي يتم عبر وسائل الاتصال الحديثة بالتالي ينعدم الالتقاء المادي للطرفين. وعليه سنتطرق لمدى أداء التوقيع الالكتروني لدوره حسب صورة التوقيع المتبعة.

أولاً: مدى أداء التوقيع الرقمي لدوره: إن التوقيع الرقمي يعتمد على تقنيات تكفل قيامه بوظائف التوقيع التقليدي من حيث تعيين هوية صاحب التوقيع وأنه هو من وضع توقيعه على الرسالة، مما يعني إقراره لمضمون ما وضع توقيعه عليه.[1]

ثانياً: مدى أداء التوقيع عن طريق البطاقة المقترنة بالرقم السري لدوره: إن استخدام التوقيع الالكتروني المصحوب بتقنيات متقدمة تكفل الثقة به وبإجراءات خاصة لتأمينه من العبث به، يمكن أن يقوم بالوظائف التي يقوم بها التوقيع التقليدي.[2]

ثالثاً: مدى أداء التوقيع بالقلم الالكتروني لدوره: إن هذا النوع من التوقيع الالكتروني لا يحقق أي قدر من الثقة في تحديد شخصية من صدر منه، ويرجع السبب في ذلك لإمكانية تلقف صورة التوقيع من أي شخص واستخدامها دون علم صاحب التوقيع مع ذلك فإن منح الثقة بهذا النوع من التوقيع تعتمد على نوع التكنولوجيا المستخدمة التي تعمل على تأمين التوقيع.[3]

مما سبق يتبين لنا أن التوقيع الالكتروني يؤدي ذات دور التوقيع التقليدي وأن وجه الاختلاف بينهما يرجع لطبيعة العقد الموقع عليه، فالتوقيع التقليدي يكون بالعقد الالكتروني والذي يبرم عبر وسائل الاتصال الالكترونية. لذا فإن المشكلة لا تدخل في نطاق القانون بل في استعمال التقنية، حيث يوجد عائق قانوني يمنع من منح التوقيع الالكتروني حجيته القانونية أسوة بنظيره التقليدي.

المطلب الثالث: نطاق حجية التوقيع الالكتروني وضوابطها

إن معظم التشريعات التي أولت اهتمامًا كبيرًا بالتوقيع الالكتروني، و لم تعارض استخداماته في المعاملات الالكترونية بين الأشخاص في جميع المستويات جعلت له حجية تتماشى وتحقيق الأثر القانوني المراد من التوقيع.

الفرع الأول: نطاق حجية التوقيع الالكتروني: يمكن القول أن القانون النموذجي جاء لوضع الأسس والقواعد العامة التي تحكم التوقيع الالكتروني في جميع المجالات المعلوماتية (تجارية، إدارية، مدنية...) حيث نص في المادة الأولى منه والمعنونة بـــ: "نطاق الانطباق" على ما يلي: "ينطبق هذا القانون حيثما يستخدم توقيعًا الكترونياً في سياق أنشطة تجارية وهو لا يلغي أي قاعدة قانونية يكون القصد منها حماية المستهلكين".[4]

1- حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص 46.

2- إيمان مأمون أحمد سليمان، نفس المرجع، ص 292.

3- حسن عبد الباسط جميعي، نفس المرجع، ص 45.

4- أمير فرج يوسف، مرجع سابق، ص 226.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

إن المبرر الأكثر نجاعة في إثبات كون القانون النموذجي يمتد في نطاق تطبيقه إلى أكثر من مجال هو دليل إشتراعه من جهة، إذ بالرجوع إلى الغرض من القانون وفق الأعمال التحضيرية نجد أساس ذلك هو إعطاء للتوقيع الالكتروني حجية في اعتماده، كما أن التشريعات اللاحقة لقانون اليونيسترال والمتأثرة به حددت نطاق قوانينها المتعلقة بالتوقيع الالكتروني في جميع المجالات من جهة أخرى، يبقى أن مضمون المادة الأولى من قانون اليونيسترال جاء كسند تاريخي بحكم أن القانون جاء مبدئيا لحماية المعاملات المتعلقة بالأنشطة التجارية وهي المسألة الأكثر رواجًا على المستوى الدولي.[1]

وبالرجوع إلى القانون المصري نجد أن المادة 14 من قانون تنظيم التوقيع الالكتروني تنص على أن للتوقيع الالكتروني في نطاق المعاملات التجارية والمدنية والإدارية ذات الحجية المقررة في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية إذا روعي في إنشائه وإتمامه الشروط المنصوص عليها في هذا القانون والضوابط الفنية والتقنية المحددة في اللائحة التنفيذية.

وعلى ذلك فأولى ما يلاحظ على هذا النص أن المشرع أصبغ حجية مطلقة للتوقيع الالكتروني في المعاملات المدنية والتجارية وكذلك المعاملات الإدارية. وقد أحال المشرع في شأن طبيعة هذه الحجية وحقيقتها إلى نفس حجية التوقيع المقررة في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية.[2]

ومن المعاملات الإدارية قيام الإدارة بإبرام عقد توريد مع أحد الموردين بخصوص إنشاءات أو مواد لازمة لجهة الإدارة، وقيامها بإبرام عقد مقاولة يمكن توقيعه الكترونيًا في نطاق ما يسمى بالحكومة الالكترونية.[3]

في التشريع التونسي فإن القانون رقم 83 لسنة 2000 جاء في الفصل الأول منه أن هذا القانون يضبط القواعد العامة للمبادلات والتجارة الالكترونية، وهو ما يفيد أن نطاق تطبيق القانون التونسي هو جميع المبادلات سواء إدارية، مدنية أو تجارية، غير أن المشرع التونسي أفرد بابا خاصا بالمعاملات التجارية الالكترونية من أصل 07 أبواب وهو ما يفيد أن القانون التونسي جاء من أجل تنظيم المعاملات في شتى المجالات مع العلم أنه لم يفصح على تلك المجالات على خلاف ما فعل المشرع المصري الذي نص صراحة على نطاق تطبيق القانون المتعلق بالتوقيع الالكتروني.

ولقد تعرض المشرع الأردني في قانون المعاملات الالكترونية في المادة 02 منه إلى نطاق حجية التوقيع الالكتروني، أي تطرق إلى المجالات التي يتم فيها التوقيع الالكتروني وتكون له الحجية، إذ نجد المشرع عرف المعاملات بأنها: "إجراء أو مجموعة إجراءات تتم بين طرفين أو أكثر لإنشاء التزامات على طرف واحد أو التزامات تبادلية بين أكثر من طرف ويتعلق بعمل تجاري أو التزام مدني أو بعلاقة مع دائرة حكومية".

فالمشرع الأردني بالرغم من تأثره بقانون اليونيسترال النموذجي هذا الأخير الذي جاءت مادته الأولى تربط القانون بالأنشطة التجارية رغم عمومية وصلاحية مجمل المواد في تطبيعها في شتى المعاملات، إلا أن المشرع

1- أمير فرج يوسف، نفس المرجع، ص 236.

2- عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني للتوقيع الالكتروني، مرجع سابق، ص 367.

3- عبد الفتاح بيومي حجازي، نفس المرجع، ص 135.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

الأردني عمم قانون المعاملات الالكترونية بصريح نص المادة 02 منه ليتسع نطاق تطبيق التوقيع الالكتروني وحجيته في كافة المجالات التجارية المدنية والإدارية.[1]

وبالرجوع إلى التوجيه الأوروبي فإننا نجده يحد العلاقة العقدية بين المورد أو المهني في مجال البيع أو أداء الخدمات. كما تضمن التوجيه الأوروبي حماية المستهلك وبذلك فإن نطاق تطبيق التوقيع الالكتروني وحجيته تكون في المعاملات الالكترونية التي تهدف إلى حماية المستهلك، مع العلم أن عبارة "مستهلك" تستخدم في المجال الاقتصادي بوجه عام والتجاري بوجه خاص، ما يفيد أن نطاق تطبيق التوجيه الأوروبي في بدايته كان في الأنشطة التجارية، إلا أنه سرعان ما أصبح مرجعا أساسيا للدول الأعضاء التطبيقية في شتى المجالات التي تستلزم إدراج التوقيع الالكتروني لإثبات المبادلات الالكترونية بوجه عام.

ويعتبر المشرع الفرنسي الذي تأثر بالتوجيه الأوروبي وكان لزاما عليه تعديل النصوص القانونية المتعلقة بقواعد الإثبات، أول المشرعين تأثرا، إذ صدر المرسوم رقم 2001-741 المنظم للتعاقد عن بعد، وكان التعرض لذلك بوجه عام أي في نطاق المعاملات جميعها (التجارية، المدنية والإدارية) وسرعان ما تدخل المشرع الفرنسي بإدراج نصوص المرسوم في تقنين الاستهلاك الفرنسي.[2]

أما بالنسبة للتشريع المغربي يمكن القول أن قواعد الإثبات التقليدية ظلت جامدة بخصوص منع الاعتراف للتوقيع الالكتروني ومساواته في الإثبات إلى غاية سنة 2007 تاريخ إصدار قانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية والذي أضاف الفصل 3-417 إلى قواعد الإثبات بالكتابة في ظهير الالتزامات والعقود، حيث أصبحت "تتمتع كل وثيقة مذيلة بتوقيع الكتروني مؤمن والمختومة زمنيا بنفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المصادق على صحة توقيعها والمذيلة بتاريخ ثابت"[3] وهنا قد شمل المشرع الغربي جميع المعاملات دون استثناء من معاملات تجارية، إدارية أو مدنية.

بينما المشرع الجزائري فقد اعتد بالتوقيع الالكتروني في نطاق جميع المعاملات، ذلك أنه أخذ بمبدأ التكافؤ الوظيفي بين الإثبات التقليدي والإثبات الالكتروني، وباعتبار أن نص المادة 327 من القانون المدني هي التي جاءت بالمبدأ، وبحكم أن القانون المدني هو الشريعة العامة، فإنه لا خلاف في قبول استعمال التوقيع الالكتروني في نطاق المعاملات بشتى أنواعها.

وكنتيجة فإن نطاق حجية التوقيع الالكتروني يكون في شتى المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ما لم يتعارض مع وجود أحكام خاصة تقيد ذلك، وبحسب الشروط التي يوليها المشرع اهتمامًا وتركيزا من أجل ضبط تلك الحجية.

الفرع الثاني: ضوابط حجية التوقيع الالكتروني: مع عدم الإخلال بالشروط السالفة الذكر والمتعلقة بحجية التوقيع الالكتروني استلزمت بعض التشريعات توافر ضوابط حتى يكون للتوقيع الحجية التامة، وهي ضوابط

1- انظر القانون رقم 85 لسنة 2001 المتعلق بالمعاملات الالكترونية الأردني، الجريدة الرسمية رقم 4524 بتاريخ 31 ديسمبر 2001، ص 6010.

2- شحاتة غريب شلقامي، التعاقد الالكتروني في التشريعات العربية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 20.

3- مولاي حفيظ علوي قاديري، اشكالات التعاقد في التجارة الالكترونية، الشركة المغربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، 2013، ص 83.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

تقنية وتقنية. وبالرجوع للمرسوم التنفيذي الجزائري رقم 07-162 الذي يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 01-123 في المادة 3 مكرر والذي يضبط في شأن التوقيع الالكتروني بأن يكون مؤمنا وله حجيته الكاملة في الإثبات أن تتوفر فيه عدة متطلبات وهي:

1.أن يكون التوقيع الالكتروني خاصا بالموقع.

2.أن يتم إنشاؤه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحصرية.

3.أن يضمن مع الفعل المرتبط به، صلة بحيث يكون وكل تعديل لاحق للفعل قابلا للكشف عنه.

وبالرجوع إلى المادة 08 من اللائحة التنفيذية رقم 109 لسنة 2005 الخاصة بقانون التوقيع الالكتروني المصري، تتحقق حجية الإثبات المقررة للكتابة الالكترونية والمحررات الالكترونية الرسمية أو العرفية لمنشئها، إذا توافرت الضوابط الفنية والتقنية الآتية:

1.أن يكون متاحا فنيا تحديد وقت وتاريخ إنشاء الكتابة الالكترونية أو المحررات الالكترونية.

2.أن يكون متاحا فنيا تحديد مصدر إنشاء الكتابة الالكترونية أو المحررات الالكترونية.

3.في حالة إنشاء وصدور الكتابة الالكترونية أو المحررات الالكترونية دون تدخل بشري جزئي أو كلي، فإن حجيتها تكون متحققة متى أمكن التحقق من وقت وتاريخ إنشائها ومن عدم العبث بهذه الكتابة أو تلك المحررات.[1]

تبقى أن تلك الضوابط رغم أن منظم التشريعات لم تتعرض لها بهذا الطرح إلا أنها تعرضت لها سواء في إطار تحديد الإجراءات اللازمة لتوثيق التوقيع كما فعل المشرع التونسي، أو في إطار تحديد مسألة تأمين التوقيع[2] بما يرتب الأثر القانوني كما فعل المشرع الأردني في المادة 08 من قانون المعاملات الالكترونية.

المبحث الثالث: الحماية القانونية للتوقيع الالكتروني

إن حماية التوقيع الالكتروني هو مطلب جميع المتعاملين بواسطة الوسائط الالكترونية، ذلك أن كل طرف متعاقد الكترونيًا يسعى من خلال معاملاته تلك أن ترتب جميع آثارها القانونية في مواجهة الأطراف الأخرى وكذا في مواجهة الغير.

كما أن جميع الدول التي عالجت منظومة التوقيع الالكتروني في تشريعاتها اقتداء بالمجهودات الدولية في ذلك أصبح متطلبها الأساسي والجوهري هو البحث عن حماية حقيقية للتوقيع الالكتروني.

المطلب الأول: ضوابط حماية التوقيع الالكتروني

لم تضع التشريعات سواء الأجنبية أو العربية ضوابط معينة من أجل حماية التوقيع الالكتروني ولعل السبب في ذلك هو كون الضوابط مرتبطة باستمرار مع التقنية القائمة، إلا أن من التشريعات التي ذكرت بعض

1- محمد حسن منصور، الإثبات التقليدي والالكتروني، مرجع سابق، ص 288.

2- تنص المادة 08 من قانون المعاملات الأردنية على ضوابط يتحقق من خلالها ترتيب الأثر القانوني للسجل الالكتروني حسب المادة 02 من ذات القانون.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
الضوابط الأساسية والمرتبطة بنشاط الموقع طالب الحماية لتوقيعه، وهو الشيء الذي يجعلنا نتطرق لتلك الضوابط مع مقارنة مدى الأخذ بها من طرف التشريعات.

الفرع الأول: اتخاذ احتياطات ضبط منظومة التوقيع الالكتروني: يقصد بهذا الشرط، ضرورة توافر ضوابط ومواصفات معينة تتعلق بكيفية حصول التوقيع الالكتروني -الخاص بصاحب التوقيع- حتى يمكن الحفاظ على مصداقيته لدى الطرف الآخر الذي سيوقع له على وثائق الكترونية تكون حجة في الإثبات فيما بعد، ولذلك يمكن الحصول على التوقيع الالكتروني بإتباع خطوات محددة وهي:

1. اللجوء إلى جهة مختصة ومرخص لها بإصدار الشهادات التي تتعلق بالتوقيع الالكتروني.
2. يتم ذلك مقابل مالي سنويا، لقاء مراجعة الأوراق وإصدار منظومة التوقيع ثم التصديق على الشهادة.
3. تصدر شهادة التوقيع الالكتروني ومعها المفتاح[1] العام والخاص للمستخدم الجديد.
4. يقوم صاحب التوقيع بإرسال رسالته الالكترونية، وتشفير الرسالة باستخدام المفتاح العام والخاص وتكون كذلك موقعة بتوقيعه الالكتروني.
5. يقوم المستقبل للرسالة -وحسب برنامج خاص- بإرسال نسخة من التوقيع الالكتروني إلى الهيئة التي أصدرت شهادة التوقيع وذلك للتأكد من صحة التوقيع وأنه مطابق أم لا.
6. تقوم أجهزة الحاسب الآلي المتخصصة – لدى هيئة التصديق- بمراجعة قاعدة البيانات الخاصة بها والتصديق على صحة التوقيع، ثم تعاد النتيجة والمعلومات الخاصة بالشهادة إلى الأجهزة لدى الهيئة مرة أخرى.
7. تقوم هيئة التصديق بإرسال المعلومات والنتيجة إلى المستقبل مرة أخرى وذلك حتى يتأكد من صحة وسلامة رسالة المستقبل وذلك عن طريق استخدام مفتاحه الخاص إن كان التشفير قد تم بطرق المفتاح العام، أو بواسطة الرقم العام للمرسل ويجيب المرسل إليه على المرسل باستخدام نفس الطريقة وهكذا تتكرر العملية.

كل هذه الخطوات وإن كانت ليست بصيغة مباشرة، اعتمدها المشرع **الجزائري** بحيث أشار الى تعريف بعض المصطلحات بشكل عام وجعلها مرتبة بترتيب ينطبق على الخطوات المذكورة سابقًا. هذه المصطلحات مدرجة ضمن المادة 3 مكرر والتي هي[2]:

1. التوقيع الالكتروني المؤمن
2. الموقع.
3. معطيات إنشاء توقيع الكتروني.
4. جهاز مأمون لإنشاء توقيع الكتروني.
5. معطيات فحص التوقيع الالكتروني.
6. جهات فحص التوقيع الالكتروني.

1- فادي سالم، تشفير البيانات في الانترنيت، مجلة انترنيت العالم العربي، عدد أوت/سبتمبر 1999.

2- المرسوم التنفيذي رقم 162/07، سالف الذكر، ج.ر.ع 37، لـــ 7 جوان 2007، ص 12-13.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
7.الشهادة الالكترونية.

8.الشهادة الالكترونية الموصوفة.

9.مؤدي خدمات التصديق الالكتروني.

10.أهلية مؤدي خدمات التصديق الالكتروني.

بالإضافة للشروط الفنية التي يتعين إرفاقها بطلب الترخيص بصدور منظومة التوقيع الالكتروني، فإن هناك شروط أخرى يلزم بها صاحب التوقيع الالكتروني المزمع إصداره والذي يتولى بعد ذلك إبرام الصفقات ضمن منظومة التجارة الالكترونية ومن هذه الشروط:

1.اتفاق أطراف العقد على الوسائل الفنية التي تسهل عملية الاتصال بينهما عبر شبكة الانترنيت.

2.شروط أمان تتعلق بضمان سلامة التعامل بين أطراف العقد الالكتروني، وذلك كتحديد نوع الرسالة التي يمكن اعتمادها في العلاقات التجارية المتبادلة بينهما.

3.يجب على التاجر الالكتروني أن يحتفظ بأرشيف الكتروني ضمن ملف خاص داخل الحاسب الآلي الخاص به.

وتفصيل ذلك أن القوانين التقليدية تلزم التاجر بأن يحتفظ بدفاتره التجارية لمدة زمنية معينة وتعاقبه جزائياً على عدم الاحتفاظ بهذه السجلات، فقواعد غرفة التجارة الدولية تحبذ هذا التصرف، كما أن القانون النموذجي أشار إلى ضرورة حفظ الوثيقة الالكترونية بمعرفة شخص ثالث، وكما فعل أيضا المشرع الجزائري الذي أشار إلى ضرورة الاحتفاظ بأرشيف الكتروني في تعريفه للتوقيع الالكتروني المؤمن في المادة 3 مكرر من نفس المرسوم.

الفرع الثاني: إعلام جهة التصديق بالاستعمالات غير المشروعة للتوقيع الالكتروني: من شروط التوقيع الالكتروني أن يفصح صاحب التوقيع لمزود خدمة التصديق أو ما يسمى بمؤدي خدمات التصديق الالكتروني حسب المشرع الجزائري (وهي الجهة التي تصدر الشهادة الرقمية بصحة توقيعه الالكتروني) وبأي استعمال غير مشروع لهذا التوقيع الذي صدر عنه، والسبب في ذلك أن مؤدي خدمات التصديق الالكتروني يعطي شهادة رقمية للطرف الآخر في المعاملة مفادها أن التوقيع المراد بها صحيح. الأمر الذي يرتب آثارًا تضمن حق الطرف الأخير. ولذلك لو تم استعمال هذا التوقيع بطريقة غير مشروعة وصادق مؤدي خدمات التصديق الالكتروني على ذلك لاعتبر شريكا في المسؤولية الجزائية –متى كان يعلم بذلك الاستعمال غير المشروع– فضلا عن مسؤوليته المدنية في حالة العلم.

إن قانون اليونيسترال بشأن التوقيع الالكتروني لم يضع الضوابط المتعلقة بالحماية في مواجهة إحدى الأطراف دون الطرف الآخر بل جعل المسؤولية في تجاوز تلك الضوابط لكلٍ بحسب خروجه عن السلوك الواجب قانونًا.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

أما المشرع الجزائري عندما أشار في تعريفه لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني بأنه:[1] "كل شخص في مفهوم المادة 8/8 من القانون رقم 2000-03 المؤرخ في 05 أوت 2000، يسلم شهادات الكترونية أو يقدم خدمات أخرى في مجال التوقيع الالكتروني". وكما أشار أيضا عندما عرف أهلية مؤدي خدمات التصديق الالكتروني بأنه: "...يقدم خدمات مطابقة لمتطلبات نوعية خاصة". لم يحدد الضوابط بشكل مباشر بل تستنتج من خلال عبارتي: (يقدم خدمات أخرى في مجال التوقيع الالكتروني) و(يقدم خدمات مطابقة لمتطلبات نوعية خاصة) لأن مؤدي خدمات التصديق الالكتروني ملزم بالتحري لدقة التوقيع الالكتروني وبأنها مطابقة بفعل ضوابط معينة قبل إصدار شهادة البيانات الرقمية الخاصة بالتوقيع الالكتروني.

جل التشريعات تضع مسؤولية الحفاظ على محتوى العقد الالكتروني الموقع، وتلزم كل طرف له علاقة سواء مباشرة أو غير مباشرة به، فهو سلوك لابد منه، فغالبًا ما يقع على ثلاث أطراف رئيسية وهي:

أولاً: سلوك الموقع: لقد ألزم المشرع في قانون اليونيسترال النموذجي[2] بشأن التوقيعات الالكترونية الموقع بأن يمارس عناية معقولة لاجتناب أي استخدام البيانات إنشاء توقيعه استخدامًا غير مأذون به. كما أن المشرع أكد على أن إخلال الموقع عن الوفاء بما سبق ذكره يرتب تحمل هذا الأخير التبعات القانونية.

أما المشرع الجزائري فقد عرف الموقع بأنه: "شخص طبيعي يتصرف لحسابه الخاص أو لحساب الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمثله ويضع موضع التنفيذ جهاز إنشاء التوقيع الالكتروني" يستفاد من هذا التعريف أن الموقع إذا عمل بخلاف ذلك مثل عدم الوفاء وعدم الالتزام بما هو مدون في المحرر الذي وقعه ترتب عليه تحمل التبعات القانونية.

ثانياً: سلوك مقدم خدمات التصديق: لقد أوجب المشرع في قانون اليونيسترال النموذجي بشأن التوقيع الالكتروني بأن يوفر مقدم خدمات التصديق خدمات لتأييد التوقيع الالكتروني وإعطائه مفعولا قانونيا بصفته توقيعا، وأن من بين التزاماته أن يتصرف وفقا للتأكيدات التي يقدمها وأن يمارس العناية لضمان دقة واكتمال مقاصده الجوهرية ذات الصلة بالشهادة طيلة فترة سريانها، وأكد على أن إخلال مقدم خدمات التصديق عن الوفاء بما سلف ذكره يرتب تحمل هذا الأخير تبعات قانونية. [3]

في حين أشار المشرع الجزائري لسلوك مقدم خدمات التصديق الالكتروني بعبارة "...يقدم خدمات مطابقة لمتطلبات نوعية خاصة" [4] أي بأن يلتزم بتصرفاته وفقا لما تمليه عليه مهنته وإلا فسيترتب عليه تحمل التبعات القانونية.

ثالثاً: سلوك الطرف المعول: المشرع في قانون اليونيسترال أوجب على الطرف المعول اتخاذ خطوات معقولة للتحقق من موثوقية التوقيع الالكتروني كما ألزمه باتخاذ خطوات معقولة إذا ما كان التوقيع مؤيدا بشهادة.

1- الجريدة الرسمية، عدد،37 لسنة 2007 السابقة الذكر ، ص 13.

2- المادة 08 من قانون اليونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية لسنة 2001.

3- أمير فرج يوسف، مرجع سابق، ص 231.

4- حين عرف المقصود بأهلية مؤدي خدمات التصديق الالكتروني في المادة 3 مكرر 1 المرسوم السابق.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R
يعتبر ضابط إعلام جهة التصديق بالاستعمالات غير المشروعة للتوقيع الالكتروني من بين الضوابط القانونية والعملية التي يحتاجها كل تشريع في الدول التي أخذت بمنظومة التوقيع، ذلك أن عدم إعلام جهة التصديق بالاستعمال غير المشروع يعتبر تأكيدا ورضا من صاحب التوقيع على سلامة المعاملة الالكترونية المبرمة وبذلك يتحمل جميع الآثار المترتبة عن تلك المعاملة.

الفرع الثالث: صدق المعطيات المقدمة لجهة التصديق: حينما حدد قانون اليونيسترال سلوك الموقع في المادة 8 فإنه أراد أن يحدد الالتزامات التي على عاتق الموقع وفق مفاهيم عامة ومن بين هذه الالتزامات: استخدام الوسائل التي يوفرها له مقدم خدمة التصديق، وبذل جهده لأن يقدم كلما يؤكد صدق المعطيات المقدمة لجهة التصديق.

وهو ما أراده المشرع الجزائري كذلك من وراء تعريفه للموقع، وهو صدق المعلومات، أي أن يكون التوقيع الحاصل وغير المشروع ليس لحسابه الخاص أو ليس لحساب الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمثله، وأنه لم يوضع موضع تنفيذ جهاز إنشاء التوقيع الالكتروني، بالتالي له الحق في استعمال جميع طرق الإثبات ليثبت صدق المعطيات التي يقدمها لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني.

ولقد رتب المشرع التونسي مسؤولية على عاتق صاحب الشهادة أي "الموقع" بشأن الاحتفاظ على سرية وسلامة البيانات الخاصة بتوقيعه، ورتب أيضا مسؤولية مزود خدمة التصديق على كل ضرر ناتج للغير، رغم تزويد مقدم الخدمة بالمعلومات والمعطيات الصادقة والتي تؤمن سلوك الموقع، وذلك في الفصل الواحد والعشرين من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية. [1]

كما أن المشرع الأردني رتب مسؤولية جزائية في المادة 36 من قانون المعاملات الالكترونية على عاتق كل من يقدم إلى جهة توثيق المستندات معلومات غير صحيحة.

وبذلك فيمكننا القول أن صدق المعطيات المقدمة لجهة التصديق يرتب تواجد منظومة التوقيع الالكتروني سليمةً مُرتِبةً لجميع آثارها القانونية حين استخدامها من طرف الأشخاص ذوي الصلة.

الفرع الرابع: حق التعويض في حالة المخالفة: إن الحق في التعويض جراء الإخلال بالالتزام المترتب في ذمة صاحبه هو حق يستأثر به كل متضرر من ذلك الإخلال.

وفي إطار المسؤولية العقدية فإن الموقع الذي يدلي لجهة التصديق بمعلومات غير صحيحة أو يخل بما ترتب في ذمته من التزامات قانونية يكون ملزما بالتعويض عن الضرر اللاحق.

وربما الأمر في هذا الشأن وفي منظومة التوقيع الالكتروني لا يحتاج إلى نصوص تقر ذلك الحق لأنه في الأصل مكرس في القواعد العامة لكافة التشريعات الوطنية للدول، غير أننا وعند ذكرنا لبعض التشريعات التي أقرت الحق في التعويض فإن ذلك لا يعني عدم أحقية المتضرر في التعويض إذا ما لم تقره القوانين الخاصة المتعلقة بمنظومة التوقيع بل أن ذلك الحق محفوظ بموجب القواعد العامة في إطار المسؤولية العقدية.

1- لورنس محمد عبيدات، مرجع سابق، ص 207.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R
فبالرجوع إلى قانون اليونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية لسنة 2001 فإنه حدد تبعات سلوك الموقع وسلوك مقدم خدمات التصديق الالكتروني في حالة إخلال كل طرف بالالتزامات الملقاة على عاتقه، والذي يفهم أيضا من خلال عرض المشرع الجزائري لمفهوم ما يقصد بالموقع ومؤدي خدمات التوقيع الالكتروني وأهلية مؤدي خدمات التوقيع الالكتروني على أن كل من الموقع ومؤدي (مقدم) خدمات التوقيع الالكتروني يتحمل التبعات القانونية لتخلفه عن الوفاء بالاشتراطات أو بالتزاماته. ولقد ترك تحديد التبعية القانونية للنصوص القانونية في إطارها المدني أو الجزائي.

ونخلص مما سبق إلى أن الموقع يتوجب عليه اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع الاستعمال غير المشروع لعناصر التشفير أو المعلومات الشخصية التي تتعلق بتوقيعه والتزامه بالإعلام عن أي استعمال غير مشروع لبيانات إمضاءه وكذا تحري الصدق في كافة البيانات التي يدلي بها لمزود خدمة المصادقة الالكترونية.

كما أن لمزود الخدمة مسؤولية إذا تسبب بخطئه في ضرر للغير الذي وثق بحسن نيته في الضمانات المقدمة، وأنه قد يتحمل مسؤوليته في إطار المسؤولية التقصيرية إذا ما كان هناك وجود علاقة بين الخطأ والضرر بموجب رابطة السببية.

تبقى أن الضوابط في جملتها عادة ما ترتبط بجوانب تقنية لها آثار قانونية إذا ما نص عليها المشرع كون تلك الضوابط تضمن في النصوص التشريعية الالتزامات على عاتق الأطراف المشاركين المتدخلين في منظومة التوقيع الالكتروني وفي عالم المبادلات الالكترونية.

المطلب الثاني: أنماط حماية التوقيع الالكتروني

إن حماية منظومة التوقيع الالكتروني لها جانبين أحدهما تقني والآخر قانوني، فأما الحماية التقنية فهي مرتبطة بآليات الحماية التقنية والتي سنعرضها في الفصل الأخير من هذا الباب، والمتمثلة في آلية التصديق الالكتروني، أما الحماية القانونية فهي مرتبطة بأنماط وأشكال الحماية، هذه الأخيرة التي نسقيها من حامل المسؤولية في حد ذاته والتي أقرها المشرع من أجل وضع حصانة للتوقيع الالكتروني بما يضمن عدم المساس به، ومن ثم جعله جديراً بالثقة والأمان، وأن يتم تحقيق ثلاثي أبعاد العلاقة الالكترونية وهي: السرعة ، الثقة، والائتمان.

تتعدد أنماط الحماية بحسب ما أقرته التشريعات وتدارسه الفقه إلى حماية مدنية، تجارية، إدارية وأخرى جزائية، بناءً على ذلك فإنه يتم التعرض إلى أنماط الحماية بحسب نمط المسؤولية وأساسها فيما يلي:

الفرع الأول: الحماية المدنية للتوقيع الالكتروني: لقد نصت جل التشريعات على الحماية المدنية لأي تصرف خارج عن الأطر القانونية بناءً على إحدى أسس المسؤولية إما عقدية أو تقصيرية، غير أن المتمعن في مفهوم الحماية يجد أنها تتماشى وفق طرح زمني، أي حماية لاحقة وأخرى سابقة.

أولاً: الحماية السابقة: إن الحماية كمفهوم عام يرتبط أكثر بالإجراءات والتقنيات والوسائل المتوفرة التي تستهدف وضع حصانة للتوقيع الالكتروني كمنظومة قائمة بذاتها، فالحماية أساسها في جميع المستويات تحدد وتضبط الوسائل الكفيلة بالحفاظ على التوقيع الالكتروني في شكله واستمراريته وترتيبه للأثار والاعتداد في ذاته

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

على مضمون المحرر الموقع، ويمكننا القول بأن الحماية السابقة لا تتطلب خطأ قائما رتب الضرر، إنما يكفي أن تكون هناك إخلال بالتزام لم يرتب ضرار بعد، من هنا فإن الضرر محتمل الوقوع وليس واقعا.

فعن المشرع الجزائري أشار للمتطلبات التي من شأنها ضمان التوقيع الالكتروني المؤمن[1] أن من بينها عبارة: "يضمن مع الفعل المرتبط به، صلة بحيث يكون كل تعديل لاحق للفعل قابلا للكشف عنه" فهذه العبارة سابقة ومشترطة لوقوع التوقيع أي أنها تسبق التوقيع وأثرها يأتي بعد عملية التوقيع الالكتروني، فالمشرع هنا لم يحدد التبعة القانونية لتخلف الموقع بالاشتراطات ولكن وضع الاشتراط لتوقع الإخلال بالشرط، فهذا الأخير الذي يرتب التبعة القانونية، بالتالي يكون المشرع قد حمل الموقع مسؤولية عقدية إن عمل بالاشتراط ويحمله مسؤولية تقصيرية إن أهمل الاشتراط.

ثانياً: الحماية اللاحقة: إن مناط هذه الحماية هو جبر الضرر الحاصل نتيجة الخطأ المرتكب من طرف المتدخل في منظومة التوقيع الالكتروني بأي صورة من الصور، وتعتبر مرجعية الحماية اللاحقة هي المسؤولية، هذه الأخيرة التي تقوم بمجرد توافر الخطأ والضرر والعلاقة السببية.

كما تعتبر المسؤولية المدنية التي تستهدف جبر الضرر أهم مرجع للحماية، غير أن القائلين بعدم وجود حماية لاحقة لا مبرر لهم إذا ما تم اعتمادهم عن مصطلح الحماية فبحسب ذلك أن جبر الضرر إحدى نتائج الحماية، كون أن أساس الحماية اللاحقة في هذا الشأن هو عدم ترتيب منظومة التوقيع الالكتروني المعتدى عليها لأثارها اتجاه أطراف التعاقد، وهي حماية للموقع من الالتزامات الواقعة على عاتقه بموجب العلاقة العقدية التي تم كسرها والدخول إليها.

