وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جـــامعة ســعد دحـلب، البليدة
كـــلية الـــحقـــوق

خصوصية التعاقد الالكتروني

أطـروحة دكـــتوراه العلوم:

في الـقـانـــون الـــخـــاص

من إعداد الطالب:
قـارة مـولـود

بتاريخ:28 جوان 2012 ، أمام اللجنة المتكونة من:

ـ الدكتور جمال محي الدين،	أستاذ محـــاضر بجامعة البليدة،	رئيـــــــــسا.
ـ الأستاذ الدكتور حداد العيد،	أستاذ التعليم العالي بجامعة البليدة،	مشرفا و مقررا.
ـ الدكتور خالد بوشمة،	أستاذ محـــاضر بجامعة البليدة،	عضـوا مناقـشا.
ـ الأستاذ الدكتور بلمامي عمر،	أستاذ التعليم العالي بجامعة سطيف،	عضـوا مناقـشا.
ـ الدكتور تاجر محمد،	أستاذ محـاضر بجامعة تيزي وزو،	عضـوا مناقـشا.
ـ الدكتورة كري غنية ،	أستاذة محاضرة أ بجامعة الجزائر،	عضـوا مناقـشا.

مقدمة:

اتسمت الألفية الثالثة بالطفرة التقنية الكبيرة في عالم الاتصالات الحديثة في مقدمتها الشبكات الالكترونية و التي من أهمها التعاقد عبر الانترنت، و أصبحت الأداة الأكفأ و الوسيلة المثلى في نقل البيانات و إيصال المعلومات، من دون أن تعيقها الحدود الجغرافية و التباعد الموجود في مجلس التعاقد الواحد حتى قيل أن العالم يشكل قرية الكترونية صغيرة، و صاحب هذا التطور التكنولوجي الهائل ازدهار التجارة الالكترونية كإحدى أهم معالم و مظاهر ثورة المعلومات التي اكتسحت البيوت و المنازل و المحلات التجارية لتكون عصبا من الأعصاب الرئيسية للمعاملات الاقتصادية و العمليات المالية و إبرام العقود الالكترونية، حينها لم تبق حكرا على وزارة الدفاع الأمريكية و أبحاثها العلمية بعد إدماجها في حياتنا اليومية.

و الكمبيوتر أو هذه الآلة الحاسوبية ذات العقل و المعالج الالكتروني توحي بأن هذه التسمية الشائعة تتميز بالتفكير و التخيل و التحليل و الذاكرة، هذه الآلة التي تعالج البيانات ليتم تخزينها و إعادة استرجاعها لدى كل طلب، فهو بالفعل قادر على التفوق في الكتابة و القدرة على التعديل بالزيادة أو النقصان، كما يفوق دوره في تخزين المعلومات التي يتم حفظها على وسائط الكترونية مختلفة الأحجام، و يتفوق من جديد في المراحل الأخرى المتعلقة بالربط البيني بين أجهزة الحواسيب المتصلة من خلال الشبكة الدولية التي عبرها يتم تبادل البيانات الالكترونية، فيتم نقلها و تحويلها باستعمال بروتوكولات النقل كالاتصال الدائم المباشر و الاتصال المباشر عند الطلب و الاتصال بين أطراف المكالمة و الاتصالات البريدية.

بدأ معها الحديث عن مجتمع المعرفة **Société de l'information** و الأرشيف الالكتروني، الإدارة الالكترونية، الحكومة الالكترونية، التحكيم الالكتروني و العقد الالكتروني،...الخ و الواقع أن التجارة الالكترونية، تتيح عدة مزايا و حققت الكثير من المنافع، و اختزلت للمتعاقدين مشقة الانتقال للتعاقد من مكان إلى آخر مما وفر ّ المال و الوقت من أجل الإشهار و الترويج لخدمات و السلع و ما يرافقها من نقل و تحريك للبضائع، أما الطريقة الرائجة حاليا، هي التعاقد عبر الانترنت و إبرام عقود البيع و الشراء، وتمكن من انجاز الصفقات و تنفيذها و ترجح فرص الوصول إلى المعلومات عن الأسواق و إلى العملاء الجدد و بها تزيد التنافسية بين الشركات في ظل الحرية في اقتناء السلع و الخدمات.

غير أن هذا التطور الايجابي الذي حققته الانترنت لا يخلو من بعض السلبيات قد تعيق تطور التجارة الالكترونية، وقد تتأثر الآليات القانونية التقليدية من التعامل معها، مما أحدث العديد من المشكلات القانونية في بعض المناحي، منها القانونية، و التي استدعت تدخل المشرعين في فترات، و تدخل الفقه و القضاء في فترات أخرى،من أجل البحث عن المنافذ القانونية و الحلول الممكنة للإشكالات المطروحة في مجالات التجارة الالكترونية، و العقد الالكتروني،و الكتابة الالكترونية، و البريد الالكتروني، و التوقيع الالكتروني، ومن ثم

فاهتمامات البحث الحالي تنصّب حول التعاقد الالكتروني و خصوصيته في بيئة التجارة الالكترونية. و أدى تقدم التجارة الالكترونية إلى انتشار عمليات القرصنة و النصب و الاحتيال و الجرائم الماسة بالمعطيات الالكترونية.

و تتعارض التجارة الالكترونية بحاجز التشريعات الوطنية، فكثير من الدول سنت تشريعات و قواعدها القانونية المتعلقة بالتعاقد في ظل استخدام الكتابة و ضرورة التوقيع بخط اليد، و من ثم كانت التجارة الالكترونية تتجه صوب الانتقال من مرحلة المعاملات الورقية إلى الاستخدام الالكتروني مما أعقبه أن تلك القواعد العامة التقليدية لم يسعها مجاراة التعامل عبر الشبكات الالكترونية، و هي الوثبة التي استدعت وضع نظام خاص للمعاملات الالكترونية يشارك فيها رجال القانون و الدارسين له للمساهمة و البحث في الموضوع لإرساء المظاهر و الجوانب القانونية لعقود التجارة الالكترونية ووضع لبناتها القانونية.

موضوع البحث:

يشمل عنوان رسالتنا **خصوصية التعاقد الالكتروني، و التي** نسعى من خلالها إلى عرض المقاربة القانونية الموجودة بين التعاقد الالكتروني وكيفية إبرامه و النظرية العامة للعقد و إثباته، فقد يبرم هذا الأخير بين أطراف من نفس الدولة أو بين طرفين وطني و آخر أجنبي أو بين طرفين في دولة غير الدولة التي ينتميان إليها، فغالبه يتسم بدولية العقد، فما هي خصوصية العقد الالكترون؟ يجب أن تتصدى إلى هذا المولود الجديد من العقود في بيئة الكترونية؟ و كيف يتم إبرام العقد الالكتروني المبرم عبر الشبكات؟ وكيق يتم اثباته؟و ما دور الإيجاب و القبول فيه حتى ينعقد العقد صحيحا؟وما مشروعية التراضي في العقد الالكتروني؟ و ما هو زمان و مكان العقد؟ و ما هو القانون الواجب التطبيق، و ما هي المحكمة المختصة بنظر منازعاته؟.

أهمية موضوع البحث:

تتجلي أهمية الدراسة في آثار هذه التقنية الجديدة و ما صاحبها من تأثير و نتائج مترتبة عن التجارة و المعاملات الالكترونية، و التي أعقبها عدة مشكلات أثارت نقاشات و جدالات موسعة و كثيرة حول عدة مبادئ و قواعد تقليدية تحكم العقد و الممارسات التجارية بما فيها التعبير عن الإيجاب و القبول وزمان و مكان إبرام العقد، و مقتضيات حماية المستهلك الذي يبحث عن إثبات عقده الالكتروني، ففكرة استخدام الكمبيوتر أضحت تبحث عن كيفية تمام المحررات الالكترونية، وطرق قبض و تحصيل الدفوعات الالكترونية و استلام المنتجات و الخدمات المعنوية و الافتراضية في ظل قصور القوانين الحالية في مجال التجارة الالكترونية.

أمام هذا الوضع، حرصت عدة جهات حكومية ومنظمات دولية على إصدار القوانين و سنها بما يتلاءم و هذا المولود الجديد، فصدرت القوانين النموذجية و التوجيهات في هذا الإطار سيما الأوربية منها وذلك بإعادة صياغة قواعد المعاملات المدنية و التجارية بكل فروعها و مجالاتها المختلفة التي تحتاج فعلا إلى دراسات قانونية عديدة

وجدّية وحديثة، لذلك اخترنا طرح موضوع خصوصية التعاقد الالكتروني لحداثته ووضع هدف قانوني و علمي يضع الأمور على نصابها و يزيل اللبس القائم و الغموض الذي يحيط بها، و التعريف بالمعالم القانونية لعقود التجارة الالكترونية مما يوفر الأمان القانوني لدى المتعاقدين للقول بأنه فعلا قد تزايد استخدام الشبكات الالكترونية لإبرام العقود.

- **منهج البحث.**

لكون الموضوع حديث العهد بالولادة، ولكون هذه التقنية أصبحت متاحة للعالم كافة، لذلك كان فقهاء النظام الأنجلو-أمريكي السباقون في البحث عن مشكلة استخدامات التقنية الحديثة و المعاملات الالكترونية، ووصفوا العلاج بوضع الحلول الممكنة،ومن ثم سنعالج هذه الدراسة في حدود المنهج المقارن القائم على التسلسل المنطقي للبحث العلمي بعرض المشكلة الحالية وفقا للقواعد العامة في القانون المدني و القوانين ذات الصلة، مع التعريج على الفقه و القضاء عبر مختلف الدول في ظل النظرية العامة للقانون و حماية المستهلك، و لما كان اختيار الموضوع يعتمد على اختيار المنهج المتبع، فإننا نرى أن البحث في الظواهر و المشاكل القابلة للدراسة يمكن أن نستعين فيها بالمنهج الوصفي للبحث في المعلومات و الحقائق عن موضوع التعاقد الالكتروني.

خطة البحث:

ترتيبا على ما سبق، و لكي تستوفي الدراسة حقها و نتمكن من تحقيق الهدف من هذا البحث، و في ضوء ما فات فقد رأينا أن تكون الدراسة إلى فصل تمهيدي حول ماهية العقد الالكتروني و التجارة الالكترونية، ثم يعقبه بابين للموضوع لننهي الدراسة بخاتمة للرسالة الحالية، و هي على النحو التالي:

قدمة البحث:

الفصل التمهيديماهية العقد الالكتروني و خصائصه و تميّزه عن غيره من العقود

المبحث الأولماهية العقد الالكتروني و خصائصه و تميّزه عن غيره من العقود

المبحث الثاني: وسائل إبرام العقد الالكتروني

الباب الأول: إبرام العقد الالكتروني

الفصل الأول: التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الالكترونية و التفاوض حول العقد

المبحث الأول: التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الالكترونية

المبحث الثاني: الإيجاب الالكتروني

المبحث الثالث: القبول

الفصل الثاني: تنفيذ العقد الالكتروني و قواعد حماية المستهلك

المبحث الأول: تنفيذ العقد الالكتروني

المبحث الثاني: دفع الثمن و الوفاء الالكتروني

المبحث الثالث:طرق و آليات الوفاء بالبطاقات المصرفية

المبحث الرابع: قواعد حماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية
الباب الثاني: إثبات العقد الالكتروني
الفصل الأول: الدليل الكتابي
المبحث الأول: الكتابة
المبحث الثاني: الإثبات الالكتروني
المبحث الثالث: الاعتراف بالكتابة الإلكترونية وتمييزها عن الكتابة التقليدية
المبحث الرابع: الشكلية الالكترونية
الفصل الثاني: التوقيع الالكتروني
المبحث الأول: الطبيعة القانونية للتواقيع الالكترونية
المبحث الثاني: النظام القانوني للتوقيع الالكتروني
الفصل الثالث: التوثيق الالكتروني ومنازعات المعاملات الالكترونية
المبحث الأول: سلطة التصديق الالكتروني
المبحث الثاني: النظام القانوني لسلطات التوثيق الالكتروني
خاتمة

الفصل التمهيدي:

ماهية العقد الالكتروني

تبرم العقود الالكترونية عبر عدة وسائل كانت بدايتها الراديو و الهاتف و التلفزيون ثم لحقها الفاكس و الكمبيوتر...الخ، و لعل أهم هذه الوسائل من حيث حجم الاستعانة بها و احتلالها مكانة بارزة و قطاعا كبيرا؛ شبكة المعلومات العنكبوتية بما فيها الانترنت **Internet** و الانترنت **Intranet**، إذ بأنواعها هذه أصبحت أهم وسائل التعاقد الالكتروني انتشارا،و يبدأ التعاقد عبر الشبكة الالكترونية من عرض للسلع و الخدمات ليليها التعريف بهوية البائع و المشتري ثم إلى مرحلة الشراء، و دفع الثمن، لنصل إلى التوافق بين طرفي العقد من حيث محل العقد ووسيلة دفع الثمن، و كيفية تسليم البضاعة، أو تلقي الخدمة في شكلها الالكتروني أو التسليم بمفهومه التقليدي، علما أن طبيعة الشبكات الحديثة يختلف وضعها عن وضع التعامل بمفهومه العادي فيما يتعلق بتكوين العقد، و إثباته، أو حتى بما يتصل بالحدود الجغرافية للدول.

غير أنه لا يعني مما سبق أن العقد الالكتروني قام على أنقاض العقد التقليدي فهما لا يختلفان فيما يشترط في انعقادهما من إيجاب و قبول و محل و سبب، لكن يختلف العقد التقليدي عن العقد الالكتروني في الطريقة و الأداة المستخدمة في إبرامه و وسيلة إثباته، و من ثم يبرم العقد بين غائبين و بدون حضور نفس مجلس التعاقد و في لحظة انعقاده.