الفرع الثاني: الحماية التجارية للتوقيع الالكتروني: إن مبدأ التعويض أو جبر الضرر كما هو معلوم نصت عليه جميع التشريعات في دول العالم في الشريعة العامة، بذلك فإن مناط الحماية التجارية في أصله يعود إلى الحماية المدنية التي سلف وأن تطرقنا إليها.

أن في دراستنا للحماية التجارية يكون من خلال تطبيق بعض القواعد الخاصة التي تتضمنها التشريعات عند ممارسة عمل تجاري أو بمناسبة نشاط تجاري أو بحكم طبيعة العلاقة إذا كانت تجارية. يمكن التطرق إلى الحماية التجارية من خلال بعض المبادئ نذكر منها:

أولاً: طبيعة الأشخاص المتعاقدة: إن العلاقة العقدية الالكترونية في مجال النشاطات التجارية إما أن تكون بين التجار فيما بينهم بأن تكون بين التاجر كأحد الأعوان الاقتصاديين وعون اقتصادي آخر أو بين تاجر ومستهلك، وقد عنيت معظم التشريعات التي أقرت بحماية المستهلك اهتمام كبيرا بالمستهلك، إذ صدر في التشريع الفرنسي المرسوم رقم 741-2001 والذي ينظم التعاقد عن بعد أين تم إدخال النصوص القانونية الواردة في هذا المرسوم في تقنين الاستهلاك الفرنسي رقم 949-93 الصادر في 26 جويلية 1996، كما أن التوجيه الأوروبي الصادر في 20 ماي 1997 أكد في مادته 2 على حماية المستهلك في إبرام العقد وتنفيذه

1- المادة 3 مكرر 1، سبق الإشارة إليها.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

وسيما في الالتزام بإعلام المستهلك والالتزام بالمطابقة وكذا أكد التوجيه على حماية المستهلك من الاعتداء على بطاقة الدفع المستخدمة من طرفه.

فطبيعة الشخص المتعاقد تحدد طبيعة الحماية الواجبة، فالمستهلك بصفته هذه فقد خصه المشرع بحماية خاصة بإدراجه نصوصاً خاصة كما أن المشرع فيض له الجمعيات التي تهدف إلى حماية المستهلك والتي تنشط في كافة دول العالم[1].

ثانياً: طبيعة العلاقة: إن المستهلك في علاقته مع العون الاقتصادي يهدف إلى تحقيق إشباع حاجاته بأسس الطرق وبأبخس الأثمان، ربحا للوقت والأموال غير أن ذلك يجعل من طبيعة العلاقة تحدد مدى توافر تلك الحماية من عدمها، فالعمل التجاري بحسب الشكل يجعل من المستهلك يمارس العمل التجاري وله ضمانات الإثبات فيما لحقه من ضرر في مواجهة التاجر أو العون الاقتصادي، كما أن العمل التجاري بحسب الموضوع يوفر للمستهلك نفس الضمانات، غير أن العمل التجاري بالتبعية يوفر الضمانات لاسيما في الإثبات لأطراف العلاقة العقدية أي التجار وفقا لتوافر شروط اعتباره فطبيعة العلاقة وكذا طبيعة الأشخاص توفر حماية للمستهلك من حيث الإثبات للعلاقة العقدية أو نفيها، وكذا مرجعية تقييم التعويض.

ثالثاً: مرجعية التعويض: إن مرجعية التعويض في الاعتداء على منظومة التوقيع الالكتروني تركز على جانبين هما: ما فات من كسب وما لحق من خسارة.

فالعون الاقتصادي إذا ما لحقه ضرر من جراء: سواء إخلال المتعامل معه الكترونيا كالبنوك الالكترونية أو نتيجة اختراق وكسر سرية بيانات التوقيع، فإن تقديم التعويض وأساسه يكون بناء على المعطيات المعاملاتية التجارية التي يبرمها في ذات الظروف الزمنية والمكانية، كما يؤخذ بعين الاعتبار ما فته من كسب عن ذلك إضافة إلى ما لحقه من ضرر وفقا للقواعد العامة.

بذلك فإن مرجعية التعويض في الحماية التجارية تجمع بين تعويض الضرر وفقا للقواعد العامة في الشريعة العامة (جبر الضرر) وبين التعويض عن خصوصية العلاقة التي تمتاز بالسرعة والثقة والائتمان (ما فاته من كسب).

الفرع الثالث: الحماية الإدارية للتوقيع الالكتروني: إن ظهور مصطلح الحكومة الالكترونية وذلك مع توسيع استخدام الإدارات العمومية للمعاملات الالكترونية مع المتعاملين معها، أظهر معه ما يترتب عن تلك المعاملة من حقوق وواجبات، بذلك ظهرت الحماية الإدارية لقواعد البيانات الالكترونية المتضمنة بيانات الأشخاص المتعاملين معها، وكذا الحماية الإدارية للمراسلات الواردة والصادرة والتي تعتبر بعد توقيعها سندا هاما في الإثبات عند قيام المنازعات الإدارية يمكن ذكر تلك الحماية الإدارية وفقا لثلاث أطر وهي:

أولاً: حماية منظومة البيانات: إن الإدارة ملزمة بحماية قاعدة البيانات التي تضع فيها جملة الوثائق الإدارية الخاصة بالمتعاملين معها من جهة وحماية سرية المعاملات القائمة بينها وبين المواطن المتعامل معها من جهة.

1- شحاته غريب شلقامي، مرجع سابق، ص19.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R
فاختراق منظومة قاعدة البيانات قد يؤدي إلى تعديل مضمون المعاملة الالكترونية وبذلك كسر منظومة التوقيع الالكتروني بالإلغاء أو الإضافة للالتزامات أخرى عليها.

ثانياً: حماية المراسلات الصادرة: إن الإشعارات والإنذارات الموجهة من طرف إدارة الضرائب للمكلف بالضريبة من أجل دفع ما عليه أو تقديم أي ملاحظات أو احتجاج بشأنها، تعتبر وثائق إدارية تستوجب حفظها لما ترتبه من آثار لاسيما فيما يتعلق بالآجال التي تحددها الإدارة للمكلف من أجل الاحتجاج، فالاعتداء على منظومة التوقيع قد يمس بطبيعة تلك المراسلة أو ما يثبت مصدرها، من ثمة فإن سند وصول الإشعار للمكلف عن طريق البريد الالكتروني مثلا يجعل من الإدارة تلجأ إلى حساب المواعيد وهو ما يجعل المكلف في مشكل عدم العلم لعدم وصول ذلك الإشعار، وتصبح الضريبة غير المطعون فيها في الآجال يسبب مساس المنظومة والملزمة للمكلف، تكون قد ألحقت به ضررا توجب تعويضه، لاسيما إذا ما كنت هناك غرامة تأخيرية على عاتق المكلف الذي لا ذنب له في التأخر، بل كان ذلك بسبب المساس بالمنظومة المعلوماتية جملة.

ثالثاً: حماية المراسلات الواردة: للإدارة واجب حماية المراسلات الواردة إليها من الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين لما ترتبه تلك المراسلات من آثار قانونية، فالتظلم المسبق الذي يقدمه من مصدر في مواجهته قرارًا إداريًا يستوجب تظلما مسبقا إذا ما تم إرساله للإدارة الكترونياً، وكان وفق الضوابط الفنية والتقنية فإن المساس به سواء بإلغائه من قاعدة البيانات الخاصة بالإدارة أو تعديل مضمون التظلم الموقع الكترونيا، يؤدي بالضرورة إلى إلحاق ضرر بالمتعامل مع الإدارة هذه الأخيرة التي تجعل قرارها مرتباً لجميع آثاره قانونا بعد تحصينه بانعدام التظلم، بذلك فإن الحماية الإدارية تتطلب تقنيات عالية من أجل الحفاظ على منظومة التوقيع الالكتروني من جهة توقي تحمل المسؤولية الإدارية من جهة أخرى، وذلك المتطلب يمثل الحماية السابقة كما يتطلب على الإدارة جبر الضرر إذا ما ألحق بالمتعامل معها ضررًا كان ناجمًا عن إخلالٍ بالتزامٍ أو فعلٍ ضارٍ.

الفرع الرابع: الحماية الجزائية للتوقيع الالكتروني: من الطبيعي أن يتم تجريم الأفعال التي من خلالها يتم الاعتداء على منظومة التوقيع الالكتروني ببياناتها وكذا الاعتداء على المنظومة المالية الالكترونية، والتي يعتبر فيها التوقيع الالكتروني سند الإيجاب والقبول في العلاقة العقدية أثناء سحب أو دفع الأموال آليا، فمن التشريعات التي أخذت بالتوقيع الالكتروني كالتشريع الجزائري فإننا يمكن أن نتعرض لها من خلال تحديد مسؤولية الغير المتدخل في منظومة التوقيع الالكتروني.

أولاً: المسؤولية الجزائية لمقدم خدمات التصديق: المشرع الجزائري وبحكم عدم أفراده منظومة خاصة بالتوقيع الالكتروني، لم يتعرض بذلك لمسؤولية مقدم خدمات التصديق، إلا أنه تناول بصفة عامة في قانون العقوبات بموجب القانون رقم 15/04 المعدل لقانون العقوبات جرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، فاستحدث المواد 394 مكرر إلى غاية 394 مكرر 6، اين عاقب بصفة عامة المشرع بموجب المادة 394 مكرر على الدخول والبقاء عن طريق الغش في كل أو جزء من منظومة المعالجة الآلية للمعطيات أو حاول ذلك، بالحبس زمن ثلاث أشهر إلى سنة وغرامة من 50.000 إلى 100.000 دينار، وضاعف العقوبة إذا ترتب عن

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

ذلك حذف أو تغيير لمعطيات المنظومة، أما إذا تم تخريبها فتكون العقوبة من ستة أشهر إلى سنتين وغرامة من 50.000 إلى 150.000 دينار، كما جرمت المادة 394 مكرر 2 كل تصميم أو بحث أو تجميع أو توفير أو نشر أو اتجار في معطيات مخزنة أو معالجة أو مرسلة عن طريق معلومة معلوماتية وكل حيازة او إفشاء أو نشر أو استعمال لأي غرض كل المعطيات المتحصل عليها في إحدى المعطيات السابقة.

لقد عاقب المشرع المغربي على صور التجريم بعقوبات سالبة للحرية وأخرى مالية فتتمثل العقوبات السالبة للحرية التي نص عليها بمقتضى القانون رقم 03-53 في عقوبات حبسية وعقوبة السجن.[1]

فتختلف العقوبات الحبسية المنصوص عليها باختلاف الفعل الجرمي المرتكب إذ يعاقب كل من قدم خدمات للمصادقة الالكترونية المؤمنة دون أن يكون معتمدا وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 21 أو واصل نشاطه رغم سحب اعتماده أو سلم أو دبر شهادات الكترونية مؤمنة...(المادة 29).

ويعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر كل من أفشى المعلومات المعهود بها إليه في إطار ممارسة نشاطاته أو وظيفته على نشرها أو ساهم في ذلك (المادة 30).

وبالنسبة للعقوبة السالبة للحرية فقد يتعرض لها من استعمل وسيلة التشفير لتهديد أو ارتكاب جناية أو جنحة أو لتسهيل وتمهيد ارتكابها حسب المادة 33 بحيث يرفع الحد الأقصى لعقوبة السجن على النحو التالي:

*السجن المؤبد إذا كان معاقباً على الجريمة بـــ: 30 سنة من السجن، 20 سنة إن كان معاقبًا بـــ:15 سنة من السجن و6 سنوات من السجن إن كانت الجريمة معاقب عليها بـــ: 3 سنوات من الحبس.

أما فيما يخص العقوبات المالية تحدد بغرامة مالية منصوص عليها في القانون رقم 05-53 تتراوح ما بين 10.000 درهم كحد أدنى و500.000 درهم مغربي كحد أقصى في مجملها[2].

كما أن المشرع الجزائري وبمناسبة تعديله للأمر رقم 97-10[3]. المعدل والمتمم بالأمر 05/03 فإنه وسع قائمة المصنفات المحمية حيث أدمج تطبيقات الإعلام الآلي ضمن المصنفات الأصلية وعبر عنها بمصنفات قواعد البيانات وبرامج الإعلام الآلي أين نجد المادة 151 من الأمر 05/03 تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة من 500.000 إلى 1000.000 دينار جزائري عن كل كشف غير مشروع لمصنف فني أو أداء فني والمساس بسلامة مصنف أو أداء فني وعن استنساخ مصنف أو أداء أو استرداد نسخ مقلدة أو تصديرها، أو بيع نسخ مزورة أو تأجير مصنف أو عرضه للتداول.

والملاحظ أن المشرع الجزائري في تعديله لقانون العقوبات بموجب القانون 15/04 فإنه وضع حماية لقواعد البيانات المرتبطة بالمعالجة الآلية، كما انه في تعديله للأمر 10/97 بموجب الأمر 05/03 فإنه بالرغم من اعترافه ببرامج الإعلام الآلي وقواعد البيانات إلا أنه خصص الحماية في قواعد البيانات للمعالجة الآلية وقواعد بيانات المصنفات الفنية دون تغطية عامة لجميع البرامج، ما دفع المشرع الجزائري إلى إصدار القانون رقم 04/09

1- إدريس النوازلي ، حماية عقود التجارة الالكترونية في القانون المغربي، دراسة مقارنة ، دار الآفاق المغربية، مراكش، الطبعة الأولى، 2010، ص127

2- إدريس النوازلي، مرجع سابق، ص128.

3- الأمر رقم 97-10 المؤرخ في 6 مارس 1997 المتعلق بالمساس لأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

المؤرخ في 2009/08/05[1]، والذي تضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها.

يمكننا القول بهذا الشأن أن المشرع الجزائري، قد تعرض لتجريم بعض الأفعال المرتكبة من طرف مزود خدمات المبادلات الالكترونية أي مزود خدمات الاتصال بواسطة منظومة معلوماتية أو نظام للاتصالات[2].

إلا أن المشرع الجزائري حدد في المادة 10 من القانون 04/09 التزام مقدم الخدمات بأن يكتم سر العمليات و لم يضع له عقوبة مخالفة ذلك جزائيا، وهو ما يجعل مسؤولية مقدم الخدمات بوجه عام ومقدم خدمات التصديق بوجه خاص في التشريع الجزائري في الإطار الجزائي يحتاج إلى تشريع خاص بذلك، رغم أن هناك من يرى بأن التعديل الذي أجراه المشرع في قانون العقوبات بموجب القانون 15/04 كافٍ في معاقبة المتدخل في منظومة المعالجة الآلية للمعطيات بما فيها مقدم خدمات الاتصال والانترنت.

ثانياً: المسؤولية الجزائية للموقع: تناول المشرع التونسي مسؤولية الموقع من خلال الفصل 47 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي وذلك في حالة تصريح الموقع عمدا بمعطيات خاطئة لمزود المصادقة الالكترونية، وذلك بالسجن من ستة أشهر إلى عامين وبخطية من 1000 إلى 10.000 دينار، كما عاقب كل من استغل ضعف أو جهل شخص في إطار عمليات البيع الالكتروني بدفعه للالتزامات حاضرا أو آجلا بأي شكل من الأشكال، بخطية تتراوح بين 1000 و20.000 دينار، إذا ثبت من ظروف الواقعة أن هذا الشخص غير قادر على تمييز أبعاد تعهداته أو كشف الحيل والخدع المعتمدة أو كان تحت الضغط[3].

أما عن المشرع المغربي فحدد لمن أدلى عمدا بتصاريح كاذبة أو سلم وثائق مزورة إلى مقدم خدمات التصديق الالكترونية فيعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات (المادة 31) [4].

وبالرجوع للمشرع الجزائري نجد أنه لم يفرد نصًا عقابيًا خاصًا بالموقع في جرائم المساس بمعالجة المنظومة المعلوماتية ولا في الأمر رقم 05/03.

ثالثاً: المسؤولية الجزائية للغير: لقد عالج المشرع الأردني المسؤولية الجزائية للغير في المادة 38 من قانون المعاملات الالكترونية إذ أكد على أنه يعاقب كل من يرتكب فعلا يشكل جريمة بموجب التشريعات النافذة بواسطة استخدام الوسائل الالكترونية، بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد عن سنة وبغرامة لا تقل عن 3000 دينار ولا تزيد عن 10.000 دينار أو بتلك عن هاتين العقوبتين.

أما المشرع المغربي فيحدد في المادة 35 عقوبة الحبس كحد أدنى في سنة وكحد أقصى في خمس سنوات بالنسبة لكل من استعمل بوجه غير قانوني العناصر الشخصية لإنشاء التوقيع المتعلق بتوقيع الغير.

1- الجريدة الرسمية العدد 47 لسنة 2009.

2- المادة 02 من القانون 09/04 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها.

3- المادة 50 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي.

4- إدريس النوازلي ، مرجع سابق، ص128.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

أما المشرع الجزائري فعمومية نصوصه تبقى دون تحديد وربط لجرائم أطراف معينة، بذكره جرائم المساس بالمعالجة الآلية للمعطيات في قانون العقوبات، وذكره المساس بالمصنفات الأدبية والفنية في منظومة الإعلام الآلي، فإن ذلك يصلح بأن يطبق على كل من توافرت الجريمة بأركانها في مواجهته.

وبالنتيجة فإن منظومة التوقيع الالكتروني الجزائري يمكن المساس بها حسب التشريع الجزائري من أي شخص تكون له الرغبة في اختراق وكسر تلك المنظومة لما يرتب التزامًا أو يلغيه أو يعدله، وذلك في إطار المعالجة الآلية وفق تكنولوجيا الاتصال. من ثم فإن إيجاد الحماية القانونية للتوقيع الالكتروني، هي التي تجعل من هذا الأخير، له ما يبرر الاعتداد به في عالم القانون، وبما يساير حقيقة التكنولوجية الحديثة إذ يصبح مسار التوقيع الالكتروني نمطاً اطرادياً مع تحديث كل تقنية.

لهذا الغرض سنقوم في الفصل الموالي بطرح أحد الوسائل التي يمكن اعتمادها قانونياً للحفاظ على المحرر الالكتروني الموقع وجعله ذا حجية كاملة في الاثبات، ألا وهي وسيلة التوثيق الالكتروني التي تعتبر الوسيط الجدير بموثوقية المحرر الالكتروني بين الأطراف المتعاقدة.

الفصل الثالث: التوثيق الالكتروني

لقد تدخلت الكثير من التشريعات لتأكيد العلاقة بين التوقيع الالكتروني والموقع بطرف ثالث محايد سمته بمقدم خدمات المصادقة الالكترونية أعطته صلاحيات اصدار شهادات الكترونية مؤمنة.

وعلى الرغم من وجود امكانيات تكنولوجية عالية الدقة تسطيع الربط بين المحرر والتوقيع الالكترونيين إلا أنه من الناحية العملية نجد أن القضاء يحتفظ في قبوله كدليل كاف للإثبات في حالة النزاع بشأنه، لذلك تم التفكير في اصدار هاته الشهادات والتصديق عليها تحقيقًا للحماية المطلوبة. لهذا الغرض نقسم هذا الفصل لثلاث مباحث هي كالآتي:

المبحث الأول: آليات حماية المحرر الالكتروني

المبحث الثاني: سلطات التوثيق والمصادقة على المحرر الالكتروني

المبحث الثالث: شهادة التصديق والتوثيق الالكترونية

المبحث الأول: آليات حماية المحرر الإلكتروني: انطلق التوقيع الالكتروني كي يحتل مكانته الكبرى في إطار الترويج لمكانته الأمنية وكيفية قيامه بدوره في تأمين المعلومات تأميناً مضموناً، لتتواصل هذه الضمانات لضرورة ايجاد طرف ثالث يقع على عاتقه مسألة أمان ودوام المحرر كي يعتد به في الاثبات.

المطلب الأول: آليات حفظ الوثائق الإلكترونية

إن استمرارية منح الحجية القانونية لمستند إلكتروني تعتمد بشكل أساسي على عملية حفظ هذا المستند بما يكفل ضمان الحفاظ على محتواه طوال مدة التقادم التي يخضع لها التصرف المحفوظ.

ففي حالة نشوب نزاع بين أطراف العقد الإلكتروني، يجب أن تكون الأطراف قادرة على إظهار المستند الالكتروني المؤيد لاتفاقهم، وذلك بإعادة نسخ المستند الموثق الكترونيًا، لذا يتعين على مقدمي خدمات التوثيق

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
الإلكتروني أن يقوموا بحفظ المعلومات المتعلقة بشهادات التوثيق الإلكتروني طوال مدة التقادم الخاصة بالتصرف الثابت في الشهادة. هذا وتتطلب عملية حفظ الوثائق الإلكترونية أمرين:

الفرع الأول: الأمان: الذي يستلزم استعمال ضوابط ومعايير معينة[1] لحفظ المعلومات المدونة على الدعائم الإلكترونية ضد التلف أو أي تعديل يمكن أن يرد عليها.

الفرع الثاني: الدوام: وقد عرف المشرع الفرنسي المقصود بكلمة " دائم" بأنه:" كل نسخ لا يؤدي إلى محو الأصل الذي إذا تم فإنه يؤدي إلى تغيير غير قابل للإصلاح بالدعامة". وبمقتضى ذلك. أنه لكي نستطيع الأخذ بمعيار الدوام، فمن الضروري أن يسبب التدوين–التسجيل بالدعائم الإلكترونية– تغييرًا نهائيًا وواضحًا بالدعامة، والذي لن يتلف فيما بعد بدون ترك أثر.

إن مثل هذا الاحتياج لا يمكن توافره باستعمال دعامات قد جُهزت لإمكان استعمالها مرة ثانية كالدعامات المغناطسية والتي من طبيعتها إعادة التسجيل عليها ثانيا. على عكس ذلك، فإن الأسطوانة البصرية " Disque optique" غير القابلة للتسجيل عليها ثانيا" من نوع "WORM" [2] ينطبق عليها معيار الدوام السابق تعريفه.

وقد ظهر معيار "AFNOR" والذي يعتمد بدعامته على الأسطوانة الضوئية التابعة لتكنولوجيا "WORM" والتي تتميز ببعد التأثر بالموجات المغناطيسية، وذلك لضمان حفظ ونزاهة التسجيلات المعلوماتية المخزنة، بالتالي فإن هذا المعيار يستثنى النظم التي تسمح بإلغاء أو تغيير تسجيل في وقت لاحق.

ويقدم معيار "AFNOR" مجموعة من التوصيات المتعلقة بالوسائل التقنية والتنظيمية التي يجب توافرها من أجل التسجيل والحفظ والاسترداد للوثائق، هذا المعيار يفترض به حصوله على تأييد من منظمة ISO لنظام الحفظ، الخاص بمشكلة الثبات لمدة طويلة للتسجيلات.

ومن الملاحظ أنه عندما يوجد معيار تقني، فإن استعماله من طرف المتخصصين يعد قرينة فيما يتعلق بالأمان، إذ لا تتردد المحاكم في اللجوء إليها عند تواجدها.

وترتبط مدة حفظ الوثيقة الإلكترونية بتاريخ إبرام العقد والذي يبدأ العقد في ترتيب آثاره وتبدأ مدة التقادم وهي المدة التي يلزم الحفظ خلالها.[3]

هذا ويمكن إجمال ما سبق في أنه يلزم حفظ الوثائق الإلكترونية الصادرة من خلال جهات التوثيق الإلكتروني خلال المدة المجدية، حتى يتمكن الأطراف من تقديم إثبات موثق أمام القضاء وحتى بتحقيق هذا الحفظ الإلكتروني بالصورة المرجوة، فإنه يجب أن يتصف بشروط آمنة تبعث الثقة التي لن تتوافر إلا باستعمال معايير معينة، كما يجب أيضا أن يتصف بالدوام.

المطلب الثاني: آلية تقنيات التشفير

1- هذه الضوابط والمعايير أصبحت شرطاً أساسياً لحصول الشركات المتخصصة في هذا المجال على شهادة ISO المعتمدة عالميًا

2 - WORM : Write one read many

3– سعيد السيد قنديل، التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004. ص 106.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R
في الوقت الراهن أصبحت تقنيات تشفير الرسائل الإلكترونية في مقدمة الوسائل الحديثة في مجال توفير الأمن وسلامة وسرية المعلومات والمعاملات المتبادلة عن بعد عبر الانترنت. ولا تقتصر هذه التقنيات على آداء وظائف حماية البيانات فقط بل يمتد دورها إلى المساهمة في تدعيم وسيلة الإثبات الإلكتروني من خلال تحديد هوية مرسل المحرر والموافقة على مضمونه وتوقيع ذوي الشأن إلكترونياً والتأكد من سلامته، من ثم ضمان عدم قابليته للإنكار[1].

الفرع الأول: ماهية التشفير: نظرًا لأهمية التشفير في مجال المعاملات الإلكترونية، أهتم المشرع الفرنسي بتعريف خدمات التشفير في المادة 1/28 من القانون رقم 90-1170 الصادر في 29 ديسمبر 1990 بشأن تنظيم الاتصالات عن بعد بأنها: " أي خدمات تهدف إلى تحويل معلومات أو رموز واضحة إلى معلومات أو رموز غير مفهومة بالنسبة للغير وذلك عن طريق اتفاقات سرية أو تنفيذ عكس هذه العملية بفضل وسائل مادية أو برامج مخصصة بهذا الغرض"[2].

في ذات الاتجاه يشير قانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية[3] إلى أن التشفير هو: " فرع الرياضيات التطبيقية الذي يعني بتحويل الرسالة إلى أشكال تبدو غير مفهومة ثم إعادتها إلى أشكالها الأصلية.

أما قانون التوقيع الإلكتروني المصري فلقد جاء خاليا من الإشارة لتحديد المقصود بالتشفير، إلاّ أن اللاّئحة التنفيذية للقانون المذكور قد عالجت ذلك الأمر حيث أوردت في المادة 9/1 [4] تعريفًا للتشفير بأنه: "منظومة تقنية حسابية تستخدم مفاتيح خاصة لمعالجة وتحويل البيانات والمعلومات المقروءة الكترونياً بحيث تمنع استخلاص هذه البيانات والمعلومات إلاّ عن طريق استخدام مفتاح أو مفاتيح فك الشفرة".

يتضح من التعريفات السابقة، أنها تركز على عملية تحويل البيانات من حالتها المقروءة إلى صيغة رقمية غير مفهومة للغير. من هنا يمكن القول بوجه عام، إن فكرة نظام التشفير تقوم على إخفاء المعلومات عليها معتمداً على عملية رياضية أو معادلات خوارزمية يتم بها تحويل النص المراد تحويله إلى رموز وإشارات لا يمكن فهمها باستخدام التشفير.

ويستفاد مما تقدم أن عملية التشفير تتألف من ثلاثة عناصر مترابطة وهي[5]:

1. المعلومات التي سيتم تشفيرها.
2. خوارزمية التشفير التي ستطبق على المعلومات، وخوارزمية فك التشفير التي تعيدها إلى حالتها الأصلية.
3. المفاتيح وهي سلسلة أو أكثر من الرموز تستند إلى صيغ رياضية معقدة في شكل خوارزميات.

الفرع الثاني: أهداف التشفير: يمكن القول بوجه عام أن هدف التشفير يتمثل في تحقيق عدد من مظاهر أمن المعلومات وهي:

1- طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الأنترنت، صادر، لبنان، الطبعة الأولى 2001، ص 19.

2- Loi n°90 – 1170 du 29 décembre 1990 sur la réglementation des Télécommunication art.28.I.J, n° 303 du 30 décembre 1990. P : 16439.

3- راجع دليل الاشتراع قانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية.

4- المادة 9/1 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني وبإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات.

5- فادي سالم، تشفير البيانات في الأنترنت، مجلة أنترنت العالم العربي، عدد أوت، سبتمبر 1999.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

1.**سرية البيانات**: وذلك بالاحتفاظ بالمعلومات في صيغة مخفية من أي شخص.

2.**سلامة البيانات**: بامتلاك الإمكانية لكشف معالجة البيانات من قبل الأطراف غير المرخص لهم[1].

3.**التوثيق**: حيث تعمل من ناحية على تحديد هوية الأطراف، أما ما يخص المعلومات المستلمة فينبغي أن تطابق المعلومات الأصلية المرسلة.

4.**عدم الإنكار**: بتدخل طرف ثالث موثوق به (مقدم خدمات التصديق) يكفل التحقق من صحة التوقيعات وسلامة المعاملة.

مما سبق، يوفر استخدام تقنيات التشفير أعلى قدر ممكن من الأمن والحماية لمستخدمي الانترنت، وأصبحت تقنية التشفير من الدعائم الأساسية للتعاملات الإلكترونية مما أدى إلى اكتساب الأخيرة لثقة المستهلك وحازت على اطمئنانه كنوع جديد من التعاملات المالية.

الفرع الثالث: طرق التشفير: نحاول في ما يلي بيان طرق أو أنظمة التشفير في إيجاز من خلال التعرض لنظامي: التشفير المتماثل والتشفير غير المتماثل وذلك على النحو التالي[2]:

أولاً: التشفير المتماثل: يعد هذا النوع من أنواع التسفير المستخدمة، ففيه يستخدم كل من المرسل والمستقبل المفتاح السري ذاته في تشفير الرسالة وفك تشفيرها، ويتفق الطرفان في البداية (حال إنشاء المفتاح) على كلمة المرور، التي سيتم استخدامها، ويمكن أن تحوي هذه الكلمة حروفا، أرقامًا أو رموزًا ... وعقب ذلك تحول برمجيات التشفير كلمة المرور إلى عدد ثنائي، ويتم إضافة رموز أخرى لزيادة طولها، ويشمل العدد الثنائي مفتاح تشفير الرسالة[3]، ويعتمد مفهوم التشفير المتمثل على معيار تشفير البيانات (DES)[4] الذي اعتمدته البنوك لتشغيل آلات الصرف الآلي (ATM).

ويكمن ضعف هذا النوع من التشفير في تبادل المفتاح السري نفسه بين الأطراف دون أمان بحيث يكون متاحًا في ذات الوقت لمرسل المعاملة ومستهلا أيضًا، وهو ما أدى إلى تراجع استخدام هذا النوع من التشفير[5] التشفير[5] لعدم تلبيته لرغبات وطموحات المتعاقدين في تأمين المعاملات بصورة مرضية.

ثانياً: التشفير اللامتماثل: جاء هذا النوع من التشفي لتجنب مشكلة التبادل غير الآمن للمفاتيح في التشفير المتماثل، فعوضًا عن استخدام مفتاح واحد، يستخدم التشفير اللامتماثل زوجاً من المفاتيح تربط بينهما علاقة رياضية، أحدهما مفتاح خاص، والثاني مفتاح عام، وقد اصطلح على تسمية هذا النظام بـــ:" نظام التشفير بالمفتاح العام" وقد يشار إليه بصفة عامة بـــ:" تقنية شفرة المفتاح العام".

المطلب الثالث: آلية التصديق الإلكتروني

1- عوض حاج علي أحمد وَ عبد الأمير خلف حسين، أمنية المعلومات وتقنيات التشفير، مرجع سابق، ص 36.

2 –CHOURAQUI, Jérôme, Théorie Juridique de la preuve électronique, Thèse précitée, p.24 et s :P-A. Fouquet, les Technologies de l'écrit électronique, op cit. pp. 9 et 8.

3- مقال بعنوان " التشفير" متاح على موقع مشروع سمو الشيخ محمد بن راشد آل مكتوم لتعليم تكنولوجيا المعلومات.

4- معيار تشفير البيانات (Data Encryptions Standard)، يستند إلى خوارزمية لوسفير التي تستخدم مفتاح بطول 56 (bit).

5- فادي سالم، تشفير البيانات في الأنترنت، مرجع سابق. ص 2.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

إن تدخل التشريعات تأكيدا للعلاقة بين المحرر الإلكتروني وصاحبة بطرف ثالث محايد أسمته بمقدم خدمات التصديق الإلكتروني أعطته وحده دون غيره صلاحيات إصدار الشهادات مؤمنة. وأكيد أن رؤية المشرع بضرورة إيجاد هذا الطرف المحايد كان نتيجة إلى تأكيد أن التوقيع الإلكتروني صادر عن صاحبه وأنه صحيح وأن البيانات الموقعة لم تعدل أثناء إرسالها وهي خطوة ناجحة وصارمة في تطوير وانتشار التجارة الإلكترونية نظراً لارتباط هذا الوسيط بأطراف العلاقة من بعد عن طريق ربط هوية مرسل المحرر الإلكتروني وذلك من خلال شهادة الكترونية تحتوي على مجموعة البيانات من ضمنها المفتاح العام.

كما أصبح استخدام وسائل التكنولوجيا متطورًا، وعلى الرغم من وجود إمكانيات تكنولوجية عالية الدقة تستطيع الربط بين المحرر والتوقيع إلا أنه من الناحية العملية نجد أن القضاء يتحفظ في قبوله كدليل كاف للإثبات في حالة النزاع بشأنه لذلك تم التفكير في إصدار هاته الشهادات والتصديق عليها تحقيقاً للحماية المطلوبة[1].

المطلب الرابع: آلية إخضاع البيانات للقيد في السجل الإلكتروني لتوثيقها

تعتبر الرسائل الإلكترونية المتبادلة هي الركيزة التي يتم على أساسها إبرام العقود التجارية، ففي الغالب ما يتم وضع هذه الرسائل في سجل الكتروني بهدف حفظها والرجوع إليها عند الحاجة.

ونظراً لأهمية السجل الإلكتروني في توثيق المعاملات الإلكترونية فإن الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية الخاصة بالتجارة الإلكترونية تشترط وجود سجل الكتروني.

ويتم حفظ السجل الإلكتروني على أوعية إلكترونية من خلال الحاسب الآلي ذاته، وبشكل يقبل القراءة إلا من خلال إحدى مخرجاته أيضاً [2]. ومن أهم الوسائط المستخدمة في هذا الشأن الأقراص المغناطيسية.

ولما كان السجل الإلكتروني من المسائل الهامة في المعاملات الإلكترونية فقد عرفه القانون الأمريكي الموحد للتجارة الإلكترونية في المادة 7/2 على أنه:" السجل الذي يتم إنشاؤه أو تكوينه أو إرساله أو استلامه أو تخزينه بوسائل الكترونية".

أما القانون الكندي الموحد للإثبات الإلكتروني عرف السجل الإلكتروني بأنه: " البيانات التي يتم تسجيلها أو تخزينها على وسائط أو بواسطة نظام كمبيوتري أو أية وسيلة أخرى مشابهة يمكن أن تقرأ وتفهم بواسطة شخص أو نظام كمبيوتري أو أية وسيلة مشابهة، وتشمل البيانات المقروءة أو المخرجات الكمبيوترية، المطبوعة أو أي مخرجات من هذه البيانات"[3].

أما عن المشرع الجزائري حين سوى بين الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الورق في المادة 323 مكرر1. وباعتبار أن الكتابة وسيلة إثبات العقد الإلكتروني فقد أشار في ذات المادة على اشتراط قوة ثبوتية الكتابة الإلكترونية على إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون محفوظة في ظروف

1- إدريس النوازلي، حماية عقود التجارة الإلكترونية في القانون المغربي، مرجع سابق، ص 79.

2- محمد محمد أبو زيد، تحديث قانون الإثبات، مكانة المحررات الإلكترونية بين الأدلة الكتابية، مصر، 2002. ص 160.

3- خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق. ص 179.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
تضمن سلامتها فهذه العبارة الأخيرة توحي بأن يتم الحفاظ على بيانات ومعلومات الشخص المتعاقد في دعامة تضمن سلامتها واسترجاعها عند الحاجة.

يتضح مما سبق أن السجل الإلكتروني يشمل أي حامل أو وسيط أو دعامة معدة لإنشاء البيانات والمعلومات وحفظها أو إرسالها أو استلامها الكترونياً. ويتمثل الهدف من استخدام السجل الإلكتروني في توثيق المعلومات بطريقة تضمن سلامتها واسترجاعها كاملة عند اللزوم لأطراف التعاقد أو للأشخاص المرخص لهم بذلك، وهو ما يقتضي تهيئة بيئة تحمي السجل من كافة المؤثرات السلبية الطبيعية أو البشرية وتوفير الصيانة المستمرة والمنتظمة.

المبحث الثاني: سلطات التوثيق والمصادقة على المحرر الإلكتروني

إن الثقة والأمان لدى أطراف العقد الإلكتروني هما من أول الأمور التي يتعين توافرها في هذا النوع من التعاقد. وذلك لما تتسم به طبيعة هذه العقود من عدم الالتقاء الفعلي بين أطراف العلاقة، فضلاً عن عدم وجود علاقات سابقة بين الأطراف، ذلك في معظم العقود.

المطلب الأول: المقصود بسلطات التوثيق الإلكتروني ومقدم خدمات التصديق الإلكتروني

هناك فرق بين التوثيق الإلكتروني والتصديق الإلكتروني، فالأول عبارة عن منظومة خاصة مستقلة محايدة تقوم بدور الوسيط لتوثيق المعاملات بين طرفين متعاقدين وذلك بإصدار شهادة إلكترونية، أما التصديق الإلكتروني فيتم بعد استخراج الشهادة فيفحص مصداقيتها.

الفرع الأول: المقصود بسلطات التوثيق الإلكتروني: نعني بسلطة التوثيق الإلكتروني الهيئة العامة أو الخاصة التي تعمل تحت إشراف السلطة التنفيذية وتتكون غالباً من ثلاثة مستويات مختلفة من السلطة تأتي في المرتبة العليا" السلطة الرئيسية وهي تختص بالتصديق على تكنولوجيا وممارسات جميع الأطراف المرخص لهم بإصدار أزواج مفاتيح التشفير أو شهادات تتعلق باستخدام تلك المفاتيح، تليها في المرتبة "سلطة التصديق" وهي جهة خاصة بعملية التصديق على أن المفتاح العام لأحد المستخدمين يناظر بالفعل المفتاح الخاص للمستخدم.

أما في المستوى الأدنى تأتي "سلطة تسجيل محلية" ومهمتها تلقي الطلبات من الأشخاص الراغبين في الحصول على أزواج مفاتيح التشفير –العام والخاص– والتأكد من هوية وشخصية هؤلاء المستخدمين ومنح شهادات تصديق تفيد صحة توقيع العملاء.

ويتم تدخل الموثق الإلكتروني بناءً على طلب شخصين أو أكثر بهدف إنشاء، حفظ وإثبات الرسائل الإلكترونية[1] فالموثق الإلكتروني هو طرف ثالث محايد يتمثل في أفراد أو شركات أو جهات مستقلة محايدة تقوم بدور الوسيط بين المتعاملين لتوثيق تعاملاتهم الإلكترونية[2].

1– عادل أبو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات في القانون الدولي الخاص، مصر 2004 ص 196.

2– ناجي الزهراء، مرجع سابق. ص 8.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R
والوظيفة الأساسية للموثق الإلكتروني أو لجهة التوثيق الإلكترونية هي تحديد هوية المتعاملين في التعاملات الإلكترونية وتحديد أهليتهم القانونية في التعامل والتحقق من مضمون هذا التعامل وسلامته وكذلك جديته وبعده عن الغش والاحتيال.

وقد عرف قانون اليونسترال النموذجي للتوقيع الإلكتروني مقدم خدمات التوثيق الإلكتروني بأنه: "شخصًا يصدر الشهادات ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات الصلة بالتوقيعات الإلكترونية".

ووفقاً للقرار الأوروبي رقم 93 الصادر في 13 ديسمبر 1999 والمتعلق بالتجارة الإلكترونية وتحديد نص المادة الثانية التي تعرضت لتعريف مقدم خدمات الشهادات بأنه:" كل شخص طبيعي أو معنوي يصدر شهادات توثيق التوقيع الإلكتروني، أو يتولى أية خدمات أو مهمات متعلقة بها أو بالتوقيع الإلكتروني".

الفرع الثاني: المقصود بمقدم خدمات التصديق الإلكتروني: ذهب القانون الإماراتي إلى تعريف مقدم خدمات التصديق الإلكتروني بأنها[1]: " أي شخص أو جهة معتمدة أو معترف بها تقوم بإصدار شهادات تصديق الكترونية، أو أية خدمات، أو مهمات متعلقة بها أو بالتواقيع الإلكترونية.

كما عرفه المشرع التونسي في الفصل الثاني من القانون رقم 83 سنة 2000 بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية بأنه:" كل شخص طبيعي أو معنوي يحدث ويسلم ويتصرف في شهادات المصادقة، ويسدي خدمات أخرى ذات علاقة بالإمضاء الإلكتروني".

أما عن المشرع الجزائري فقد تعرض لتعريف مقدم خدمات التصديق الإلكتروني أو ما أسماه بمؤدى خدمات التصديق الإلكتروني بأنه: "كل شخص في مفهوم المادة 8/8 من القانون رقم 03/200 المؤرخ في 5 أوت 2000 والمذكور أعلاه، يسلم شهادات الكترونية أو يقدم خدمات أخرى في مجال التوقيع الإلكتروني" وذلك في المادة 3 مكرر[2]. كما أشار المشرع الجزائري أيضا إلى أهلية مؤدى خدمات التصديق الإلكتروني في نفس المادة بأنها:" الوثيقة التي يثبت من خلالها بأن مؤدياً لخدمات التصديق الإلكتروني يقوم خدمات مطابقة لمتطلبات نوعية خاصة".

أما عن الأشخاص الذين يجوز لهم قانونا ممارسة هذا النشاط، يجب أن تتوفر فيهم نفس الشروط لممارس نشاط تقديم الانترنت في الجزائر. وذلك حسب المادة 3 من المرسوم 07-162 المذكور سابقاً إن نشاط مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني نشاط اقتصادي مقنن يخضع للقيد في السجل التجاري طبقاً للقانون التجاري.

المطلب الثاني: تهيئة وإقامة سلطات التوثيق والتصديق الإلكتروني

إن مشرعنا الجزائري ولأول مرة حين نظم الانترنت كنشاط اقتصادي مقنن بموجب المرسوم التنفيذي 257/98 المؤرخ في 25 اوت 1998 الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الانترنت واستغلالها،[3] المعدل بموجب مرسوم تنفيذي رقم307/2000 المؤرخ في 14 أكتوبر سنة 2000 [1].

1- المادة 20/2 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي رقم 2 لسنة 2002.

2- المادة 3 مكرر من المرسوم التنفيذي رقم 07-162. من الجريدة الرسمية، العدد 37 لسنة 2007 سبق الإشارة إليها، ص 13.

3- الجريدة الرسمية عدد 63 لسنة 1998.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

النشاطات الاقتصادية المقننة[2] تعتبر تحديداً لمبدأ حرية الاستثمار[3]، ولقد برز هذا المصطلح لأول مرة في القانون الجزائري سنة1993.

أما المقصود بالنشاط المقنن، فتعرفه المادة 2 من المرسوم التنفيذي 97-40[4]. بأنه: "يعتبر في مفهوم هذا المرسوم كنشاط أو مهنة يخضعان للقيد في السجل التجاري ويستوجبان بطبيعتهما وبمحتواهما وبمضمونهما وبالوسائل الموضوعة حيز التنفيذ، توفر شروط خاصة للسماح بممارسة كل منها".

هذا يعتمد في تعريفه للنشاط المقنن على عدة معايير مجتمعة، "بطبيعتها وبمحتوياتها وبمضمونها وبالوسائل الموضوعة حيز التنفيذ، توفر شروط خاصة للسماح بممارسة كل منها".

كل ما يمكن القول بأن هذا التعريف جاء واسعًا جدًا وذلك لعمومية المفاهيم المستعلمة، وعليه فإن تكييف نشاط أو مهنة بأنها مقننة (réglementée) مرتبط بوجود مصلحة تتطلب التأطير القانوني والتقني المطلوب[5]هذه المصالح وفق المادة 3 من المرسوم التنفيذي 97-40 ترتبط بإحدى المجالات التالية:

1.النظام العام.

2.أمن الأشخاص والممتلكات.

3.حفظ الصحة العامة.

4.حماية الأخلاق والآداب.

ويلاحظ على المرسوم التنفيذي 98-257 سابق الذكر من الناحية الشكلية، عدد الحيثيات (عدد النصوص) التي استند عليها هذا القانون 13 نصاً. يتضمن هذا النص القانوني المتعلق بالإنترنت 18 مادة حسب المادة الأولى منه من يحدد شروط وكيفيات إقامة واستغلال خدمات الانترنت.

وتتضمن الشروط القانونية للدخول لاستغلال خدمات الانترنت في شروط موضوعية وأخرى شكلية.

الفرع الأول: الشروط الموضوعية للدخول لنشاط استغلال خدمات الانترنت: يقصد بالشروط الموضوعية أي من هم الأشخاص الذين لهم حق إقامة واستغلال خدمات الانترنت.

فبالرجوع للقانون المنظم لهذا النشاط، يتضح من خلال المادة 4 قبل التعديل: "لا يرخص بالدخول لنشاط الانترنت إلا للأشخاص المعنوين الخاضعين للقانون الجزائري المدعوين: مقدم الخدمة،[6]، وبرأس مال يملكه أشخاص معنويون خاضعون للقانون العام و/أو الأشخاص طبيعيين من جنسية جزائرية"[7].

1- الجريدة الرسمية عدد 60 لسنة 2000.

2- Chérif BENNADJI ,le notion d'activité régalements, idara, la revue de l'ENA , volume10, n°2, 2000.p25.

3- هذا المبدأ مكرس في المادة 3 من المرسوم التشريعي 93-12 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 في الجريدة الرسمية العدد 64 المؤرخة في 22 اوت 2001 (المادة 4)، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم2001/03 ج.ر.ع47 لسنة 2001 المتعلق بتطوير الاستثمارات.

4- المؤرخ في 18 جانفي 1997، المتعلق بمعايير تحديد النشاطات والمهن المقننة الخاضعة للقيد في السجل التجاري ، ج.ر.ع 5. لسنة2007.

5- Chérif BENNADJI.op-cit.p231.

6- المرسوم التنفيذي 98-257 المؤرخ في 25 اوت 1998 الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الانترنت واستغلالها والمعدل بموجب المرسوم التنفيذي 2000-307 المؤرخ في 14 أكتوبر2000.ج.ر.ع63.

7- المادة 4 من المرسوم 98-257 الجريدة الرسمية العدد63.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

يتضح من الوهلة الأولى بأن كل شخص معنوي للقانون الجزائري يمكنه الدخول لممارسة هذا النشاط، سواء كان عام أو خاص، بذلك حتى الأجانب الذين يقبلون الخضوع للقانون الجزائري يمكنهم الدخول لممارسة هذا النشاط، غير أن المشرع الجزائري يشترط أن يكون رأسمال هذا الشخص المعنوي مملوك لأشخاص معنونين خاضعين للقانون العام ف/أو أشخاص من جنسية جزائرية.

بذلك المشرع يقصي الأجانب من الاستثمار في نشاط الانترنت، وهذا يمس بأحد أهم المبادئ التي جاء بها قانون المنافسة، وهو مبدأ عدم التمييز والتفرقة، بين مستثمر مقيم ومستثمر غير مقيم بين الوطني والأجانب.

غير أن المشرع الجزائري تراجع بعد ذلك عن هذا التمييز والتفرقة، وذلك بعد تعديل المادة 4 من القانون السابق، بموجب المادة 2 من المرسوم التنفيذي 2000-307 حيث فتح باب الاستثمار أمام الأشخاص المعنونين الخاضعين للقانون الجزائري (الخضوع للقانون الجزائري لا يعني التمتع بالجنسية الجزائري، ولا يشترط المشرع تمتع الأشخاص المعنويين بالجنسية الجزائرية). وبذلك يمكن للمستثمر الأجنبي الدخول في هذا النشاط إذا أراد الخضوع أحكام القانون الجزائري.

الفرع الثاني: الشروط الشكلية للدخول لنشاط استغلال خدمات الانترنت: كان المشرع الجزائري في السابق يشترط للدخول نشاط الانترنت ضرورة الحصول على رخصة (licence) لإقامة وخدمات الانترنت واستغلالها، وهذا ما نصت عليه المادة 5 من المرسوم التنفيذي 98-257.

غير أن النص باللغة العربية يترجم كلمة رخصة "licence" الواردة في النص الفرنسي"autorisation" أي ترخيص، في حين أن هناك فرق بينهما.

وبعد ذلك تخلى المشرع عن نظام الرخصة وبنص صريح في المادة 5 من المرسوم التنفيذي2000-307 عندما عوض لفض "رخصة" المستعمل في صلب المرسوم التنفيذي 98-257 بلفظ "ترخيص".

غير أن المستعمل في النص العربي الوارد في المرسوم التنفيذي 98-257 لفظ "رخصة" كان يستعمل مصطلح "الترخيص" ويقصد به "الرخصة"، ويتضح من النصوص القانونية المختلفة المنظمة للنشاطات الاقتصادية المقننة بان المشرع ينتقل من نظام إلى آخر حسب درجة خطورة النشاط على النظام العام بمفهومه الواسع، لذلك لابد من تحديد المقصود بالترخيص بدايةً ثم تحديد طبيعته القانونية.

أولاً: المقصود بالترخيص: "Autorisation**"**: الترخيص عمل تسمح بموجبه السلطة الإدارية لمستفيد بممارسة نشاط او التمتع بحق ممارسته كما يعتبر الترخيص، الإجراء الذي يمكن الإدارة أو السلطات العامة من ممارسة رقابتها الصارمة على الأنشطة الاقتصادية المقننة التي تشكل خطرا على الأشخاص أو الاقتصاد الوطني[1]. وذلك من أجل الوصول لتحقيق الأمن العام، الصحة العامة والسكينة العامة لضمان الضبط الإداري.

حيث أنه من شروط الحصول على الترخيص يجب على الطالب أن يقدم عرضا مفصلا عن الخدمات التي يقترح تقديمها وكذلك شروط وكيفيات النفاذ إلى هذه الخدمات كذلك يشترط دراسة تقنية حول الشلة

1- أعراب أحمد، السلطات الإدارية المستقلة في المجال المصرفي، رسالة ماجستير، جامعة بومرداس كلية الحقوق، بودواو، 2006-2007، ص64.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

المقترحة وحول التجهيزات والبرامج المعلوماتية التابعة لها مع تحديد هيكلها وكذلك صيغ الوصل بالشبكة العمومية للاتصالات، كذلك يجب على المستثمر أن يقدم التزام من المصالح المختصة في الوزارة المكلفة بالاتصالات يثبت إمكانية إقامة الوصلة المختصة الضرورية لنقل خدمات الانترنت[1]. لاسيما الترخيص بالاستغلال إلا بعد تحقيق تأهيلي يأمر به الوزير المكلف بالاتصالات[2].

ثانياً: الطبيعة القانونية للترخيص: أما من حيث الطبيعة القانونية للترخيص فهو تصرف قانوني في صورة قرار إداري انفرادي[3]. وهذا القرار منشئ للحقوق[4]. وليس كاشفا لها.

إن نظام الترخيص يظهر بأنه احد القواعد والشروط المطبقة عمليا على مجموع القطاع الخاص، كما يبرر هذا النظام لأسباب تقنية خاصة، مهما كانت السلطة التي يقوم به وأن وجود مثل هذا النظام يظهر لأول مرة وكأنه يتعارض مع الاتصال[5].

غير أن الواقع القانوني يثبت خلاف ذلك. ولا يسلم الوزير المكلف بالاتصالات ترخيص بالاستغلال إلا بناء على موافقة لجنة مكونة من ممثلي وزارات مختلفة[6]. وفي حالة الموافقة يسلم الترخيص بالاستغلال لمدة غير محدودة ولا يمكن التنازل عنه للغير[7].

كذلك أورد المشرع التونسي في قانون المبادلات والتجارة الالكترونية نص المادة الثامنة على إنشاء مؤسسة "الوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية" والتي تتولى منح تراخيص مزاولة نشاط مقدمي خدمات المصادقة الالكترونية بالدولة، ومراقبة احترام تلك الجهات لأحكام هذا القانون.

كذلك نص قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الإماراتي على تعيين مراقب لخدمات التصديق[8].

أخيراً يجب أن ننوه إلى أن وجود مثل هذه الجهات يؤدي إلى أمرين:

الأمر الأول: وهو تدعيم الثقة بين المتعاملين او المتعاقدين بما يحقق الأمان بالتعاقد عبر شبكة الانترنت.

الأمر الثاني: هو إمكانية إثبات مثل هذه الصفقات وتعزيزا للحماية وحفاظا على المصالح المبرمة الكترونياً

اسند المشرع المغربي للسلطة الوطنية المكلفة باعتماد ومراقبة المصادقة الالكترونية مجموعة من المهام منها: [9].

1.اقتراح معايير نظام الاعتماد إلى الحكومة واتخاذ التدابير التفعيلية.

2.اعتماد مقدمي خدمات المصادقة الالكترونية ومراقبة نشاطهم.

3.نشر مستخرج من قرار الاعتماد في (ج.ر) ومسك سجل بأسماء مقدمي خدمات المصادقة الالكترونية.

1- المادة 5 من المرسوم التنفيذي 98-257 سابق الذكر

2- المادة 6 من المرسوم التنفيذي 98-257 سابق الذكر

3- أعراب أحمد، مرجع سابق، ص65.

4-André Cheminade, poste et communications «électroniques, Régine juridique des autorisation d'utilisation des fréquences radioélectrique, j c p, la semaine juridique n°43,24 octobre 2007, II 10177 ; p36.

5-Emmanuel, Derieux, droit de la communication ; 3éme éd, l GDJ 1999,p193.

6- المادة 7 من المرسوم التنفيذي 98-257 سابق الذكر

7- المادة 8 من نفس المرسوم

8- المادة 23 فقرة 1 من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الإماراتي رقم 2 لسنة 2002.

9- إدريس النوازلي، مرجع سابق، ص ص85-86.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

4.التأكد من احترام مقدمي خدمات المصادقة الالكترونية اللذين يسلمون شهادات المصادقة الالكترونية مؤمنة لالتزاماتهم المنصوص عليها قانوناً.

5.التحقق تلقائيًا أو بطلب من أي شخص يهمه الأمر من مطابقة نشاط مقدم خدمات المصادقة الالكترونية الذي يسلم شهادات الكترونية مؤمنة لأحكام هذا القانون او النصوص التنظيمية المتخذة لتطبيقه، ولها أن تستعين بخبراء الإنجاز مهامها المتعلقة بالمراقبة.

كما اعتمد المشرع المصري القانون لتنظيم التوقيع الالكتروني في المادة 02 منه فأناط مهمة تنظيم أنشطة تقديم خدمات التصديق الالكتروني، وكذلك منح التراخيص اللازمة للشركات المتخصصة، وذلك لهيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات[1].

المطلب الثالث: واجبات سلطات التوثيق والتصديق الالكترونيين ومسؤولياتها

تمنح التشريعات المقارنة والتشريعات الوطنية، تراخيص لبعض الجهات التابعة للدولة تقديم خدمات التوثيق والتصديق الالكترونيين، وذلك في اطار قانوني وتقني، على أن تكون تلك التراخيص اختيارية لا إجبارية وتلزم كل شخص استلم هذه التراخيص بمزاولة نشاطه ضمن ما تمليه عليه مهنته من التزامات.

الفرع الأول: واجبات سلطات التوثيق والتصديق الكترونيين: لجهات التوثيق والتصديق الالكترونيين عدة أدوار يمكن إجمالها في الآتي:

أولاً: التحقق من هوية الشخص الموقع: ويتمثل الالتزام الرئيسي لهذه الجهات في القيام بالتحقق من هوية الشخص الموقع، حيث تقوم بإصدار شهادة توثيق الكترونية تفيد التصديق على المحرر الالكتروني في تعاقد، معين تُشهِد بموجبها بصحته ونسبته إلى من صدر عنه[2]. فإذا قام أحد الأطراف بوضع توقيعه الالكتروني على على رسالة البيانات الالكترونية، وضمنت جهة محايدة صحتها، فإن ذلك يؤكد صدور التوقيع عن صاحبه، ويستتبع التحقق من هوية الموقع من خلال تحديد الأهلية القانونية للمتعاقد.

ثانياً: إثبات مضمون التبادل الالكتروني: تتولى سلطة التوثيق كذلك التحقق من مضمون التبادل الالكتروني بين الأطراف، وسلامته وبعده عن الغش والاحتيال، فضلا عن إثبات وجوده، ومضمونه وتجنبا لحدوث أي غش اتجاه المتعاملين بالإنترنت، حيث أن جهات التوثيق تقوم بتعقب المواقع التجارية للتحري عن وجودها الفعلي ومصداقيتها فإذا اتضح لها أن تلك المواقع غير حقيقية، أو غير جدية فإنها تقوم بتحذير المتعاملين. ويجوز اللجوء إلى هذه الجهات قبل إبرام العقد للتحقق من أمر الشركة التي سيتم التعاقد معها. [3]

ثالثاً: تحديد لحظة إبرام العقد: إن تحرير لحظة إبرام التصرف القانوني ليس شرطا لصحة هذا التصرف، ومع ذلك فإن تحديد تلك اللحظة يكون ضروريا، إذ أن وقت إبرام العقد يعد لحظة البداية لترتيب الآثار القانونية.

1- وائل بندق، موسوعة القانون الالكتروني وتكنولوجيا الاتصالات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة 1، 2007، ص302.

2- سعيد السيد قنديل، مرجع سابق، ص90.

3- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص1869.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

رابعاً: إصدار المفاتيح الالكترونية: تتولى هذه الجهات إصدار المفاتيح الالكترونية، سواء المفتاح الخاص الذي من خلاله يتم تشفير المعاملة الالكترونية، أو المفتاح العام الذي يتم بواسطته فك هذا التشفير، بالتالي تضمن هذه الجهات ان المفتاح العام هو المناظر حيث تتحقق من تطابقه وصلاحيته.

تختلف التزامات مقدم خدمة المصادقة الالكترونية لاختلاف التشريعات، إلا أنه مع ذلك تبقى التزامات عليها إجماع بين جميع القوانين التي تعتمد هذا النظام، كالتأكد من صحة توقيعه وسلطاته في التوقيع، لكن كيف يمكن لهذه الجهة أن تضمن صحة البيانات المدلى بها من قبل صاحب الشأن؟ مع أن هذه الجهة لا يحق لها إيراد أي تحفظ على صحة البيانات الواردة في الشهادة الالكترونية إلا إذا ثبت تزوير تلك البيانات من قبل أو انتهاء سريانها توجب عليها آنذاك الامتناع عن إصدار تلك الشهادة تحت طائلة المساءلة[1].

فالالتزام الأضمن للحماية هو أن يعمل مقدم الخدمة على إخبار الشخص الذي يطلب تسليمه شهادة الكترونية كتابة عن كيفيات وشروط استعمال الشهادة وعن كيفية المنازعة وطرق تسوية الخلافات، والمعروف ان مشكلة الاختصاص القضائي من المشكلات الجسمية في نطاق المعاملات الالكترونية لأن هذه المعاملات عابرة للحدود وأن أطرافها لا توجد في بلد واحد بالتالي تثار مسألة القانون الواجب التطبيق وأيضا المحكمة المختصة وسنتطرق لذلك في الباب الموالي من هذا الفصل.

الفرع الثاني: مسؤوليات سلطات التوثيق والتصديق الالكترونيين: لقد حمل المشرع المغربي جهات مقدمي خدمات المصادقة مسؤولية مدنية وأخرى جنائية وردت أحاكمها في المادة 24 من القانون المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية وهي[2]:

1. المسؤولية عن كتمان السر المهني.
2. المسؤولية عن التهاون وقلة الكفاءة أو القصور المهني (الفقرة 2 زمن المادة 24)
3. المحافظة على معطيات إنشاء الشهادة الالكترونية (المادة 11)

إن الاعتقاد بصحة المعلومات التي تتضمنها الشهادة هو الأصل ولكن قد يكشف لاحقا عدم صحة الشهادة فيلحق بالغير جراء هذا التعامل خسائر أو أضرار غالبا ما تكون جسمية بسبب ضخامة قيمة المعاملات والصفقات التجارية التي تتم الكترونيا عندها تثار مسؤولية مقدمي خدمات المصادقة ومدى التزامهم بتعويض هذه الأضرار.

أولاً: المسؤولية العقدية: المسؤولية العقدية تفترض عقدا يربط بين الغير المتضرر ومقدمي خدمات المصادقة يفرض بدوره على هذه الأخيرة التزامًا بالضمان لمصلحة الأول، وهذا الافتراض بشقيه لا يتحقق دائما في الغالب لانعدام العلاقة العقدية المباشرة بين مقدم خدمة المصادقة والغير، بالتالي هنا لا تقوم المسؤولية العقدية إنما تقوم هذه الأخيرة بين مقدم الخدمة وصاحب الشهادة الالكترونية.

1- المادة 2 من قانون اليونسترال النموذجي الخاص بالتجارة الالكترونية الصادرة عن الأمم المتحدة.

2- إدريس النوازلي، مرجع سابق، ص87 وما يليها.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

وقد نظمت المادة 6 من التوجيه الأوروبي مسؤولية مزودي خدمات المصادقة عن عدم صحة البيانات التي تتضمن الشهادات الصادرة عنها، حيث نصت على أنه، "تضمن الدول الأعضاء -كحد أدنى- مسؤولية مزودي خدمات التوثيق عن الأضرار التي تحدث لأي شخص طبيعي أو قانوني عول على الشهادات المؤهلة التي تصدرها بالنسبة للآتي:

1.عدم صحة المعلومات والوقائع التي تضمنتها الشهادات وقت صدورها.

2.عدم صحة البيانات المتعلقة بتحديد شخصية الموقع.

3.عدم الارتباط بين بيانات إصدار التوقيع وبيانات التحقيق منه لتأمين الخدمة نفسها وهنا تفرق بين: ما إذا كان المضرور هو صاحب الشهادة نفسه أو الغير، فصاحب الشهادة يحق له مساءلة مزود الخدمة على أساس المسؤولية العقدية، وذلك لوجود عقد مبرم بينهما وهو عقد معلوماتي مفاده تزويد صاحب الشهادة بمجموعة خدمات معلوماتية في نطاق التجارة الالكترونية ومنها التصديق على صحة الشهادات الصادرة عنه، وما إذا كان المضرور من الغير فإن مسؤولية مزود الخدمة تستند في هذه الحالة إلى قواعد المسؤولية التقصيرية".

ثانيًا: المسؤولية التقصيرية: تتطلب المسؤولية التقصيرية لمقدم خدمة المصادقة قيام واجب أو التزام بالعناية يلتزم به مقدم خدمة المصادقة لمصلحة الغير، والتقصير بواجب العناية يعتبر إهمالا وبالتالي تثبت به المسؤولية ويقع عبء إثبات ذلك على الغير المتضرر، وهو عبء ليس بالأمر الهين.

إلا أن عدم كفاية القواعد العامة في المسؤولية المدنية لتنظيم مسؤولية هذه الجهات جعل المشرع في بعض الأنظمة يتدخل لوضع قواعد خاصة للغاية لهذه المسؤولية وذلك لارتباطها بالاعتراف بالتوقيع الالكتروني الذي لم يقرر بدوره إلا حديثا أيضا:

وقد أبرز المشرع التونسي مسؤولية مزود خدمات التصديق الالكتروني عن كل ضرر يحصل لكل شخص وثق في الضمانات المنصوص عليها في هذا القانون ويكون مزود خدمات المصادقة الالكترونية مسؤولا عن الضرر الحاصل لكل شخص نتيجة عدم تعليق أو إلغاء شهادة التوثيق وفقا لأحكام القانون.

أما المشرع الأردني فقد تناول مسؤولية مقدم خدمة التوثيق في المادة 25/ب من القانون رقم 85 سنة 2001 بشأن المعاملات الالكترونية، والتي بمقتضاها يكون مقدم خدمة التوثيق مسؤولا عن أية أضرار تنتج عن أخطائه أو تقصيره في تقديم الخدمة[1].

أما المشرع الإماراتي فقد نظم مسؤولية مقدم خدمات التصديق بموجب المادة 4/24 من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية، حيث تنص على أنه: "إذا أحدثت أي أضرار نتيجة لعدم صحة الشهادة أو نتيجة لأي عيب فيها يكون مزود خدمات التصديق مسؤولا عن الخسائر التي يتكبدها[2]:

1.كل طرف تعاقد مع مزود خدمات التصديق حول تقديم هذه الشهادة.

1- مصطفى أبو مندور موسى، الجوانب القانونية لخدمات التوثيق الالكتروني، دار النهضة العربية، 2004، ص118.

2- لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2012، ص182.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

2. أي شخص اعتمد بصورة معقولة على الشهادة التي أصدرها مزود خدمات التصديق".

أما عن المشرع الجزائري فلم يحدد مسؤولية مقدم الخدمة وإنما حدد التزاماته بشكل صريح في نص المادة 3 مكرر حين عرف بأهلية مؤدي خدمات التصديق الالكتروني بأنها: "الوثيقة التي يثبت من خلالها بأن مؤديًا لخدمات التصديق الالكتروني يقدم خدمات مطابقة لمتطلبات نوعية خاصة". فالعبارة الأخيرة التي ذكرها المشرع وهي: "يقدم خدمات مطابقة لمتطلبات نوعية خاصة"، أريد بها الحدود والوظائف التي تلزم مؤدي الخدمة بتأديتها وفقا لما تمليه عليه مهنته.

المطلب الرابع: مدى إلزامية لجوء المتعاقدين لسلطات التوثيق والتصديق الالكترونيين

لم يجعل التوجيه الأوروبي التوثيق إلزاميا، وانما ترك للمتعاملين حرية اللجوء إليه[1]. وأما القانون الفيديرالي الأمريكي، فنجده قد أعطى للأطراف سلطة تنظيم تقنيات التوثيق[2]. وقد قضى قانون المعاملات والتجارة الإماراتي بأنه لكي يمكن للشخص أن يعتمد على توقيع الكتروني فيجب على الطرف الذي يعتمد على التوقيع الالكتروني أن يتحقق من أن التوقيع الالكتروني معزز بشهادة أو كان من المتوقع أن يكون كذلك[3]. .بمقتضى ذلك هو إلزامية لجوء الأطراف للتوثيق ومع ذلك فقد أجاز للأطراف أن يحددوا وجوب استخدام مزودي خدمات تصديق معينين أو فئة معينة منهم أو فئة معينة من الشهادات فيما يتصل بالرسائل أو التوقيعات الالكترونية المقدمة لهم[4].

المبحث الثالث: شهادة التوثيق والتصديق الالكترونية

تقوم شهادات التصديق الالكتروني بدور فعال ومهم في مجال المعاملات الالكترونية من حيث التأكد من شخصية المرسل، وسلامة وصحة البيانات المدونة في المحرر وعدم قابليتها للتعديل.

وهذه الشهادات لا تصدر سوى عن مزود الخدمات الالكترونية والذي يقوم بدور فعال ومهم في إضفاء المصداقية على منظومة التوقيع الالكتروني وتوفير الثقة والأمان لدى المتعاملين، من حيث إبرام الصفقات بالوسائل الالكترونية.

المطلب الأول: تعريف شهادة التصديق الالكترونية أهميتها وبياناها

نظرًا لأهمية هذه الشهادة، كونها أهم دور تقدمه سلطات التوثيق والتصديق الالكتروني من جهة وتبث الثقة والأمان لدى المتعاملين عبر الانترنت من جهة أخرى.

الفرع الأول: تعريف شهادة التصديق الالكترونية: إن شهادة التصديق الالكترونية تعتبر صك أمان تفيد صحة المعاملات الالكترونية وضمانها بما يحقق لتلك المعاملة حماية قانونية[5].

1- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، توثيق التعاملات الالكترونية، مرجع سابق، ص1870.

2- أحمد شرف الدين، عقود التجارة الالكترونية، تكوين العقد وإثباته، مرجع سابق، ص298.

3- المادة 3/21/د من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الإماراتي رقم 2 لسنة 2002.

4- المادة 6/26/أ من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الإماراتي رقم 2 لسنة 2002.