المبحث الأول: تعريف العقد الالكتروني و خصائصه

تقوم التجارة بصفة عامة على تبادل السلع، و الخدمات، بمقابل عيني أو مالي، غير أن الغوص في عمق التجارة سواء بوسائلها التقليدية أو الحديثة، فالتفرقة تكمن في استخدام التقنية في نقل بيانات التعاقد في إطار بيئة الكترونية مرتبطة بوسائل اتصال متعددة، و ترتيبا على ذلك فان العقد الالكتروني يتم إبرامه في حدود هذه البيئة و نفس الإطار الذي شهد بدوره تطورا هائلا في تنظيم العلاقات التجارية الداخلية و الدولية القائمة على السرعة و سهولة إبرامه بأدنى تكلفة و بأقل تعقيد شكلي.و للوقوف على ذلك سنعرج على تعريف التجارة الالكترونية و العقد الالكتروني ببيان أوجه الخصوصية فيه؛ في طريقة انعقاده عبر شبكات الاتصال الحديثة؛ ثم الوقوف عند تحديد إطاره القانوني.

المطلب الأول: تعريف التجارة الالكترونية و العقد الالكتروني

تجدر الملاحظة بأنه يطلق خطأً على التعاقد عبر الانترنت مصطلح التجارة الالكترونية، و الأصح أنها إحدى الوسائل المتاحة و المستعملة في التجارة، وفي طيات عرضنا نفتتح بتعريف التجارة الالكترونية لنأتي بعدها على العقد الالكتروني.

الفرع الأول: تعريف التجارة الالكترونية:

إن تعريف التجارة الالكترونية يقتضي منا أن نأخذ في الاعتبار ثلاثة عناصر أساسية و هي: النشاط التجاري، الوسائط الالكترونية؛ و أخيرا الحدود أو البعد الجغرافي لكل معاملة تتم عبر الشبكات الالكترونية.

أولا: تعريف الفقه

عرفها بعض الفقهاء بأنها:" عملية البيع و الشراء عبر الشبكات الالكترونية على المستويين السلعي و الخدمي بجانب المعلومات و برامج الكمبيوتر و أنشطة أخرى التي تساعد على الممارسات التجارية، تنفذ بعض أو كل المعاملات التجارية في السلع و الخدمات التي تتم بين مشروع تجاري و آخر أو بين مشروع تجاري و مستهلك، باستخدام تكنولوجيا المعلومات و الاتصالات"[1] ، أو هي :" العملية التجارية التي تتم بين طرفين و تتمثل في عقد الصفقات و تسويق المنتجات عن طريق استخدام الحاسب الالكتروني عبر شبكة الانترنت و ذلك دون حاجة لانتقال الطرفين للقائهما، بل يتم التوقيع الكترونيا على العقد". أو هي عبارة عن: " التبادل المعلوماتي للبيانات باستخدام وسائل حديثة كالبريد الالكتروني..."[2]. أما الجمعية الفرنسية للاتصالات ذات الاختصار **AFTEL** فقد أعطت تعريفا للتجارة الالكترونية بأنها :" مجموعة المعاملات التجارية التي يتم الشراع فيها عن طريق وسائل الاتصال"[3].

ثانيا: تعريف القانون

تأتي لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسترال)[4] كأهم المتدخلين بسن التشريعات لتذليل العقبات أمام التجارة الالكترونية الدولية سيما إصدارها القانون النموذجي للتجارة الالكترونية [5] و الذي أسس لبيئة قانونية آمنة تيسر استعمال وسائل الاتصال الحديثة، لكن هذا القانون لم يضع تعاريف محددة للتجارة الالكترونية و اكتفى بتعريف التبادل الالكتروني للمعلومات[6] و غطى هذا التعريف كل استعمالات و

---

[1]– د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2002، ص09.

[2] - E.CAPRIOLI et R. SORIEUL : « Le commerce électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales, J.D.I.,1997,p.326.

[3]– د.مدحت رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، 2001، ص 18؛ متوفر على موقع:www.aftel.com.

[4]– يصطلح على هذه اللجنة بالانجليزية بـــ: UNICTRAL وهو اختصار لـــــ: United Nation Commission For International Trade Law أما مختصرها بالفرنسية CNUDCI وهو اختصار لـــ: La Commission des Nations Unis pour le Droit Commercial International

[5]– صدر القانون النموذجي لسنة 1996 بالجلسة العامة 162/15 للأمم المتحدة بتاريخ: 16 ديسمبر 1996.

[6]– تنص المادة 02 فقرة (أ) على أنه :" يراد بمصطلح **رسالة البيانات** المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تخزينها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة.بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الالكترونية أو البرق أو التلكس....

يراد بمصطلح **تبادل البيانات الالكترونية** نقل المعلومات الكترونيا من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات.".

استخدامات المعلومات الالكترونية في التجارة[1]. و ارتكزت التجارة بهذا المفهوم على عامل أساسي و هو الثقة في وسائل التقنية الحديثة على نحو نعلم منه مصدر رسالة المعطيات و صحتها و الحفاظ عليها من التعديل و التزوير و القرصنة.

و في كل الحالات نجد أن هذا القانون قد وضع دليلا تسترشد به بقية دول العالم عند سن تشريعاتها الوطنية المتعلقة بالتجارة الالكترونية، ثم إن قانون الأمم المتحدة السابق الإشارة إليه يعد في حقيقته قواعد عامة لم يتطرق إلى التفصيل الموضوعي و الفني للتجارة الالكترونية مما يسمح للدول بالتكيف معه و تطوير قوانينها الداخلية بما ينسجم مع قانون الأمم المتحدة النموذجي للتجارة الالكترونية، كما هو الوضع بالنسبة لخصوصية الأوضاع الشكلية للتصرفات القانونية لدى بعض الدول التي تأخذ بمبدأ الشكلية و فكرة النظام العام[2].

أما تعريف القانون الأوربي؛ فقد اهتم بالموضوع بداية من سنة 1981 و هذا بخصوص توصياته المتعلقة بالإثبات المعلوماتي[3] و أصدر أول قانون له بخصوص حماية المستهلكين في التعاقد عن بعد سنة 1997[4]، و بعدها أصدر الاتحاد الأوروبي التوجيه الخاص بالتوقيع الالكتروني في 13 ديسمبر 1999 [5] ليليه التوجيه الأوربي المتعلق بالجوانب القانونية لخدمة مجتمع المعرفة و خصوصا التجارة الالكترونية[6].

وفقا لهذا القانون تعتبر التجارة الالكترونية:" كل الأنشطة التي تتم بوسائل الكترونية سواء تمت بين المشروعات التجاريةو المستهلكين، أو بين كل منهما على حدى و بين الإدارات"[7].

و على تعدد التعاريف الخاصة بالتجارة الالكترونية فإن هذه الأخيرة لا يخرج مضمونها عن ما يلي:

أ- فكرة التجارة و تداول السلع و الخدمات بين مختلف الأشخاص القانونية، فهي لا تختلف في عمومها عن مفهوم التجارة بمعناها التقليدي مضمونا و شكلا على سبيل الاحتراف طبقا للمادة الأولى قانون تجاري جزائري[1].

---

[1]- فيما يخص جوانب التجارة الالكترونية تجدر الإشارة إلى أن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اهتمت بها بداية من الدورة الخامسة عشرة سنة 1982 و التي برمجت إدراج موضوع التحويل الالكتروني للأموال Transfert électronique des fonds في أعمال الدورة 17 لعام 1984 تحت عنوان :**المشاكل القانونية الخاصة بالمعاملة الآلية للمعطيات المعلوماتية في التجارة الدولية.** لمعلومات أوفر:

V.GAUTRAIS, G. LEFEBVER et K.BENYAKHLEF : « Droit de commerce électronique : l'émergence de la lex-electronica », R.D.A.I ,1997, n°05, p.560.

[2] - Art.1317 du code civil français: « Il peut être **«المقصود هنا العقود الرسمية »** dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. »., أما مرسوم مجلس الدولة لم يصدر بعد.

[3]- E.CAPRIOLI et R. SORIEUL : « Le commerce électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales,*précité,* p.340.

[4] - La Directive européenne n°: CE : 7/97 du 20 mai 1997 sur les contrats conclus à distance.

[5] - Directive 1999/93 du Parlement Européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, J.O.C.E, L.13 du : 19 Janvier 2000.

[6] -La directive n° 2000/31 du 8 juin 2000 sur le commerce électronique, J.O.C.E, L.178/1 du : du :07 Juillet 2000..

[7]- راجع ديباجة التوجيه الأوربي:31/2000 من التوجيه الأوربي.

ب- الوصف الالكتروني و هو بيئة جديدة للنشاط أو العمل التجاري، إذ به يؤدى النشاط التجاري عن طريق استخدام الوسائط الالكترونية. و من ثم فهي تشكل صورة من صور التعاقد عن بعد و ترتب آثارها القانونية رغم الإشكالات القانونية التي قد تثيرها من جراء تنفيذ العقد.

ج- الطبيعة الافتراضية اللامادية للمعالجة الالكترونية للبيانات و المعطيات سيما ما يرتبط بالعقود التجارة الالكترونية كواجهة المحل على شاشة الكمبيوتر أو كالدفع الالكتروني للأموال. بكلمة أخرى، تستبدل الأوضاع المادية كالورق و المحلات التجارية بوسائط الكترونية فلا وجود للورق و المخالصات اليدوية.

د- التواصل بين البائع و المشتري من خلال كل أنواع الاتصالات المرئية أو المسموعة أو المكتوبة كالبريد الالكتروني البيع بالمزاد العلني المباشر...الخ.

و- تدويل العلاقات التجارية و تجاوز الحدود الجغرافية للدولة كأثر من آثار العولمة التي صاحبها التطور التكنولوجي الحديث فلا حديث عن مبدأ إقليمية القوانين فهي ذات بعد عابر للحدود و الدول و لا تتقيد بمكان معين، و تتمحور الأنشطة التجارية الالكترونية حول محلات تجارية أو قاعدة تجارية افتراضية لعرض البضائع و الخدمات على المواقع الالكترونية و التي يُدخل إليها للتعرف على المعروضات، و إذا ما أراد الشراء يقوم بإتباع إجراءات معينة تبدأ أول ما تبدأ بالتحقق من هويته المسجلة الكترونيا كبطاقة الائتمان أو بالتوقيع الالكتروني كما سيأتي بيانه في حينه.

الفرع الثاني: وسائل و أجزاء التجارة الالكترونية:

يلزم للتجارة الالكترونية والإنترنت العاملة حتى تؤدي وظائفها وتعمل بشكل فعال أجهزة مادية و برمجية؛تتمثل:

أ/- أجهزة الكمبيوتر وملحقاتها بقصد الربط والتوصيل (**Hard**).

ب/- إعداد هذه الأجهزة **Installation** ببرامج وأنظمة استغلال أساسية، ثم ببرامج خاصة بالربط البيني منها القياسية (**Standard**) ومنها ما هي برامج خاصة لشبكات معينة.

ج/- وجود الإنسان الكفء والمؤهل لإدارة هذه الأجهزة والشبكة.

مما سبق يمكن أن تعرف شبكة الإنترنت بأنها عبارة عن:" كم هائل من المستندات المحفوظة في شبكة الحاسوب والتي تتيح لأي شخص ولأي جهة الاطلاع على معلومات تخص جهات أخرى أو أشخاص آخرين قاموا بوضعها على هذه الخدمة عن طريق أسلوب تكنولوجي يعلق عليه النص المحوري (**Hyper text**) والذي يقوم بتنظيم البيانات والمعلومات واستعادتها"[2]. و ننوه كذلك إلى أن الإنترنت كانت سببا في ظهور بعض أنواع

1-المادة الأولى:" يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له ما لم يقض القانون بخلاف ذلك".

[2]- حسام الدين الأهواني: "حماية حقوق الملكية الفكرية في مجال الإنترنت"، الملكية الفكرية، المؤتمر العالمي الأول حول الملكية الفكرية، جامعة اليرموك، الأردن، 10-11- تموز 2000، ص 2،3 لدى، بهاء الدين شاهين، شبكة

الخدمات الوسيطة كالبريد الإلكتروني ومواقع الملفات ومواقع البيوع الإلكترونية وسلطات التصديق والتوثيق الإلكتروني...

الفرع الثالث:أنواع التجارة الالكترونية: تختلف بحسب أطرافها كما يلي:

01- التجارة الالكترونية بين أطراف علاقة الأعمال **Business to Business** ويرمز لها **B to B**.

02- التجارة الالكترونية بين المحترف و المستهلك، ويرمز لها **B to C**.

03- التجارة الالكترونية بين مستهلك و مستهلك، ويرمز لها **C to C**.

04- التجارة الالكترونية بين الحكومة و المستهلك، ويرمز لها **G to C**.

05- التجارة الالكترونية في غير مجال الأعمال كالمعاملات الالكترونية العادية اللاربحية كأعمال الجامعات و المنظمات..الخ[1].

المطلب الثاني: مفهوم العقد الالكتروني

يعتبر العقد في نظر الفقه، تلاقي إرادتين فما أكثر بقصد إحداث أثر قانوني معين، و العقد الالكتروني بهذا المفهوم لا يخرج في تركيبه و توفر أركانه و أنواعه و مضمونه عن المفهوم التقليدي السابق و عليه لا تستبعد الأحكام الواردة في النظرية العامة للالتزام. و إلى غاية هذه اللحظة في غياب قانون خاص بالتجارة الالكترونية يمكن إدراج العقد الالكتروني في التشريع الجزائري ضمن العقود غير المسماة التي لم يضع لها المشرع تنظيما خاصا[2]، كما يمكن أن يدرج ضمن العقود التي تبرم بين غائبين[3].

الفرع الأول: تعريف العقد الالكتروني:كما هو معلوم أن العقد بصفة عامة هو تلاقي إرادتين أو أكثر لإحداث أثر قانوني معين،أو هو شريعة المتعاقدين، فإذا أخذناه من حيث تكوينه فهو إما رضائي أو شكلي أو عيني، ومن حيث ترتيب آثاره؛ يكون ملزما لجانبين أو أكثر أو لجانب واحد بعوض أو لتبرع، و إذا نظرنا في طبيعته يكون عقدا فوريا أو مستمرا و من ذاك نجده عقدا محددا أو عقد احتماليا بالنسبة للمستقبل[4].

الإنترنت، مراجعة مجدي محمد أبو العطا، الطبعة الثانية 1996، ص128، عن: رامي محمد علوان، "التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني"، مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة 36، 2002، ص 235.