5- إياد محمد عارف عطا سده، مدى حجية المحررات الالكترونية في الاثبات ، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشور، جامعة النجاح، نابلس، 2009.ص42

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

وبالرجوع إلى قانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيعات نجده يعرف في المادة 2/ب الشهادة بأنها: "تعني رسالة بيانات أو سجل آخر يؤكد الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع"[1].

كما عرفها التوجيه الأوربي في المادة 3 بأنها: "تلك التي تربط بين التوقيع وبين شخص معين وتؤكد شخصية الموقع[2].

وعرفها المشرع المصري في المادة 1/و من قانون التوقيع الالكتروني[3] بأنها: "الشهادة التي تصدر من الجهة المرخص لها بالتصديق، وتثبت الارتباط بين الموقع، وبين إنشاء الشهادة".

كما عرفها قانون إمارة دبي بأنها: "شهادة يصدرها مزود خدمات التصديق يفيد تأكيد هوية الشخص أو الجهة الحائزة على أداة توقيع معنية"[4].

بينما المشرع الأردني عرف شهادة التصديق الالكترونية والتي سماها شهادة التوثيق في قانون المعاملات الأردني بأنها:" الشهادة التي تصدر عن جهة مختصة أو معتمدة لإثبات نسبة توقيع الكتروني إلى شخص معين استنادا إلى إجراءات توثيق معتمدة". المشرع الأردني لم يكتفي بتعريفها فحسب بل بين مضمون الشهادة وغايتها وأكد على جهة إصدار الشهادة وكذا إجراءات توثيق تلك الشهادة، وبذلك فقد جمع بين المفهوم الإجرائي والمفهوم الموضوعي للشهادة[5].

أما عن المشرع التونسي فقد عرفها في القانون رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات والتجارة الالكترونية في الفصل الثاني بأنها: "الوثيقة الالكترونية المؤمنة بواسطة الإمضاء الالكتروني للشخص الذي أصدرها والذي يشهد من خلالها أثر المعاينة على صحة البيانات التي تتضمنها[6].

الملاحظ أن المشرع التونسي عرف الشهادة بشقيها المادي والمعنوي، أي أنه ذكر كلمة وثيقة والذي يعني حامل رسالة البيانات ، كما ذكر الإمضاء الالكتروني بالشخص المصدر لتلك الشهادة والتي تعتبر محمولات الوثيقة أي الشق المعنوي، ما يفيد ضبطه للشهادة بما يتجاوز المعطيات غير الواردة في قانون اليونسيترال سالف الذكر والذي ترك مفهوم الرسالة دون تحديد حاملها سواء الكترونيا أو ورقيا أو ضوئيا أو غيرها.

وقد حرص المشرع الفرنسي على إيراد تعريف لشهادة التصديق الالكتروني في المرسوم رقم 272-2001 الصادر في 30 مارس 2001، ضمن المادة 1 منه والتي كرسها للتعاريف المتعلقة بالتوقيعات الالكترونية فعرفها في الفقرة 9 بأنها: "مستند في شكل الكتروني تثبت توافر الرابطة بين بيانات التحقق من صحة التوقيع الالكتروني وبين الموقع" و لم يقتصر المشرع الفرنسي على ذلك بل أورد تعريفا لشهادة التصديق المؤهلة في المادة 10/1 بأنها: "شهادة تصديق الكتروني تلبي الاشتراطات المحددة في المادة 6 من المرسوم"، هذه الأخيرة أي المادة

1- الدليل التشريعي لقانون اليونسترال النموذجي بشان التوقيعات الالكتروني لعام 2001.

2- المادة 3 من التوجيه الأوروبي رقم 99/93.

3- المادة الأولى الفقرة "و" من قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004.

4- المادة 2 فقرة 21 من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الإماراتي رقم 2 لسنة 2002.

5- أحمد ادريوش، معاملات حول قانون التبادل الالكتروني للمعطيات القانونية، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، طبعة1، 2009، ص83.

6- الفصل الثاني من القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات والتجارة الالكترونية.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

و تشترط من أجل أن تكون شهادة التصديق مؤهلة ضرورة أن تتضمن بعض العناصر المحددة في الفقرة 1 وأن تصدر بواسطة مقدم خدمات تصديق الكتروني يستوفي الاشتراطات المنصوص عليها في الفقرة 2 منها.

أما المشرع الجزائري فقد عرف الشهادة الالكترونية في المادة 3 مكرر من المرسوم التنفيذي رقم162/07[1] بأنها: "وثيقة في شكل الكتروني تثبتت الصلة بين معطيات فحص التوقيع الالكتروني والموقع". ولم يكتف المشرع الجزائري بتعريف الشهادة الالكترونية فحسب بل تطرق في نفس المادة إلى تعريف الشهادة الالكترونية الموصوفة بأنها: "شهادة الكترونية تستجيب للمتطلبات المحددة".

ونلاحظ أن المشرع الجزائري في تعريفه لهذه الأخيرة بأنه تعمد تعميم وعدم تخصيص المتطلبات المحددة استجابة للمستجدات المتوقعة.

يرى بعض الفقه أن مقدم خدمات التصديق بوجه عام أو منظمة عامة أو خاصة تصدر شهادات الكترونية وهذه الشهادات تؤمن صلاحية الموقع أو حجية توقيعه وحمايته وكذلك التأكد من هويته وتوقيعه على هذه الشهادة من شخص له الحق في مزاولة هذا العمل، وهذه الشهادات تمكنه أيضا من معرفة المفتاح العام[2].

بمعنى آخر فشهادة التصديق يمكن أن تشكل بطاقة هوية الكترونية وحماية يتم وضعها بواسطة شخص مستقل عن العقد ومحايد[3].

والملاحظ من خلال هذه النصوص أنه يتعين على كل شخص طبيعي أو معنوي يرغب في العمل في نشاط مزود خدمات المصادقة الالكترونية الحصول على ترخيص مسبق بذلك عن الجهات التي نصت عليها القوانين.

أخيرا يمكن تعريف الشهادة Certificat بوجه عام بأنها: "مستند يصدق على معلومات معينة مدرجة فيه أو ترتبط به منطقيا"[4]. كما يقصد بالشهادة أيضاً: "محرر مكتوب يشهد من خلاله شخص سواء كان موظفًا عاماً يتصرف من منطلق صفته أو مجرد فرد على واقعة علم بها"[5].

الفرع الثاني: أهمية شهادة التصديق الالكترونية: تبدو أهمية التصديق في كونها تعمل على تأكيد نسبة الموقع الالكتروني إلى شخص الموقع من أجل تفادي انتحال شخصية الموقع، أو التلاعب في مضمون الرسالة، فالمرسل إليه وقد لا يعرف منشئ الرسالة (الموقع) أو يخشى التعويل عليها خصوصا إذا كانت من خلال شبكة الانترنت إذ يستطيع شخص من الغير أن يلتقطها ثم يرسلها من جديد بعد التلاعب في مضمونها، كما أن منشئ الرسالة قد ينكرها فيما بعد إذا تراءى له أن الصفقة لم تعد ملائمة له.

لذلك يحرص المرسل إليه عادة على اشتراط تقديم شهادة تصدر من جهة محايدة موثوق بها تؤكد هوية من ينسب إليه التوقيع، وصلاحيته في إبرام التصرفات القانونية، وتحديد المفتاح العام اللازم لفك شفرة الرسالة،

1- المرسوم التنفيذي رقم 162/07 مؤرخ في 30 ماي 2007، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 09 ماي 2001 والمتعلق بنظام الاستغلال المطابق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية.

2- لورنس محمد عبيدات، مرجع سابق، ص185.

3- خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للتوقيع الالكتروني في ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.، 2007، ص149.

4- AGOSTS,(P) la signature : de la sécurité juridique à la sécurité technique, thèse précitée.p84

5- CORNU, Gérard, vocabulaire juridique, association, hennir Capitant, paris, quadrige/ pue, 2002, voir certificat.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

ومطابقته مع المفتاح الخاص (الشخصي) المستخدم في التوقيع، وحائز هذا المفتاح الخاص وغير ذلك من البيانات الهامة[1]، وهكذا تنشئ شهادة التصديق علاقة ثلاثية بين كل من جهة التصديق، الموقع والمرسل إليه.

ونخلص في النهاية إلى أن هذه الشهادة الالكترونية تؤمن صلاحية الموقع أو حجية توقيعه وحمايته وكذلك تمكنه من معرفة المفتاح العام، بمعنى آخر فإن شهادة التصديق الالكترونية يمكن أن تشكل بطاقة هوية الكترونية وحماية، يتم وضعها بواسطة شخص مستقل عن العقد ومحايد للطرفين.

الفرع الثالث: بيانات ومشتملات شهادة التصديق الالكتروني: لكي تكون للشهادة قيمة قانونية كاملة في الاثبات، يجب أن تشتمل على بيانات معينة تضفي الثقة على مضمونها وتبعث على الاعتقاد بسلامة محتواها، وبحسب الدليل التشريعي لقانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية لعام 2001 فتشتمل هذه البيانات على ما يلي:

1.تحديد شخصية مقدم خدمة التوثيق، والدولة التي نشأ بها لممارسة اختصاصه.

2.اسم الموقع الفعلي صاحب الشهادة أو اسمه المستعار.

3.ميزة خاصة للموقع عند الاحتجاج إليها وذلك حسب الاستعمال الذي أعطيت الشهادة من أجله.

4.تحديد المفتاح العام الذي يتم من خلاله التحقق من أن التوقيع الرقمي قد أنشئ باستخدام المفتاح الخاص المناظر له والخاضع لسيطرة الموقع وحده.

5.تحديد مدة صلاحية الشهادة من بدايتها وحتى نهاية صلاحيتها.

6.الرقم المسلسل الخاص بالشهادة.

7.التوقيع الالكتروني لمقدم خدمة التصديق القائم بتسليم الشهادة وذلك لتأكيد صحة الشهادة فيما يتعلق بكل من محتواها ومصدرها.

8.حدود استخدام الشهادة عند الاقتضاء.

9.تحديد قيمة الصفقات التي يمكن استخدام الشهادة بشأنها.

ومن الملاحظ أن هذه البيانات بعضها يكون إجبارياً لا غنى عنه، حيث يتعين ذكرها بجميع شهادات التصديق، مثل اسم الموقع، المفتاح العام الخاص به، التوقيع الالكتروني على الصفحة من الموقع، التوقيع الالكتروني لمقدم خدمة التصديق، ومدة صلاحية الشهادة. أما باقي البيانات فهي اختيارية، ولا يترتب على عدم ذكرها عدم صلاحية الشهادة للغرض الذي أنشئت من أجله[2].

وقد خول التوجيه الأوربي بموجب المادة 3/6–4 مقدمي خدمات التوثيق الحق في وضع بعض الشروط والتي تعد قيدا على استعمال الشهادة، لكن يشترط لصحة هذه الشروط أن يكون بإمكان الطرف الثاني الذي يتعامل مع صاحب الشهادة العلم بها.

1– محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الالكترونية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص240.

2– سعيد السيد قنديل، مرجع سابقن ص91.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

كما أجازت المادة 3/8 من التوجيهات الأوربية المتعلقة بالتوقيع الالكتروني لمقدم خدمات التصديق وضع اسم مستعار للموقع على الشهادة بدلا من الاسم الحقيقي ما دام يمكن أن يؤدي إلى التحقق من هوية هذا الموقع[1].

وينبغي أن تتضمن شهادات التصديق الإلكتروني بعض البيانات الجوهرية حتى تكون معتمدة أو بوصفها "مؤهلة" لأن تؤدي وظيفتها في التصديق وبث الأمان والثقة للمتعاملين، كما يجب أن تصدر من مقدم خدمات تصديق الكتروني مرخص له أو معتمد. تشير المادة 2/6 من المرسوم الفرنسي الصادر في 30 مارس 2001 إلى الاشتراطات التي ينبغي أن يلبيها مقدم خدمات التصديق الالكتروني، كما تبين المادة 12 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني المصري المتطلبات الواجب توافرها لدى طالب الحصول على الترخيص بإصدار شهادات التصديق الالكتروني.

لذا فقد تطلبت المادة 2 من المرسوم الفرنسي رقم 272-2001 وكذلك المادة 20 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني المصري كذلك.

وكنتيجة يمكننا أن نجمع شتات هذه البيانات في ثلاث طوائف من البيانات، الأولى: تشمل المعلومات الخاصة بالشهادة، الثانية: هي المعلومات والبيانات المتعلقة بصاحب التوقيع، والثالثة: تتضمن المعلومات والبيانات المتعلقة بمقدم خدمات التصديق.

أولاً: المعلومات المتعلقة بشهادة التصديق الالكتروني: والتي تتضمن ما يلي:

1.الإشارة إلى ما يفيد صلاحية هذه الشهادة للاستخدام في التوقيع الالكتروني: يشير المرسوم الفرنسي رقم 272-2001 الصادر في 30 مارس 2001 إلى أنه ينبغي أن تتضمن الشهادة ما يفيد أنها صادرة بوصفها شهادة تصديق الكتروني "مؤهلة" ويكمن هذا الاشتراط الخاص بالشهادة المؤهلة في ضمان شفافية عن طريق الإشارة إلى المستوى الذي تم منح الشهادة بمقتضاه بصفتها شهادة تصديق مؤهلة، على نحو يسمح بالاستفادة من قرينة الموثوقية التي تقررها المادة 2/6 من المرسوم المذكور.

وعلى غرار ذلك تشير اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني المصري[2]. إلى ضرورة أن تشتمل نماذج شهادة التصديق الالكتروني التي يصدرها مقدم الخدمات على ما يفيد صلاحية هذه الشهادة للاستخدام في التوقيع الالكتروني، إضافة على موضوع الترخيص الصادر لمقدم الخدمات المرخص له، موضحا فيه نطاقه ورقمه وتاريخ إصداره وفترة سريانه.

2.مدة صلاحية الشهادة: ويعد هذا البيان من البيانات المهمة للأطراف المتعاقدة، فهو يحقق لهم الثقة في التعامل مع صاحب الشهادة، لذا ينبغي أن تتضمن الشهادة الإشارة إلى تاريخ بدء صلاحيتها وتاريخ انتهائها[3]. يشار هنا إلى أنه ينبغي ألا تتجاوز مدة صلاحية الشهادة المصدرة للأفراد في مصر عن ثلاثة أعوام،

1- إيمان مأمون احمد سليمان، مرجع سابق، ص324.

2- المادة 20 والمادة 12 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني المصري الصادر عام 2004.

3- المادة 6 بند 2 من المرسوم الفرنسي السابق الذكر.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

ويلتزم مقدم الخدمات المرخص به بكتابة تاريخ انتهاء الشهادة في نموذج التعاقد مع مستخدم الخدمة[1]، وأيا ما كان الأمر يجب أن يكون لمصدر هذه الشهادة القدرة على وقف التعامل بها في أي وقت بناء على طلب من صاحب الشأن.

3. شروط استخدام الشهادة: يشير المرسوم الفرنسي سابق الذكر إلى أنه يجوز عند الاقتضاء أن تتضمن شهادة التصديق لشروط استخدامها، وبخاصة الحد الأقصى لقيمة المعاملات التي يمكن استخدام الشهادة في شأنها[2]. كما أجاز المشرع المصري اشتمال حد قيمة التعاملات المسموحة بها في الشهادة.

4. الرقم المسلسل للشهادة: اعتبر كل من المشرع الفرنسي والمصري هذا البيان من البيانات الضرورية في شهادة التصديق.

5. عنوان الموقع الالكتروني web site **المخصص لقائمة الشهادات الموقوفة أو الملغاة:** وذلك حتى يتسنى للطرف الذي يعول على الشهادة أن يحاط علما بمدى سريانها أو ما إذا كانت موقوفة أو ملغاة، قبل اتخاذ قراره بإنجاز التصرف القانوني مع المتعاقد الآخر (الموقع).

ثانياً: المعلومات والبيانات المتعلقة بصاحب التوقيع: وتشتمل هذه البيانات على ما يلي:

1.هوية صاحب التوقيع (الموقع): يلزم أن تشتمل الشهادة على ما يحدد شخصية الموقع وانه صاحب الشهادة التي تصدر من مقدم الخدمة، وذلك من خلال بيان اسم الموقع الأصلي أو اسمه المستعار[3]. أو اسم شهرته وذلك في حالة استخدامه لأحدهما[4].

2.صفة صاحب التوقيع: لم توضح اللائحة التنفيذية المصرية ما هي دلالة هذا البيان على غرار ما فعل المرسوم الفرنسي الصادر في 30 مارس 2001، سابق الذكر، وهو ذات الوضع الذي سارت عليه اللائحة التنفيذية المصرية عندما أجازت أن تشتمل الشهادة على ما يفيد اختصاص الموقع.

3.بيانات التحقق من صحة التوقيع الالكتروني: يقصد بها العناصر الفنية والتقنية التي تضمن التأكد من صحة التوقيع الالكتروني وهي مفتاح التشفير العام المتعلق بالموقع التي تقابل بيانات إنشاء التوقيع الالكتروني لمفتاح التشفير الخاص، وقد سار المرسوم الفرنسي على هذا النهج في المادة(6-أولاً: بند 5) وفي ذات الاتجاه أشارت اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني المصرية، بصياغة مختلفة إلى ضرورة أن تشتمل الشهادة على المفتاح الشفري العام لحائز الشهادة المناظر للمفتاح الشفري الخاص به، في المادة 6/20 من اللائحة المذكورة.

ثالثاً: المعلومات والبيانات المتعلقة بمقدم خدمات التصديق الالكتروني وتشمل:

1.هوية مقدم خدمات التصديق الالكتروني: فالمشرع المصري اشار الى ان تتضمن شهادة التصديق اسم وعنوان الجهة المصدرة للشهادة ومقرها الرئيسي وكيانها القانوني والدولة التابعة لها إن وجدت، أما المشرع الفرنسي

1- أنظر ترخيص خدمات التوقيع الالكتروني الصادر من هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات لسنة 2006، رقم 2006/103، ص53.

2- المادة 6 أولا بند 9 من المرسوم الفرنسي السابق الذكر.

3- هو اسم وهمي، يختاره الشخص ليخفي عن الجمهور اسمه الحقيقي أنظر: Cour d'appel de paris, 20 octobre 1961, icp, éd.g.1961, p29.et.s

4- المادة 6- أولا: بند3 من المرسوم الفرنسي سابق الذكر، والمادة 20 فقرة 4 من اللائحة التنفيذية المصرية.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

قد اكتفى بالإشارة إلى ضرورة اشتمالها على البيان الخاص بهوية مقدم خدمات التصديق الالكتروني والدولة المنشأ فيها دون تحديد لعناصر هذه الهوية.

2.التوقيع الالكتروني لمقدم خدمات التصديق: ينبغي أن تحتوي شهادة التصديق الالكتروني على التوقيع الالكتروني لمقدم خدمات التصديق الالكتروني الذي يصدرها، وهو ما يعني أن مقدم الخدمة سيوقع على الشهادة ببيانات إنشاء التوقيع الخاصة به (المفتاح الشفري الخاص) وذلك من أجل تأكيد صحة الشهادة فيما يتعلق بكل من محتواها ومصدرها، حتى يتسنى لصاحب الشهادة أو الغير الذي يعول على الشهادة أن يتأكد من تصديق مقدم الخدمات (المحددة لهويته في الشهادة) على المعلومات الواردة في الشهادة والتيقن من المحافظة على سلامة هذه المعلومات، فجدير بالذكر أن كل من المشرع المصري والمشرع الفرنسي قد تعرضا لهذا البيان ضمن البيانات الجوهرية التي ينبغي إدراجها في الشهادة[1].

أما عن المشرع الإماراتي فقد أوجب في المادة 3/24 من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الإماراتي[2]. أن تحدد الشهادة ما يلي:

أ.هوية مزود خدمات التصديق.

ب.إن صاحب الشهادة لديه السيطرة في الوقت المعني على أداة التوقيع المشار إليها في الشهادة.

ج.أن أداة التوقيع سارية المفعول في تاريخ إصدار الشهادة.

د.أية قيود على الغرض أو القيمة التي تستخدم من أجلها أداة التوقيع أو الشهادة.

هـ.أية قيود على نطاق مسؤولية مقدم خدمة التصديق اتجاه أي شخص.

أما المشرع الأردني في المادة 33 من قانون المعاملات الالكترونية، فنص على مدة صلاحية الشهادة صراحة وبطريقة غير مباشرة عندما أكد على أن السجل الالكتروني والتوقيع الالكتروني يكونان موثوق بهما إذ تم التوقيع خلال مدة سريان شهادة التوثيق[3].

وباستقراء قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي، نجد أنه ينص في الفصل السابع عشر على أن شهادة التصديق الالكتروني وجب أن تتضمن البيانات الآتية على وجه الخصوص[4]:

أ.هوية صاحب الشهادة: أي الهوية النافية لجهالة معرفة صاحبها.

ب.هوية الشخص الذي أصدرها وإمضاؤه الالكتروني: بأن تكون الجهة مُعرفة مَعرفة تامة وليس لجهة غيرها

ج.عناصر التدقيق في إمضاء صاحب الشهادة: أي تحديد عناصر التشفير (المفتاح العام والخاص).

د.مدة صلاحية الشهادة، بحكم أن صلاحية شهادة التصديق مؤقتة وغير دائمة.

هـ.مجالات استعمال الشهادة: فهي مرتبطة بمجالات المبادلات الالكترونية كأصل عام، أما المشرع الجزائري

1- راجع المادة 6-أولا، بند 8 من المرسوم الفرنسي سابق الذكر والمادة 20 فقرة 9 من اللائحة التنفيذية المصرية.

2- المادة 3/24 من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الإماراتي، رقم 2 لسنة 2002.

3- المادة 33 من قانون المعاملات الالكترونية الأردني.

4- الفصل 17 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
حيث فقد أشار إلى تعريف الشهادة الالكترونية وكذا الشهادة الالكترونية الموصوفة فلم يتعرض لعرض بيانات هذه الشهادة و لم يحدد عناصرها، وجعل بياناتها شاملة، وعامة دون تخصيصها، تنبأً للمستجدات التي قد تطرأ عليها استجابة للتكنولوجيا المتسارعة التغيير، فقد ذكر حين تعريفه للشهادة الالكترونية الموصوفة: "شهادة الكترونية تستجيب للمتطلبات المحددة "ذلك في المادة 3 مكرر من المرسوم التنفيذي رقم162/07 سابق الذكر.

المطلب الثاني: أنواع شهادات التوثيق الالكتروني وحجيتها في الاثبات

لاريب في أنه إلى جانب شهادة التوقيع الرقمي هناك أنواع أخرى لهذه الشهادات، إلا أنه لتمام حجية وسلامة المحرر الالكتروني يشترط سلامة شهادة التصديق الالكتروني، ومدى توافقها مع بيانات إنشاء التوقيع الالكتروني.

الفرع الأول: أنواع شهادات التوثيق الالكتروني: تتعدد شهادات التوثيق في الوقت الحالي فإلى جانب شهادة توثيق التوقيع الرقمي التي سبق عرضها هناك شهادات أخرى تتنوع بحسب الهدف منها، ومن أمثلة ذلك:[1]

1. شهادة "Digital Time Stamp " التي توثق تاريخ ووقت إصدار التوقيع الرقمي حيث يقوم صاحب الرسالة بعد التوقيع عليها بإرسالها إلى جهة التوثيق التي تقوم بتسجيل التاريخ عليها وتوقعها من جهتها ثم تعيدها إلى مرسلها.

2.شهادة الإذن"Authorizing Certificate" التي تتولى تقديم بيانات عن صاحب التوقيع كمؤهلاته ومحل إقامته

3. شهادة البيان "Attesting Certificate " والتي تثبت صحة واقعة معينة ووقت وقوعها.

كما انتهج المشرع المغربي على نهج المشرع الأوربي، وموازاةً مع هذه الحيثيات وضع نوعين من الشهادات، الشهادات المؤهلة والشهادات غير المؤهلة.

1.الشهادة المؤهلة: هذه الشهادة هي التي نظم بها التوجيه الأوروبي مسؤولية السلطات التي أصدرتها عن الأضرار التي تحدث للغير الذي يعول على صحتها ويتعامل على هذا الأساس.

2.الشهادة غير المؤهلة: لقد ترك التوجيه الأوربي أمر تنظيم المسؤولية بشأن هذه الشهادات للقوانين والأنظمة الداخلية للدول الأعضاء[2].

الفرع الثاني: حجية شهادات التوثيق الالكتروني في الاثبات: يشترط لحجية التوقيع الالكتروني أن يكون موثقا بشهادة تصديق صادرة عن جهة مرخصة، فحجية التوقيع الالكتروني مرتبطة بحجية شهادة التصديق الالكترونية، بعبارة أخرى يفقد التوقيع الالكتروني أو المحرر الالكتروني بصفة عامة أثره القانوني إذا لم يكن موثقاً بشهادة تصديق، أو كانت شهادة التصديق صادرة عن جهة غير مختصة، ففي ضوء النصوص القانونية للتوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004، فالمادة 14 منه قد أضفت على التوقيع الالكتروني ذات الحجية

1- عايض راشد عايض المري، مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات المعاملات التجارية، رسالة دكتوراه حقوق، القاهرة، 1998، ص344،

2- إدريس النوازلي، حماية عقود التجارة الالكترونية في القانون المغربي، مرجع سابق، ص89.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

المقررة للتوقيع التقليدي حسب نصوص قانون الاثبات وذلك في نطاق المعاملات المدنية، التجارية والإدارية، ثم أضافت المادة 18 من ذات القانون أن التوقيع الالكتروني يتمتع بالحجية إذا ما توافرت شروط محددة.

وهكذا يقال أن تصديق التوقيع شرط لقبول حجيته في الاثبات باعتبار أن أحد شروط تمتعه بالحجية هو ثبوت ارتباطه بالموقع وحده دون غيره وهو أمر أوكله المشرع لشهادة التصديق التي تصدر من جهة مرخص لها، و"تثبت الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع (المادة الأولى)".

ومن "قانون التوقيع الالكتروني" فإذا كان هدف شهادة التصديق هو ثبوت الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع، وكان يشترط لتمتع التوقيع الالكتروني بالحجية ثبوت ارتباط التوقيع بالموقع، فإن القول باشتراط تصديق التوقيع لإضفاء الحجية عليه يبدو مقبولا، لكن مثل هذا القول يتعذر قبوله بحسبان أن شهادة التصديق هي إحدى وسائل ثبوت ارتباط التوقيع بالموقع، ومن ثم يجوز للمرسل إليه الذي يرغب في الاحتجاج بالتوقيع على الموقع أن يثبت بكافة طرق الاثبات- باعتبار أن الأمر يتعلق بواقعة مادية- ارتباط التوقيع بالموقع بدون الاعتماد على شهادة التصديق. حقا أن وجود هذه الشهادة يجعل إثبات الارتباط أمرًا ميسورًا لكنها ليست الوسيلة الوحيدة لإثبات هذا "الارتباط" حتى ولو كان الاثبات بدونها يبدو في غاية الصعوبة.

وقد اختار مشرع قانون التوقيع الالكتروني[1] طريقًا وسطًا، فلا هو أجاز إثبات حجية التوقيع الالكتروني بكافة الطرق، ولا هو حصر الاثبات في شهادة التصديق الالكتروني فقط وإنما أجاز إثبات ارتباط التوقيع الالكتروني بالموقع وحده دون غيره- وهو أحد شروط حجية التوقيع الالكتروني- بتقديم شهادة تصديق الكتروني معتمدة ونافذة المفعول وصادرة من جهة تصديق الكتروني مرخص لها أو شهادة فحص التوقيع صادرة من هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات[2].

المطلب الثالث: دور شهادة التوثيق الالكتروني ودور أطرافها نحوها

لقد كان لظهور شهادة التوثيق الالكتروني هدف تحقيق الأمان القانوني بين المتعاقدين عبر شبكة الانترنت فإذا كانت الشهادة هي العنصر الأول والأساسي لتحقيق الأمان القانوني، فإنها ليست العنصر الأخير، بل أن هناك أطرافا أخرى يتعين أن تتضافر جهودها كي يستكمل الأمان القانوني المراد تحقيقه.

الفرع الأول: دور شهادة التوثيق الالكتروني: تؤدي شهادة التوثيق الالكتروني أدوارا عدة أولى هذه الأدوار هي أنها تؤدي إلى التحقق من هوية الشخص، وكذلك من سلطته وأهميته، وأوصافه المهنية، مثال ذلك: أنها تمكن من التحقق من أن هذا الشخص هو بالفعل صيدلي، أو أنه محام أو غير ذلك[3]. وبذلك فإنه من خلال شهادة التوثيق الالكترونية تتلاشى مخاطر إبرام العقد من أطراف ناقصي الأهلية أو من غير ذي صفة.

1- المادة 7 من اللائحة التنفيذية للتوقيع الالكتروني المصرية.

2- محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص242.

3- SEDALLIAN Valérie; Preuve et signature électronique; sur http:// www.juriscom.net/chronique/2/fr0509.htm;.n°35.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

كذلك تثبت شهادة التوثيق الالكترونية أن التوقيع صحيح، حيث تمنحه الحجية الكاملة، كما تثبت أن بيانات الرسالة الموقع عليها صحيحة و لم يطرأ عليها أي تبديل[1].

وتمكن هذه الشهادة أيضا من معرفة المفتاح العام، والذي من خلاله يتم التأكد من المعلومات المرسلة، نظرا للارتباط بين هذا المفتاح والمفتاح الخاص[2]. كما تثبت وجود ارتباط بين زوج المفاتيح (العام والخاص) وبين الشخص الذي تحققت شخصيته[3].

إن إبرام العقد الالكتروني من خلال اللجوء لجهات التوثيق والحصول على شهادة التوثيق الالكترونية يضمن عدم إنكار أي من الطرفين لتوقيعه على العقد، حيث يتم التوقيع من خلال المفتاح الخاص الذي يثبت شخصية الموقع، وبالتالي فهو وحده الذي يمكنه التوقيع، وعلى ذلك تقع مسؤولية الموقع في حالة إطلاع الغير على مفتاحه الخاص إذا لم يبلغ جهات التوثيق لإلغاء هذا المفتاح الخاص واستصدار مفتاح جديد[4] يؤكد رضاءه وقيامه بالتوقيع[5] أو ادعاؤه بأن صلب العقد تم التعديل أو تغييره، لتوثيقه من تلك الجهات.

هذا ويمكن إجمال دور شهادة التوثيق الالكترونية في أنها سجل معلوماتي موقع بإمضاء الكتروني يحقق هوية مصدر الشهادة ويحقق هوية الموقع ويعطي مفتاحه العام، مما يعني أنها بطاقة هوية الكترونية تمنحها جهة مستقلة عن العقد ومحايدة[6].

ومن الناحية العملية فقد تطلب المشرع الفرنسي ضرورة وجود شهادة عليها من جهات متعمدة"PSC" تثبت التحقق من هوية الموقع وبالتالي تمنح التوقيع الالكتروني حجيته في الاثبات[7].

كما اشترطت التوجيهات الأوربية الصادرة في 13ديسمبر1999 وجود هذه الشهادة حتى يمنح التوقيع الالكتروني حجية وصلاحية في إبرام العقد الالكتروني وإثباته.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، نص القانون الخاص بالتوقيع الالكتروني والتصرفات الرقمية على استخدام هذه الشهادات، بيد أن أداء الشهادة الالكترونية لدورها الذي تناولناه مرهون بأداء أطرافها للأدوار المنوطة بهم وهذا ما سوف نعرض إليه فيما يلي:

الفرع الثاني: دور أطراف شهادة التوثيق الالكتروني نحوها: يتعين علينا أن نحدد أطراف شهادة التوثيق الالكترونية الذين نعنيهم وهم: جهة التوثيق المصدرة للشهادة، الموقع صاحب الشهادة، الغير الذي يعتمد على الشهادة، فلكل واحد من هؤلاء الأطراف الثلاثة دور أساسي نحو الحفاظ على أداء الشهادة لدورها.

وسوف نتناول تلك الوظائف الثلاث بغض النظر عما إذا كانت تقدمها في الواقع ثلاث أطراف مستقلة،

1- ابراهيم الدسوقي أبو الليل، توثيق التعاملات الالكترونية، مرجع سابق، ص1873.

2- سعيد السيد قنديل، مرجع سابق، ص75.

3- عادل أبو هشيمة محمود حوته، مرجع سابق، ص196.

4- عايض راشد عايض المري، مرجع سابق، ص101

5- محمد السعيد رشدي، حجية وسائل الاتصال الحديثة في الاثبات، مرجع سابق، ص419.

6- SEDALLIAN Valérie; Preuve et signature électronique ; op.cit ; n°34.

7- سعيد السيد قنديل، مرجع سابق، ص111.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

أو أكثر عندما تقسم هيئات مختلفة جوانب وظيفة التصديق أو أقل، وذلك عندما يقوم طرف بأداء وظيفيتين من الثلاث وظائف كأن يكون مقدم خدمة التوثيق هو أيضا طرف معول[1].

هذا وسنعرض لتلك الأدوار الثلاثة على الترتيب التالي: دور الموقع صاحب الشهادة أولاً، ودور جهة التوثيق مصدرة الشهادة ثانياً، وأخيرا دور الغير المتعاقد مع صاحب الشهادة.

أولاً: دور الموقع صاحب الشهادة: يقع على عاتق الموقع صاحب الشهادة الدور الأكبر في الحفاظ على شهادته الالكترونية وسلامتها واستمرارها لأداء دورها المنوط بها، ويتجسد ذلك في بذله لقدر معقول منه العناية كي لا يتمكن أحد من الغير استخدام توقيعه استخداما غير شرعي.

وفي حالة معرفة الموقع بتعرض بيانات توقيعه للاستخدام غير الشرعي أو احتمال حدوث ذلك، فعليه أن يسارع إما بإخطار جهة التوثيق أو إخطار أي شخص يتوقع منه الموقع أن يعتمد على التوقيع الالكتروني[2].