1- أ. رأفت رضوان، عالم التجارة الالكترونية، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 1999، ص29، د.عزة العطار، التجارة الالكترونية بين البناء و التطبيق، الاكاديمية العربية للعلوم و التكنولوجيا و النقل البحري، منشأة المعارف، ص 08.

2- يقصد بالعقود غير المسماة: العقود التي يخصها المشرع باسم معين و لم يقم بتنظيم أحكامها فتطبق عليها القواعد العامة، د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1981، ص 230، انظر كذلك د.محمد حسين منصور، أحكام البيع، مطبعة الانتصار، الإسكندرية،2002، ص09.

3- تنص المادة 67 مدني جزائري:"يعتبر التعاقد بين غائبين قد تم في المكان و في الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.
و يفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان، و في الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول".

4- د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1981، ص23.

أولا: تعريف الفقه

يعرف الفقه الفرنسي العقد الالكتروني بأنه: " توافق الإيجاب بالقبول بخصوص عرض مبيعات و خدمات عبر الشبكة الدولية للاتصالات باستعمال وسائل سمعية بصرية..."[1].

و يعرف بعض الفقهاء بأنه :" اتفاق بين شخصين أو أكثر، يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول، عبر تقنيات الاتصال عن بعد، بهدف إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها"[2]. أما الفقه الالكتروني فيعرف العقد الالكتروني بأنه:"العقد الذي يتضمن تبادل الرسائل بين أطرافه و ينشئ التزامات تعاقدية"[3].

ثانيا: تعريف القانون

لما كان العقد الالكتروني لا يخرج في أركانه و شروط صحته عما سبق، قدمت له عدة تعريفات قانونية اختلفت باختلاف نوع الشبكة المستعملة لإبرام العقد الالكتروني كالاختلاف الموجود بين الشبكات المفتوحة و الشبكات المغلقة؛ إلا أن مضمونها بقي واحدا للارتباط الوثيق بين العقد و التجارة الالكترونية، ومن ثم نجد أنه تنطبق عليه أحكام المادة: 54 من القانون المدني التي تنص على أن:" العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"[4]، غير أنه و بحكم انعقاد العقد من حيث المكان بين غائبين فان الوضع يجعل من تدخل المشرع ضروريا لتنظيم الضوابط و الضمانات التي تحكم العقد و الحماية الكفيلة لأطرافه و نفاذه. عرف القانون الأردني العقد الالكتروني بأنه:" الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية كليا أو جزئيا"[5].

أدرج التوجيه الأوروبي التعاقد الالكتروني ضمن العقود الالكترونية التي تتم عن بعد أو بين غائبين من خلال المادة 02 فقرة 02 من التوجيه الأوربي الصادر في 20 مايو 1997 و المتعلق بحماية المستهلك في العقود عن بعد، و لقد عرفه بأنه:" عقد يكون مضمونه السلع و الخدمات التي تتم بين مورد و مستهلك في إطار البيع عن بعد أو توريد الخدمة من قبل المورد عن طريق استخدام وسائل الاتصال الحديثة..."[6]. و لما كان التعاقد عن بعد يتم

---

[1]-Olivier ITEANU, L'Internet et le droit, Aspects juridiques du commerce électroniques, Ed.Eyrolles, 1996,p.23 et S.

[2]– سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دار النهضة العربية، 2006، ص68، لدى: د.الياس نصيف، العقد الالكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009، ص37.

[3] - M.S.BAUM & H.PERRIT: "Electronic contracting", Wiley Law Publications, 1996,p.06.

[4]– عدلت بالقانون رقم: 10/05 المؤرخ في 20 جويلية 2005، الجريدة الرسمية رقم 44، ص21، تقابلها المادة 165 قانون موجبات و عقود مصري:"الاتفاق هو كل التئام بين مشيئة و أخرى لإنتاج مفاعيل قانونية، و إذا كان يرقى إلى إنشاء علاقات إلزامية سمي عقدا".

[5]– المادة 02 من قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001.

[6]-Art.02 § 01 de directive 97/07/CE du : 20 Mai 1997 : «Le contrat **(portant sur des biens ou services)** est conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou prestations de services à distance organisé par le fournisseur,…».

باستخدام الوسائل التقنية الحديثة فقد عرفها كذلك التوجيه الأوروبي بأنها:" الوسيلة المستخدمة في التعاقد بين المورد و المستهلك من دون الحضور المادي المتزامن لهما إلى غاية إبرام العقد"[1].

أما مشرع مقاطعة كيبك Québec الكندية فقد أصدر قانونا يتعلق بحماية المستهلك الذي عرف التعاقد عن بعد بأنه :"تعاقد بين تاجر و مستهلك من دون وجود مادي للطرفين أثناء تبادل الإيجاب و القبول و عندما يكون الإيجاب غير موجه لمستهلك محدد"[2]، و يذهب بعض الفقهاء إلى أن العقد الالكتروني هو:" اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب و القبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد و ذلك بوسيلة مسموعة مرئية، و بفضل التفاعل بين الموجب و القابل"[3]، و يعتبر هذا التعريف تعريفا قاصرا لأنه لا تترتب عنه آثارا قانونية عند إبرام العقد الالكتروني خصوصا الالتزامات العقدية الناشئة عنه.

أما العقد الالكتروني العابر للحدود الدولية فهو:" العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الالكتروني للبيانات، و بقصد إنشاء التزامات تعاقدية"[4]، هو يشمل العديد من من المعاملات الالكترونية مثل العروض و الإعلان عن السلع و الخدمات و طلبات الشراء الالكترونية و الفواتير الالكترونية و وسائل الدفع و السداد، و البيانات الالكترونية.

و بخصوص تعريف المشرع المصري فهو لم يورد له تعريفا و إنما عرف المحرر الالكتروني على أنه:"رسالة البيانات تتضمن المعلومات التي تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئياأو بأية وسيلة أخرى مشابهة".

أما المشرع الجزائري فلم يورد كذلك تعريفا للعقد الالكتروني و إنما اكتفى بالمادة 323 مكرر مدني بنصها على أنه:" يعتبر الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، و كذا طرق إرسالها"[5] .

الفرع الثاني: خصائص و سمات العقد الالكتروني

يتجلى لنا من التعاريف السابقة بأن العقود الالكترونية تتميز بخصائص تميزها عن العقود بمفهومها التقليدي فهي لا تقوم على علاقة سابقة و مباشرة بين طرفي العقد، و تستند على المحررات ذات الدعامة غير المادية، و تتمثل خصوصا في ما يلي:

---

[1]- Art.02 § 04 de directive 97/07/CE: « Tout moyen qui, sans présence physique et simultanée du fournisseur et du consommateur, peut être utilisé pour la conclusion du contrat ».

[2]- Margaret ELDRIGE, Security & privacy for E-commerce, Ed. John Willy & Sons, Canada, 2001,p.108.

[3]– د.أسامة أبو حسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، المرجع السابق، ص29.

[4]- Michael S.BAUM et Henry HPERRITT, Electronic contracting publishing and EDI law, Ed.Wiley & Sons Law publications, 1991,p.08. At:

د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2006، ص52.

[5]– أضيفت المادة 323 مكرر 01 مدني جزائري بناء على القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20جويلية 2005، ج.ر 44، ص 24.

– أ– إبرام العقد الالكتروني عن بعد من دون الحضور المادي لأطرافه:

يعتبر حضور أطراف التصرف القانوني لمجلس التعاقد أمرا ضروريا لإبرامه لأنه يتسم بالمواجهة بينهما في تبادل الإيجاب و القبول، أما العقد الالكتروني فيتسم بغياب المتعاقدين المادي أثناء التعبير عن الإرادة فيتم ذلك عبر وسائل الاتصال عن بعد، لهذا جاء تعريف البرلمان الأوربي من خلال المادة 20 من التوجيه الأوربي رقم:07/97 المتعلق بحماية المستهلك في التعاقد عن بعد بما يلي:" التعاقد عن بعد: كل عقد يكون محله سلع و خدمات يبرم بين المورد و المستهلك في إطار نظم البيع و تقديم الخدمات عن بعد، يتولاها مورد الذي يستخدم حصريا تقنية أو أكثر للاتصال عن بعد بقصد إبرام العقد و تنفيذه"[1].

يلاحظ هنا أن هذا التعريف أضاف وسيلة الاتصال بين المتعاقدينحتى يكيّ ف العقد على انه بين غائبين أو تم إبرامه عن بعد و لم يستبعد هذا التعريف الاستعانة بالوسيط الالكتروني كما لو كان سلطة توثيق الكترونية أو موقع الكتروني وسيط[2]. و قد يتم البيع عن بعد بواسطة المراسلة أو عبر البريد الالكتروني و حتى عن طريق الرسائل القصيرة SMS و الهاتف و الفاكس[3].

حيث نجدها السمة الأساسية في التعاقد الالكتروني و لعله المبرر الأساسي في إدراجه ضمن طائفة العقود التي تتم بين غائبين أو العقود التي تبرم عن بعد باستعمال وسائل اتصال حديثة التي بواسطتها يتم تبادل الإيجاب و القبول فيجمعهم مجلس تعاقد افتراضي أو حكمي اعتباري، أو عقد الكتروني فوري و متزامن للطرفين حسب نص المادة 03 من التوجيه الأوروبي المتعلق بحماية المستهلك في العقود عن بعد. كما قد نجد من العقود الالكترونية ما لا يتزامن فيها الإيجاب و القبول مما يتيح وقتا أوسع لأطرافه بغية إبرام العقد الالكتروني، و هذا اللاتزامن يفقد العقد

---

[1] -Art.20 de la directive 97/07/CE : « Le contrat à distance comme : tout contrat concernant des ou des services conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestations de services à distance organisé par le fournisseur, qui, pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat, y compris la conclusion du contrat elle-même ». La Directive européenne n°: CE : 7/97 du 20 mai 1997 sur les contrats conclus à distance, J.O.C.E, L 144 du 4 Juin 1997, p.19.

[2]– يرى د. عبد الرزاق السنهوري بأن ما يميز التعاقد بين غائبين هو الفارق في الزمن الموجود بين صدور القبول و اقترانه بالايجاب، الوسيط في شرح القانون المدني، جزء 01، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 307 وما يليها.
مع ملاحظة انه و بحكم تطور وسائل الاتصال الحديثة مكنت أطراف العقد من الاتصال صوتا و صورة و في الحال منها المحادثة و البيوع بالمزاد العلني الفوري On line أو بالتلفزيون، و عليه فهذا التزامن و المعاصرة في تبادل الايجاب و القبول فسره بعضا من الفقه بأنه تعاقد بين حاضرين و لزم الأمر ألا فروقا زمنية و مكانية تحول عن واقعة التعاقد و بالتالي فلا حديث عن التعاقد بين غائبين عبر شبكة الانترنت التي حققت الالتقاء الافتراضي.
خلافا لذلك يذهب من الفقه الى اعتبار ان لعامل الزمن دور أساسي حيث لا يكون مباشرا في حال ما اذا أرسل القبول و لا يكون من تلقاه امام الجهاز، راجع في هذا: د.فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الالكترونية، دار النهضة العربية، 2003، ص 63 و ما يليها.

[3]– د.أحمد السعيد الزقرد:" حق المشتري في اعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 19، العدد 03، سبتمبر 1995، ص 206.

الصفة التفاعلية بين المتعاقدان و يقترب في الشبه من ذلك التعاقد عبر المينيتل **Minitel**، التلفزيون **Téléachat** ، الانترنت[1].

-ب- تحقق الإذعان[2]:

نجد في بعض عقود التجارة الالكترونية أنها لا تتيح للمشتري إلا أن يقبلها أو يرفضها دون أن يكون له فرصة لمناقشتها أو التفاوض حول بنودها، فهي بهذا الشكل من قبيل عقود الإذعان التي تتضمن الشروط العامة للبيع مذكورة بموقع البائع أو مقدم الخدمة. يكون للمشترى أن يضغط على زر الموافقة أو على أيقونة الإرسال بما يفيد قبوله اقتناء السلعة أو الخدمة بالثمن على المواصفات و الشروط المحددة سلفا من قبل البائع.

لهذا السبب تدخلت عدة تشريعات و أعادت النظر فيما يصب في مصلحة المستهلك المذعن[3] الذي يكون طرفا ضعيفا في عقد التجارة الالكترونية، فأوجبت احترام مبدأ تساوي مصالح الأطراف في الاتفاق إذ يبطل كل اتفاق يتضمن شرطا فاسدا مع المستهلك[4].

فإذا كان لكل قانون نطاق تطبيق من حيث المكان والزمان،فقد استثنى المشرع الأوروبي من نطاق تطبيقه الأوضاع والشكليات القانونية التي تتطلبها التشريعات الوطنية للدول الأعضاء وكذلك إبرام العقود وسريانها مهما كان نوعها[5]، و إن كان مجاله الخصب هو قانون التجار و المعاملات التجارية الالكترونية والتعاقد عن بعد، فإن نفس المبدأ نص عليه القانون النموذجي للأمم المتحدة الذي قيده في النشاط التجاري دون أن يشكل امتدادا قانونيا لقانون حماية المستهلك، وقالت اللجنة التحضيرية له[6] بضرورة الأخذ في نطاق تطبيقه بالمفهوم الموسع للتجارة دون أن يحل محل قانون آخر فيما يتصل بموضوع المستهلك[7]. فمقتضى ذلك أن عقد الإذعان يستلزم أن يتوفر على شروط أساسية ثلاث هي:

---

[1]- يقصد بالتفاعلية بأنها:" الاحتمالات المخولة لمستخدم البرنامج المعلوماتي ليتحكم بنفسه في التدفق المعلوماتي المقدم له و المعروض عليه، من خلال محتوى ثري من معلومات مضغوطة في شكل رقمي بواسطة قدرات لا محدودة للوسائط الالكترونية"، د.أسامة أحمد بدر، الوسائط المتعددة بين الواقع و القانون، دار النهضة العربية، ص95.

[2]- " العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب و لا يسمح بمناقشته فيها و ذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية، تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها"، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقد، المرجع السابق، ص 293.

[3]- يعرف المستهلك بأنه: " كل شخص يقتني بثمن أو مجانا منتجا أو خدمة معدين للاستعمال الوسطي أو النهائي لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به"، علي بولحية بن بوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك، الجزائر، دار الهدى، 2000، ص 16.

[4]-T. HASSLER, 16 juin 1999, « Preuve de l'existence d'un contrat et Internet : Brèves observations à propos de la loi », Disponible : http// : www.juriscom.net

[5] - Art. 01§02 : « Elle ne couvre pas les aspects liés à la conclusion et à la validité des contrats ou d'autres obligations légales lorsque des exigences d'ordre formel sont prescrites par la législation nationale ou communautaire; elle ne porte pas non plus atteinte aux règles et limites régissant l'utilisation de documents qui figurent dans la législation nationale ou communautaire ».

[6]- المقصود باللجنة التحضيرية: اللجنة التحضيرية القانون النموذجي للأمم المتحدة المتعلق بالتجارة الالكترونية.

[7]-Art. 01 de la loi de la CNUDCI adopté le 5 juillet 2001 :Article premier : « Champ d'application : la présente loi s'applique lorsque des signatures électroniques sont utilisées dans le

- أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة أساسية و ضرورية لا يستطيع المستهلك التخلي عنها.
- أن تكون السلعة موضوع احتكار من طرف شخص وحيد يحدد قيمتها و ثمنها.
- أن يسلم احد الطرفين بشروط الآخر دون مناقشة[1].

و نتساءل هنا عن وضع مبدأ سلطان الإرادة و انسجامه مع عقود الإذعان التي يكون المستهلك طرفا فيها و لا يكون له سوى الاستجابة للبنود و الشروط التي يضعها المحترف التي لا يملك مناقشتها أو تعديلها؟ كما هو الحال في عقود المساومة التي تساوي بين طرفي العقد من حيث التفاوض و المناقشة.

أما عقد الإذعان فقد نصت عليه المادة 110 مدني جزائري الذي لم يأت بتعريف خاص له و جاء فيه:" إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، و ذلك وفقا ما تقضي به العدالة و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"[2].

و يعتبر عقد الإذعان شبيها ببقية العقود من حيث الأركان و يشكل القبول فيه إذعانا من جهة القابل الذي ينعدم رأيه في المناقشة المسبقة لشروط العقد، يضاف لذلك عناصره المذكورة المستقر عليها فقها و قضاء، ومن ثم يعتبر العقد الالكتروني عقد إذعان بالنسبة للمستهلك بحكم أنه طرفا ضعيفا في العلاقة التعاقدية و بالتبعية فهو بحاجة إلى حماية نص المادة 112 مدني جزائري لتقليص حجم الإذعان أو إلى أحكام التوجيه الأوربي المتعلق بحماية المستهلك في التعاقد عن بعد أو إلى موقف المشرع الفرنسي في المادة L 01-123 من قانون الاستهلاك الفرنسي التي رفعت الشروط التعسفية clauses abusives من على عاتق المذعن[3].

---

contexte d'activités commerciales. Elle ne se substitue à aucune règle de droit visant à protéger le consommateur ».

وقد اقترحت اللجنة التحضيرية لقواعده في صياغته المفصلة بالفرنسية:

"La présente loi s'applique lorsque des signatures électroniques sont utilisées, sauf dans les situations suivantes : [...]." Le terme "commerciales" devrait être interprété au sens large, comme désignant toute relation d'ordre commercial qu'elle soit contractuelle ou non contractuelle. Les relations d'ordre commercial comprennent, sans s'y limiter, les transactions suivantes: fourniture ou échange de marchandises ou de services; accord de distribution; représentation commerciale; affacturage; crédit-bail; construction d'usines; services consultatifs; ingénierie; licence; investissement; financement; opération bancaire; assurance; accord d'exploitation ou concession; coentreprise et autres formes de coopération industrielle ou commerciale; transport de marchandises ou de voyageurs par voie aérienne ou maritime, par chemin de fer ou par route.

[1]– أوضحت محكمة النقض المصرية بأن شرط الضرورة مفاده:" من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن من خصائص عقود الإذعان أنها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات، ...لا غنى عنها للناس، و التي لا تستقيم مصالحهم بدونها بحيث يكونون في وضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها، و لا يمكنهم رفض الشروط التي يضعها الموجب و لو كانت جائرة و شديدة..الخ"، نقض مدني مصري، 122 مارس 1974، مجموعة أحكام النقض، السنة 25، رقم 80، ص 492.

[2]– عرفه الفقه بأنه:" العقد الذي يتحدد مضمونه العقدي كليا أو جزئيا، بصورة مجردة و عامة قبل الفترة التعاقدية"، د.حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزامات: مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، 1995،ص 124.

[3]– فمن قبيل الشروط التعسفية عند المشرع الفرنسي الشروط التي تشكل اختلالا في العقد منها تلك المتعلقة بالموضوع و الآثار المترتبة عليه كعدم التوازن بين الحقوق و الواجبات.

و لعل أهم مثال في ذلك يراعى فيه المستهلك كطرف مذعن ما ارتبط بعقود الاتصالات الالكترونية كخدمة البريد الالكتروني أو خدمة إيواء المواقع الالكترونية أو المخالصات الالكترونية أو الخصوصية في الاتصالات[1]، حيث لا اتفاق فيها خلاف ما يضمن سرية الاتصالات الالكترونية أو الاحتفاظ بالبيانات الخاصة بالعميل إلا من خلال مدة العقد الالكتروني أو كالغش الذي يصيب حامل بطاقة الائتمان أو الوفاء الذي يكون له الحق في الاعتراض على الدفع أو عند إساءة استعمال المعطيات المرتبطة باستعمال تلك البطاقات[2]؛ فلا مسؤولية إذن؛ عن حالتي: حالة الوفاء الذي يمت غشا عن بعد و من دون الاستعمال المادي للبطاقة و حالة الوفاء الذي يتم بعد تقليد بطاقة أو تزويرها.

ففي هاتين الحالتين يحق للمستهلك أن يسترد المبالغ المسلوبة و لا يجوز للبنك مطالبته بأتعاب أو نفقات إضافية. يتشابه هذا الموقف مع رأي فقهي آخر يذهب إلى توسعة دائرة الإذعان في عقود التجارة الالكترونية، إذ يسود حاليا عقودا نموذجية تعد مسبقا من أحد المتعاقدين الذي يضع الشروط دون تدخل الطرف الثاني[3].

أما الراجح نجده يخلص إلى التمييز بين الوسائل المستعملة في التعاقد، فإذا كان التعاقد عبر البريد الالكتروني، أو من خلال غرف المحادثة أو البيوع الآنية و المباشرة التي تسمح بتبادل الإيجاب و القبول و التفاوض على بنود العقد و المفاضلة بين العروض المقدمة على الشبكة، فالعقد الالكتروني عقد رضائي. أما إذا كان عبر المواقع التي تشترط نموذجا معينا و بشروط معدة سلفا من قبل الموجب الذي لا يترك مجالا للقابل بأن يناقش أو يفاوض على بنود العقد[4]، فان العقد الالكتروني يأخذ وصف عقد الإذعان الذي يمكن أن تحكمه المادة 112 مدني جزائري من حيث تفسيره فيما يخدم اتجاه المذعن و إمكانية إبطال ما يرد فيه من شروط تعسفية تكون ضارة بمصلحة الطرف المذعن[5].

ج- الاستعانة بالوسائط الالكترونية في إبرام العقد الالكتروني:

تعد الوسائط عصب التجارة الالكترونية إذ بتخلفها تتوقف عملية التعاقد أو تتأخر إلى حين، ومما سبقت الإشارة إليه أن العقد الالكتروني يختلف في وسيلته عن العقد العادي في كون الأول يستخدم وسائط الكترونية في طريقة

---

[1]- مثالها التوجيه الأوروبي: CE/2002/58 الصادر بتاريخ: 2002/07/13 و المتعلق بحماية المعطيات الخاصة في نطاق الاتصالات الالكترونية.

[2]- المشرع الفرنسي أصدر قانونا يتضمن الأمن في التعامل ببطاقات الائتمان و الوفاء بتاريخ: 2001/11/15.

[3]- العقود النموذجية عقود نمطية تشكل في الواقع تعاقدا بمعناه الحرفي تحيل أطرافها على نموذج محدد سلفا من طرف جهة حكومية أو تجارية أو غيرها...ألخ.

[4]- و مضمون ذلك عدم التكافؤ في النقدرة التعاقدية و يصطلح عليها العقود و الشروط المنافي للضمير حيث يتمتع أحد الطرفين بالمركز القوي في العقد و اكتسابه للخبرة و الوقت اللذين يمكناه من تهيئة العقد في نموذج بم يفرضه على الطرف المذعن الذي ليس له سوى ان يقبل او يرفض العرض، د. حمد عبد الرحمان الملحم، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، مجلة الحقوق جامعة الكويت،السنة السادسة عشر، العدد الأول و الثاني، مارس-جويلية 1992، ص 278، لدى: د. خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 65.

[5]- تنص المادة 112 من القانون المدني الجزائري على أنه:" يؤول الشك في مصلحة المدين.
غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن".

إبرامه و هذه الوسائط قللت من اللجوء إلى الكتابة التقليدية التي تقوم على دعامات مادية. لهذا أخذ التعاقد الالكتروني مفهوما واسعا و أصبح ينطبق على مختلف الاتصالات التي تحمل في طياتها التعبير عن الإيجاب و القبول بالصوت و الصورة أو أية إشارة تدل على محتواها وكان بالإمكان قراءتها أو أصبحت قابلة للقراءة.

د- الطابع التجاري و الاستهلاكي لعقود التجارة الالكترونية [1]:

استمدت العقود الالكترونية هذه الصفة لكون التجارة الأرض الخصبة لتطورها و أن البيوع الالكترونية تحتكر الجانب الأعظم من العقود الالكترونية التي تتسم غالبيتها بالطابع الاستهلاكي و يكون طرفيها تاجر و مستهلك، وتقوم على أساس تبادل المعطيات ذات الصلة بالمنتج أو الخدمة التي تتم معاينتها عبر الوسائل التقنية المتاحة، فطبيعة التجارة الالكترونية تمكن التجار من تقديم خدمات التسويق و إنهاء الصفقات دون الحاجة إلى وجود محل تجاري، لهذا لا نستغرب أن تحكم التجارة الالكترونية القوانين المتعلقة بحماية المستهلك، قانون التجارة، قانون المنافسة،القانون المدني،...و غيرها[2] و على ضوء هذا كان لزاما بث الثقة في المستهلكين و تشجيعهم على شراء متطلباتهم بهذا الأسلوب عن طريق وضع الأحكام اللازمة لحماية المستهلك.

و- دولية العقد الالكتروني:

و يعدُ مظهرا من مظاهر العولمة الاقتصادية و الثقافية التي ألغت كل الحدود الجغرافية بين الدول، و كان لشبكة الانترنت موقع قدم في تجاوز مبدأ قطرية أو إقليمية الدولة فسهلت العقود الالكترونية بين الدول. و يثار هنا العديد من الإشكالات خصوصا ما تعلق بأهلية أطراف العقد الالكتروني، التحقق من هويتهما، إشكالية التوقيع الالكتروني و مطابقة الشهادات الالكترونية و كذلك البحث عن المحكمة المختصة بنظر النزاعات الناشئة عنه ومسألة القانون الواجب التطبيق.

هـ- الوفاء:

إذا كان التزام المشتريفي العقود الكلاسيكية يتمحور في دفع الثمن نقدا أو عينًا فقد حلت وسائل جديدة للدفع الالكتروني للأموال فهي أسلوب جديد لسداد المستحقات و المدفوعات في المعاملات الالكترونية كالبطاقات الالكترونية و الأساليب البنكية للدفع والسداد و الفوترة والشيكات الالكترونية و غيرها[3]، و في أوامر الدفع المصرفية الالكترونية نجد المقاصة الالكترونية قانونية إذا تم توقيع أمرا بالدفع أمام إحدى الجهات المصرفية المنتسب إليها العميل المدين و الدائن ولكن يشترط في ذلك أن يحدد تاريخ الدفع والتعيين الاسمي للشخص المستفيد. و لقد كانت تتبع هذه العملية يدويا في المصارف كتحويل المرتبات الشهرية من حسابات العملاء إلى العمال

---

[1]- اختلف في تحديد مفهوم المستهلك غير أن غالبية الفقه اتجه الى اعتباره كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بقصد الاستهلاك خدمة أو سلعة.أما التوجيه الأوربي الصادر بـــ: 05 أفريل 1993 المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين فيعتبر المستهلك كل شخص يتعاقد من أجل اقتناء شيئ لا يكون موجها لنشاطه المهني.

[2]- لمعلومات أكثر راجع د.محمد حسين منصور، المسئولية الإلكترونية،دار الجامعة الجديدة،2003، ص19.

[3]- أ. رأفت رضوان، عالم التجارة الالكترونية، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 1999.ص69.

أو الموظفين أو من حسابات صناديق الضمان الاجتماعي إلى فائدة المؤمنين، من أشهر أنظمة المقاصة الالكترونية:

- نظام المدفوعات الالكترونية للمقاصة.
- نظام التسوية الإجمالية بالوقت الحقيقي.
- خدمة المقاصة الالكترونية المصرفية[1].

يضاف إلى ما سبق من وسائل الدفع الالكترونية عدة وسائل أهمها: البطاقات البنكية[2] و الأوراق التجارية الالكترونية و المحافظ أو النقود الالكترونية [3]، بالإضافة إلى عدة وسائل أخرى نجملها في: الشيك الالكتروني، التحويل الالكتروني للأموال عبر الانترنت[4] بواسطة الاتصالات المالية العالمية بينم البنوك **SWIFT**[5] أو عن طريق شبكة الاتصال بين البنوك المعروفة بـ: **Bolero Project** [6].