كذلك يقع على عاتق الموقع عند استخدماه شهادة تؤيد توقعه الالكتروني، أن يحافظ على الضمانات المادية ذات الصلة بالشهادة، وذلك طوال مدة سريانها. وعليه فإنه إذا أخل الموقع بدوره، لأنه يتحمل التبعات القانونية جزء إخلاله[3].

ثانياً: دور جهة التوثيق مصدرة الشهادة: تعددت أدوار جهة التوثيق، إلا أن أهمها يقتصر فقط نحو شهادة التوثيق الالكتروني لاستمرارية أداء دورها، إما بطريقة مباشرة وذلك باتخاذ الإجراءات التي تكفل الحماية لها من كل تغيير غير مرخص به[4]، أو بطريقة غير مباشرة وذلك من خلال الموقع والمعول، بحيث يتمثل دور جهة جهة التوثيق من خلال الموقع بأن توفر لأصحاب التوقيعات الالكترونية وسيلة آمنة تمكنهم من إخطارها بأن أداة التوقيع الخاصة بهم قد تعرضت للشبهة أو أن هناك احتمالية حدوث شبهة، وأن تضمن بما لديها من وسائل إلغاء التوقيع في الوقت المناسب،[5] وإذا ما انتقلنا إلى دور جهة التوثيق من خلال المعول، فيتعين عليها ان توفر وسائل يكون الوصول إليها ممكنا وسهلا كي يتمكن الطرف المعول من التأكد من الشهادة، كهوية مقدم خدمة التصديق والتأكد من سيطرة الموقع على بيانات إنشاء التوقيع وقت إصدار الشهادة، وصحة بيانات الشهادة وقت إصدارها[6]. وأن توفر للمعول الوسائل التي بموجبها يمكنه معرفة وجود أي تقييد على الغرض أو القيمة التي يستخدم من أجلها الشهادة وأن بيانات إنشاء التوقيع صحيحة و لم تتعرض لما يثير الشبهة.

1- قانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية مع دليل الاشتراع 2001، مرجع سابق، بند 32، ص25.

2- المادة 1/8-أ-ب من قانون التوقيع الالكتروني النموذجي.

3- المادة 1/8.ج والمادة 2/8 من قانون التوقيع الالكتروني النموذجي.

4- المادة 14 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي.

5- المادة 1/9- هـــ من قانون التوقيع الالكتروني النموذجي، المادة 1/24-د من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الإماراتي.

6- المادة 1/9-ج- من قانون التوقيع الالكتروني النموذجي.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
كما يتعين أن تتيح جهة التوثيق للمعول معرفة ما إذا كانت توفر للموقع وسائل يتمكن من خلالها بإشعارها، وما إذا كانت تتيح كذلك خدمة الإلغاء الآنية[1].

بالإضافة إلى ما سبق، فإنه يتعين على جهة التوثيق أن تختم التوقيع الرقمي زمنيا، لكي تتيح للمعول أن يحدد ما إذا كان التوقيع الرقمي الذي أنشيء على الرسالة الالكترونية قد تم أثناء فترة سريان شهادة التوثيق الالكترونية، ويتحمل خدمة التوثيق الالكترونية المسؤولية القانونية لتخلفه عن الوفاء بما سبق ذكره[2].

ثالثًا: دور الغير المتعاقد مع صاحب الشهادة: تعددت مسميات الغير الذي يتعاقد مع صاحب التوقيع الالكتروني فقد أطلق عليه مسمى "الطرف المعتمد"[3]. كما أطلق عليه كذلك مسمى "الطرف المعول"[4]، ويعرف بأنه: "الشخص الذي يتصرف بالاعتماد على شهادة أو توقيع الكتروني"[5]. أو هو: "شخص يجوز أن أن يتصرف استنادا إلى شهادة أو إلى توقيع الكتروني"[6]، ولكن ما هو الدور المنوط به الغير الذي يتعاقد مع صاحب شهادة التوثيق الالكترونية؟

يتعين على هذا المتعاقد (الطرف المعول) أن يتحقق من التوقيع الموضوع على الشهادة ومن صلاحية الشهادة المعتمدة أو وقفها أو إلغائها، كما يتعين عليه التحقق من وجود أي تقييد للشهادة الالكترونية[7].

وقد نبه المشرع الإماراتي الطرف الذي يعتمد على التوقيع الالكتروني المعزز بشهادة (أي الطرف المعتمد) إلى ضرورة التأكد من عدة أمور[8]:

1.صحة شهادة المصادقة "التوثيق".

2.نفاذ شهادة المصادقة.

3.البحث عما إذا كانت شهادة التصديق معلقة أم لا.

4.البحث فيما إذا كانت شهادة التصديق ملغاة أم لا.

5.مراعاة أية قيود تتعلق بشهادة التصديق المذكورة.

ونجد أن جهات التوثيق الالكتروني تتولى إنشاء أرشيف الكتروني متضمنا التوقيعات الالكترونية والشهادات الالكترونية الصادرة عنها، وثابت به حدود استخدام هذه الشهادات بالنسبة لصلاحياتها وما ألغي أو أبطل منها، وما تم إيقافه[9]، فإذا لم يقم المتعاقد من الغير بذلك، فلا يحق له الرجوع على مقدم خدمة التوثيق

1- المادة9/1-د-5/9-6/9- من قانون التوقيع الالكتروني النموذجي.

2- الدليل التشريعي للقانون النموذجي للتوقيع الالكتروني، بند 55-ص34.

3- وهو المسمى الذي أورده قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الإماراتي.

4- وهو المسمى الذي أورده قانون التوقيع الالكتروني النموذجي.

5- المادة 23/2 من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الإماراتي.

6- المادة 9/2 من قانون التوقيع الالكتروني النموذجي.

7- المادة 11 من قانون التوقيع الالكتروني النموذجي.

8- المادة 2/21 من قانون المعاملات التجارة الالكترونية الإماراتي.

9- المادة 3/21-ج- من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الإماراتي.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

بموجب قواعد المسؤولية المترتبة على عدم صحة بعض البيانات لتوافر الخطأ من جانبه، حيث يتحمل مخاطر عدم صحة ذلك التوقيع أو تلك الشهادة[1].

المطلب الرابع: شهادة التوثيق الالكتروني الأجنبي ومدى حجيتها في الاثبات

يخلط بعض من الفقه بين اعتماد الهيئة للجهة الأجنبية المختصة بالشهادة وبين اعتماد الشهادة ذاتها ذلك أن بعض التشريعات واضحة في الدلالة على أن اعتماد الجهة الأجنبية المصدرة للشهادة هو الطريق للاعتراف بها.

الفرع الأول: الاعتراف بالسلطات الأجنبية المختصة بإصدار شهادات التصديق الالكتروني: يوجد من التشريعات من يعترف بالجهات الأجنبية المصدرة لشهادات التصديق الالكتروني ومن بين هذه التشريعات نجد:

أولاً: قانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية: عالجت المادة 12 من قانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية الصادر عام 2001[2]، قواعد هذا الاعتراف وشروطه وآثاره، ويبدو الهدف من ذلك في هو بعض القوانين الأجنبية يمكن أن تفرض قيودا على مسألة الاعتراف بشهادات التصديق الأجنبية، وهو أمر يؤثر بالسلب على مسار المعاملات الالكترونية وتوسعها عبر الحدود. ويقوم الاعتراف بشهادة التصديق الالكتروني على نحو ما جاء به قانون اليونسترال على عدة مبادئ جوهرية نذكر منها:

1.ترسيخ مبدأ عدم التمييز بين شهادات التصديق الالكتروني الأجنبية والوطنية.

2.إيجاد معيار أساسي للتكافؤ بين شهادات التصديق بصرف النظر عن مكان إصدارها.

3.يمكن الاعتماد عليه في ومسألة الاعتراف.

وفي تقديرنا أن مسلك القانون النموذجي يعد نموذجا يحتذى به، حيث ربط بين مسألتين على قدر كبير من الأهمية هما، الاعتراف بشهادات التصديق الالكتروني الأجنبية متى كانت توفر قدرا كبيرا من الموثوقية، وكذلك الاعتراف بالتوقيعات الالكترونية الأجنبية وهي مسألة على قدر كبير من الأهمية لتحقيق الأمان والثقة للمتعاملين عبر حدود الدول.

ثانياً:القانون الفرنسي: ترسي المادة 9 من المرسوم الفرنسي رقم 535-2002[3] أسس الاعتراف بشهادات التصديق الالكتروني الصادرة عن جهات تصديق أجنبية تطبيقا لنصوص التوجيه الأوروبي بشأن التوقيعات الالكترونية إلا أن المرسوم فرق لدى تنظيمه للمسألة بين الشهادات الصادرة داخل الاتحاد والصادرة خارجه.

1.شهادات التصديق الالكتروني الصادرة من جهة تصديق أجنبية من خارج الاتحاد الأوروبي: تجيز المادة 1/9 من المرسوم الصادر في 18 أفريل 2002 للجنة المركزية لأمان أنظمة المعلومات، عقب أخذ رأي اللجنة الرئيسية للتصديق أن تعقد اتفاقيات خاصة بالاعتراف المتبادل مع هيئات أجنبية مماثلة من خارج الدول الأعضاء في الاتحاد الأوربي.

1- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، توثيق التعاملات الالكترونية، مرجع سابق، ص1869، و سعيد قنديل مرجع سابق، ص65

2- المادة 12 من قانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية، الصادر عام 2001.

3- المادة 9 من المرسوم الفرنسي رقم 535-2002، الصادر في 18 أفريل 2002، المتعلق بالتقسيم والتصديق على مستوى الأمان تقدمه منتجات وأنظمة تكنولوجيا المعلومات dcssi

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

من المرسوم الصادر في 18 أفريل 2002 إلى رئيس الوزراء بمهمة الإقرار لشهادات التصديق الصادرة من جهات الترخيص الأجنبية بدولة عضو في الاتحاد الأوربي بذات الحجية المقررة لشهادات التصديق الصادرة تطبيقا لأحكام هذا المرسوم، متى صدرت في إطار إجراءات مماثلة تنطوي على ضمانات مناظرة للشهادات الصادرة في فرنسا، وذلك مع عدم الإخلال بالقواعد المنظمة للتصديق على منظومات إنشاء التوقيع الالكتروني المؤمنة الواردة في (المادة 3-ثانيا، فقرة ب) من المرسم الصادر في 30 مارس 2001.

ثالثًا: القانون المصري: ربط المشرع المصري الاعتراف بشهادات التصديق الأجنبية بمسألة الاعتراف بمقدم خدمات التصديق الأجنبي المختص بإصدار هذه الشهادات، حينما تعرض لها بالتنظيم في المادة 22 من قانون التوقيع الالكتروني، التي يجرى نصها على أن: "تختص الهيئة باعتماد الجهات الأجنبية المختصة بإصدار شهادات التصديق للشهادات التي تصدرها تلك الجهات ذات الحجية في الاثبات، المقررة لما تصدره نظيراتها، وذلك كله وفقا للقواعد والإجراءات والضمانات التي تقررها اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

إن اعتماد الجهة الأجنبية المختصة بإصدار الشهادة لدى هيئة التصديق الالكتروني الأجنبية، بمعنى آخر أن الاعتداد بالشهادة يعتبر نتيجة تبعية لاعتماد الجهة الأجنبية المختصة بإصدارها[1].

رابعًا: القانون الإماراتي: اعترف القانون الإماراتي بالشهادات والتوقيعات الالكترونية الأجنبية حيث نص على أنه: "لتقرير ما إذا كانت الشهادة أو التوقيع الالكتروني نافذًا قانونًا، لا يتعين إيلاء الاعتبار إلى المكان الذي صدرت فيه الشهادة أو التوقيع الالكتروني، ولا إلى الاختصاص القضائي الذي يوجد فيه مقر عمل الجهة التي أصدرت الشهادة أو التوقيع الالكتروني[2].

خامساً: القانون التونسي: إذا ما نظرنا لقانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي نجده قد رهن الاعتراف بالشهادات المسلمة من مقدمي خدمات توثيق الكترونية موجودة ببلد أجنبي كشهادات مسلمة من مقدمي خدمات توثيق الكترونية موجودة ببلد أجنبي كشهادات مسلمة من مقدمي خدمات توثيق الكترونية موجودة بالدولة بوجود اتفاقية اعتراف متبادل تبرمها الوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية[3].

سادساً: القانون الجزائري: في ضوء حداثة التجربة التشريعية الجزائرية في مجال المعاملات الالكترونية، قام المشرع الجزائري بالاعتراف بشهادة التصديق الأجنبية حيث أشار في المادة 3 مكرر 1 المدرجة في المادة 4، ضمن أحكام المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 9 ماي 2001 [4] إلى أن: "تكون للشهادات التي يسلمها مؤدي خدمات تصديق الكتروني مقيم في بلد أجنبي نفس قيمة الشهادات المسلمة بموجب أحكام هذا المرسوم إذا كان هذا المؤدي الأجنبي يتصرف في إطار اتفاقية للاعتراف المتبادل أبرمتها سلطة ضبط البريد

1- أيمن سعد سليم، التوقيع الالكتروني، مرجع سابق، ص444.

2- المادة 1/26 من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الإماراتي.

3- المادة 23 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي.

4- المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 07-16 المؤرخ في 7-162 المؤرخ في 30 ماي 2007.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

والمواصلات السلكية واللاسلكية". ويتبين من خلال نص المادة أن سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية هي الجهة المختصة باعتماد الجهة الأجنبية المختصة بإصدار شهادات التصديق الالكتروني الأجنبية، وذلك مقابل وفي إطار اتفاقية الاعتراف المتبادل بين سلطة ضبط البريد والمؤدي الأجنبي.

الفرع الثاني: حجية شهادات التصديق الالكتروني في الاثبات: لكي تمنح الشهادات التي يصدرها مزود خدمات التصديق بالدولة يجب أن تكون ممارسته الأجنبية ذات مستوى من الموثوقية.

أولاً:قانون اليونسترال النموذجي: تشير الفقرة 4 من المادة 12 من القانون النموذجي إلى العوامل التي ينبغي وضعها في الاعتبار عند البت في ما إذا كانت الشهادة الالكترونية تتيح مستوى من قابلية التعويل مكافئا جوهريا حتى يكون للشهادة ذات المفعول القانوني والحجية في غير المكان الذي صدرت فيه، ويرجع ذلك إلى المعايير الدولية المعترف بها[1]. أو أية عوامل أخرى ذات الصلة[2]. بالرجوع إلى نص المادة 12 من هذا القانون، التي أكدت أنه إذ تم اعتماد الشهادة كونها سارية المفعول قانونا فإنه لا موجب للاهتمام بالموقع الجغرافي الذي صدرت فيه الشهادة مادام أن تلك الشهادة ترتب نفس الآثار التي ترتبها الشهادة الوطنية، كما أن تلك الشهادة تصبح شهادة موثوق بها بقدر متكافئ مع الشهادة الوطنية.

الملاحظ أن قانون اليونسترال النموذجي لم يتعرض إلى مسألة حجية شهادة المصادقة الأجنبية وإنما تعرض إلى الآثار المترتبة عن الاعتداد بشهادة المصادقة الأجنبية، أين أكد أن الاعتراف بشهادات التصديق يؤدي إلى عدم اعتبار الموقع الجغرافي التي تصدر فيه الشهادة مادام أن الشهادة الأجنبية تتيح مستوى متكافئ مع الشهادة الوطنية، كما يؤدي إلى أن يولى الاعتبار في ذلك المعايير الدولية المعترف بها، بذلك فقد ترك قانون اليونسترال النموذجي مسألة الاعتداد بالشهادة الأجنبية بما تصدره الدول من تشريعات داخلية، وحسب ما جاء به الفقه فأهم شروط منح الحجية للشهادة الالكترونية هي:

1.وجود اتفاقية اعتراف مسبق متبادل بين الدولة التي تنتمي الشهادة الأجنبية إلى سلطاتها المختصة وبين دولة عمل تلك الشهادة واستخدامها في إقليمها.

2.مبدأ المعاملة بالمثل: وهو سريان شهادة التصديق الأجنبية بذات شروط سريان شهادة التصديق الوطنية في الدولة الأجنبية.

3.أن لا تكون شهادة التصديق الأجنبية مخالفة للنظام العام والآداب حسب النظام القانوني للدولة.

ثانياً:القانون الفرنسي: جوز أن تنص الاتفاقات الخاصة بالاعتراف المتبادل مع هيئات أجنبية مماثلة من خارج الدول الأعضاء في الاتحاد الأوربي على الاعتراف لشهادات التصديق الصادرة من هذه الهيئات الأجنبية في إطار إجراءات مشابهة للمنصوص عليها في الباب الأول من المرسوم سابق الذكر (إجراء التقييم وإجراء التصديق)

1- راجع دليل اشتراع قانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية، عام 2001، ص87.

2- عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الالكتروني في النظم القانونية المقارنة، مرجع سابق، ص375. و أيمن سعد سليم، التوقيع الالكتروني، مرجع سابق، ص44

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
بذات الحجية المقررة لشهادات التصديق الصادرة تطبيقا لأحكام هذا المرسوم، غير انه يجوز قصر هذا الاعتراف المتبادل على توافر مستوى معين من الأمان في شهادة التصديق.

ثالثاً: القانون المصري: .بمجرد اعتماد الجهة الأجنبية المختصة بإصدار شهادات التصديق الالكتروني، تتمتع الشهادات التي تصدرها بذات الحجية في الاثبات المقررة لشهادات التصديق الالكتروني الصادرة من جهات التصديق الالكتروني الكائنة في مصر[1]. حينما تعرض لها المشرع بالتنظيم في المادة 22 من قانون التوقيع الالكتروني التي يجري نصها على أن: "تختص الهيئة باعتماد الجهات الأجنبية المختصة بإصدار شهادات التصديق الالكتروني وذلك تنظير المقابل الذي يحدده مجلس إدارة الهيئة، وفي هذه الحالة تكون للشهادات التي تصدرها تلك الجهات ذات الحجية في الاثبات المقررة لما تصدره نظرياتها..."

رابعًا: القانون الإماراتي: لكي تمنح الشهادات التي يصدرها مزود خدمات التصديق الأجنبي الحجية كشهادات صادرة من مزودي خدمات التصديق بالدولة، يجب أن تكون ممارساته ذات مستوى من الثقة ما يعادل على الأقل المستوى الذي يتطلب من مزودي خدمات التصديق العاملين بالدولة[2]

خامساً: القانون التونسي: إذا ما تطرقنا لقانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي نجده قد رهن الاعتراف بالشهادات المسلمة من مقدمي خدمات توثيق الكترونية موجودة ببلد أجنبي كشهادات مسلمة من مقدمي خدمات توثيق الكترونية موجودة بالدولة بوجود اتفاقية اعتراف متبادل تبرمها الوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية[3].

سادساً: القانون الجزائري: تشير المادة 3 مكرر1 المدرجة ضمن المادة 4[4]، إلى منح الحجية للشهادة من خلال ذكرها للشروط التي تعطي للشهادة الالكترونية القوة الثبوتية ومن هذه الشروط:

1.وجود اتفاقية للاعتراف المتبادل بين سلطة ضبط البريد الموكلة بالتصديق الأجنبي مع مؤدي أجنبي.

2.مبدأ المعاملة بالمثل باعتبار مؤدي خدمات التصديق الالكتروني المقيم في بلد أجنبي نفس قيمة الشهادات المستلمة .بموجب أحكام المرسوم 07-162.

3.بناءً على تكييف نشاط أو مهنة خدمات الانترنت واستغلالها بأنه مقنن مرتبط بوجود مصلحة تتطلب التأطير القانوني والتقني المطلوب وطبقا للمادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم40/97 فهي ترتبط بإحدى المجالات التالية:

أ.النظام العام.

ب.أمن الأشخاص والممتلكات.

1- تامر محمد سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد الالكتروني عبر الانترنت، مرجع سابقن ص572.

2- المادة 1/26 من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الإماراتي.

3- المادة 23 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي.

4- المادة 3مكرر1 المدرجة في المادة4 ضمن أحكام المرسوم التنفيذي 123/01 المؤرخ في 09ماي2001 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 162/07 المؤرخ في 30 ماي 2007. سالف الذكر

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

ج. حفظ الصحة العامة.

د. حماية الأخلاق والآداب.

هذا من جهة ومن جهة أخرى فالمشرع الجزائري سوى بين مؤدي خدمات تصديق الكتروني مقيم في بلد أجنبي مع مقيم في أرض الوطن من حيث قيمة الشهادة المستلمة، مع توفر الشرط الثالث هو أن لا تكون شهادة التصديق الأجنبية مخالفة للنظام العام والآداب.

المطلب الخامس: إيقاف شهادة التصديق الالكتروني وإلغاؤها

قد تفقد الشهادة جدارتها للثقة أو تصبح غير قابلة للتعويل عليها، وذلك في حالة ما إذا تعرض المفتاح الخاص للموقع لما يثير الشبهة، كأن يفقد الموقع سيطرته على ذلك المفتاح، وقد يعمد مقدم خدمات التصديق- بناء على طلب الموقع أو حتى بدون موافقته وذلك وفقا للظروف- إلى إيقاف الشهادة بوقف فترة سريانها مؤقتا، أو إلى إلغائها نهائيا.

ولدى قيام مقدم الخدمة بتعليق الشهادة أو إلغائها، ينبغي عليه أن يعلن ذلك الأمر على عنوان الموقع الالكتروني المخصص لقائمة الشهادات الموقوفة أو الملغاة والمبين في الشهادة، بما يؤدي إلى علم الأطراف المعولة على التوقيع الالكتروني بأن الشهادة فقدت جدارتها بالثقة أو أصبحت غير قابلة للتعويل عليها.

الفرع الأول: إيقاف شهادة التصديق الالكتروني: بوجه عام ينبغي على مقدم خدمات التصديق الالكتروني أن يوقف العمل بالشهادة التي صدرت عنه في الحالات التالية:

أولاً: بناءً على طلب صاحب الشهادة: وبكون لمستخدم الخدمة الحق في إيقاف الشهادة في حالة إصدارها بصفته الشخصية، كما يكون فقط لجهة العمل والشخص المفوض الحق في الإيقاف لأي شهادة مصدرة للعاملين بهذه الجهة.

على أن الاستجابة لطلب صاحب الشهادة بإيقاف العمل بها، يتوقف على أن يكون هذا الطلب مبررًا، بمعنى أن يكون له سند واقعي يبرر الطلب، ويقنع مقدم الخدمة باتخاذ إجراءات الإيقاف، خاصة وأن شهادة التصديق فور صدورها واستعمالها يتعلق بها حقوق الغير.

ثانياً: تغيير البيانات الواردة في الشهادة أو العبث بها: تفترض شهادة التصديق أن البيانات التي تتضمنها صحيحة لم تتغير وذلك خلال مدة سريانها ما يتطلب ضرورة إعلام صاحب الشهادة لمقدم الخدمة بأي تغيير يطرأ على بياناته المدونة في الشهادة وعلى هذا الأخير أن يغير بالشهادة ويخطر ذوي الشأن عند لحظة علمه.

كما أنه يتعين على صاحب الشهادة إيقاف الشهادة متى علم بأن تغييرًا قد حدث في البيانات التي صدرت الشهادة بناء عليها، نتيجة العبث بتلك البيانات، وما على مقدم الخدمة إلا إيقاف وقت استعمال الشهادة مؤقتا إلى أن يثبت صحة سبب الإيقاف فتلغى الشهادة نهائيًا، أو يثبت عدم صحة السبب قرار الإيقاف.

ثالثاً: انتهاء مدة صلاحية الشهادة: ذلك لأن كل شهادة تصديق الكتروني لها مدة زمنية تسري خلالها وكما بينا فإن مدة الشهادة تعتبر أحد البيانات الجوهرية التي يجب تضمنيها في الشهادة، فينبغي على مقدم الخدمة، في

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
كل الأحوال، التأكد من صلاحية الشهادة للعمل وأنها سارية وأن يصدر قراره بإيقاف العمل بالشهادة متى انتهت مدة صلاحيتها.

رابعاً: سرقة أو فقدان المفتاح الشفري الخاص أو البطاقة الذكية او عند الشك في حدوث ذلك: في هذا الخصوص يجب على مقدم الخدمة أن يسارع من تلقاء نفسه إلى إيقاف العمل بالشهادة متى ثبت سرقة أو فقدان المفتاح الشفري الخاص بالموقع أو البطاقة الذكية أو حتى عند الشك في حدوث ذلك.

خامسًا: عدم التزام الشخص المصدر له شهادة التصديق لبنود العقد المبرم مع المرخص له: فعلاقة الشخص المصدر له شهادة التصديق لمقدم الخدمة هي علاقة تعاقدية تحكمها شروط العقد المبرم بينما ويترتب حين إخلال الشخص بأحد بنود العقد بوقف تلك الشهادة مؤقتا.

الفرع الثاني: إلغاء شهادة التصديق الإلكتروني: تلغى شهادة التصديق في بعض الحالات كما يلي:

أولاً: طلب صاحب الشهادة: يمكن إلغاء الشهادة متى طلب صاحبها ذلك، لأنها تحمل صفة شخصية لذاته، من ثم فهو المعني بها أولا وأخيرا، كما يكون لجهة العمل والشخص المفوض فقط الحق في إلغاء أية شهادة مصدرة للعاملين بهذه الجهة، ولا يحق للغير طلب إلغاء الشهادة، إنما يمكن أن يضع الواقعة بسبب الإلغاء تحت تصرف مقدم الخدمة الذي يقدر بدوره إمكانية إلغاء الشهادة من عدمه.

ثانياً: وفاة الشخص الطبيعي وانحلال الشخص المعنوي: في حالة وفاة الشخص الطبيعي لا يوجد لزوم لشهادة التصديق الالكتروني الصادرة له، لذلك يجب إلغاء الشهادة من قبل مقدم الخدمة متى علم بوفاته، ونفس الشيء بالنسبة لانحلال الشخص المعنوي أو انقضائه.

ثالثاً: إلغاء الشهادة التي سبق إيقافها بصفة مؤقتة: يتعين على مقدم الخدمة عقب إيقاف الشهادة مؤقتا في إحدى الحالات التي يكون فيها الإيقاف بقرار منه، أن يتحرى بنفسه–سواء كان ذلك بوسائل مادية أو فنية– عن مدى صحة سبب الإيقاف، وإذا كانت النتيجة مطابقة لسبب الإيقاف، فإنه يمكنه إلغاء شهادة التصديق بصفة نهائية، وعلى ذلك فمتى ثبت لمقدم الخدمة –على سبيل المثال– سرقة المفتاح الخاص أو البطاقة الذكية من صاحب الشهادة وتعذر استعادتهما يتعين عليه في هذه الحالة إلغاء الشهادة حفاظا عل مصلحة صاحبها.

بيد أنه يمكن لصاحب الشهادة أو الغير الاعتراض على القرار الصادر من مقدم خدمات التصديق بإلغاء الشهادة وذلك لتعلق مصلحة كل منهما بالشهادة موضوع قرار الإلغاء[1].

رابعاً: توقف مقدم خدمات التصديق عن تقديم الخدمات المرخص بها: في حالة توقف مقدم الخدمة عن تقديم الخدمات المرخص بها، فإنه يلتزم– بعد الحصول على الموافقة المسبقة من الهيئة المختصة بذلك– بإلغاء كل شهادات التصديق الالكتروني المصدرة عنه لمستخدمي الخدمة المتعاملين معه، وذلك اعتبارا من تاريخ التوقف عن الخدمة، ويلتزم بدفع التعويضات اللازمة لمستخدمي الخدمة إذا دعت الضرورة إلى ذلك، إلى جانب إلزامية

1– عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الالكتروني في النظم القانونية المقارنة، مرجع سابق، ص185.

https://asrmarabic.com

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

القيام بإخطار مستخدم الخدمة عن طريق رسالة الكترونية- قبل إجراء أي معاملة الكترونية تعتمد على توقيعيه الالكتروني- بتاريخ إيقاف الخدمة.

ومن التشريعات التي اهتمت بمعالجة مثل هذا الأمر، نجد المشرع المغربي[1] الذي ألزم مقدم خدمات المصادقة الالكترونية بإخبار أصحاب الشهادات المؤمنة قبل انتهاء صلاحيتها حينها بشهرين وذلك إما إلى تحديدها أو إلغائها، ويجب إبلاغ المتعاملين، ولا تهم الكيفية التي يتم بها الإبلاغ والأفضل أن يتم الكترونيا. إن إلغاء الشهادات الالكترونية يتم عبر حالات حددها المشرع المغربي في المادة 21 من قانون 05-53 إذا كانت تلك الشهادة تم تسليمها بناء على معلومات مغلوطة أو مزورة فالمغلوطة هي معلومات صحيحة إلا أنها تخص شخصا آخر، أما المزورة فهي معلومات غير حقيقية قدمها أحد الأطراف عمدا.

كما يتم إلغاء الشهادة الالكترونية بناء على أن المعلومات الواردة فيها، لم تعد مطابقة للواقع وهي مسألة لم يوضحها المشرع المغربي ورغم هذا وتفاديا لكل تغليط يتعين على طالب الشهادة أنه كلما طرأ تغيير على المعلومات المدلى بها إعلام مزود الخدمة الذي عليه إما تعديلها وإعلام الطرف الآخر أو إلغاؤها، في المقابل نجد المشرع المغربي ألزم أيضا طالب الشهادة الالكترونية بالتزامات هي: [2]

1.التزامات بسرية البيانات والمعطيات المتعلقة بالتوقيع الالكتروني واعتبار كل تصرف صادر عنه إلى أن يثبت عكسه.

2.إبلاغ مقدم خدمات المصادقة الالكترونية عن أي تغيير للمعلومات التي تضمنتها الشهادة منعًا للإضرار بالغير الذي تعلقت حقوقهم ومصالحهم بتلك الشهادة.

3.كما يحق لطالب الشهادة إلغاء الشهادة الالكترونية عندما يثار إشكال حول بقاء سرية المعطيات المتعلقة بإنشاء التوقيع كحالة أولى، وفي حالة ثانية حيث ينعدم فيها مطابقة المعلومات المتضمنة في الشهادة، وفي غير هاتين الحالتين فإن كل طلب خارجها واعترض عليها الغير لابد من استصدار حكم قضائي يوقف الإلغاء طبقا للقواعد العامة.

4.عدم استعمال الشهادة الالكترونية المنتهية صلاحيتها أو الملغاة.

مما سبق بينا أن اثبات العقد الالكتروني وذلك من خلال إقامة التوازن بين عناصر الاثبات التقليدية والتي لا تمنح المحررات الالكترونية سوى قيمة المحررات العرفية والتي تحتاج لكي يمكن اعتبارها أدلة معدة للإثبات أن تستوفي شرط توقيعها، فبحثنا التوقيع ومدى حجيته من خلال قيامه بوظائفه في الدلالة على هوية صاحبه وتأكيد سلامة ارادته في الالتزام، وبينا أن هتين الوظيفتين تتحققا من خلال استخدام الوسائل التقنية المتعددة في حماية رسائل البيانات المتبادلة عبر الشبكة كنظام التشفير أو وجود جهة محايدة تتولى عملية التصديق على المحرر، وانتهينا على أنه ليس هناك ما يمنع من قبول المحررات الالكترونية كأدلة في الاثبات إذا ما استوفت

1- إدريس النوازلي، حماية عقود التجارة الالكترونية في القانون المغربي، مرجع سابق، ص84.

2- إدريس النوازلي، حماية عقود التجارة الالكترونية في القانون المغربي، مرجع سابق، ص85.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
شروط اعتبارها واعتمادها وذلك بالاعتماد على أنظمة معلوماتية فائقة الجودة تحقق الموثوقية والأمان لمستخدمي شبكة الانترنت.

وبما أن العقد الالكتروني يبرم بين أطراف ينتمون لدول تتبع نظمًا قانونية مختلفة من خلال شبكة الانترنت المفتوحة على العالم، الأمر الذي يثير مسألة تنازع القوانين والاختصاص القضائي والذي يتطلب البحث عن بدائل جديدة تستجيب لخصوصيات البيئة الرقمية والبحث عن تحديد القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة في حل النزاع وآليات تسويتها، وهو موضوع دراستنا في الباب الثالث.

خاتمة

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

إن استعمال الانترنت في مختلف المجالات في تزايد مستمر وخاصة في المجال الاقتصادي والتجاري كإبرام العقود على مختلف السلع والاحتياجات، لذا تطرقنا في هذه الدراسة لإبرام العقد الإلكتروني الذي يعد من أهم الموضوعات الحديثة وركزنا على أوجه الخصوصية التي يثيرها، كاستجابة لمواكبة التطورات في مجال تقنية المعلومات والاتصالات تستند في وجودها الى ما تثيره الوسيلة المبرم عبرها، ومن خلال هذه الدراسة حاولنا أن نبين مدى انطباق القواعد التقليدية في نظرية العقد على ما يثيره ابرام العقد الالكتروني من مشكلات، كما حاولنا ان نوضح القواعد الخاصة بالمعاملات الالكترونية واللازمة لتكملة القواعد العامة إن لم تكن كافية لحل أي إشكال قانوني متعلق بالعقد الالكتروني.

وفي نهاية هذه الدراسة لا نريد أن نجعل من الخاتمة تلخيصا لما ورد في المتن، وإنما يتطلب منا التطرق إلى ما توصلنا إليه من نتائج واقتراحات نذكر أهمها فيما يلي:

أولاً: النتائج

1. إن الانترنت شبكة اتصالات عالمية لا تعترف بالحدود الجغرافية للدول، تتيح للمستخدم ما يحتاجه في كل المجالات (تجارية. علمية. ثقافية. فنية) بسرعة فائقة، فهي حاضرة لمجارات أي تطور متصور.

2. إن التجارة الالكترونية التي تتم بين التجار والمستهلكين عن طريق استخدام شبكة الانترنت لتبادل المعلومات أو الرسائل وسائر البيانات وابرام العقود ودعم العمليات المالية والمصرفية المتعلقة بهذا المجال.

3. إن العقد الالكتروني واقع يقرره القانون وتعترف به التشريعات المختلفة وذلك باعترافها لرسائل البيانات كوسيلة من وسائل التعبير عن الارادة وتطابقها عبر البريد الالكتروني أو صفحات الويب، ويتم التفاعل بين المتعاقدين في مجلس عقد افتراضي، ويعد تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان، وغائبين من حيث المكان.