---

[1] –نفس الأنظمة أشار إليها: رضوان رأفت، المرجع السابق، ص60. ترجمتها و اختصارها على التوالي:
- نظام المدفوعات الالكترونية للمقاصة. Clearing House Automated Payment System (CHAPS)
- نظام التسوية الإجمالية بالوقت الحقيقي Real Time Gross Settlement Systems (RTGS) .
- خدمة المقاصة الالكترونية المصرفية Banker's Automated Clearing Services (BACS)

[2]– و هي النقود البلاستكية أو البطاقات البلاستيكية التي تصدر عن البنوك و الشركات التي تسلمها لعملائها كبديل للورقة المالية، أهمها انتشارا: VISA CARD، MASTERCARD، و تجد لها تطبيقات في بطاقات الائتمان و بطاقات الصراف الآلي و البطاقات الذكية و أشهرها الانجليزية MONDEX CARD، لتفصيل أكثر راجع: أ. رأفت رضوان، عالم التجارة الالكترونية.

[3]– يقول الدكتور خالد ممدوح إبراهيم:" تعتبر الأوراق التجارية الالكترونية من وسائل الدفع الالكترونية، و هي نوعان الكمبيالة الالكترونية، و السند الإذني الالكتروني، و الكمبيالة الالكترونية La lettre de change relevé، و يشار لها اختصارا LCR و هي وسيلة أوجدها العمل المصرفي، و ظهرت لأول مرة في فرنسا في 02 يوليو 1977 استجابة لتوصية لجنة تطوير الائتمان القصير الأجل و المعروفة بلجنة جيليت GILET، و هناك نوعين للكمبيالة الالكترونية،الأول و هو الكمبيالة الالكترونية ذات الدعامة الورقية La lettre de change relevé papier، و الثاني الكمبيالة الالكترونية المغناطيسيةLa lettre de change magnétique ، و يتطلب استخدام الكمبيالة الالكترونية موافقة الأطراف و لا سيما المسحوب عليه. كما يستخدم أيضا في الدفع الالكتروني السند الإذني الالكتروني Le billet à ordre relevé و هو لا يختلف عن السند الاذني العادي إلا أنه على دعامة الكترونية"، المرجع السابق، ص53، لـــدى د.علي سيد قاسم، قانون الأعمال (وسائل الائتمان التجاري و أدوات الدفع)، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2000، ص376 و ما يليها. أما النقود الالكترونية تقوم على فكرة النقود الورقية و إنما تتميز بكونها افتراضية، د.خالد ممدوح إبراهيم، المرجع نفسه، لدى:
Paul TIMMERS, Electronic commerce-Strategies and models for business to business trading, 2000,p.178.

[4]– بالنسبة للجزائر نجد التحويل الالكتروني للأموالWESTERN UNION و ذلك بناء على اتفاقية بين الجزائر و الشركة السابقة، أنظر التعليمة الوزارية للبريد والمواصلات المتعلقة بالكيفيات المحاسبية المطبقة على الدفوع المنجزة لحساب خدمة التحويل السريع للأموال عن طريق:" وسترن يونيو– WESTERN UNION"، المؤرخ في 17 ماي 2001، النشرة الرسمية للبريد والمواصلات 335 G، فهرس: CR II م م م/ م ف م، م01، لسنة 2001. وكذلك مشروع تعليمة متعلقة بالتحويل الالكتروني للأموال« TEF » ، بلا رقم مرجع، صادرة عن المديرية الجهوية للبريد و المواصلات بسطيف، في ماي 2001.

[5]– و هي مختصر: Society for World Wide Interbank Financial Telecommunication. و تعتبر شبكة اتصالات بنكية مالية عبر مختلف الدول الهدف من إنشائها تأمين الدفوع المالية و التحويلات المالية.

[6]– ظهر هذا النظام سنة 1992 و امتداد لشبكة SWIFT لربط و تنظيم المعاملات البحريين من ناقلين و وكلاء الشحن و متعهدي النقل و سلطات الموانئ، فهذه الجهات و السلطات كلها بحاجة إلى نظام و شبكة آمنة وموثوق بها في تبادل المعلومات و البيانات و مستندات التجارة الالكترونية و البحرية و بالخصوص سند الشحن الالكتروني.

ث- إثبات العقد الالكتروني و تنفيذه:

لقد عهد للمستند الورقي الحفاظ على بيانات العقد واثبات الحقوق و الواجبات المرتبطة به، بمعنى تجسيد الوجود المادي للتصرفات القانونية سيما إذا كانت شرطا أو ركنا، أما العقد الالكتروني فيرتبط وجودا وعدما بالدعامة الالكترونية و التوقيع الالكتروني أو الموثق الالكتروني لزم تدخله ليكون شاهدا بين الطرفين عند نشوب نزاع فهو المرجع فيما تم الاتفاق عليه و تحديد واجبات كل واحد من أطراف العقد؛ إذ بفضل ما سبق ينفذ العقد الالكتروني بدون الوجود المحسوس للمعنيين كتسلم الطلبيات أو التصريح بالفواتير الالكترونية[1]، أو كقيد الحجوزات أو الاستشارات أو تحميل و نسخ البرامج الالكترونية[2]، أو فيما يتصل بفكرة النموذج الأمريكي المقتبس من عقود فض العبوة[3].

ع- العقد الالكتروني و ارتباطه بالحق في العدول:

من المقرر في القواعد العامة أن العقد شريعة المتعاقدين و انه لا ينبغي لأي من الطرفين العدول عنه ، أوضحت المادة 04 من التوجيه الأوربي 07/97 المتعلق بحماية المستهلكين في العقود عن بعد إلزام المهني أو مقدم الخدمات أن يحيط علما المستهلك قبل إبرام العقد بكل البيانات و الخصائص الأساسية للشيء أو الخدمة المقدمة، و أضافت نفس المادة حق المستهلك في العدول عن التعاقد بقصد ملائمة خصوصية العقد الالكتروني[4] الذي يكون

---

[1]- نصت المادة 47 من قانون المالية الفرنسي لسنة 1990على قبول التصاريح بالفواتير الالكترونية على:" تعتبر الفواتير المرسلة عن بعد... محررات أصلية"، و ترجمتها هي:

Art.47 de la loi de finance pour l'année 1990 : « Les factures transmises par voie télématique constituent (…) des documents tenant lieu de facture d'origine ».

[2]- مثال للمواقع الالكترونية: www.ebay.com،www.tijary.ae، و غيرها من المواقع التي عادة ما يتم الحصول عليها بالاستعانة بما يسمى محركات البحث Moteur de recherche، مثل: Yahoo, Altavista, search, infoseek, google, أما بالنسبة للدول العربية نجد: www.ayna.com, www.maktoob.com. و غيرها من المواقع المتخصصة في بيوع معينة كالمواقع الالكترونية للشركات الكبرى.

[3]- ما كان رائجا أن العقود الالكترونية لم تكن لتأخذ شكلها الحالي قبل تطور الشبكات على ما هي عليه اليوم، و نجد عقود مشابهة تأخذ على أنها الكترونية موضوعها البرمجيات Logiciels و يضيف أحد الفقهاء:" لقد كان للبرمجيات الجاهزة Software عقود مشابهة سميت Shrink-wraps Agreements، و هي عبارة عن اتفاقيات الرخص(النقل) التي ترافق البرامج و هي على شكلين: الأولى، و هي رخص تظهر على الشاشة أثناء عملية تنزيل البرنامج على الجهاز، و عادة لا يقرأها المستخدم بل يكتفي بمجرد الضغط " أنا أقبل I Agree أو I Accept إنها العقد الالكتروني الذي يجد وجوده في واجهة أي برنامج و يسبق عملية التنزيل Install. أما الصورة الثانية، و هي السبب في أخذها هذا الاسم (الذي يعني رخصة فض العبوة)، فإنها الرخص التي تكون مع حزمة البرامج المعروضة للبيع في محلات بيع البرمجيات، و عادة تظهر هذه الرخصة تحت الغلاف البلاستيكي على الحزمة و عادة تبدأ بعبارة " بمجرد فض العبوة، فانك توافق على الشروط الواردة في الرخصة" و من هنا شاع تعبير رخصة فتح العبوة. و كانت هذه الطريقة في حقيقتها طريقة مقنعة للتعاقد،...، و تحديدا في عام 1998 ... و هي قضية Pro.CD. V. Zeinberg قضت محكمة الاستئناف الأمريكية، الدائرة السابعة بقبول حجية هذا العقد قياسا على العقود التي لا يجري معرفة شروط التعاقد إلا بعد الدفع كتذاكر السفر و بواليص التأمين"، بدون مراجع، متوفر على:www.opendirectorysite.index لتفصيل أكثر حول هذا النوع من العقود الالكترونية و البرمجية و سيما في مرحلة عدم التمييز و التفرقة بين الجهاز المادي للكمبيوتر و برنامج تشغيل و استغلال الكمبيوتر في إطار قانون الملكية الفكرية، راجع رأي الفقيه ULMER، د. محي الدين عكاشة، حقوق المؤلف، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 75 و ما يليها.

[4]- كما أن المشرع الفرنسي نص على نفس المبدأ في المادة 121 من قانون حماية المستهلك.

يكون فيه المستهلك بعيدا عن الانتقال لمعاينة السلعة أو الخدمة، لهذا كان هذا المبدأ منصفا بتقريره لمصلحة المستهلك الذي يعدل و يتراجع عن الصفقة أو العقد دون إبداء أي تبرير أو مسوغات لذلك خلال مدة معينة قد تصل إلى ثلاثة أشهر حسب الخدمة أو السلعة المقتناة أو في حالة عدم الالتزام المهني بإعلام المستهلك و لا يعني ذلك تقنين تهرب المستهلك من تسديد الثمن المتفق عليه في العقد.

المطلب الثالث: تمييز العقد الالكتروني عن بعض العقود الأخرى:

لقد أفرزت التقنية الحديثة عدة وسائل و أدوات تتيح التعاقد عن بعد أو عبر المسافات و أصبحت العقود تبرم بعبور الحدود و القارات دون عناء أو تكاليف أكبر و في وقت أقصر، واكبت هذا التطور مفاهيم و مصطلحات جديدة أثرت القاموس القانوني و في مجموعها تعبر عن الاتصال عن بعد، كما هو الحال: التعليم عن بعد **E-Learning**، الاقتصاد الرقمي **E-Economie**، التجارة الالكترونية **E-commerce**،...الخ. كما أن نية المشرع الفرنسي في مادته الأولى من قانون يناير 1988 حول البيوع بالتلفزيون اتجهت لتضم كافة البيوع بما فيها عقود الائتمان[1] .

و من هذا التعريف نستخلص أن العقد الالكتروني يتميز عن غيره من العقود من حيث طريقة إبرامه، لنعرج بعدها على تمييزه عن العقود المرتبطة به و التي تساعد على وصول العقد الالكتروني إلى المرحلة النهائية.

الفرع01 – تمييز العقد الالكتروني من حيث طريقة إبرامه:

كما سبقت الإشارة إليه أن العقد الالكتروني يتميز في خصوصيته الافتراضية غير الحسية التي أخفت الدعامة الورقية كدعامة تحفظ محتوى العقد.

أ/– التعاقد الالكتروني و العقد بمفهومه التقليدي: نصت المادة 59 مدني جزائري على أنه يتم العقد بمجرد تبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين فكلاهما ينعقدان بتوافق الإيجاب بالقبول،غير أنهما يختلفان في كون الأول يقتضي الوجود المادي للطرفين في نفس مجلس التعاقد و تتحقق معه المواجهة بينهما، بينما لا يتحقق ذلك في التعاقد الالكتروني لافتراض وجود متعاقدين في مكانيين مختلفين عن بعضهما البعض، بكلمة أخرى أن التعاقد التقليدي يكون بين حاضرين أما الثاني فهو بين غائبين.

ب/– التعاقد الالكتروني والتعاقد بالهاتف: شهد العالم بداية التسعينيات طفرة كبيرة في مجال الهاتف بنوعيه الثابت و النقال، و لم يشهد هذا التطور تراجعا مقارنة ببقية النشاطات الاقتصادية الأخرى لضرورته الهامة في مجال التجارة و الاستعمال اليومي للمستهلكين[2].

---

[1]– د.محمد السعدي رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة مع التركيز على البيع بواسطة التلفزيون، مطبوعات جامعة الكويت، 1998، ص 76.

[2]– ففي أوربا مثلا في سنة 1999 و صل عدد الخطوط الهاتفية الثابتة ما بين 150 مليون و 200 مليون خط ثابت بنسبة زيادة سنوية قدرت بـــ:30%، أما الهاتف المحمول و في نفس السنة يتراوح عدد المشتركين في النقال بين 03 ملايين و 89 مشتركا بنسبة زيادة 2900%. راجع في هذا: ==

ففي بداية الأمر لم يكن الهاتف المحمول متاحا إلا لرجال الأعمالو الأشخاص ميسور ي الحال مما أدى بمتعاملي الهاتف النقال أن اقتحموا هذا السوق بأسعار متاحة لكل أطياف المجتمع، فكانت بداية العلاقات التعاقدية بعقود الاشتراك تربط المستهلك و المتعاملين في الهاتف النقال.

و يرجع هذا التقارب و الثقة في التعاقد عبر الهاتف لعدة عوامل أهمها: التقارب التجاري بين المتعامل و العميل لتمكينه من خط متحرك أو ثابت بسعر مخفض حتى تكون التقنية الحديثة متاحة لكل شخص. و هناك التقارب الخدماتي الذي يتم فيه توحيد خدمات الهاتف الثابت و المحمول بين مختلف متعاملي الهاتف كحصرية الترقيم الهاتفي أو الاستعمال المتعدد للخط الهاتفي كخدمة الهاتف الفرنسية التي تجمع خدمة المنيتيل و المهاتفة و خدمة التلفزيون عبر الكابل و خدمة الإنترنت... و غيرها[1].

ثم ازدهرت هذه التجارة لتأخذ لنفسها دائرة تجارية واسعة تتيح التعاقد في مختلف مناحي الحياة اليومية عن طريق التعاقد بالهاتف، فأصبحت العقود بالهاتف تنجز بشكل فوري تلاشى معها عنصر الزمن و تشترك في هذه الخاصية مع التعاقد الالكتروني، فرغم ذلك قد يتطلب في التعاقد بالهاتف تأكيد كتابي من الموجب و لا ينعقد العقد إلا بتأكيد الطرف القابل طبقا لما نص عليه القانون الفرنسي الصادر في 23 جويلية 1989، و هذا خلاف التعاقد الالكتروني الذي يبرم فيه العقد بين أطرافه بمجرد قبول الطرف الثاني و النقر على كلمة أو أيقونة الموافقة الذي يليه رسالة على جهاز الكمبيوتر يمكن حتى طبعتها على ورق.

كما يختلفان في شكل الدعوة إلى التعاقد، ففي الالكتروني الدعوة تكون عامة و مجردة و لا تخاطب أشخاصا معينة، عكس عقود الهاتف فالعرض يكون موجها لشخص معين يسمى العميل أو المشترك في خدمة الهاتف فلا يتسم العرض بالعمومية و التجريد.

و يختلفان كذلك من حيث مكان توجيه العرض ففي عروض الهاتف تكون من جهة البائع بموطن المشتري، أما في البيوع الالكترونية فالاتصال يكون من العميل نحو البائع[2].

ج/– التعاقد الالكتروني والتعاقد بالتلفزيون[3]:

ويشتركان في كون كل واحد منهما يمكن أن يستعين بالصوت و الصورة في عرض السلعة أو الخدمة،فكلاهما إذن سمعيان–بصريان،غير أن العقد عن طريق التلفزيون عادة ما تكون مدته قصيرة لا تتجاوز مدة تقديم و

==Danielle CARNEROLI et Priscilla DE LOCHI : « Vers les convergence fixe-mobile dans le secteur des télécommunications », Cahiers du C.R.I.D, N° 16, Bruxelles, Bruylant, p.439.

[1] - *Précité.*

[2]– د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، المرجع السابق، ص 51 .

[3]– ظهرت أولى معالم التعاقد عبر التلفزيون سنة 1978 بولاية فلوريدا الأمريكية عندما كانت تنظم البيوع عن طريق المزادات عبر المحطات الإذاعية المحلية، ثم تلاها صدور قانون الكابل التلفزيوني للمنافسة و حماية المستهلك سنة 1992 ثم انتقلت إلى سائر دول العالم، راجع :د. خالد ممدوح إبراهيم،المرجع السابق، ص 69، كذلك محمود عبد المعطي الخيال، التعاقد عن طريق الانترنت، مطبعة النسر الذهبي،2000، ص 03 و ما يليها.

تنشيط الحصة أو مدة إذاعة العرض التجاري.أما العرض الالكتروني فيبقى قائما على الموقع الالكتروني. و تختلف طرق تبليغ القبول بين العقدين، ففي الأول يتم عبر الاتصال بالتلفزيون هاتفيا أو عبرالمينيتل أو حتى الحضور إلى مقر البث الإذاعي و التلفزي، أما البيع الالكتروني فيتم تبليغ القبول عن طريق رسالة البيانات أو بالتبادل الالكتروني للبيانات[1].

الفرع02– تمييز العقود الالكترونية عبر الشبكات عن بقية العقود الالكترونية:

توجد جملة من العقود التي تبرم بسبب التجارة الالكترونية إلا أنها لا تكون محلا و لا موضوعا لها، و خصوصية التجارة الالكترونية أوجدت لنا فئتان من عقود التجارة الالكترونية، فئة تبرم عبر الشبكات لتنفذ خارجيا في مرحلة لاحقة لإبرام العقد، و تشمل أساسا العقود التي تقتضي طبيعتها التسليم المادي للسلع و الخدمات، و الفئة الثانية تلك العقود التي تبرم و تنفذ داخل الشبكات دون إخراجها للعالم المحسوس[2]. و توجد عقود خاصة في المعلوماتية وهي لاقتناء الحاسوب أو لإنشاء برنامج معلوماتي أو للاستفادة من بنك للمعلومات[3].

بين الفئة الأولى و الفئة الثانية من العقود، فالعقود الالكترونية هي تسمية مجازية إذ أن العقد لا يسمى لموضوعه بل يسمى حسب تقسيمه و تصنيفه القانوني[4]، ففي تصنيف لعقود المعلوماتية مع العقود المسماة تحدث الأستاذ كولار داتيلول **Collar DATILLEUL** :" عقود المعلوماتية لا تعبر عن خصوصية قانونية و هي حتى لا تشكل عائلة حقيقية مستقلة، كل ما يربط بين عناصر المعلوماتية هو رابطة موضوعية تلتقي بنظام المعلوماتية.لهذا فان عقود المعلوماتية تتغذى من كل القواعد التي تحكم تلك العقود"[5].

---

[1]– عرفت المادة الأولى فقرة 08من القانون رقم 02 لسنة 2002 المتعلق بالمعاملات و التجارة الالكترونية لإمارة دبي السجل الالكتروني:" القيد أو العقد أو رسالة المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل الكترونية".نفس الشيء ذهب إليه المشرع الأوروبي في الملحق الثاني من التوجيه السابق الذكر:

Annexe II point i de la directive européenne :« Enregistrer toutes les informations pertinentes concernant un certificat qualifié pendant le délai utile, en particulier pour pouvoir fournir une preuve de la certification en justice. Ces enregistrements peuvent être effectués par des moyens électroniques ».

أما المادة 02 من قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2002 فقد عرفت رسالة البيانات:"رسالة المعلومات: المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك تبادل البيانات الكترونية أو البريد الالكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي.

العقد الالكتروني: الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية، كليا أو جزئيا".

[2]– د. خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 72.

[3]– تقسم العقود حسب رأي فقهي آخر الى عقود الخدمات الالكترونية وعقود المعلوماتية و عقود الفضائيات و الإعلانات، فكل ما في الأمر أنها تحتفظ بنظامها القانوني المستمد من النظرية العامة للالتزامات و تتميز بخصوصية العقد في شكله الجديد و الحديث، راجع:د.محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2007، ص 21 و ما يليها.

[4]– د.نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، دراسة المبادئ العامة في القانون المدني، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر و التوزيع،الطبعة الاولى، 2001، ص03.

[5]– المرجع نفسه، لدى: Collar DATILLEUL , les contrats d'informatique, *in* : le droit contemporain, des contrats, sous la direction de L-CADIET, Economica, 1987,p.223.

و مما سبق و في حدود ما قيل عن الفئتين من العقود الالكترونية، فإننا نجدها تعتمد على العقود المسماة من بيع و مقاولة و تحكمها القواعد العامة في العقود كالمادة 106 مدني:"العقد شريعة المتعاقدين" أو كمبدأ تنفيذ العقد بما اشتمل عليه و بحسن نية. هذه الخصوصية التي تتميز بها العقود الالكترونية جعلتها محل اهتمام الفقه و القضاء الذين استشفوا السمات المشتركة بينها و لنا مثال في ذلك نجده لدى عقود برامج المعلوماتية التي هي في الأساس فصل بين برنامج الكمبيوتر و جهازه المادي و عقود الملكية الفكرية[1]؛ أو كعقود الخبرة أو عقود إنشاء الشبكات فهي ليست بعيدة عن إشكالات تنفيذها و من ثم لا يمكن تجاهلها كعدم استجابة البرنامج المعلوماتي للسبب الذي اعد من أجله مما قد يوسع من دائرة العيوب الخفية التي قد تهمل مبادئها و أحكامها إذا لم يحقق تحضير جهاز الإعلام آلي الغرض الذي أعد من أجله؛ فهل يسأل المُبرمج عن أحكام الضمان؟ أم هل يدرج ذلك ضمن أحكام قانون الملكية الفكرية فلا يسأل المؤلف عن نتاج إبداعه الفكري؟، و كل ذلك يصب في إثراء النظرية العامة للالتزامات و أحكام العقد على الخصوص[2].

و تنشأ في بيئة الانترنت عدة علاقات عقدية ومتنوعة دون أن تكون لها محلا أو موضوعا و في مجملها تشكل عقود الخدمات الالكترونية التي تبرم بين القائمين عليها و المستفيدين منها، ومن أهم العقود المرتبطة بالعقد الالكتروني: عقد الدخول إلى شبكة الانترنت، عقد الإيواء، عقد خدمة الخط الساخن، عقد الإيواء و الإيجار المعلوماتي، عقد المتجر الافتراضي.

I. عقد الاشتراك أو الدخول إلى شبكة الانترنت Le contrat d'accès à l'Internet

يعرف هذا النوع من العقود بأنه ذلك العقد الذي يبرم بين العميل و بين موردي خدمات الدخول بما يمكنه من ولوج الشبكة العنكبوتية[3]، حيث يلتزم المشترك بتسديد مبلغ مقابل الخدمة لمتعهد الوصول إلى الانترنت–أو عامل الاتصالات كما يطلق عليه البعض– الذي يلتزم بتمكين المستخدم من الانترنت و يعد ذلك التزاما بتحقيق نتيجة إذا كان يتحكم و يسيطر على الاتصالات الهاتفية، أما إذا لم يكن له ذلك فالالتزام لا يعدو أن يكون التزاما ببذل عناية.فقد:" جرى العمل على تضمين عقود خدمات المعلومات بنودا من شأنها إعفاء المنتج المعلوماتي من المسؤولية في حالات قطع التيار الكهربائي أو تعطل شبكة الاتصالات أو نسبة الخطأ أو القصور لأي من العاملين بهذه الشبكة باعتبار أن هذه الحالة هي بمثابة قوة قاهرة، أما إذا رجع الخطأ إلى

---

[1]– تحديدا في عام 1998 تأكد هذا المبدأ في القضية Pro.CD. V. Zeinberg، حيث قضت محكمة الاستئناف الأمريكية، الدائرة السابعة بقبول حجية هذا العقد قياسا على العقود التي لا يجري معرفة شروط التعاقد إلا بعد الدفع كتذاكر السفر و بوليص التأمين"،بدون مراجع، متوفر على:www.opendirectorysite.index، لتفصيل أكثر حول هذا النوع من العقود الالكترونية و البرمجية و سيما في مرحلة عدم التمييز و التفرقة بين الجهاز المادي للكمبيوتر و برنامج تشغيل و استغلال الكمبيوتر في إطار قانون الملكية الفكرية، راجع رأي الفقيه ULMER، د. محي الدين عكاشة، المرجع السابق، ص 75 و ما يليها.

[2]– د.نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص05–06.

[3]– راجع د.محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، المرجع السابق، ص 14، انظر كذلك: د.شحاتة غريب شلقامي، التعاقد الالكتروني في التشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2008، ص 72 .

البرنامج الذي يحلل البيانات و كان هذا البرنامج مقدما من جهة ثالثة، فيظل المنتج المعلوماتي ملتزما بالضمان في مواجهة المستخدم النهائي، و إن كان نسبة الخطأ إلى جهة ثالثة يخول للمنتج المعلوماتي الحق في الرجوع على هذه الجهة بما سدد من تعويضات إلى الأخير"[1].

ولا ننسى أن نشير إلى أن عقود الدخول لتوجد له نماذج موحدة، زد عليه أنه يمكن أن يتضمن عقد الدخول إلى الشبكة بعض الالتزامات الإضافية كالالتزام بالصيانة و تقديم المساعدة و الاستشارة. و تعتبر مسؤولية مقدم الخدمة مسؤولية تعاقدية في حال عدم تنفيذ العقد و تمكين العميل من الدخول و في نفس الوقت لا يكون مسئولا عن المحتويات و لا على المعلومات و لا حتى على مشروعيتها[2] ، تقوم كذلك مسؤولية مقدم الخدمة وفقا للقواعد العامة إذا ارتكب خطأً أو غلطاً أو حرفت وجهة الرسالة الالكترونية، ناهيك عن انتهاك سرية المراسلات الالكترونية[3]. فإذا كان موضوع هذا العقد إتاحة الوسائل للمستخدم من اجل الدخول للانترنت عن طريق توفير **MODEM** و التجوال و تصفح المواقع الالكترونية، فانه على الأخير التقيد بالنصائح و الإرشادات التي يقدمها له مقدم الخدمة، و هذه التعليمات يجب أن تكون واضحة و سهلة التعامل معها.

II. عقد خدمة الخط الساخن

و يعني ذلك أن يتعهد مقدم خدمة الخط الساخن بأن يقدم المساعدة الهاتفية لحل المشكلات و المصاعب التي قد تواجه المشروع أثناء تواجده على الانترنت[4] مما يعني أن المتعهد يجب أن يكون تحت التصرف و في وضعية الخدمة الفعلية أي وقت يطلبه المتعاقد الآخر ليقدم المساعدة و الاستشارة. و يفهم من هذا، أن هذا الأخير يجب أن يتوفر على الخبرة و القدرة الفنية اللازمة التي تمكنه من حل المشكلات المطروحة؛ و يتم الاتفاق على العقد ومدة الدخول إلى الخط الساخن و مدة الانتظار للإجابة عن الاستفسارات مقابل ثمن مقبوض.

III. عقد إنشاء المتجر الافتراضي

و يصطلح على هذا العقد كذلك بعقد المشاركة **Contrat de participation**[5]، بموجبه يصبح صاحب المتجر عضوا مشتركا في الموقع التجاري الافتراضي (المركز التجاري الالكتروني) ،الذي يجمع عدة تجار يقدمون خدمات و

---

[1]– محمد حسام محمود لطفي، عقود خدمات المعلومات، عقود خدمات المعلومات، القاهرة 1994، ص 72، لدى د.شحاتة غريب شلقامي،المرجع السابق، ص 73.

[2]– يتجه رأي من الفقه صوب اعتبار قيام المسؤولية الموضوعية (حيث تكون المعلومة و حيازتها و حراستها) على أساس الخطأ المفترض.د. محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية القانونية في مجال شبكة الانترنت، دار النهضة العربية، 2002، ص 116 و ما بعدها، لدى: د. خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 74.

[3]– أيدت محكمة أمريكية هذا الرأي، و قضت بأن وضع آلة تصوير في غرفة تغيير ملابس داخل الجامعة دون علم مرتاديها يعفي مقدم خدمة الانترنت من المسؤولية لان دوره ينحصر في خدمة الاتصال فقط. عمر محمد يونس، أشهر المبادئ المتعلقة بالانترنت لدى القضاء الأمريكي، بدون ناشر، 2004، ص 73، لدى: د. خالد ممدوح إبراهيم، المرجع نفسه.