4. إن تحديد زمان ومكان انعقاد العقد عبر شبكة عالمية مما قد يترتب على ذلك من مسائل ذات أهمية في الاثبات والتنفيذ وحكم العقد، وتبين أن النظريات التي تنازعت وقت انعقاد العقد كلحظة إعلان القبول أو ارساله أو استلامه غير ملائمة في العقد الالكتروني وأن نظرية العلم بالقبول هي التي تتلاءم معه لما فيها من تحقيق التوازن بين مصلحة المتعاقدين على عكس قوانين المعاملات الالكترونية العربية لأن نظرية تسلم القبول تعني الزام الموجب بما ورد في صندوق البريد الالكتروني رغم عدم اطلاعه عليه لأسباب تقنية.

5. إن الوفاء يتم من خلال شبكة الانترنت بواسطة أموال إلكترونية، ولا يجوز الرجوع في الأمر بالدفع الا في حالة فقدان البطاقة او سرقتها م (543) ق.ت.ج، ويتم تأمين وسائل وطرق الدفع من خلال اللجوء الى عملية التشفير والتوقيع من أجل بث الثقة لدى المستهلك وذلك بتمكينه الحق في الرجوع عن العقد.

6. إن إثبات العقود الالكترونية يتم بمحررات مكتوبة على دعامات الكترونية وموقعة، تدل على وجود التصرف القانوني وتحديد مضمونه، يتم الرجوع إليها في حال النزاع بين المتعاقدين وهوما يميز شخصية المتعاقد وإثبات رضائه بمضمون المحرر الموقع مما يجعل له حجية وقوة قانونية في الإثبات، ويجب قيام جهة خاصة أو

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

مة في الدولة بضمان فعالية التوقيع من خلال إصدار شهادة موثقة تمنحها للموّقع تدل على سلامة اجراء المعاملة وتأمينها عن طريق تقنية التشفير.

7. إن تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات العقد الإلكتروني يكون باتفاق الطرفين بإرادتيهما الصريحة أو الضمنية، واذا تعذر ذلك يتم اللجوء إلى تركيز العقد مكانيا وهو المكان الذي يرتبط به العقد بالارتباط الأوثق، أما بالنسبة للمحكمة المختصة بنظر النزاع يتم تحديدها باتفاق الأطراف اما إذا لم يوجد اتفاق فينعقد الاختصاص لمحكمة المكان الذي يتم فيه تلقي المعلومات أو البيانات.

8. إن تنوع الآليات المستخدمة في التسوية الالكترونية للمنازعات تتم في جميع مراحلها عبر الانترنت وبإجراءات غير قضائية تتخذ من أجل الوصول إلى تسوية نهائية للنزاع من خلال مراكز متخصصة تتسم بالسرعة في حسم النزاع والاقتصاد في النفقات وسهولة التنفيذ، فهي بالتالي أفضل نهج يتبع في تسوية منازعات العقود الالكترونية، مما شجع على اللجوء اليها واقرارها ضمن اتفاقيات التجارة العالمية.

9. أن المشرع الجزائري لم يستجيب لتطورات المعاملات الالكترونية و لم يتطرق لتعريف العقد الالكتروني بصفة خاصة، حيث قام بتعديل بعض النصوص القائمة وإصدار اخرى متعلقة بالمعاملات الالكترونية وتعتبر خطوة جديرة بالاهتمام ودليلاً على رغبته في التغيير استجابة لعصر التكنولوجيا المعلوماتية.

ومن مظاهر المعاملات الالكترونية في القانون المدني، استحداث الكتابة الالكترونية من خلال المادة 323 مكرر حيث سوى المشرع الجزائري بين الكتابة الالكترونية والكتابة التقليدية من حيث حجية الاثبات. أما في ما يخص التوقيع الالكتروني، فاعتمد المشرع الجزائري في نص المادة 2/327 ق. م. ج. فالتوقيع الالكتروني حسب المشرع الجزائري هو أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر و323 مكرر1. أما عن خدمات التصديق الالكتروني (التوثيق) فقد حدد المشرع الأشخاص الذين يجوز لهم قانونًا ممارسة هذا النشاط والذين تتوفر فيهم الشروط لممارسة تقديم الانترنت في الجزائر في المادة 03 من المرسوم 07-162 الذي يعدل ويتمم المرسوم 01-123 فنشاط مقدمي خدمات التصديق الالكتروني نشاط اقتصادي يخضع للقيد في السجل التجاري طبقًا للقانون التجاري. وأستحدث نظام الوفاء الإلكتروني في المعاملات التجارية بمفهومه الواسع، ويتضح ذلك من خلال نص المادة 69 من القانون 03-15 المتضمن الموافقة على الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض الذي يعتبر أول قانون جزائري تضمن التعامل الالكتروني الحديث في القطاع المصرفي، والمادة 3/414 المتعلقة بالسفتجة والمادة 2/502 المتعلقة بالشيك، أما في القانون الجنائي فقد قرر حماية المعاملات الالكترونية من خلال المادتين 02 و10 من القانون رقم 09-04 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الاعلام والاتصال ومكافحتها.

ثانياً: الاقتراحات

1. من خلال المعالجة التشريعية والفقهية والقضائية لموضوع البحث نلفت انتباه المشرع الجزائري لأهمية هذا الموضوع ومعالجته، محتذياً بقانون اليونسترال النموذجي والاستفادة من التشريعات الغربية والعربية التي سبقته

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822
J.A.S.R

في هذا المجال لإصدار قانون خاص بمعاملات التجارة الالكترونية.

2. ضرورة قيام الدولة بتنمية الوعي لدى أفراد المجتمع بالمعاملات الإلكترونية وأهميتها من خلال وسائل الإعلام المختلفة وبعقد ورشات عمل ودورات تدريبية لجميع فئات المجتمع على اختلاف هوياته على استخدام الانترنت والاستفادة من الخدمات التي تتيحها ونشر ثقافة التعاقد الالكتروني والتعامل مع التجارة الالكترونية مما يؤدي الى محو الأمية المعلوماتية ويعمل على تكوين جيل الكتروني.

3. نقترح اعادة النظر في قوانين المعاملات الالكترونية العربية فيما يتعلق بمسألة تحديد زمان انعقاد العقد، حيث يجب الأخذ بنظرية العلم بالقبول بدلاً من نظرية تسلم القبول والإبقاء على القواعد الموجودة لتحديد مكان الانعقاد نظراً لوضوحها ومنطقيتها.

4. نقترح على المشرع الجزائري إصدار قانون خاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية، وتطويع قانون الإثبات لمواكبة المستجدات في وسائل الاثبات، مع وضع تشريع خاص للوفاء والأعمال المصرفية الإلكترونية وتبصير العملاء بكيفية الاستعمال لوسائل الدفع والحث على تنسيق وتوحيد التعامل في مجال تسوية العمليات المصرفية الإلكترونية، مع التأكيد على حماية المسندات واستخدام البطاقات المالية.

5. يجب تكاثف الجهود بين رجال القانون والمختصين الفنيين والتقنيين من أجل تأمين المعاملات الإلكترونية سيما الدفع من الاختراق وحفظ السندات من التغيير والتزوير لإضفاء المزيد من السرية والأمان لزيادة الثقة والإقبال على هذه المعاملات.

6. صياغة اتفاقية دولية تنظم عمل المنظمات العالمية المتخصصة في مجال الملكية الفكرية وحق المؤلف وتسجيل أصحاب الحقوق براءاتهم لديها في خطوة صوب الاعتراف وبسط الحماية للحقوق عبر الفضاء الالكتروني، وتلزم منتهكي الحقوق عبر شبكة الانترنت المثول أمام المنظمات المتخصصة مع الاعتراف بالأحكام والقرارات الصادرة عنها، ومنحها قوة وحجية الأحكام القضائية.

7. إن إعمال قواعد القانون الدولي الخاص سيحول بلا شك دون نهوض التجارة الالكترونية، لما فرضته من قيود وعقبات في تحديد الاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق وعدم الاعتراف بمرتكزات التجارة الالكترونية للقواعد التقليدية، وعليه كان لابد من البحث عن وسائل أكثر مرونة تتلاءم وطبيعة التجارة الالكترونية والتي يتجلى فيها دور الارادة للمتعاقدين، لتتجاوز بذلك مشكلتي تنازع القوانين وتحديد الاختصاص القضائي.

8. أن الشكلية في العقد الالكتروني أمر أقرته غالبية التشريعات الحدية فهولا يقتصر على نوع معين من العقود، بل يجوز إبرام كافة العقود الالكترونية سيما مع ظهور مهنة جديدة في مجال المعاملات الالكترونية وهي مهنة الموثق الالكتروني، فندعو المشرع الجزائري أن يحتذي حذو المشرعين السبّاقين له في هذا المجال.

تم بحمد الله

قائمة المراجع

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

أولا: المراجع باللغة العربية:

1.المعاجم:

المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، طبعة 1993

معجم الوجيز، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الحديث، مادة كتب، القاهرة، د.س.ن

معجم الوسيط، معجم اللغة العربية، مطبعة دار المعارف، مصر، الطبعة الثانية الجزء الأول، باب الجيم 1972

معجم الكيلاني لمصطلحات الحاسب الالكتروني، تأليف تيسير ومازن الكيلاني، الطبعة الثانية مكتبة لبنان بيروت 1996

معجم لسان العرب، أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الأولى1997

2.القواميس:

قاموس أكسفورد الحديث، انجليزي- عربي 2000

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

3.الكتب:

إبراهيم أحمد إبراهيم، اتفاقية الجات والحماية الدولية لبرامج الكمبيوتر وحق المؤلف في الدول العربية مجموعة أبحاث، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر1992

إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي 2003

إبراهيم العيسوي، التجارة الالكترونية، المكتبة الأكاديمية، القاهرة، الطبعة الأولى 2003

إبراهيم المنجي، عقود نقل التكنولوجيا، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2002

أبو العلا علي النمر، مقدمة في القانون الخاص الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 1999

_____، دراسة تحليلية للمشكلات العملية والقانونية في مجال التحكيم التجاري الدولي، د. ن، الطبعة الأولى،2004

أحمد ادريوش، معاملات حول قانون التبادل الالكتروني للمعطيات القانونية، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، طبعة1، 2009

أحمد السعيد الزقرد، أثر الظروف اللاحقة على تحديد مضمون الالتزام العقدي، بدون ناشر1997

أحمد بن علي المقري الفيوم، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الجزء الاول، د.س.ن

أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الانترنت، دراسة مقارنة، المكتبة القانونية، دار الثقافة والدار العملية الدولية، عمان الأردن، 2002

أحمد خليفة، الجرائم المعلوماتية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 2005

أحمد سعيد شرف الدين، عقود التجارة الالكترونية، تكوين العقد وإثباته، ، مطبوعات عين شمس 2000

أحمد سفر، أنظمة الدفع الالكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 2008

أحمد شرف الدين، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الالكترونية، د.ن، 2003

_____، عقود التجارة الالكترونية، تكوين العقد وإثباته، كلية الحقوق، جامعة عين شمس د.س.ن

أحمد عبد التواب محمد بهجت، ابرام العقد الالكتروني، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة،2009

أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2006

_____، الاستعجال المرافقات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، مصر 1998

_____، القانون الدولي الخاص النوعي (الالكتروني-السياحي-البيئي) دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2002

_____، قانون العقد الدولي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2000

_____، نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1989

أحمد قسط الجداوي، مبادئ الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، 1972-1973

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

أحمد محمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1995

إدريس النوازلي، حماية عقود التجارة الالكترونية في القانون المغربي، دراسة مقارنة، دار الآفاق المغربية، مراكش، الطبعة الأولى، 2010

آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، بغداد، بدون دار النشر، 1988

إدمون نعيم، الأعمال القانونية الأجنبية وأثارها في لبنان، دراسة مقارنة في القانون الدولي الخاص، منشورات قسم الدراسات القانونية والسياسية والإدارية في الجامعة اللبنانية، توزيع المكتبة الشرقية ، بيروت، 1985

أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهر، مصر، 2001

أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2005

أسامة أحمد شوقي، استخدام مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة وأثره على قواعد الإثبات المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000

أشرف أحمد حامد. عالم الكمبيوتر والانترنت. مكتبة جزيرة الورد. المنصورة بدون تاريخ

أشرف عبد الرزاق ويح، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين العربية، مجلة روح القوانين، الجزء الأول، العدد33، 2004

أشرف وفاء محمد، تنازع القوانين في مجال الحقوق الذهنية للمؤلف، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999

الأنصاري حسن النيداني، القاضي والوسائل الالكترونية الحديثة، درا الجامعة الجديدة، 2009

الحكيم عبد المجيد، الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني في الالتزامات والحقوق الشخصية، الجزء الأول، مصادر الالتزام في العقد، المجلد الأول، القسم الأول: التراضي، د.ن، عمان، الطبعة الأولى، 1993

السيد عتيق، جرائم الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2000

السيد عليوه، مهارات التفاوض، سلوكيات الاتصال والمساومة الدبلوماسية والتجارية في المنظمات الإدارية، المنظمة العربية، عمان الأردن 1987

السيد محمد السيد عمران، الطبيعة القانونية لعقود المعلومات (الحاسب الآلي، البرامج، الخدمات) مؤسسة الثقافة الجامعية، 1992

الصالحين محمد العيش، الكتابة الرقمية طريقا للتعبير عن الإدارة ودليلا للإثبات، دراسة لقوانين المعاملات الالكترونية في ضوء القواعد العامة، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الأولى 2008

الطاهر شوقي مؤمن، عقد البيع الإلكتروني، بحث في التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، 2007

الطروافة مصلح أحمد، قانون التجارة الدولي، رند للنشر عمان بدون تاريخ النشر

النمر أبو العلاء أبو العال، مشكلات التعاقد عبر الانترنت، عالم الكتب الحديث الطبعة الأولى، أربد ، الأردن، 2004

الياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الالكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009

_____، العقود الدولية، التحكيم الالكتروني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الاولى، 2012

أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات "مصادر الالتزام"، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان2003

أميرة حسن الرافعي، التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الالكترونية في ظل الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، منشأة المعارف، الإسكندرية 2012

أنور العمروسي، عيوب الرضا في القانون المدني- الغلط- التدليس- الإكراه- الاستغلال معلقا على نصوصها بالفقه وقضاء النقض، منشأة المعارف الإسكندرية 2003

أودين سلوم الحايك، مسؤولية مزودي خدمات الانترنت التقنية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان 2009

إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الالكتروني وإثباته الجوانب القانونية لعقد التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008

أيمن سعد سليم، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة 2005.

أيمن مصطفى البقلي، النظام القانوني لعقد الاشتراك في بنوك المعلومات الالكترونية (دراسة تطبيقية مقارنة للتعاقد عبر الانترنت) دار النهضة العربية القاهرة 2010

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822 J. A. S. R

بولين أنطونيوش، تحديات شبكة الانترنت على صعيد القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان2006

برسيتون حرالا، التسوق عبر الانترنت، ترجمة خالد العامري، دار الفاروق للنشر والتوزيع، القاهرة 2001

برهام محمد عطا الله، أساسيات نظرية الالتزام، القسم الأول، مصادر الالتزام، بدون ناشر، 2000 –2001

بكر محمد عبد العزيز علي، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة 2000

بلال عبد المطلب بدوي، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية في عقود التجارة الدولية، جامعة عين شمس2001

بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2011

بولين أنطونيوس أيوب، تحديات شبكة الانترنت على صعيد القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006

تامر محمد سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد الالكتروني عبر الانترنت، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى 2009

توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، تنقيح عصام توفيق حسن فرج، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2003

ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، د.ن، القاهرة، 1975

ثروت عبد الحميد، التوقيع الالكتروني، ماهيته، مخاطره وكيفية مواجهته، مدى حجيته في الاثبات، دار النيل، القاهرة، 2001

جابر عبد الرحمان، القانون الدولي الخاص العربي، الجزء الثالث في تنازع القوانين، المطبعة العالمية، القاهرة 1962

جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت 2000

جمال محمود الكردي، مدى ملائمة قواعد الاختصاص القضائي الدولي التقليدية لمنازعات، الحياة العصرية، دار الجامعة الجديدة، 2006

جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية،2003

جمال عبد الرحمان علي، الخطأ في مجال المعلوماتية، دار النهضة العربية، بدون سنة

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

جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة 1976

جميل عبد الباقي الصغير، أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة (أجهزة الرادار، الحاسبات الآلية، البصمة الوراثية)، دار الفكر العربي، مصر،2001

جميل عبد الباقي الصغير، الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الائتمان الممغنطة، دار النهضة العربية القاهرة، د.س

_____، القانون الجنائي والتكنولوجية الحديثة، الكتاب الأول، الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر 1992

جيل ت فريز، التسوق بذكاء عبر الانترنت، الطبعة الأولى، الدار العربية للعلوم، لبنان،2001

حازم الصمادي، المسؤولية في العمليات المصرفية الالكترونية، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2003

حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الارادية للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة 1999

حسام أسامة محمد، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر،2009

حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الالكتروني في منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 2005

حسام الدين كامل الاهواني، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، المصادر الارادية للالتزام دار النهضة العربية، القاهرة 2000

حسن الفكاني وعبد المنعم حسني، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية ، الجزء الرابع، ، الدار العربية للموسوعات 1982

حسن عبد الباسط جميعي، عقود برامج الحاسب الآلي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998

_____، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000

حسين فتحي، حدود مشروعية الإعلانات التجارية لحماية المتجر والمستهلك، بدون ناشر،1991

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

يظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، 2001

_____، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009

حمادي زوبير، الحماية القانونية للعلامات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012

حمو الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، الطبعة الثانية، مكتبة دار النهضة 2002

حمودي محمد ناصر، العقد الالكتروني المبرم عبر الانترنيت مع التركيز على عقد البيع للبضائع، دار الثقافة، الطبعة01،عمان2012

خالد ابراهيم ممدوح، حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية، الاسكندرية، الدار الجماعية،2007

_____، ابرام العقد الالكتروني، الدار الجامعية، الاسكندرية،مصر2007

_____، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، 2008

خالد الصباحين، انعقاد العقد الالكتروني، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والحاسوب، جامعة اليرموك، الأردن 13/12 جويلية 2004

خالد جمال أحمد حسين، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية 1996

خالد حسن موسى، قانون التجارة الدولية، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005

خالد عبد الفتاح، حماية العاقد الضعيف في مجال الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، 2007

خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للتوقيع الالكتروني في ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.، 2007

دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار العلوم للنشر الجزائر 2004

رأفت رضوان، عالم التجارة الالكترونية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 1999

ربيع شندب، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، (الدعوى –الاختصاص–الاثبات الخطي) المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس لبنان، الجزء الأول 2011

رضا متولي وهدان، الضرورة العملية للإثبات بصور المحررات طبقا لتقنيات الاتصال الحديثة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 2003..

رمزي فريد محمد مبروك، حماية المستهلك في إطار مفهوم جديد لعقد الإذعان، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، 2002

رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية 2003

رمضان صديق، الضرائب على التجارة الالكترونية، دار النهضة العربية 2001

رياض فوائد عبد المنعم، وراشد سامية ، وثابت عنايت عبد الحميد، تنازع القوانين من حيث المكان وأحكام فضة في القانون المدني، بدون ناشر ولا مكان النشر، 1989

زياد خليف العنزي، المشكلات القانونية لعقود التجارة الالكترونية، الاثبات وتحديد زمان ومكان انعقاد العقد، دار وائل للنشر، عمان، 2010

سالم رضوان الموسوي، "قانون الأحوال الشخصية النافذ والحاجة الى تعديله" بحث منشور على شبكة الانترنت،2011/10/30

سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، دار الكتب القانونية، مصر 2008

سامي بديع منصور وَ عكاشة عبد العالي، طرق حل المنازعات الدولية الخاصة والحلول الوضعية لتنازع القوانين، الدار الجامعية بيروت، لبنان 1995

سامي بديع منصور ورياب نصري انطوان وغصوب عبده جميل، القانون الدولي الخاص الاختصاص القضائي وأثار الأحكام الأجنبية في لبنان المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع مجد، بيروت، 2009

سامي عبد الباقي، التحكيم التجاري الالكتروني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2004

سعد حسين عبد ملجم، التفاوض في العقود عبر شبكة الانترنت الطبعة الأولى بغداد 2005

سعيد السيد قنديل، التوقيع الالكتروني، ماهيته، صوره، حجيته في الإثبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004

ISSN PORTAL : 3006-1822 - مجلة البحوث والدراسات العربية

سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة 1998

سلطان عبد الله محمود الحواري، عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010

سليمان مرقس، الأدلة المطلقة، دار الكتب القانونية "شتات" المنشورات الحقوقية، الطبعة الخامسة 1991

_____، الأدلة المقيدة وما يجوز إثباته بها وما يجب إثباته بالكتابة، دار الكتب القانونية "شتات، المنشورات الحقوقية "صادر"، الطبعة4،1998

سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2006

سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، بدون ناشر، 1999– 2000

سهير منتصر، مبدأ الثبوت بالكتابة في القوانين المصري والفرنسي، بدون دار نشر، 1981

شحاتة غريب شلقامي، التعاقد الالكتروني في التشريعات العربية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008

شربل وجدي القارح، قانون الأنترنت الآلية الموحدة لحل نزاعات اسماء المواقع، منشورات صادر الحقوقية، بيروت،2011

شيبب بن ناصر البوسعيدي، وسائل الدفع في التجارة الإلكترونية، دار البشير، الإمارات العربية المتحدة 2013

صالح المزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، النشر الإسكندرية، مصر،2006

صالح بن عبد الله بن عطاف العوفي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، منشورات مركز البحوث والدراسات الادارية، الرياض،1988

صلاح جمال الدين، الضوابط الشخصية للاختصاص القضائي الدولي، دار الفكر الجامعي 2004

صلاح محمد المقدم، تنازع القوانين في سندات الشحن ومشارطات إيجار السفينة، دراسة مقارنة، بيروت، لبنان، 1981

ضياء أمين مشيمش، التوقيع الالكتروني، دراسة مقارنة، المنشورات الحقوقية، 2003

طارق عبد العال حماد، التجارة الالكترونية، الدار الجامعية، الإسكندرية 2002

طارق عبد الله عيسى المجاهد، الموطن في العلاقات الخاصة الدولية، دراسة في المبادئ العامة والأحكام المقررة في القانون اليمني، سلسلة إصدارات جامعة صنعاء، اليمن، 2004

طاهر شوقي مؤمن، عقد البيع الالكتروني "بحث في التجارة الالكترونية" القاهرة، دار النهضة العربية، 2007

طرح البحور علي حسن، عقود المستهلكين الدولية ما بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007

طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الأنترنت، صادر، لبنان، الطبعة الأولى 2001

_____، خصوصيات التعاقد في المعلوماتية ، منشورات صادر الحقوقية، بيروت، لبنان بدون سنة النشر

عادل أبو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005

عاطف النقيب، نظرية العقد، الطبعة الأولى، منشورات عويدات، بيروت، 1988

عاطف عبد الحميد حسن، وجود الرضا في العقد الالكتروني عبر شبكة الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008

عباس العبودي، شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني، البيع والإيجار، دار الثقافة للنشر، عمان، الطبعة الأولى 2009

_____، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الاثبات المدني، دار الثقافة، 2002

_____، تاريخ القانون، طبع دار الثقافة، عمان، الأردن 1998

_____، تحديات الاثبات بالسندات الالكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010

عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الانترنت، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، 2010

_____، تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الالكترونية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الأولى، بيروت لبنان2014

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

عبد الباسط جميعي، شرح قانون الإجراءات المدنية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1966

عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، مصادر الالتزام، بدون ناشر، 1966

عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء1، نظرية الالتزام بوجه عام، المجلد1، مصادر الالتزام، مؤسسة الأمل، بيروت، لبنان 2007

_____، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء2، نظرية الالتزام بوجه عام، المجلد2، الإثبات، مؤسسة الأمل، بيروت، لبنان 2007

_____، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء4، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، مؤسسة الأمل، بيروت، لبنان 2007

عبد العالي الأسدي، حجية الرسائل الالكترونية في الإثبات المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2013

عبد العزيز المرسي حمود، الحماية المدنية الخاصة لرضاء المشتري في عقود البيع التي تتم عن بعد، مع التطبيق على البيع عن طريق التلفزيون بوجه خاص، بدون دار النشر 2005

عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية 2002

_____، جريمة غسيل الأموال بين الوسائط الالكترونية ونصوص التشريع، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004

عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة 1984

عبد الفضيل محمد أحمد، الإعلان عن المنتجات والخدمات من الوجهة القانونية، مكتبة الجلاء الجديدة، د.س

عبد الله بن علي الخريجي، التجارة الالكترونية الآفاق والأبعاد، مكتبة الرشد ناشرون الرياض، 2003:

عبد الله عز الدين، القانون الولي الخاص، الطبعة السادسة، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969

عبد المجيد الحكيم، الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون اليمني، عمان الشركة الجديدة للطباعة الجزء الأول 1993

_____، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الخامسة، بدون دار نشر، بغداد، 1977

عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء1،الطبعة5، بغداد1986

عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية 1992

عبد الناصر توفيق العطار، أحكام العقود في الشريعة الاسلامية والقانون المدني، عقد البيع، مطبعة السعادة، د.ت.ن

عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام، مؤسسة البستاني للطباعة، 1990

عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية 1985

عبد جمعة موسى الربيعي، الأحكام العامة في التفاوض والتعاقد عبر الانترنت، عقود البيوع التجارية، على وفق أحكام قواعد الانكوتيرمز لعام 2000، الطبعة الأولى، بيت الحكمة، بغداد العراق2003

عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية، الجزء الثاني، نظرية الحق، برتي لنشر، الطبعة الأول، الجزائر، 2009

عرب يونس عرب، قانون الكمبيوتر، منشورات اتحاد المصارف العربية، الطبعة الأولى 2001

عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الالكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر 2009

عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر 2009

عكاشة محمد عبد العال، قانون المعاملات المصرفية، د.ن، الإسكندرية، 1994

_____، الإجراءات المدنية والتجارية في دول الإمارات العربية المتحدة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000

علاء عبد الباسط خلاف، الحماية الجنائية لوسائل الاتصال الحديثة (الحاسب الالكتروني والانترنت)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002

علي السيد قاسم، بعض الجوانب القانونية للتوقيع الالكتروني، مجلة القانون، كلية الحقوق، القاهرة، 2002

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

علي علي سليمان، شرح القانون الدولي الخاص الليبي، منشورات جامعة بن غازي، 1969

عماد الدين خلف الحسيني. عالم الاتصالات بين الماضي والحاضر والمستقبل. مركز الأهرام للترجمة والنشر. القاهرة. الطبعة الأولى 2000

عمر السيد مؤمن، التغرير والغبن كعيبين في الرضا، دار النهضة العربية، 1997

عمر الفاروق الحسيني، المشكلات الهامة في الجرائم المتصلة بالحاسب الآلي وأبعادها الدولية، بدون ناشر، الطبعة الثانية 1995

عمر محمد بن يونس، أشهر المبادئ المتعلقة بالأنترنت لدى القضاء الأمريكي، موسوعة التشريعات العربية، دار النهضة العربية القاهرة 2004

عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية،2008

عوض اليه شيبه الحمد السيد، أحكام تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي في القانون الإماراتي منشورات كلية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، 2001

فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الالكترونية دراسة تطبيقية لعقود الانترنت، دار النهضة العربية، القاهر، 2003

فاروق حسين، البريد الالكتروني، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة 1999

فتحي عبد الرحيم عبد الله، الوجيز في العقود المدنية المسماة، الكتاب الأول، عقد البيع، مكتبة دار الأرقم المنصور، مصر، د.س.ن

_____، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانونين المصري والانجليزي المقارن، المنصورة، مصر 1999

فريد منعم جبور، حماية المستهلك عبر الانترنت ومكافحة الجرائم الالكترونية، دراسة مقارنة، بيروت، لبنان، 2010

فؤاد رياض وسامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وأثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، د.س.ن

فيليب بروتون، وسيرج برو، ثورة الاتصال. نشأة أيديولوجية جديدة. ترجمة هالة عبد الرؤوف مراد. دار المستقبل العربي. القاهرة 1993

قدري محمد محمودي، حماية المستهلك في العقد الالكتروني، دار النهضة العربية القاهرة، 2014

لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقي في عقد البيع، دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة، دار هومة الطبعة الرابعة، الجزائر2010

لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2012

مالك دوهان الحسن، شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مطبعة الجامعة، بغداد، 1973

ماهر إسماعيل صبري، الموسوعة العربية لمصطلحات التربية والتكنولوجيا التعليم. مكتبة الرشيد، الرياض. الطبعة الأولى 2002

محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، دراسة في قانون التجارة الدولي، 1988

_____، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، 1997

محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، المصادر الإرادية، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة الطبعة2، مصر 2004

محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة، عمان، الأردن 2005

محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الالكترونية، دراسة مقارنة، دار الحامد، الطبعة الأولى، الأردن 2013

محمد السعيد رشدي، الانترنت والجوانب القانونية لنظم المعلومات، مؤسسة دار الكتب للطباعة، النشر والتوزيع، الكويت،1997

_____، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة (مع التركيز على البيع عبر المسافات والبيع بالتلفزيون) جامعة الكويت الطبعة الأولى 1996

محمد السيد عبد المعطي خيال، التعاقد عن طريق التلفزيون، الطبعة الأولى، جامعة حلوان، كلية الحقوق، 2000

محمد المرسي زهرة، الحاسب الالكتروني والقانون، مكتبة سعيد عبد الله وهبه، الطبعة الأولى، القاهرة 1992

_____، الحماية المدنية للتجارة الالكترونية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة ،د.س.ن

محمد أمين الرومي، التعاقد الالكتروني عبر الانترنت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2004

_____، النظام القانوني للتحكيم الالكتروني، دار الفكر الجامعي، 2006

_____، جرائم الكمبيوتر والانترنت، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر2003

محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الحديث، القاهرة، د.س.ن

ISSN PORTAL : 3006-1822 - مجلة البحوث والدراسات العربية J. A. S. R

محمد حسام لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، القاهرة، 1995

محمد حسام محمود لطفي، الحماية القانونية لبرامج الحاسب الالكتروني. دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة، 1987

_____، الإطار القانوني للمعاملات الالكترونية، دراسة في قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية مع إشارة خاصة لبعض قوانين البلدان العربية، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2002

_____، الحجية القانونية للمصغرات الفيلمية، دار الثقافة، د.س.ن

_____، عقود خدمات المعلومات، دراسة في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1994

محمد حسن رفاعي العطاء، البيع عبر شبكة الإنترنت، دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الالكتروني رقم 15 لسنة 2004، دراسة الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2007

محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع اشارة لقواعد القانون الأوروبي، دار الجامعة الجديدة للنشر 2005

_____، بعض مظاهر الحماية القانونية للمستهلك المتعاقد الكترونيا، قراءة في التجربة الفرنسية والتشريعات العربية الحديثة، د.س.ن

محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر 2006

_____، المسؤولية الالكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية 2009

_____، قانون الإثبات، مبادئ الإثبات وطرقه، منشاة المعارف، الإسكندرية، 1998

محمد خليل خير الله، الواقعة سبب من أسباب الحقوق والالتزامات في الشريعة الإسلامية والقانون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2011

محمد سامي الشوا، ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات، الطبعة الثانية دار النهضة العربية، القاهرة 1998

محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2004

محمد شكري سرور، موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، 2003

محمد شوقي شاهين، المشروع التعاقدي، د.ن، 2000

محمد عبد الخالق عمر، القانون الدولي الليبي الخاص القاهرة 1971

محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر د.ط 2002

_____، المسؤولية القانونية في مجال شبكات الانترنت، دار النهضة العربية 2002

محمد عبد الله منشاوي، جرائم الانترنت من منظور تشريعي وقانوني، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 2000

محمد فواز المطالة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة، عمان الأردن 2011

محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء الفقه والقضاء، الجزء الأول، الالتزامات، طبعة نادي القضاة، 1980

محمد لبيب شنب، الوجيز في مصادر الالتزام، بدون ناشر، الطبعة الثالثة، مصر1999

_____، دروس في مصادر الالتزام – الإثبات – دار النهضة العربية 1991

_____، شرح أحكام عقد المقاولة، دار النهضة العربية، القاهرة 1992

محمد محفوظ، النظرية العامة للالتزام، العقد، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، الطبعة الأولى تونس 2012

محمد محمد أبو زيد، تحديث قانون الإثبات، مكانة المحررات الإلكترونية بين الأدلة الكتابية، مصر، 2002

محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني الأردني، مكتبة دار الثقافة، عمان 2004

محمود السيد عبد المعطي خيال، التعاقد عن طريق التليفزيون، مطبعة النسر الذهبي، مصر، 2000

_____، الانترنيت وبعض الجوانب القانونية، مكتبة دار النهضة، القاهرة، 1998

محمود سمير الشرقاوي، عقود التجارة الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة2002

مدحت عبد الحليم رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة 2001

حت محمد محمود عبد العالي، الالتزامات الناشئة عن عقود تقديم برامج المعلومات(المقاولة، البيع، الإيجار) دراسة مقارنة، دار النهضة العربية 2001

مصطفى أبو مندور موسى، الجوانب القانونية لخدمات التوثيق الالكتروني، دار النهضة العربية، 2004

_____، دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية 2000

مصطفى أحمد إبراهيم نصر، وسائل إثبات العقود الالكترونية، دراسة مقارنة، درا النهضة العربية، القاهرة 2010

مصطفى أحمد أبو عمرو، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك دراسة مقارنة، مطبعة جامعة طنطا، 2008

_____، مجلس العقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية طبعة 2011

مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، الفتح للطباعة و النشر، 1998

مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الدر الجامعية، مصر 1988

مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في ثوبه الاسلامي، مصادر الالتزام، 1996

مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الانترنت، دار الكتاب مصر العربية 2010

ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص، وفق القانونين العراقي والمقارن، مكتبة دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن 1999

منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، دراسة مقارنة، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، مكتبة الرواد للطباعة، 1991

مولاي حفيظ علوي قاديري، اشكالات التعاقد في التجارة الالكترونية، الشركة المغربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، 2013

نادر الفرد قاحوش، العمل المصرفي عبر الانترنت الدار العربية للعلوم، مكتبة الرائد العلمية، الطبعة الأولى، عمان، الأردن 2000

نادر عبد العزيز شافي، المصارف والنقود الالكترونية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، الطبعة الأولى،2007

نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، منشأة المعارف الإسكندرية 2001

نجوى أبو هيبة، التوقيع الالكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ن، د.س.ن

نزيه المهدي، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية 2001

نزيه محمد الصادق المهدي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000

نسرين سلامة محاسنة، التزام البائع بالتسليم والمطابقة، دراسة في القانون الانجليزي واتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع (1980 اتفاقية فيينا)، دار الثقافة عمان، الأردن، الطبعة الأولى 2011

نضال سليم برهم، أحكام عقود التجارة الالكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن 2005

نهلة قصراوي، بيئة وفرص التجارة الالكترونية في دولة الإمارات، إصدارات البيان 2001

نوري حامد خاطر، عقود المعلوماتية، الدار العلمية للنشر، عمان، الطبعة الاولى 2001

_____، زمان ومكان انعقاد العقد الالكتروني، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والحاسوب، جامعة اليرموك، الأردن بين 12-14جويلية 2004

هالة جمال الدين محمد محمود، أحكام الإثبات في عقود التجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013

هبة الزحلي، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، دار الفكر، دمشق، سورية 2005

هدى حامد قشقوش، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2000

هشام خالد، جنسية الشركة دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000

هشام صادق وحفيظة الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الكتاب الثالث 2000

هشام صادق وعكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، 2007

هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية طبعة 2001

هند محمد حامد، التجارة الالكترونية في المجال السياحي، بدون ناشر 2003

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

ل بندق، موسوعة القانون الالكتروني وتكنولوجيا الاتصالات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة 1، 2007

وحيد الدين سوار، التعبير عن الارادة في الفقه السلامي، الطبعة 2،دار الثقافة، عمان1998

وفاء حلمي أبو جميل، الالتزام بالتعاون، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، القاهرة 1993

_____، محاضرات في انقضاء الالتزام وإثباته، بدون ناشر، 2005

يسين محمد يحي، القرائن القانونية، وحجيتها في الإثبات، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1990

يوسف أحمد النوافلة، الإثبات الالكتروني في المواد المدنية والمصرفية، دار الثقافة الطبعة الأولى، الادرن،2012

4. الأطروحات والرسائل:

ابراهيم ابو الهيجاء، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، رسالة دكتوراه حقوق القاهرة، 2004

أحمد علي معتوق، حل منازعات العقود الالكترونية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في قانون الأعمال، مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، الفرع الأول الجامعة اللبنانية، بيروت، 2007

أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك، رسالة دكتوراه حقوق، عين شمس، مصر، 1994

أحمد مهدي صالح، القواعد المادية في العقود الدولية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الدولي، مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، 2004

أعراب أحمد، السلطات الإدارية المستقلة في المجال المصرفي، رسالة ماجستير، جامعة بومرداس كلية الحقوق، بودواو، 2006-2007

البشكاني هادي مسلم يونس قاسم، التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق 2002

الطلبي وليد، والهاشمي صوفيا، أمان نعيمة، وبلمومن سمية، "التحكيم الالكتروني(ماهيته واجراءاته)" بحث مقدم لنيل شهادة الاجازة من شعبة القانون الخاص في كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الاول، للعام الدراسي 2011/2010، تحت اشراف الاستاذ الدكتور نور الدين الناصري، منشور على شبكة الانترنت في،2012/10/21

أياد أحمد البطاينة، النظام القانوني لعقود برامج الحاسوب، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، 2004

إياد محمد عارف عطا سده، مدى حجية المحررات الالكترونية في الاثبات، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح، نابلس، 2009

باسم غدير غدير، التجارة الالكترونية كأحد أشكال التجارة الخارجية وإمكانية تطبيقها في سوريا في ظل المتغيرات الدولية المعاصرة، أطروحة دكتوراه، مقدمة إلى مجلس كلية الاقتصاد، جامعة تشرين، دمشق، 2007

بشار طلال أحمد مومني، مشكلات التعاقد عبر الأنترنت، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، عين شمس. 2005

بشار محمود دويدين، الاطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت أصل الكتاب رسالة ماجيستير، دار الثقافة 2006

بن عمير أمينة، البطاقات الإلكترونية للدفع والقرض والسحب، رسالة ماجستير ،جامعة قسنطينة 2005

جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه حقوق، الاسكندرية2001

جديد رياض، التزامات البائع في عقد البيع الدولي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر 2001

جمال عبد العزيز، الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع وفقا للاتفاقية فيينا 1980، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1996

حليمة آيت حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دبلوم الدارسات العليا، جامعة الجزائر 1977

حمزة حداد، العقود النموذجية في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، حقوق، القاهرة1975

رائد سكرية، "الحماية القانونية للعلامات التجارية "بحث مقدم إلى مجلس كلية الحقوق جامعة بيروت العربية، تحت إشراف الدكتور عبده جميل غصوب كجزء من متطلبات نيل درجة الدبلوم في القانون، بيروت العام 2004-2005

رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه حقوق عين شمس 2000

رضوان السيد راشد، الإجبار على التعاقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة 1998

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

سعيد شيخو مراد المجوالي، المسؤولية المدنية الناتجة عن استخدام الكومبيوتر دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، قدمت إلى كلية القانون جامعة بغداد 1990

صالح نصير العتيبي، دور الشروط الجوهرية والثانوية في العلاقة التعاقدية، رسالة دكتوراه حقوق عين شمس 2001

صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهواري، الأحكام القانونية للعقود الإلكترونية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون التجاري جامعة القاهرة2012

طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، 2001

عايض راشد عايض المري، مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات المعاملات التجارية، رسالة دكتوراه حقوق، القاهرة، 1998

عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري، وحجيتها في الإثبات المدني دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة بغداد، دار الثقافة للنشر، عمان، 1994

عبد الله رجب كريم، التفاوض على العقد، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة2000

عبد الله صالح بورقة، واقع التجارة الالكترونية في الشركات السعودية وآفاق تطويرها، دراسة تحليلية، أطروحة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة، 2005

عزه محمود احمد إسماعيل، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب. أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق. جامعة القاهرة 1994

فراس محمد حسني، صالح بن هاني، الاسم التجاري، في ظل القانونين المصري والأردني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى معهد البحوث والدراسات العربية، 2002

فيصل محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الالكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة 2008

لزعر وسيلة، تنفيذ العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير فرع العقود والمسؤولية كلية الحقوق بن عكنون الجزائر2011

محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، رسالة دكتوراه، معهد البحوث العربية، قسم الدراسات القانونية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، جامعة الدول العربية، القاهرة، مصر2004

محمد بن عبد الوهاب حاج طالب، دور المحررات العرفية المعدة مقدما في الإثبات المدني، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس، 1999

محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الالكترونية، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة عين شمس، كلية الحقوق مصر، 2005

محمد يحيى عبد الرحمان المحاسنة، مفهوم المحل والسبب في العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة 1986

مراد محمد يوسف مطلق، التعاقد بوسائل الاتصال الالكتروني، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه حقوق عين شمس2007

ممدوح محمد علي مبروك، أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق بجامعة القاهرة 1998

مهند عزمي مسعود أبو مغلي، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، مصر 2005

نافذ ياسين محمد المدهون، النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق عين شمس، مصر، 2007

5. الندوات والمداخلات:

إبراهيم بن شايع العقيل وسليمان بن محمد بن الشد، التوقيع الالكتروني وأثره في إثبات الحقوق والالتزامات بين الشريعة الإسلامية والنظم والقواعد القانونية، ورقة عمل مقدمة في ندوة التوقيع الالكتروني، والمنعقدة في الرباط المملكة المغربية في جوان2006، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، أعمال المؤتمرات،2008.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822 J.A.S.R

د صلاح الدين إبراهيم، تأملات في التجارة الالكترونية، ورقة عمل مقدمة في ندوة المفاهيم الأساسية للمعاملات القانونية والاقتصادية عبر الانترنت التي عقدت في شرم الشيخ في الفترة من 25 إلى 29 ديسمبر 2005

ألاء النعيمي، عقود التجارة الالكترونية، محاضرات قامت بإلقائها على طلبة الماجستير في كلية الحقوق، جامعة النهرين 2005

أمية حسن علوان، ملاحظات حول القانون الواجب التطبيق على المسؤولية قبل التعاقدية عن قطع المفاوضات في العقود الدولية تقرير مقدم إلى معهد قانون الأعمال الدولي بكلية حقوق القاهرة 1993

بول مرقص، "المعاملات المصرفية في القانون اليوم"، بحث منشور في المرجع (كساندر) "نشرة إحصائية توثيقية شهرية"، العدد التاسع، السنة التاسعة عشر، بيروت، 2010

جمال فؤاد، رؤية قانونية نحو التجارة الالكترونية، بحث مقدم إلى رئاسة مجلس الوزراء، مركز المعلومات ودعم القرار 1998

جميل العلوي" فض المنازعات في ظل الحكومة الالكترونية" بحث منشور ضمن كتاب (التطوير الاداري وتطبيقات الحكومة الالكترونية واقع اعمال مختارة)، منشورات لصالح لجنة الامم المتحدة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا ESCOW، بيروت، د.ت

حسام الدين كامل الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد، تقرير مقدم إلى ندوة الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الأعمال الدولي القاهرة، مصر، يومي 2–3جانفي 1994

رشيد لكتامي، التوقيع الالكتروني وحجيته في الإثبات، ورقة عمل مقدمة في ندوة التوقيع الالكتروني، المنعقدة في الرباط، المملكة المغربية في جوان 2006، عن المنظمة العربية للتنمية الإدارية، أعمال المؤتمرات، بعنوان: النظم والقواعد القانونية للتجارة الالكترونية، 2008

سميحة القليوبي، الملامح الرئيسية لمشروع قانون الملكية الفكرية في شأن العلامات التجارية والرسوم والنماذج الصناعية، ورقة مقدمة لورشة عمل حماية الملكية الفكرية في إطار القانون المصري الجديد، الواقع والمستقبل القاهرة، مصر للمعلومات والتكنولوجيا.18 أكتوبر 2000

عوني الفخري، المسؤولية المدنية الناشئة عن استخدام الحاسوب، بحث مقدم إلى ندوة القانون والحاسوب التي نظمها بيت الحكمة والمنعقدة في أوت 1998، منشور في مطبوع القانون والحاسوب، مطبعة اليرموك، بغداد 1999

موالك بختة، "علاقة قانون حماية المستهلك بالنظرية العامة للعقد"، مداخلة مقدمة إلى الندوة القانونية التي عقدتها كلية الحقوق، تحت عنوان نظرية الالتزامات بين التطور والتجديد، بن عكنون، جامعة الجزائر1، بتاريخ 9 فيفري 2012

6. أعمال المؤتمرات:

أحمد الهواري، عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص، بحث مقدم ضمن بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون الجزء الرابع، المنعقد في دبي، جامعة الإمارات العربية، كلية الشريعة والقانون بتاريخ 10–12 ماي 2003

إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الالكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية بمركز البحوث والدراسات بأكاديمية شرطة دبي بالإمارات العربية المتحدة المجلد الثاني،26 – 28 أفريل 2003

_____، توثيق التعاملات الالكترونية ومسؤولية جهة التوثيق اتجاه الغير المتضرر، بحث مقدم بمؤتمر "الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون" المنعقدة بدولة الإمارات العربية، غرفة تجارة صناعة دبي، الجزء الخامس في الفترة 10–12 ماي 2003

أحمد الهواري، عقود التجارة الالكترونية في القانون الأولي الخاص، بحث مقدم ومنشور ضمن بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، الجزء الرابع، المنعقد في دبي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون بتاريخ (10–12) ماي 2003

_____، عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية مركز البحوث والدراسات بأكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة الفترة من 26 إلى 28 أفريل 2003

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

أحمد شرف الدين، الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية وآليات تسوية منازعاتها، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، والذي عقد بدبي في الفترة 12/10 ماي 2003

_____، الإيجاب والقبول في التعاقد الالكتروني وتسوية المنازعات، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية، مركز البحوث والدراسات بأكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، الجزء الثاني المنعقد في 26-28 أفريل2003

أحمد عبد الكريم سلامة، حماية المستهلك في القعود الدولية الالكترونية وفق مناهج القانون الدولي الخاص، المؤتمر العلمي الأول، حول الجوانب القانونية والأمنية في التجارة الالكترونية، أكاديمية شرطة دبي، المجلد الأول، 2003

أشرف توفيق شمس الدين، الحماية الجنائية للمستند الالكتروني، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون الذي عقد بدبي في الفترة 12/10 ماي 2003

أشرف وفاء محمد، عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص، المؤتمر الدولي الثالث عن الاتجاهات الحديثة في معاملات التجارة الالكترونية مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالاشتراك مع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ووزارة الاتصالات والمعلومات المصرية، المنعقد بجامعة الدول العربية القاهرة يومي 18/17 جانفي 2004

جاسم علي الشامس، العقد عن طريق الانترنت في ضوء أحكام القوانين في دولة الإمارات بحث مقدم لمؤتمر القانون والحاسوب، جامعة اليرموك، الأردن12-14جويلية2004

حازم حسن جمعة، اتفاق التحكيم الالكتروني وطرق الاثبات عبر وسائل الاتصال الحديث" دراسة حالة ورئية شخصية"، المؤتمر العلمي الاول حول الجوانب القانونية و الامنية للعمليات الالكترونية- مركز البحوث و الدراسات بأكاديمية شرطة دبي، 2003

حسام الدين كامل الأهواني، إثبات عقود التجارة الالكترونية، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون وتحديات المستقبل في العالم العربي، جامعة الكويت، كلية الحقوق ومركز البحوث العربية، 25-27 أكتوبر 1999

ريتشارد جونز، "التعددية القانونية في حسم منازعات الانترنت"، بحث مقدم إلى مؤتمر الكويت الأول للمعلومات القانونية والقضائية المنعقد للمدة من 15- 17 فيفري 1999، ترجمة، مركز الدراسات والاستشارات في المعلوماتية القانونية التابع للجامعة اللبنانية، إشراق، وسيم حرب، بيروت

سمير برهان، إبرام العقد في التجارة الإلكترونية، مؤتمر الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية والاتجاهات الحديثة في وسائل حسم المنازعات، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، المنعقد بجامعة الدول العربية، القاهرة 12— 13 جانفي2002

سيد حسن عبد الله، المنظور الإسلامي لوسائل حماية المستهلك الالكتروني، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، جامعة الإمارات العربية المتحدة 10-12-ماي2003

عادل محمود مشرف، وعبد الله إسماعيل عبد الله، ضمانات الأمن والتأمين في شبكة الانترنيت، بحث مقدم بمؤتمر "القانون والكمبيوتر والانترنيت"، المنعقد بدولة الإمارات العربية المتحدة، العين، في الفترة من 1-3 ماي 2000.

عبد الحق حميش، حماية المستهلك الالكتروني، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون وغرفة وضاعة دبي، جامعة الإمارات العربية المتحدة 10-12 ماي 2003

عبد الباسط وفا، سوق النقود الالكترونية (الفرص، المخاطر، الآفاق)، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية، المنعقد بمركز البحوث والدراسات بأكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، الجزء الثالث، في الفترة 26-28 أفريل 2003

عبد الله الخشروم، عقود التجارة الالكترونية عبر شبكة الانترنت، بحث مقدم بمؤتمر الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية المنعقد بدولة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الثالث، الفترة من 26-28 أفريل 2003

عبد الله بن ابراهيم الناصر، العقود الالكترونية، دراسة فقهية تطبيقية مقارنة، بحث مقدم الى مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، الامارات2003

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

يونس عرب، منازعات التجارة الالكترونية، ورقة عمل مقدمة الى مؤتمر التجارة الالكترونية، المنعقد للمدة من 8 إلى 10 نوفمبر، منظمة الإسكوا، بيروت، لبنان2000

عصام الدين القصبي، تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين في عقود التجارة الالكترونية مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الرابع، 2003

عماد علي خليل، التكييف القانوني لإساءة استخدام أرقام البطاقات عبر شبكة الانترنت، مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة المنعقد في الفترة 1-3 ماي 2000

عمرو زكي عبد المتعال، الأمن القانوني للأعمال الالكترونية في مصر، المؤتمر الدولي الثالث عن الاتجاهات الحديثة في معاملات التجارة الالكترونية مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالاشتراك مع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ووزارات الاتصالات والمعلومات المصرية، المنعقد بجامعة الدول العربية، القاهرة يومي 17-18 جانفي 2004

فاروق ملش، التجارة الالكترونية وأهم المشكلات القانونية التي تواجهها في مصر، بحث مقدم إلى المؤتمر البحري الدولي السادس، العولمة في صناعة النقل البحري وأثرها على الدول النامية والذي عقد بالإسكندرية بالأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري خلال الفترة من 17-19أكتوبر1999

فايز عبد الله الكندري، التعاقد عبر شبكة الانترنت في القانون الكويتي، بحث مقدم بمؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية والقانون، المنعقد بدولة الإمارات العربية المتحدة، فرقة تجارة وصناعة دبي، الجزء الثاني، الفترة من 10-12 ماي 2003،

فكرين محسن عبد الحميد، حقوق الإنسان وحياته الأساسية في الفضاء الالكتروني، بحث منشور، مقدم إلى مؤتمر القانون والحاسوب، جامعة اليرموك، أربد، الأردن، ص17-18.في الفترة ما بين 12-14 جويلية 2004

محمد السيد عرفة، التجارة الدولية الالكترونية عبر الانترنت، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، خلال الفترة من 3/1 ماي 2000

محمد شاهين الخطيب، التعبير عن الرضا في عقود التجارة الالكترونية عبر شبكة الانترنت، مؤتمر عمليات البنوك بين النظرية والتطبيق، جامعة اليرموك، المملكة الأردنية الهاشمية المنعقد في 22-24 ديسمبر 2002

محمد شكري سرور، التجارة الالكترونية ومقتضيات حماية المستهلك، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية، مركز البحوث والدراسات القانونية، أكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، المنعقد في 26- 28 أفريل 2003

محمد نور شحاته، الوفاء الالكتروني، بحث مقدم لمؤتمر التجارة الالكترونية والمنعقد بالقاهرة، المركز القومي للدراسات القضائية بوزارة العدل18-19 ماي 2002

ناجي فاطمة الزهراء، مداخلة بعنوان "التجربة التشريعية الجزائرية في تنظيم المعاملات الالكترونية المدنية والتجارية"، أكاديمية الدراسات العليا "طرابلس"، المؤتمر العلمي المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، ليبيا، المنعقد في الفترة من 28 الى 29 أكتوبر 2009

هدى حامد قشقوش، الجديد في حقوق الملكية الفكرية(حماية برامج الكمبيوتر، البث عب الأقمار الصناعية والانترنت) بحث منشور ضمن كتاب (معالجة المعلومات القانونية، في القرن الحادي والعشرين وتحدياتها) صادر عن مركز الأبحاث والمعلوماتية القانونية التابع للجامعة اللبنانية، المنشورات الحقوقية، بيروت، 2002

المؤتمر الدولي الأول لقانون الإنترنت تحت عنوان "نحو علاقات قانونية وإدارية واقتصادية وسياسية واجتماعية جديدة"، وثيقة قانون الإنترنت" مشروع للاعتماد، إعداد المنظمة العربية للتنمية الإدارية، الغردقة، مصر 2005

7.المجلات

أحمد السعيد الزقرد، الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي والمقارن، مجلة الحقوق الكويتية، السنة التاسعة عشر، العدد الرابع، سبتمبر 1995

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

د صالح الهداوي؟ "الملكية الفكرية في ميزان المقاصد دراسة مقارنة" بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي جامعة الكويت، السنة33 العدد3، 2008

أسامة أبو الحسن مجاهد، استخدام الحاسب الآلي في المجال القضائي بمحكمة باريس الابتدائية. مجلة القضاة. عدد جانفي، جوان. 1990

المنصف قرطاس، حجية الإمضاء الالكتروني أمام القضاء، بحث منشور بمجلة: "التجارة الالكترونية والخدمات المصرفية والمالية عبر الانترنيت"، اتحاد المصارف العربية، 2000

أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دراسة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي، مجلة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز، الدار العلمية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى 2003

حزبون حزبون جورج، قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدي الإجرائي والمستحدث الموضوعي، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثاني، الكويت، 2002

حسام الدين كامل الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس،العدد2، السنة38، جوان ،1996

حسن محمد بودي، التعاقد عبر الأنترنت، دراسة مقارنة، مجلة روح القوانين، الجزء الأول، العدد37،2006

حمدي باردي، القيمة القانونية للاتفاقيات خلال مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية، مجلة الجامعة الاسلامية غزة، المجلد13، العدد 2،2005

رامي محمد علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الانترنت وإثبات التعاقد الالكتروني، مجلة الحقوق جامعة الكويت، العدد الرابع،26 ديسمبر 2002

رضا متولي وهدان، النظام القانوني للعقد الالكتروني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، حقوق، المنصورة، مصر، العدد42،2007

زلفا الحسن، "الوساطة" بحث منشور في المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد 47، بيروت،2008

سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية المحلة الكبرى ، مصر،2008

عادل الطبطبائي، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقا لنظام BOT، مجلة الحقوق، العدد الثالث، 26 سبتمبر 2002

عادل علي المانع، "الوساطة في حل المنازعات الجنائية" بحث منشور في مجلة الحقوق تصدر عن جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، العدد الرابع، السنة 30، ديسمبر 2006

عبد الفتاح بيومي حجازي، حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى، مصر،2008

عبد المجيد الأحدب، من التحكيم الى الوساطة، الوسيلة الجديدة والبديلة لحل المنازعات، الوساطة، بحث منشور في المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد38، بيروت، 2006

عبيد نايلة قمير، "التوجهات الحديثة للتحكيم الدولي"، بحث منشور في المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد 47، بيروت،2000

فادي سالم، تشفير البيانات في الانترنيت، مجلة انترنيت العالم العربي، عدد أوت/سبتمبر 1999

فياض ملغي القضاة، "التزامات الناشئة عن استخدام بطاقات الائتمان مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون العدد الثاني، المجلد 26 لعام 1999

_____، الجوانب القانونية للتعاقد الالكتروني في التجارة الالكترونية بحث مقدم بتاريخ 2009/4/25 المجلة الأردنية في القانون والعوم السياسية، المجلد الأول العدد الثالث أكتوبر 2009

مجلة مجمع الفقه الإسلامي في دورته التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، حكم إبرام العقود بآلات الاتصال الحديثة، العدد 6، ج 2، د.س

مجيد حميد العنبكي، انشاء العقد في القانون الانجليزي، مجلة جامعة صدام، كلية الحقوق، المجلد الثالث،جويلية1999

محمد أحمد المنشاوي، "سلطة القاضي الجنائي في تقدير الدليل الالكتروني"، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثاني، السنة السادسة والثلاثون، جوان 2012

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

د السعيد رشدي، "حماية الحقوق المجاورة لحق المؤلف، دراسة في القانون المقارن"، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة الكويت، السنة الثانية والعشرون، العدد الثاني، جويلية1998

محمد المرسي زهرة، مدى حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات، دراسة مقارنة، بحث منشور بمجلة الشؤون الاجتماعية، العدد 48، السنة 12، 1995

محمد نجيب عوضين، أسس التعاقد بالوسائل المستحدثة، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة العدد75، 2005

نايف بن سلطان الشريف، "تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبي في المملكة العربية السعودية" بحث منشور في المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد 21، بيروت، 2002

نبيل محمد أحمد صبيح، حماية المستهلك في التعاملات الالكترونية، مجلة الحقوق مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد 2 السنة 32جوان2008

يزيد أنيس نصير، الايجاب والقبول في القانون المدني الاردني والمقارن، القوة اللازمة للإيجاب، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الاردنية، العدد1،عمان2003

_____، السكوت وأثره في إبرام العقد، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 18، جانفي 2003

جرائم الأنترنت خطر يواجه الأسرة المصرية مقال منشور بجريدة الأهرام المصرية، بتاريخ الجمعة 2003/9/12

8.الأحكام القضائية:

أحكام محكمة النقض الفرنسية في هذا الشأن حكمها الصادر في سنة 1954 في قضية الباخرة (جيرار دمير)

حكم الدائرة التجارية الصادر في 1981/01/07

حكم محكمة Pardi الابتدائية الصادر في 11 أكتوبر 2006

حكم محكمة باريس الصادر بتاريخ ماي 2006.

طعن محكمة النقض المصرية في بتاريخ 1994/12/29

طعن رقم 1297، لسنة 56، مكتب فني 41، صفحة رقم 833 بتاريخ 1990/11/29. التطبيقات القضائية لمحكمة النقض

طعن رقم 3186 لسنة 58 مكتب فني 45 صفحة رقم 1567 بتاريخ 08-12-1995

طعن رقم862 س952جلسة19/ 1/1986، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية في خمس سنوات 1980- 1985

نقض مدني مصري ، بتاريخ 19 جوان 1969 س 20 رقم 109

نقض أحوال شخصية 28 أفريل 2001 الطعن رقم 431 لسنة 66 ق، مجلة المحاماة العدد الثاني 2002

نقض مدني مصري 22 جانفي 1995، مجموعة أحكام النقض، السنة 46، رقم 44

نقض مدني فرنسي، الغرفة الأولى، في 20 مارس 1989

نقض تجاري فرنسي في 22 ماي 1991 وفي 18فيفري 1992

نقض مدني جلسة23جانفي 2001، الطعن رقم 1296-1865 لسنة 70ق، مجلة المحاماة، العدد الثاني، 2002

9. الاتفاقيات الدولية:

اتفاقية برن لسنة 1886 بشأن حماية المصنفات الأدبية والفنية

اتفاقية بروكسل لعام 1968 بشأن الاختصاص القضائي والمعدلة عام 2000

اتفاقية جنيف 06 سبتمبر 1952 بشأن حقوق المؤلف

اتفاقية روما لسنة 1980 (السوق الأوروبية المشتركة الإتحاد الأوروبي حالياً) بشأن القانون الواجب التطبيق على العقد

اتفاقية فيينا لسنة1980 بشأن البيوع الدولية للبضائع

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822 J. A. S. R

التوجيهات الأوروبية:

التوجيه الأوروبي رقم 97/07 الصادر في 20ماي1997 بشأن حماية المستهلكين في مجال العقود المبرمة عن بعد

التوجيه الأوروبي رقم 48 لسنة 1998 الصادر عن المجلس الأوروبي الخاص بالتجارة الالكترونية وملتقى دا فوس لسنة 2002

التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 الصادر بتاريخ 8 جويلية لسنة 2000 الخاص بالجوانب القانونية لمجتمع المعلومات فيما يتعلق بالتجارة الالكترونية بين دول الاتحاد

11. القوانين:

أ. القوانين الوطنية:

قانون رقم 05/85 المؤرخ في 1985/2/16، المتعلق بالصحة العمومية وترقيتها، ج. ر. ع 8

قانون الإجراءات الجبائية الجزائرية "ج. ر.ع 85 لسنة 2005 المؤرخة في 2005/12/31."

قانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرية .ج.ر.ع 21

قانون رقم 10/90المؤرخ في 1990/04/14 المتعلق بالنقد والقرض، المعدل بموجب الأمر رقم11/03 المؤرخ في 2003/06/26 ج. ر.ع 52، الصادرة في 2003/08/27

قانون رقم 04/09 المؤرخ في 2009/08/05 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الاعلام والاتصال ومكافحتها، ج.ر.ع 47 الصادرة في 2009/08/16

ب. القوانين العربية:

قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000.

قانون الرسوم والنماذج الصناعية الأردني لسنة 1999.

قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001.

قانون حماية حق المؤلف الأردني رقم 22 لسنة 1999 المعدل بالقانون المؤقت لسنة 2001

قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الإماراتي رقم 2 لسنة 2002.

قانون التجارة الإلكترونية البحريني رقم 09/14 لسنة 2002.

القانون الدولي الخاص التونسي لسنة 1998

القانون رقم 394 لسنة 1954 المعدل بشأن الأسلحة والذخائر في مصر

قانون التحكيم التجاري المصري رقم 27 لسنة 1994.

قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004.

قانون حماية المستهلك المصري رقم 886 لسنة 2006

قانون النقد المصري الجديد رقم 38 لسنة 1994

ج. القوانين الدولية والغربية:

قانون اليونسترال النموذجي بشأن التحكيم الدولي لسنة 1985

قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لسنة 1996.

قانون اليونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية لسنة 2001.

القانون الدولي الخاص البولوني لسنة 1965

القانون الدولي الخاص الفترويلي لسنة 1998

القانون الدولي الخاص لتشيكوسلوفاكيا لسنة 1963

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

القانون الدولي الخاص للاتحاد السويدي لسنة 1989

القانون الدولي الخاص للاتحاد السويسري لسنة 1989.

القانون الموحد للتجارة الالكترونية الكندي لسنة 1999

القانون الفرنسي رقم 2-17 مارس 1791 المتعلق بمبدأ حرية ممارسة التجارة.

القانون الفرنسي رقم 230 الصادر في 13 مارس 2000 بشأن تطويع قانون الإثبات لتكنولوجيا المعلومات والتوقيع الالكتروني

القانون الفرنسي رقم 575-2004 الصادر في 21 جوان 2004 بشأن حماية الثقة في الاقتصاد الرقمي

القانون الفرنسي لحماية الملكية الفكرية لسنة 1992

قانون الاستهلاك الفرنسي رقم93/949 الصادر في 26 جويلية1993المعدل بقانون رقم 2001-1168 الصادر في 11 ديسمبر 2001

قانون الاتصالات الالكترونية الانجليزي لسنة 2000

قانون التجارة الالكترونية الايرلندي لسنة 2000

قانون التجارة الالكترونية الفلبيني لسنة 2000

قانون الصفقات الالكترونية الاسترالي 1999

قانون المعاملات الالكترونية السنغفوري رقم 25 لسنة 1998

قانون بيع البضائع الانجليزي لسنة 1979

قانون بروكسل رقم 2001/144 المتعلق بالاختصاص القضائي والاعتراف بتنفيذ الأحكام في المجالين المدني والتجاري

القانون الأمريكي الموحد للمعاملات الالكترونية لسنة 1999

12. الأوامر:

الأمر رقم 03-05 المؤرخ في 19 جولية 2003 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة ج.ر.ع 44

الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 19جويلية لسنة 2003 المتعلق بالعلامات ج.ر.ع 54

الأمر رقم 06/05 المؤرخ ب: 23 أوت 2005 المتعلق بمكافحة التهريب ج.ر.ع59

الأمر رقم 66-86 المؤرخ في 28-04-1966 المتعلق بالرسوم والنماذج ج.ر.ع 35

الأمر رقم 03-07 المؤرخ في 19 جوان 2003 المتعلق ببراءات الاختراع ج.ر.ع44

الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10المؤرخ في20-06-2005.ج.ر.ع 44

الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-02 المؤرخ في 09-02-2005 ج.ر.ع 11

الأمر رقم 05-02 المعدل والمتمم للأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري ج.ر.ع 11

الأمر رقم 09-01 المعدل والمتمم للأمر 66-156 المؤرخ في 08 1966 المتضمن قانون العقوبات ج.ر.ع 15

13. المراسيم:

المرسوم التشريعي 93-12 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم03-2001، المتعلق بتطوير الاستثمارات ج.ر.ع 47.

المرسوم التنفيذي 98-257 المؤرخ في 25 اوت 1998 الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الانترنت واستغلالها والمعدل بموجب المرسوم التنفيذي 2000-307 المؤرخ في 14 أكتوبر2000.ج.ر.ع 60.

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 09 ماي 2001 المتعلق بنظام الاستغلال المطابق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيدي رقم 07-162 مؤرخ في 30 ماي 2007.ج.ر.ع 37.

المرسوم رقم 63-85 الصادر في 16-03-1963 المتعلق بالأسلحة والمتفجرات

المرسوم رقم 2002-535 الصادر بتاريخ 18 أفريل 2002 والذي يتضمن القواعد والأحكام الخاصة بحماية وأمن عرض المنتجات وأنظمة المعلومات.

المرسوم رقم 2001-272 الصادر بتاريخ 30 مارس 2001 والذي يتضمن القواعد والأحكام بشأن حماية وأمن بيانات التوقيع الالكتروني.

المرسوم الفرنسي رقم 272-2001 الصادر في 30 مارس 2001.