[4]– د.ايمان مأمون أحمد سليمان، ابرام العقد الالكتروني و اثباته، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2008، ص73.

[5]– د.محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 25.

يعرضون سلعا تحت عنوان الكتروني واحدا[1] فهو يوازي المتجر التجاري التقليدي[2]، و تتضمن بعض الشروط التي تقيد مشاركة كل محل بالمركز التجاري، مثل: تحديد المعلومات الخاصة بالمتجر و مالكه و بياناته الشخصية، تقديم المعطيات و الوسم الخاص بالمنتج أو الخدمة و تحديد أثمانها،و تحديد المسؤوليات لكلا الطرفين،...الخ. و قد نجد مراكز تجارية سهلة الدخول و الاطلاع على ما تعرضه على العملاء دون إتباع إجراءات معينة[3]. و يوجد كذلك مراكز تجارية تستدعي قبل دخولها إتباع إجراءات معينة، كالتحقق من شخصية الزائر، و استعمال البطاقات الالكترونية للوفاء مسبقا.

يضاف إلى ذلك أن معظم المتاجر الالكترونية تضم عدة مواقع الالكترونية ملحقة في شكل روابط الكترونية تضمن سلامتها برامج أمن معلوماتي لها تواصل دائم و علاقات مالية متواصلة مع البنوك التي تتيح الوصول إلى قواعد بيانات العملاء. و يحتاج كذلك المتجر الافتراضي إلى مقدم خدمة الهاتف و الانترنت حتى يتسنى له إجراء الصفقات و التعاقد مع عملائه من مختلف بقاع العالم.

IV. عقد الإيواء (عقد الإيجار[4] المعلوماتي)[5]

1- يعرف المركز التجاري الافتراضي بأنه:"خدمة الكترونية يتم الدخول إليها عبر شبكة الانترنت، و المفتوحة على مستعمليها، و تسمح للتجار بعرض بضائعهم أو خدماتهم على العملاء من خلالها"،د.أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، المرجع السابق، ص 13.

و يرى البعض أن تكييف عقد إنشاء المتجر الالكتروني يعد من قبيل عقود المقاولة كونه يستجيب للمادة 549 التي تعرف:" المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر" و تقابلها المادة 1710 مدني فرنسي، فالغرض مما سبق هو اتجاه إرادة الأطراف للقيام بعمل لحساب أحد الطرفين بمقابل أجر معلوم بينهما، بمعنى إنشاء موقع الكتروني بالشروط الفنية المتعارف عليها بين صاحب المتجر و أحد المهنيين الذي يصمم الموقع من حيث عرض البضائع و سهولة الاستعمال و التصميم الذي يستجيب لطبيعة الخدمة أو البضاعة المعروضة، راجع د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء السابع، مجلد 01، العقود الواردة على العمل، المقاولة و الوكالة و الوديعة و الحراسة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 1989، ص 07 و بعدها.

2-Olivier ITEANU, L'Internet et le droit, Aspects juridiques du commerce électroniques, *précité*,p.54. Voir aussi Lionel COSTES, Transactions en ligne, paiement électronique, galeries marchandes virtuelles, Bulletin d'actualité, Lamy, droit de l'informatique, N° 97, Nov.1997,p.05.

3- من بين هذه المتاجر على سبيل المثال:

- www.beaniex.com (مثال تجارة تجزئة)
- www.garden.com (مثال تجارة تجزئة)
- www.amazon.com (بيع الكتب.)
- www.bottomdollar.com (مثال تجارة تجزئة)
- www.ebay.com (التجارة و البيوع الالكترونية)
- www.etrade.com (بيع المخزونات)
- www.dell.com (شركة الكمبيوتر)
- www.travelocity.com (السياحة و السفر)
- www.landsend.com (محلات بيع الملابس)

4- تعرف المادة 467 مدني جزائري بأنه:" الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم".

5- يستعمل الفقيه Olivier ITEANU مصطلح عقد الإيواء Contrat d'hébergement الذي توصل إلى تكييف أن العقد المشار إليه أعلاه بأنه عقد إيجار، راجع: ==

يضع مقدم خدمة الانترنت بين يدي المشترك جانبا من إمكانياته الفنية و التقنية لاستعمالها و الحصول على المصلحة التي ترضيه، يتأتى له ذلك بالاستخدام الأمثل للأجهزة التي يوفرها مقدم الخدمة منها تخصيص حيز أو فضاء افتراضي على قرص صلب أو جهاز تسجيل الأقراص المضغوطة، كما يتمكن العميل من دخول الشبكة و الحصول على المعلومات و كذا الرسائل الخاصة به و حتى توفير خدمة الموقع الالكتروني. و يلتزم المشترك بدفع الثمن المتفق عليه و الاستعمال الأحسن للأجهزة بالطريقة الصحيحة.

يذهب رأي فقهي إلى أن الطبيعة القانونية لهذا العقد تقترب لتكون عقد مقاولة،و يرى البعض الآخر أنها استجابة واضحة لأحكام عقد إيجار لأجهزة المعلوماتية التي يحتفظ المهني بملكيتها، فالأمر هو تمكين المشترك فنيا من استخدام الأجهزة، و الاستعمال السيئ لهذه الأخيرة يتحمل المشترك عواقبه و تقوم مسؤوليته عن الأضرار التي تصيب الغير ما لم يثبت اشتراك مقدم الخدمة معه،فهي إذن مسؤولية محدودة في حدود حيازة الأجهزة و التنازل عنها[1] و تثور مسؤوليته العقدية عند عدم تمكين المشترك من الأجهزة المطلوبة أو التمكين المعيب و الناقص لها [2].

المبحث الثاني: وسائل إبرام العقد الالكتروني

تعتمد التجارة في القرن الواحد و العشرون على عدة وسائل لتحقيق التفاعلية و إبرام العقود، فمن أهم الوسائل التي يتم من خلالها التفاوض و إبرام العقود نجد التبادل الالكتروني للبيانات EDIووسائل أخرى كجهاز المينيتل MINITEL، و جهاز التلكس،الفاكس، الهاتف، التلفزيون و الكمبيوتر. لهذا سندرس في المطلب الأول التبادل الالكتروني للبيانات ثم سنعرج على وسائل التعاقد الأخرى في مطلب ثان.

المطلب الأول: التبادل الالكتروني للبيانات Echange des données informatisées

أدركت عدة شركات أواخر الستينيات ضرورة تسريع نقل المعلومة و تبادلها حتى تبقي على حظوظها و مواقعها التنافسية في قطاعات السوق المختلفة و رغبتها كذلك في تقليص حجم نفقاتها المفرطة في شراء الورق و مستلزمات الطباعة و تتفادى في نفس الوقت التكاليف الكبيرة للاتصالات. فكانت بداية هذا العمل في إطار المعهد الوطني الأمريكي للمعايير سنة 1979 و لجنة مختصين من الحكومة الأمريكية و ممثلون عن الشركات المختلفة، و كل ذلك بغية تطوير الاتصالات الخاصة بالعمليات التجارية و قد اصطلح على نظام التبادل

== Olivier ITEANU : « Les contrats de commerce électroniques », Droit et Patrimoine, n°55, Déc.1997,p.35.

[1]– تتقرر عند ذلك مسؤولية حارس الأشياء طبقا لأحكام المادة 138 مدني جزائري بنصها:"كل من يتولى حراسة شيء و كانت له قدرة الاستعمال و التسيير، و الرقابة، يعتبر مسئولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء.
و يعفى من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذا أثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية، أو عمل الغير، أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة"، أنظر: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، المرجع السابق، ص 61.

2-T.VERBIEST et E.WERY : « La responsabilité des fournisseurs de services Internet : derniers développements jurisprudentiels »,Journal des tribunaux., n°6000, 17 février 2001,p.165 et S.

الالكتروني للبيانات بـ: ANSI-X-12[1]. و في ظل ما سبق ظهرت عدة معايير أخرى[2] غير أنها أشهرها السابق الإشارة إليه الذي شاع استعماله بين القطاعات التجارية[3].

و البيانات لغة مصدرها الفعل بين[4]، بمعنى ظهر و أتضح و أفصح عن، و ما ورد في القرآن :"علمه البيان"[5]، و مقصود بها بالفرنسية:" حقائق أو أشياء معروفة يقينا و يمكن منها الوصول إلى نتيجة معينة"[6]، و للبيانات عدة تعريفات منها:" عبارة عن كلمات أو أرقام أو رموز و حقائق أو إحصاءات خام لا يوجد أي صلات بينها و هي صالحة لتكوين فكرة أو معرفة بمعرفة الإنسان أو الأدوات و الأجهزة التي يسخرها الإنسان في ذلك و هي ما تسمى بعملية المعالجة الآلية"[7].و نجد لها تعريف فقهي آخر و هو:" مجموعة من القواعد و العمليات المتعارف عليها التي تسمح للعمليات التجارية بأن تتم الكترونيا"[8].

أما قانونا، فقد جاء في المادة الثاني من قانون لجنة الأمم المتحدة النموذجي للتجارة الالكترونية بأن المقصود برسالة البيانات **Message des données** هي البيانات التي يتم إنشاؤها و أو استلامها و تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة كالبريد الالكتروني أو الفاكس أو التلكس،...الخ[9]. أو تعريف المادة 04 (ج/و) من

---

[1]– يشار المعهد الوطني الأمريكي للمعايير اختصارا بـــ: ANSI الذي استحدث بدوره لجنة اعتماد المعايير و عرفت باسم لجنة X-12، و الاعتماد المعيار و النظام السابق جمعت الاختصارات السابقة في: ANSI-X-12، راجع : د. خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 92و93.

[2]– توجد عدة أنظمة في ذلك أهمها: نظام الأمم المتحدة الخاص بالتجارة: UN/TDI : United Nations Trade Data Interchanges و النظام العام للإدارة التجارة و النقل: EDIFACT : Electronic data Interchange for Administration, Communication and Transportation، النظام الأوربي العام لتبادل البيانات: ODETTE:Organisation for Data Exchange by Télé Transmission in Europe، النظام الانجليزي: ANA/UK : Article Number Association

[3]– توجد عدة معايير أخرى للتبادل الالكتروني للبيانات أهمها: – UN/EDIFACT و هو اختصار لـــ: United Nation Electronic Data Interchange For Administration, Commerce and Transport، و يوجد معيار تبادل البيانات بالولايات المتحدة الأمريكية TDCC مختصر :United States Electronic Data Interchange، و معيار شبكات معلومات المستودعات Network Standard Information Warehouse, Paul TIMMERS, Electronic commerce : Strategies and models for business to business trading,*précité,* p.169، لدى:د. خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 92و93.

[4]– المعجم الوسيط، الجزء الأول، مجمع اللغة العربية، ص 444.

5– الآية الثالثة، سورة الرحمان.

[6]– د.أسامة عبد الله فايد، الحماية الجنائية للحياة الخاصة و بنوك المعلومات دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 1992، لدى د.عفيفي كامل عفيفي، جرائم الكمبيوتر و حقوق المؤلف و المصنفات الفنية،الطبعة الثانية، ص 16.

[7]– د.عفيفي كامل عفيفي، المرجع السابق، ص 16.

[8] - Nihad JILOVEC, The A to Z of EDI and its role in E-Commerce, Published by Loveland New York, 2nd ed.2001,p12. *In*: د. خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق،ص 95.

[9]– و هو ما ذهب إليه القانون النموذجي للأمم المتحدة للتواقيع الالكتروني الصادر في سنة 2001 في مادته 02 فقرة ج بقولها:"

c) Le terme "message de données" désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées(EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie ».

من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية بما يلي:" يقصد برسالة البيانات المعلومات المنشأة أو المرسلة أو المتلقاة أو المخزنة بوسائل الكترونية أو مغنطيسية أو بصرية أو بوسائل مشابهة تشمل، على سبيل المثال لا الحصر التبادل الالكتروني للبيانات أو البريد الالكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ الورقي...و نظام المعلومات نظام لإنشاء رسائل البيانات أو إرسالها أو تلقيها أو تخزينها أو معالجتها على أي نحو آخر..."[1]."و كثيرا ما تستخدم البيانات كمرادف للمعلومات رغم الاختلاف في المعنى و المفهوم و و الدلالة[2]، فالمعلومة تعني في اللغة تعلم الشيء أي معرفته و اصطلاحا تعنى المعنى المستنتج من البيانات حسب ما جرى العرف و الخبرة، و هي تعنى أيضا بيانات تم تحليلها و تفسيرها بمعالجتها لتمكين ذوي الشأن من الحكم على الظواهر و المشاهدات- فهي المادة الخام التي يتم تشغيلها للاستفادة منها و تستنتج منها المعلومات "information"[3].

و يذهب موقف قانوني إلى اعتبار أن المعلومة هي ما ينتج عن معالجة البيانات أو المعطيات بعد إدخالها الكمبيوتر أو الشبكة [4].

و في كل حالات التبادل الالكتروني للبيانات هي نقل المعلومات من حاسب آلي إلى آخر عبر الشبكات أو الوسائط الالكترونية الأخرى، تعتمد على وجود نظام قياسي يقوم بربط أجهزة الكمبيوتر بعضها البعض و عن طريق برنامج خاص بتحويل شكل البيانات تحول البيانات إلى نمط قياسي أو العكس من خلال ربط الحاسبات التي تستخدم لتبادل الوثائق أو إدخال البيانات في كل شركة أو مؤسسة، مما يقلل نسبة الخطأ و المخاطر التجارية الناجمة عن تكرار المعطيات أو تأخر إدخال البيانات و كلها تتيح لنا التفاوض على العقود و إبرام الصفقات وتنفيذها و حتى سداد الفواتير[5].

1- اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية، قرار الجمعية العامة A/RES/60/21 المتخذ بالدورة 60، بتاريخ: 09 ديسمبر 2005.