المرسوم الفرنسي رقم 535-2002، الصادر في 18 أفريل 2002، المتعلق بالتقسيم والتصديق على مستوى الأمان تقدمه منتجات وأنظمة تكنولوجيا المعلومات

ترخيص خدمات التوقيع الالكتروني بالجزائر الصادر من هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات لسنة 2006، رقم 2006/103

ثانياً: المراجع باللغة الفرنسية:

A : Les Dictionnaires :

CORNU Gérard, vocabulaire juridique, association, hennir Capitant, paris, quadrige/ pue, 2002
LE MINI ROBERT, langue français et noms propres, 1995

B : Les Ouvrages :

ACCORDO Christophe, la dématérialisation des procédures de passation de marchés publique B E A de droit publique des affaires, université de paris, 13 sept 2001
ALAIS-AULOY Jean et **STEINMETZ**, Prix des produits et services, Droit de la consommation précis DOLLOZ 4éme édition1996
ARAIGNON (P); perces droit international prive.12 éd paris.D.1985
André Cheminade, poste et communications «électroniques, Régine juridique des autorisation d'utilisation des fréquences radioélectrique, j c p, la semaine juridique n°43, II 10177 ;24 octobre 2007.
Andrew D. Murray, entering into contracts electronic ally, 2002
AUBERT (J- L): protection des consommateurs, D. S. 1987
AUDIT BERNARD, la vente internationale de more hantise convention des nations-unies du 11 avril 1980, paris, (L.G.D.J).1990
BEAURE D'AUGERES, BREESE et **THUILIER** : paiement numérique Internet, état de l'art juridiques et impact pour le métiers, Thomson Publisher ING, 1997
BENNADJI Chérif, Le notion d'activité régalements, idara, la revue de l'ENA, volume10, n°2, 2000
BENNAIENT Alain, droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux, 5ème édition, monte hésitent, juillet 2001.
_____, Droit civil, les obligations, man chrétien, paris, 2003
BENSOUSSAN Alain, Les télécoms et le droit, IIème édition, hermès, paris, 1996
_____, La Pra lésé otique française, claque, 1998
_____, Utilisation de d'outil informatique us Age professionnel.17 novembre 2000
BEVAN(A) ;Alternative dispute Resolution, sweet & Maxwell, 1992.
BOCHURBERG Lionel: internet et commerce électronique, éd encyclopédie DELMAS, 1999 et 2001
BONNIER, (E), traité théorique et pratique des preuves, 42 éditions, tom Ii, 1996.
BLANCHOT Alain: **BENSOUSSAN ALAIN** : la protection accordée par la loi sur la sécurité quotidienne en cas d'utilisation frauduleuse d'une carte bancaire, GAZ. PAL.23 DU 24 janvier 2002

ISSN PORTAL : 3006-1822 - مجلة البحوث والدراسات العربية

CAHEN (M.I), La formation des contrats de commerce électronique, Ouvrage disponible sur ww .elec.com

CAPRIOLI Eric : Arbitrage et médiation dans le commerce électronique (l'expérience du cyber tribunal Revue arbitrage).1999

_____. écrit et preuve électroniques dans la loi n :2000.230.du 13 mars, 2000

CARBIT (E): l'univers de la directive sur le commerce électronique université paris. avec le atrange du sénat. Du ministre des affaires étrangères, du ministère de l'éduction national, du ministère de le recherche et de l'académie des sciences morales et politiques, 2000

CASTES Lionel: Aperçu : sur le droit du commerce électronique Etats-Unis, droit et patrimoine, n°55, décembre1997

Catherine Guigou : les contrats avec les consommateurs un autel de développement du commerce électronique, presses univers tains d'Aix Marseille, 2002

CHAMOUN (F), la loi du 12 juillet 1980.une ouverture sur de nouveaux moyens de preuve Christian feras hu hl, cyber droit, dallez, Durand, 2002

COSTES (L) Aspects juridiques du commerce électronique, aux Etats-Unis. RDAI/IBLG ,n°1,1998.

COURSIER Philippe, le conflit de lais contrat de travail, librairie générale droit de jurais prudence, paris, 1993

DEHAAS(C) :L'omnipotence du juge français de la propriété intellectuelle face a l'internet ou l'histoire d'une incompétence largement ignore. Petites affiches, n226, 2001

DECAUX, Emmanuel, « le régime du droit international en droit interné », rev.int.dro.comp, 62 e année, n°2, avril-juin, 2010.

DERIEUX Emmanuel, , droit de la communication ; 3éme éd, l GDJ 1999

DEMOULIN MIR cille, la notion de « support durable » dans les contrats à distance : une contrefaçon de l'écrit . Revue européenne de droit de la consommation, 2000

DUASO CALES (R) -la détermination de carde juridictionnel et législative applicable aux contrats de de cyber ans amatinons ,2002

ESTAGNON (M): le paiement d'une somme d'argent sur internet, évaluation à la révolution du droit des moyens de paiement, j.c.p.éd.g.1999

FALLON (M): Commerce électronique et droit international privé, revue critique, n3,2002

FAUSSE Yanaon. : La signature électronique, DUNOD, Paris, 2001

FRACOIS (C) (D) et Philipe (d) contrats civils et commerciaux 7iéme éd Dalloz ; paris 2004

FRANK Reich : internet la concurrence déloyale, 2001

FROGER Didier et **Morin pascal**; science et raison du droit, in code civil M les défis d'un nouveau siècle 100 congrès des notaires de France, paris16-19 mais 2004.

GARDET(G): Les aspects procéduraux du commerce électronique : une confrontation entre la procédure judicaire français et internet.2000.

GAUTIER(P.Y) Le droit applicable dans le « village planétaire » ,au titre de corsage immatériel des aeuvres.d.1996

GAUTRAIS Vincent ; Le contrat électronique au regarde de la loi concernant. Thémis.2002

GILISSEN John., La preuve en Europe (XVI-XIX s.).in Recueils de la société jean Bodin ; t .XVII, 1965

GOBERT. La sécurisation des échanges par la reconnaissance de la signature électronique et perspectives, droit de la preuve- formation permanente C U P volume X I X. octobre 1997

GUICHARD Serge et **HARICHAUX (M)** et **TOURDONNET (R)** Internet pour le droit, éd (6). Mante respect Montchrestien E.J, 1999.

_____ et **BRESSE Michèle**, Internet pour le Droit connexion, Recherché, Driant–Mantra hrestirn2 édition 2001

GULLEMARD (S), Le droit international prive face ou contrat de vente cyber partial, thèse de doctorat, faculté de droit, université paris II 2003

H.B Eauze d'augées, **P. Bresse** et **St huilier**, Paiement électronique sur internet, état de l'art, aspects juridique et imparti sur les matières, Thomson polis ming 1997.

HGRMAUX E'LIZABET, Le détermination de la date de conclusion du contrat par raie électronique, come comblé, Avril 2004

HUET Jérôme, **Hebert Mails**: Droit de l'informatique et des télécommunications, litée, (53)paris, 1989.

ISSN PORTAL : 3006-1822 - مجلة البحوث والدراسات العربية

_____: Le droit du multimédia, de la télématique à internet, Roper réalise sous la direction pierre HUET, AFTEL, 1996

_____: Aspects juridiques du télépaiement, j.c.p.éd.g. , I, 3524, n°5.1991

_____ Le droit applicable dans les réseaux numérique (contribution au colloque-droit de l'internet approches Européennes et internationales) 2001

_____ et **VALMACHINO(S)**; Réflexion sur l'arbitrage électronique dans le commerce international, Gaz.pal,N9 à 11-2000.

ISABELLE DE LAMBERTERIEZ, **MICHEL VIVANT** ; contrat de commerce, électronique, liter. paris, 1999

_____. L'internet et le droit, collection, le gi presse, Ed paris 2001.

ITEANU Olivier; Internet et le droit, Aspect juridique du commerce électronique, édition Ey ralles, paris Avril 1996

JARROSSON (**CH**): Les modes altératifs de règlement des conflits : présentation générale, RID compo, 1997

JEAN-BAPTISTE (M), Créer et exploiter un Commerce électronique, Ed , lite 1996.et 1998

JEAN –Rémi Gradueur, Le logistique du commerce électronique hermès Science publication, paris, 2001

KAHN Philippe, La convention de vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises, revue international de droit comparé, n° 04 paris, 1981

KATSH (E), « The Emery Eng of online dispute Résolution in », les premières journées internationales du droit du commerce électronique, éd liter , 23 – 25 octobre 2000

LARROUMET Christian, Droit civil, les obligations, le control, 3éme éd, paris, ED. Economico 1996.

LAMACQ (N), Les actes authentiques électroniques, une réalité au 1 er février, la date de mise en ligne est 14 nouvembre.2005.

LAMBERTERIE (I.D) et **F0BLANCHETTE (J)**; Le décret du 30 Mars 2001 relative à la signature électronique,

L'ARRIEN (J), Les nouveau moyen de preuve : pour ou contre l'identification des documents informatiques à des écrits sous sein privés

LETOURNEAU(E): Noms de domaine : La résolution des conflits sous la politique de règlement uniforme d'ICANN, 2000

LINANT (X) de BELLE FOND Xavier et **HOLLANDE (A)**, Pratique du Droit de L'informatique, délais, Paris, 1998

_____: Commerce électronique et avenir des circuits distribution, de l'expérience des Etats-Unis aux perspectives française, Aspects juridiques et fiscaux, la problématique française, colloque du 13/5/1998. Gaz. Pal, 1998

_____: La problématique frongai calla que du 13 Mai 1998 : commerce électronique et avenir des circuits de distribution (De l'expérience des Etats Unis aux perspectives françaises, Aspects juridiques et fiscaux), cazette du palais Dimanche 1998

LODDER(AR), VREEWIJK(G.A.W) : les services d'arbitrage en ligne à la croisée des chemins, Bull l.C.C.I.(numéro spécial sur la technologie au service de différends commerciaux), 2004

LUCGRYNBAUM, Projet de lai sur la société de l'information : le régime du ''contrat électronique D. 2002

_____, Projet de lai « pour la confiance dons l'économie numérique: un petit effort de rigueur juridique pour un contrat électronique » fiable, D. Aff., 2003.

MANARA Cédric: Vers une prise en compte d'activité d'un site web pour déterminer le tribunal compétent Dalloz, 2005.

_____ : «Contre façon sur internet : compétence internationale» éditions Dalloz, 2005

MANTE Breslin; Juridiques internationaux, perspectives internationales N°:7, 1995

MICAHEN. Le consentement sur Internet Art; sur :www, droit-tic ; com. la date de mise en ligne est15/3/2004

MONTERO Étienne, Les contrats de l'informatique et de l'internet, Sorcier, 2005.

ISSN PORTAL : 3006-1822 - مجلة البحوث والدراسات العربية

MORDU Nathalie, La formation du contrat électronique : dispositifs de protection du cyb consommateur et modes alternatifs de règlement des conflits(M.A.R.C), DEA, université de Lille, 2, Année universitaire 2002/2003
MOYSE(P.E): La force obligatoire des sentences arbitrales rendues en matière de noms de domaine, juriscom.net,2000
OLIVINE Tenu : Internet et le durit, Aspects juridiques du commerce électronique, éditions eyalets , 1996.
PASSA (J): Territorialité de la marque et protection contre un signe exploite sur un site internent étranger 2005
PATRICK ANELLI: le piratage des images sur internet, presses universitaires de France, paris, 1999
PIERRE Bresse; Guide juridique de l'internet et du commerce électronique Vuibert 2000
SAVATER (G) et **THOMERY Lionel**: la part monnaie électronique et le parte monnaie Virtual éd puff-collection que sais-je ? mai 1997
SCHULTZ (TH) : Résolution des litiges et jus numericum.2002
SEDALIA (Valérie): Droit de l'Internet, collection Audi, 1996.
SORIEUL (R). Le commerce international électronique, vers l'émergence de règles transnationales , J. D. I, chr . 1994
SOLUS (H), **GHESTIN (J)** et **MAS (F)**: la conclusion des contrats du commerce électronique, éd L.G. D.J.2005.
SYLVESTRGE (J): Droit d'auteur, conflit de lois et réseaux numériques : Rétrospective et prospective, Rev.crit,.N3,2000
THIEFFRY (P) : L'émergence d'un droit européen du commerce électronique, RTDE, 2000
VANOVERSTAETEN(T): Droit applicable et juridiction compétence sur internet, RADI, N3, 1998
VASSEUR (M), Le paiement électronique, aspects juridiques, j.c.p.1985
VERBIEST Thibault: Commerce électronique : loi applicable le juridiction compétente, le journal du net, 2002
_____, La protection jurions du cuber consommateur, lité, paris, 2002
_____, La France transposer la directive sur le contrat à distance Art. disponible sur www. Droit technologie .orge .
VIVANT Michel: « cybermonde, droit et droits des réseaux », j.c.p.éd.g.1996.
_____, **LESTANCE Christian**, **RAPP Lucien**, et **GUIBOLE Michel**, et **BILLON Jean-Louis**, droit informatique et des réseaux, Lamy, 1999
WESTERMEIER (J.T): Personal jurisdiction today's hot issue ine- commerce. JILT. Issue 1 ,1998.

C : Les Thèses et Les Mémoires :

CAURIS, Vincent : « Le guide juridique du commerçant électronique » dans **Daniel Poulin** et **al (dir)**, **Montréal**, thèses, 2003
GUILLEMARD Sylvette, Le Droit international Privé Face Au Contrat De Vente Cyber spatial, Thèse de doctorat, faculté des études supérieures de l'université LAVAL, QUEBEC et l'université PATHEON-ASSAS, Paris II janvier 2003
NAIMI CHARBONNIER Marine : La formation et les écoutions du contrat électronique, thèse de doctorat, université panthéon- Assas, paris II. 2003
NORMEND Emailai; La signature des actes authentiques et prives, thèse rênes 1930
PROKHIROV Dimitri: la compétence juridictionnelle internationale en cas d'atteinte au droit d'auteur sur les réseaux numériques, mémoire en vue de l'obtention du master 2 Recherche, droit de la propriété intellectuel « le, UFR droit et sciences politiques, mémoire réalisé sans la direction» de mansion le professeur André LUCAS, 2008-2009
TORRES (CH): «L'internet et la vente aux consommateurs», Thèse pour le Doctorat, Université de paris. Nanterre 1999
ZAHI Younes, l'incidence des nouvelles technologies sur le droit traditionnel des actes juridiques, Thèse de doctorat. Paris, 2002

D : Les Article :

ISSN PORTAL : 3006-1822 - مجلة البحوث والدراسات العربية

Article 3/1/1 de Décret n° 2001-272 (1-un dispositif sécurisé de création de signature électronique).
Article (4.1d) de la recommandation européenne n°88/590/ CE du 17 novembre 1988, concernant les systèmes de paiement et en particulier les relations entre titulaires et émetteurs de cartes j.o.c.e n° L317 du 24/11/1998
Article 22 de la loi n° 85/695 de 11 juillet 1985, unifiant le droit en matière de chèques « et relatif aux cartes de paiement », inséré par la loi n° 91/1382 du 30 décembre 1991, relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement, j.o.n° 1 DU 01/01/1992.
Article 8 de la directive n°97/7/ce du parlement européen et du conseil, du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, j.o.c.e. n° L144
Article 5 de la directive n° 2000- 31, et aussi **Article** 4 de la directive n° 97- 7

E : Les Lois :

Loi n° 90-1170 du 29 décembre 1990 sur la réglementation des Télécommunication art.28.I.J, n° 303 du 30 décembre 1990.
Loi n° 85/695 de 11 juillet 1985, unifiant le, droit en matière de chèques « et relatif aux cartes de paiement », inséré par la loi h° 91/1382 du 30 décembre 1991
Loi n° 80-525 du juillet 1980 relative à la preuve des actes juridiques,j.o.13 juillet.1980

F : Les Rapports :

Conseil d'état, section du rapport et des études, internet et les réseaux numériques, la documentation française,3éme trim1998
PIERRE Laffitte, **René Breguet**: Les conséquences de l'évaluation scientifique et technique dans le secteur des télécommunications rapport d'information O.P.D.C.S.T (2001–2002).

G : Les Directives :

Directive 1999/23/ce . du parlement européenne du conseil du 13/12/1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, J . O. C. E. L. 13 du 19 Janvier 2000
Directive 97/7/ ce du parlement européen et du conseil du 20 mai 1997, concerne ante la protection des consommateurs en matière des contrats à distance. J. O. C. E. 4 juin 1997

H : Les Petites Affiches :

HUET Jérôme, Le secret commercial et la transparence de l'information les petites affiches, n°20, 15 février 1988
HOCQUARD (J M) .Télécopie et preuve, petites affiches du 29 mai 1996
TAZE-DEKEUWER. Consommateurs de la loi n° :98-60 du18 janvier1992 renforçant la protection des consommateurs petites affiches; 29 janvier1993

ثالثاً: المراجع باللغة الانجليزية:

A: Lexicon (Wordbook):

M.G. Bridge, The Sale of Goods, (oxford; clarion press .1997).

B: Dictionary:

OXFORD UNIVERSITY PRESS: ENGLISH-ARABIC 2000

C: Reports:

Report of the working group an electronic commerce and its thirty inch Session, issued by unitral, new york , 11-15/ March/2002
Report of electronic commerce opportunities and challenges for Government, 1998

D : Book:

ISSN PORTAL : 3006-1822 - مجلة البحوث والدراسات العربية

AITKEN Henry, The principles low of goods, (Edinburgh : Livingstone, 1992) at p9, with reference the low society of Scotland, the lows of Scotland, v01.20, (E Edinburgh : butter wraths, 1992)

An gland and wales court of Appeal (civil division) Decisions entrees Ltd. Miles for east corporation (1955) EWCACIV3 (17 May 1955)

Anita Rosen, The E-commerce–Question and Answer Book, A Sure wall guide for Business Manager, American Management Assertion , 1999.

ARAIGNON (P); Perces droit international prive.12 éd paris.D.1985

BAGLEY See John, E–Commerce low (Issues for Business) them an – South – Western west London, 2003.

BAUM Michaels & **PERMIT Henry**, electronic contracting publishing And EDI law, Wiley law publications john Wiley et sans, 1991

BAXTER Thomas, **Jar-Stephanie**. **Heller(A)**, the ABCS of the UCC. Article 4 A: fund transfer , by the American Bar Assertion 1997

BEN Jamming Wright & **Janek**, Win the low of electronic commerce a division of Aspen Publishing-INC-NEW-York, USA, third edition 2000

BUE NSTIEN: Global native in compartment Adzed legal environment melanges polished, Kluwer Low international, the Hogue, 1998

Clive Grangers, the Louis of the internet ,butter wrath press London , 1997

Council directive 13/93/EEC of 5 April 1993 an unfair terns in consumes contracts, official journal L095? 21/04 ; 1993

CRANAT (R.S) :Creating An environment for mediating disputes on the internet, A working paper for the NCAIR conference on online ----Dispute Resolution, Washington, 1996

CROSS-BORDER; Formation of an line contracts, 2002

David (p). curie & herm hill Kay & Larry Kramer conflicts of low: cases, comments, questions pub lies her : west publishing comp any, 6h edition (june1, 2001).

DAVIS (B) :The new thing uniform Domain-Name Dispute-Resolution policy of the internet corporation for Assigned Names and Numbers, jint.Arb.june 2000

DENEHY(M) :E-bay extends squirted deals ;National public Radio, 2000.

DONAHEY(S) :current development in online Dispute Resolution international conference on electronic commerce and intellectual properly.Geneva.1999

EMILYM .WEITZ ENBOEK, electronic Agents and the formation of contracts, published in the international journal of law and information technology. Vol. 9. no, 3 (oxford university press, 2001.

FAYSUDS Weeks & **CELIAT Rohm**. Doing Business in the internet, 1999.

FISCGER (PR) :All you need to Know about mediation but didn't Know to ask-A parachute for parties in litigation,

HENRY (A): Electronic commerce – the New Business platform for the internet – computer technology Research carp – Second edition 1999

IMPERATOR NICHOLAS, public policy and the internet, Hoover institution press.2000

JANA. Baumgartner & **Michaela Epstein**, Business legal guide To on line-interne law-glosser lo gal works 2000,

KATSH (E) et **RIFKIN(J)** et **GAITENBY(A)** :E-commerce E-Dispute, and E-Dispute Resolution in the shadow of e-Bay law,2000

_____, RIFKIL(J) :On line Dispute resolution : resolving conflicts in cyberspace, jossy-bass, san Francisco, 2001

MARTIN burking, International contracts, a practical quid to governing low under the contracts applicable low act 1990 as amended and the new low of international contracts generally, born, rose low pub LTD, 2 rd. edition (October 8, 2004).

Michal S.Baim & **PERRIT Henry** , Electronic contracting , publishing And EDI Law, Wiley law puck Bilocation's fan Wiley & Sans 1991.

OLIVER Hanes & **Susan Dianne**, The new virtual many-low and praline, k lower low international press, 1999

REVIT LAKOTA & **Andrew (B)**: Whinstone, frontiers of electronic commerce , Addison Wesley 3 pwklis hinny 1996

_____, Reading in the electronic commerce, Addison Wesley 1997

SAADAT (M) :jurisdiction and the internet after gut nick and yahoo, JILT,T,Issue1, 2005

ISSN PORTAL : 3006-1822 - مجلة البحوث والدراسات العربية

SCHULTZ (TH), KAUFMAN-KOHLER (G). LONGER(D), BONNET(V). On-line Dispute resolution The state of the Art and the Issues, cui, university of Geneva, 2001

WINDUP (M.H), Consumer legislation in the kingdom and the republic of relend, divan nans trade Reinhold company.1980

رابعاً: المواقع الالكترونية:

http://www. Gnome. Com
http://www.un detach. net
http://www. en dirait. com./entelle /ouvrages /lai contra t usage multimédia. PDF 2002
http://www. Oreille. com./Andy / Professional collection – Low . Htm
http://www.uetaonline.com/uetoc.htm1(last visited 15 any 2001)
http://www. snap. fr / rap/rap/ro1–159 m ano. htm
http://www. Jours com. . net ? pro /2/ce 200 / o 213
http://www.cybercrime . gov / tandiwidj ojosent. pdf 3/3/2008
http://www.droit-internet-2000.univ-pari1.fr/dossier10/emmanual.carbit.doc
http://www.perso.wandoo.fr/kan art/pages rites/comelectronique.htm.
http://www.squaretrade.com/aboutus/natitionalpuplicradio.jsp
http://www.fu ris.com
http://www .juriscom.net.
http://www.institut-idef.org/contrefacon-sur-internet.html.
http://www. Data focus . com / nutcracker /wn swift . htm
http://www. En –droit . com
http://www.institut-idef.org/Ver-une-prise-en-compte-de-I.html.
http://www.droit-internet-2001.univ-paris.fr/pdf/vf/huet.pdf.
http://www.fstc.org/about/
http://www.hcch.e-vision.n1/index-en.php?act=conventions.text&cid=61
http://www.mantle.sbs.umass.edu/wmag/disres.html.
http://www.ruessmann.Jura.uni-sb.de/rw20/people/rschu/ublic/essay.htm.
http://www.users5.nofeehost.com/redouaneaissa/seminars/09-02-2012.pdf
http://www.wordandboond.com
http://www.arbforum.com/domains
http://www.arbiter.wipo.int
http://www.badbusinessbureau.com
http://www.canadlawbook.ca/headline49-arc.html.
http://www. Geacities.com/silican_valley/Network/5054/maracas_from-_an-ww-en-h_tm1(last_visited 22any).
http://www.droit.fundp.ac.be/textes/publicite.pdf
http://www.echek.org
http://www.eresolution.ca.
http://www.fv.com
http://www.gesac.org/fr/prisesdeposition/divers/divers/download/positionser2-0030415-rome%20II.pdf
http://www.gesac.org/fr/prisesdeposition/divers/download/positionser-20030415-rome%20II.pdf
http://www.gh4me.com
http://www.glose.org/ memoo2 – htm/htm
http://www.icann.org/udrp/approved-providers.htm.
http://www.intellicourt.com
http://www.islamicfi.com/arabic/foundation/productions.asp ?id.5841
http://www.juriscom.net/pro/2/ndm2000/011.htm.
http://www.juriscom.net/pro/2/ndm20001010-htm
http://www.kleine.fr
http://www.regifrance.gouv.fr
http://www.lex-lex-electronica.org/articles/v8-11dauso%20.20ca/es.pdf
http://www.mediate.com/articles/fisher2.cfm
http://www.oecd.org/dataoecd/41/58/4700396.pdf
http://www.oecd.org/dataoecd/54/4/37704862.pdf

ISSN PORTAL : 3006-1822 - مجلة البحوث والدراسات العربية

http://www.online-adr.com/articles.htm
http://www.onlinemediator.com
http://www.smartsettle.com
http://www.squaretrade.com/learnmore/odr_090660.jsp
http://www.umass.edu/cyber/katsh.pdf.
http://www.webdispute.com
http://www.webmediate.com
http://www.marocdroit.com
http://www.marocdroit.com
http://www.wipo.org/publications/general/121/2000/febury.pdf
http://www. eridia . com. / blaisé
http://www.digicash.com
http://www.tunisie.com/businessinf/te/html/reforme.htm
http://www.annabaa.org/nbanews/70/299.htm

الفهرس

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

كلمة شكر
إهداء
مختصرات
مقدمة..... أ
الفصل التمهيدي: بيئة العقد الالكتروني..... 1
المبحث الأول: تطور وسائل الاتصال عن بعد واستعمالها في التعاقد قبل وأثناء زمن الأنترنت..... 1
المطلب الأول: تطور وسائل الاتصال عن بعد واستعمالها في التعاقد قبل زمن الأنترنت..... 1
المطلب الثاني: تطور وسائل الاتصال عن بعد واستعمالها في التعاقد في زمن الأنترنت..... 4
المبحث الثاني: التجارة الالكترونية..... 10
المطلب الأول: ظهور التجارة الالكترونية وأهميتها..... 10
المطلب الثاني: ماهية التجارة الالكترونية وسماتها..... 12
المبحث الثالث: ماهية العقد الالكتروني وتمييزه عن غيره من العقود.....24
المطلب الأول: ماهية العقد الالكتروني..... 24
المطلب الثاني: تمييز العقد الالكتروني عن غيره من العقود..... 35
الباب الأول: انعقاد العقد الإلكتروني..... 47
الفصل الأول: تكوين العقد الالكتروني..... 47
المبحث الأول: التفاوض الالكتروني..... 47
المطلب الأول: ماهية التفاوض الالكتروني وأهميته..... 47
المطلب الثاني: خصائص التفاوض الالكتروني، مراحله وصوره..... 49
المطلب الثالث: الالتزامات والمسؤولية في مرحلة التفاوض الإلكتروني..... 52
المبحث الثاني: التراضي في العقد الالكتروني..... 55
المطلب الأول: التعبير عن الارادة في العقد الالكتروني..... 56
المطلب الثاني: صور التعبير عن الارادة في العقد الالكتروني..... 63
المطلب الثالث: الايجاب في العقد الالكتروني..... 66
المطلب الرابع: القبول في العقد الالكتروني..... 78
المبحث الثالث: مجلس العقد الالكتروني..... 87
المطلب الأول: ماهية مجلس العقد الالكتروني..... 87
المطلب الثاني: زمان ومكان ابرام العقد الالكتروني..... 99
الفصل الثاني: صحة العقد الالكتروني..... 126
المبحث الأول: الأهلية في العقد الالكتروني وعيوب الارادة..... 126
المطلب الأول: الأهلية في التعاقد الالكتروني..... 126
المطلب الثاني: عيوب الارادة..... 131
المبحث الثاني: المحل والسبب في العقد الالكتروني..... 141

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

المطلب الأول: محل العقد الالكتروني..... 141
المطلب الثاني: السبب في العقد الالكتروني..... 148
الفصل الثالث: تنفيذ العقد الالكتروني..... 150
المبحث الأول: التزامات البائع..... 151
المطلب الأول: الالتزام بنقل الملكية..... 151
المطلب الثاني: الالتزام بالتسليم..... 153
المبحث الثاني: التزامات المشتري..... 161
المطلب الأول: الالتزام بدفع الثمن(الوفاء الالكتروني) 162
المطلب الثاني: التزام المشتري بتسلم المبيع..... 175
الباب الثاني: إثبات العقد الالكتروني..... 178
الفصل الأول: الكتابة الالكترونية..... 178
المبحث الأول: ماهية الكتابة الإلكترونية وأهميتها..... 178
المطلب الأول: ماهية الكتابة الالكترونية..... 179
المطلب الثاني: خصائص الكتابة الالكترونية..... 182
المطلب الثالث: أهمية الكتابة الالكترونية وشروطها..... 185
المبحث الثاني: الانتقال من الدعامة الورقية إلى الدعامة الإلكتروني..... 186
المطلب الأول: تعديل القواعد التقليدية للدليل الكتابي..... 187
المطلب الثاني: عناصر الكتابة والتطور التقني..... 193
المطلب الثالث: إجازة الإثبات المعلوماتي في القانون الأنجلوسكسوني..... 198
المبحث الثالث: حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات..... 200
المطلب الأول: قوة ثبوتية المحررات الإلكترونية العرفية والرسمية..... 200
المطلب الثاني: التنازع بين المحرر الورقي والمحرر الالكتروني..... 204
المطلب الثالث: طرق الطعن في صحة المحررات الالكترونية..... 206
الفصل الثاني: التوقيع الالكتروني..... 208
المبحث الأول: تحديد مفهوم التوقيع الالكتروني، صوره ووظائفه..... 209
المطلب الأول: مفهوم التوقيع الالكتروني..... 209
المطلب الثاني: صور التوقيع الالكتروني..... 212
المطلب الثالث: وظائف التوقيع الالكتروني..... 215
المبحث الثاني: شروط التوقيع الالكتروني، دوره في الإثبات ونطاق حجيته..... 217
المطلب الأول: شروط التوقيع الالكتروني 217
المطلب الثاني: دور التوقيع الالكتروني في الإثبات..... 221
المطلب الثالث: نطاق حجية التوقيع الالكتروني وضوابطها..... 223
المبحث الثالث: الحماية القانونية للتوقيع الالكتروني..... 226

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

المطلب الأول: ضوابط حماية التوقيع الالكتروني..... 226
المطلب الثاني: أنماط حماية التوقيع الالكتروني..... 230
الفصل الثالث: التوثيق الالكتروني..... 236
المبحث الأول: آليات حماية المحرر الالكتروني..... 236
المطلب الأول: آليات حفظ الوثائق الالكترونية..... 237
المطلب الثاني: آليات تقنيات التشفير..... 238
المطلب الثالث: آلية التصديق الالكتروني..... 240
المطلب الرابع: آلية اخضاع البيانات للقيد في السجل الالكتروني لتوثيقها..... 240
المبحث الثاني: سلطات التوثيق والمصادقة على المحرر الالكتروني..... 241
المطلب الأول: المقصود بسلطات التوثيق الالكتروني ومقدم خدمات التصديق الالكتروني..... 241
المطلب الثاني: تهيئة وإقامة سلطات التوثيق والتصديق الالكتروني..... 243
المطلب الثالث: واجبات سلطات التوثيق والتصديق الالكترونيين ومسؤولياتها..... 246
المطلب الرابع: مدى الزامية لجوء المتعاقدين لسلطات التوثيق والتصديق الالكترونيين..... 249
المبحث الثالث: شهادة التوثيق والتصديق الالكترونية..... 249
المطلب الأول: تعريف شهادة التصديق الالكترونية، أهميتها وبياناتها..... 249
المطلب الثاني: أنواع شهادات التوثيق الالكتروني وحجيتها في الاثبات..... 256
المطلب الثالث: دور شهادة التوثيق الالكتروني ودور أطرافها نحوها..... 257
المطلب الرابع: شهادة التوثيق الالكتروني الأجنبي ومدى حجيتها في الاثبات..... 260
المطلب الخامس: ايقاف شهادة التصديق الالكتروني والغاؤها..... 264
الباب الثالث: منازعات العقد الالكتروني وآليات تسويتها..... 268
الفصل الأول: القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني..... 268
المبحث الأول: النظرية التقليدية في القانون الواجب التطبيق ومدى ملاءمتها على العقد الالكتروني..... 268
المطلب الأول: قواعد الاسناد التقليدية في القانون الواجب التطبيق..... 269
المطلب الثاني: مدى ملاءمة قواعد الاسناد للتطبيق على العقد الالكتروني وموقف التشريعات المقارنة.... 277
المبحث الثاني: النظرية المستحدثة في القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني..... 282
المطلب الأول: تطبيق القواعد الموضوعية على العقود الالكترونية..... 282
المطلب الثاني: تقييم القانون الموضوعي الدولي للعقد الالكتروني..... 287
الفصل الثاني: القضاء المختص بنظر منازعات العقد الالكتروني..... 290
المبحث الأول: اختصاص القضاء الوطني بنظر منازعات العقد الالكتروني..... 290
المطلب الأول: الدفوع والقواعد الاجرائية المثيرة للنزاع في البيئة الالكترونية..... 291
المطلب الثاني: الدفوع والقواعد الموضوعية المثيرة للنزاع في البيئة الالكترونية..... 295
المبحث الثاني: دور المعايير التقليدية في تحديد الاختصاص في منازعات العقد الالكتروني..... 302
المطلب الأول: الضوابط الشخصية للاختصاص القضائي في منازعات العقد الالكتروني..... 302

مجلة البحوث والدراسات العربية - ISSN PORTAL : 3006-1822

المطلب الثاني: حماية المستهلك الالكتروني في الضوابط الشخصية لتحديد الاختصاص القضائي الدولي... 307
المبحث الثالث: دور الاتجاهات الحديثة في تحديد الاختصاص القضائي في منازعات التجارة الدولية.... 315
المطلب الأول: ضوابط الاختصاص المكانية في دعاوى المسؤولية التقصيرية الالكترونية..... 315
المطلب الثاني: ضوابط الاختصاص المكانية في دعاوى المسؤولية العقدية الالكترونية..... 322
الفصل الثالث: آليات تسوية منازعات العقد الالكتروني..... 326
المبحث الأول: التفاوض الالكتروني لتسوية المنازعات..... 327
المطلب الأول: ماهية التفاوض الالكتروني..... 327
المطلب الثاني: الموازنة بين أنواع التفاوض من حيث الفعالية وتقويم دور التفاوض في حسم التراعات.... 329
المبحث الثاني: الوساطة الالكترونية..... 331
المطلب الأول: ماهية الوساطة الالكترونية..... 331
المطلب الثاني: آلية الوساطة الالكترونية وتقدير فعاليتها..... 333
المبحث الثالث: التحكيم الالكتروني..... 334
المطلب الأول: تعريف التحكيم الالكتروني وبيان أنواعه..... 334
المطلب الثاني: شروط تسوية التراع بواسطة التحكيم الالكتروني..... 341
المطلب الثالث: تنفيذ أحكام التحكيم الالكتروني وتقديره..... 343
خاتمة..... 351
قائمة المراجع..... 354
الفهرس 370
ملخص