2- "و هي اسم المفعول من فعل "علم"، المعجم الوسيط، الجزء الأول، مجمع اللغة العربية، ص 82"، د.عفيفي كامل عفيفي، المرجع السابق، ص 16.

3- فقرة للدكتور د.عفيفي كامل عفيفي، المرجع نفسه، و يحيل كذلك على الدكتور هشام فريد رستم "قانون العقوبات و مخاطر تقنية المعلومات"، مكتبة الآلات الكاتبة، أسيوط، ط1995 هامش ص 7.

4- عرف المشرع الأمريكي المقصود بالمعلومة في قانون المعاملات التجارية الالكترونية لسنة 1999 في مادته 10 فقرة 02 بأنها:" تشمل البيانات و الكلمات و الصور و الأصوات و الرسائل و برامج الكمبيوتر و البرامج الموضوعة على الأقراص المرنة و قواعد البيانات أو ما شابه ذلك"، وتعتبر كذلك:" كل رسالة يمكن نقلها للغير بأية وسيلة كانت"، د. خالد ممدوح إبراهيم،المرجع السابق، ص 94.

5- " و تعمل نظم المعلومات بالمؤسسات و الشركات من خلال نظام لإدارة البيانات حيث تقوم إدارة البيانات بتلقي البيانات [الفواتير/الشيكات/أوامر الشراء/أوامر التوريد..الخ] و تصنيفها و تبويبها ثم ترميزها و تكويدها ثم إدخالها و طباعتها و مراجعتها و تصحيحها ثم إرسالها إلى جهة أخرى أو شركة أخرى حيث تجري عليها تقريبا نفس العمليات-لنضرب مثلا بإجراءات عملية شراء لبعض الأصناف و التي تتم في النظام اليدوي الناشئة على النحو التالي: - تقوم إدارة المخازن بمتابعة حركة المخزون و عند وصول رصيد المخازن إلى حد الطلب تقوم الإدارة بإجراءات إعداد و تجهيز طلب الشراء و الذي يتضمن اسم الصنف و مواصفاته و الكمية المطلوبة و القيمة التقديرية و المدة الزمنية اللازمة لتوريده. ==

الفرع الأول: المجالات التجارية و المدنية التي يغطيها التبادل الالكتروني للبيانات

نجحت الفكرة الأمريكية المتعلقة بأنظمة التبادل الالكتروني للبيانات و الوثائق على نحو أصبحت به ذات أهمية في مجالات عدة و تمكنت من السيطرة على أنواع كثيرة للمعاملات التي تتم بين المؤسسات و الأشخاص الطبيعية العادية، و من أهم تلك المجالات:

– تسوية العمليات الالكترونية بين المستهلك و المهني خصوصا ما تعلق بالطلبيات و دفع الثمن السلعة أو الخدمة.

– إكمال كافة العمليات المالية و البنكية بين مختلف أطراف العقود الالكترونية.

– إبرام جميع المعاملات التجارية و الصفقات المرتبطة بها من تعاقدات، مزايدات، ...الخ.

– إتمام المعاملات بينالأفراد و المؤسسات العامة و الخاصة كبطاقة الشفاء بين المُؤمنين وصندوق الضمان الاجتماعي، التحويل الالكتروني للأموال بين شخص في الجزائر أو الخارج[1]، تسوية الحوالات البريدية...الخ.

الفرع الثاني:تقييم نظم التبادل الالكتروني للبيانات

يحقق استخدام هذا النظام مزايا عديدة للمؤسسات و الأفراد من أجل تحسين العملية الإنتاجية و الإدارية من دون تعقيدات الإجراءات التي تحول دون انجاز العديد من الخدمات و الأعمال التجارية التي تمر عبر عدة مراحل كالمفاوضات و نفاذ العقود و نقل المعلومة في حينها بالموازاة مع المزايا التي توفرها بخفض التكلفة و تقليل الأعباء على أطراف العقود و العمليات التجارية ، و هذا النظام لا يخلوا من بعض المخاطر رغم الايجابيات التي تميزه.

== تقوم إدارة المشتريات بإعداد طلب عروض أسعار من الشركات و يتضمن هذا الطلب مرة أخرى اسم الصنف و مواصفاته و الكمية المطلوبة و الفترة الزمنية المطلوب التوريد خلالها...الخ.

– ...تقوم الشركة القائمة التي تم الترسية عليها بمجرد تلقيها أمر التوريد باتخاذ الخطوات التالية:

- إعداد طلب التسليم إلى إدارة المخازن...الخ.
- إعداد فاتورة التسليم...الخ.
- إعداد أمر الشحن...الخ.

و تقوم الشركة الأصلية فور استلامها البضاعة الموردة من الشركة الموردة بإعداد التالي:

- كشوف التفريغ الخاصة بالاستلام...الخ
- إجراء لجنة الفحص و الاستلام و التي يتضمن قرارها قائمة بأسماء الأصناف و مواصفاتها و الكميات الموردة و الأسعار لكل صنف.
- محضر الاستلام و الذي يتضمن البيانات السابقة نفسها.
- إضافة الأصناف بنفس البيانات السابقة إلى دفاتر العهدة [إدخال/طباعة/مراجعة].
- قيام الحاسبات بإصدار الشيكات الخاصة بالدفع مضمنة نفس البيانات السابقة بالإضافة إلى بيانات الدفع.
- تقوم الشركة الموردة بمجرد تلق الشيكات باتخاذ الإجراءات الخاصة بالتسوية يتضمن نفس البيانات السابقة بالإضافة إلى بيانات الدفع"؛ أ. رأفت رضوان، عالم التجارة الالكترونية، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 1999،ص 132و 133.

[1]– أنظر ما سبق الإشارة إليه بخصوص التحويل الالكتروني للأموال و الاتفاقية ما بين وزارة البريد والمواصلات و شركة WESTERN UNION ، تعليمة البريد و المواصلات رقم 17 بتاريخ: 17 ماي 2001.

أولا– مزايا عمليات نظم التبادل الالكتروني للبيانات

يمكن لمستخدمي أنظمة التبادل الالكتروني للبيانات الحصول عل المزايا التالية:

- ✓ – تحقيق الدورة التجارية في وقت أقصر و بكفاءة إنتاجية عالية تحقق رغبة المستهلك.
- ✓ – زيادة حجم إبرام العقود الالكترونية و كسب عملاء جدد.
- ✓ – نقل المعلومة الكترونيا يحقق تكلفة أقل لطرفي العقد عكس ما كان عليه الوضع سابقا من حيث تحمل المستهلك أعباء التكلفة من النقل التقليدي و خصوصا إذا كان كآخر طرف في فرض الضريبة المباشرة.
- ✓ – التبادل الالكتروني يسهل الوصول و الحصول على المعلومة من الكمبيوتر مباشرة.
- ✓ – التقليل من المخاطر و وقوع المستهلك في الخطأ و اللبس.
- ✓ – الحفاظ على الخصوصية و السر المهني التي تمتاز به الدفاتر التجارية.
- ✓ – تأكيد العمليات الالكترونية مما يتيح إثبات أسهل للوفاء أو القيام بالالتزامات من خلال إجراء كافة المعاملات كما لو كانت معاملات تقليدية.

ثانيا– سلبيات عمليات نظم التبادل الالكتروني للبيانات

رغم الآثار الايجابية لنظام تبادل المعلومات على مستوى التجارة الالكترونية إلا أن ذلك لا يعتبر حلا كافيا لإشكالية شبكات التبادل الالكتروني للبيانات التي كانت أولى مظاهرها عدم قدرة الشركات الصغيرة و المتوسطة لتكاليف استثمار إضافية بقصد العضوية في هذه الشبكات، فهي لا تخلو من القصور و تنطوي على بعض السلبيات من الناحية التكنولوجية و القانونية.

فمن ناحية أمن الشبكات و المعلومات و نظم التبادل الالكتروني للمعلومات ليست لها نفس الضمانات التي تحيط بالوثائق الورقية كالدفاتر التجارية و الدفاتر اليومية و الطلبيات و الفواتير مثلا، إذ الوصول إلى المعلومة المخزنة في نظام التبادل أسهل من التمكن من المحررات الورقية التي تحتفظ بها الشركات ومن ثم التلاعب بها و فقدان السر المهني لقيمته التجارية لما هو منصوص عليه في المادة 10 قانون تجاري جزائري و التي تنظم حسابات و حواصل التجار و عناصرها المالية و التي يستتبعها تطبيق أحكام المادة 12 من نفس القانون التي توجب الاحتفاظ بالدفاتر و المستندات التجارية لمدة عشر سنوات بما فيها حفظ و ترتيب المراسلات الواردة و نسخ الرسائل الصادرة لنفس المدة المقررة. إن الموقف السابق لا يلزم بالضرورة استبعاد نظم التبادل الالكتروني من سائر المعاملات و العقود التجارية الالكترونية، الأمر الذي أدى إلى البحث عن توفير أنظمة أمن معلوماتي كطرق التشفير و برامج أكثر أمانا لحماية البيانات و سريتها و منع دخول الشبكة لكل شخص مجهول غير مرغوب فيه. فمخاطر اعتراض التوثيق الالكتروني تنشأ من جهل أطراف المعاملة الالكترونية لبعضهم البعض و عدم الثقة المتبادلة بين الجهتين عندها نكون في مواجهة ما يسمى بفقدان الثقة[1] التي يترتب عنها مخاطر الإنكار بمضمونه

[1]– د. خالد ممدوح إبراهيم،المرجع السابق، ص 101.

التقليدي و الإنكار المتصل بالشبكات الالكترونية[1] فهذا قد يعني أنني لم أستلم بضاعة أو لم أقبض النقود المُحوّلة.

و للحد من ذلك لنا في الكتابة الالكترونية و التوقيع الالكتروني حلّين أمثلين لتأمين المعاملات الالكترونية أو كشرط الإعلام باستلام الرسالةَ [2] **Accusé de réception électronique** أو عن طريق اللجوء إلى مقدم خدمة التوثيق الالكتروني كما سيأتي بيانها[3].

إن الإقبال على الوسائل الالكترونية و عدم وضوح رؤية شاملة للوسط الالكتروني طرح صعوبة البحث قبول نواتج التبادل الالكتروني للبيانات مثل السندات الالكترونية و أي مقاصة الكترونية تكون مقبولة و هل يمكننا أن نتعاط مع سند شحن الكتروني كان يكون في إطار شبكة شركة التأمين العالمية لويدLOYD و هل يمكن عبرها منع عمليات غسيل الأموال الكترونيا[4]، و أي محكمة مختصة بنظر ما سبق؟.

المطلب الثاني: القيمة القانونية لرسائل البيانات

إن الاعتراف التشريعي بالبيانات الالكترونية و مخرجاتها يضفي أمانا قانونيا على علاقة الأطراف القانونية و التي تساهم في زيادة الثقة في التجارة الالكترونية و تطورها و ازدهارها. و يكمن مربط الفرس في القدر الكبير من

1- حصر المشرع الجزائري الإنكار على المحررات العرفية بنص المادة 327 مدني بقولها:" يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو ممن وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار و يكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق.

و يعتد بالتوقيع الالكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 01 أعلاه". و من ثم تطبق على الإنكار أحكام المواد من 164 إلى المادة 174 قانون الإجراءات المدنية الجديد عن طريق رفع دعوى مضاهاة الخطوط التي تهدف إلى إثبات أو نفي صحة الخط أو التوقيع على المحرر العرفي، أما الإنكار الوارد على الشبكات الالكترونية يختلف عن الإنكار بمعناه الكلاسيكي و نرجأ دراسة ذلك إلى غاية التطرق إلى إثبات العقود الالكترونية، راجع في ذلك و في إنكار المحررات الالكترونية بما فيها حواصل نظم التبادل الالكتروني للبيانات ما يلي:

Laurent GUINOTTE et Dominique MOUGENOT**,** La loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication dans la procédure judicaire et extrajudiciaire, 19 janvier 2001; Disponible sur le site : http://www.droit-technologie.org. Et D. GOBERT et E. MONTERO. **«** L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », Journal des tribunaux., n°6000, 17 février 2001, p.119.

2- تنص المادة 04 فقرة (ز) من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية على أنه يقصد بتعبير نظام رسائل آلي:" برنامج حاسوبي أو وسيلة الكترونية أو وسيلة آلية أخرى تستخدم لاستهلال إجراء ما أو للاستجابة كليا أو جزئيا لرسائل بيانات أو لعمليات تنفيذها، دون مراجعة أو تدخل شخص طبيعي في كل مرة يستهل فيها النظام إجراء ما أو ينشئ استجابة ما".

3- تنص المادة 04 فقرة (ب) من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية على أنه يقصد بالخطاب:" أي بيان أو إعلان أو مطلب أو إشعار أو طلب، بما في ذلك أي عرض و قبول عرض..."

4- تنص المادة 04 من القانون رقم 01/05 المؤرخ في 06 فبراير 2005المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما على أنه:

" يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي:

الأموال: أي نوع من الأموال المادية أو غير المادية، لا سيما المنقولة منها أو غير المنقولة التي يحصل عليها بأية وسيلة كانت، و الوثائق أو الصكوك القانونية أيا كان شكلها، بما في ذلك الشكل الالكتروني أو الرقمي، و التي تدل على ملكية تلك الأموال أو مصلحة فيها، بما في ذلك الائتمانات المصرفية و الحوالات و الأسهم و الأوراق المالية و السندات و الكمبيالات و خطابات الاعتماد".

الأمان و السرية التي توفرها هذه الوسائل الحديثة التي تحفظ سلامة المحررات الالكترونية و تحميها من التعرض للتحريف أو التزوير من قبل الغير، و يكمن الاعتراف القانوني على النحو التالي:

الفرع الأول: حجية رسائل البيانات في التشريعات الدولية

و هي لا تخرج عن أهم بعدين عالميين من حيث التنظيم و الإحكام و هما قانون الأمم المتحدة النموذجي للتجارة الالكترونية و ما لحقه من قوانين نموذجية أخرى[1]، و من جهة ثانية التوجيه الأوربي للتجارة الالكترونية و ما تبعه كذلك من توجيهات قانونية أخرى[2]، فهاتين الفئتين القانونيتين صلحتا لأن تشكلا نموذجا يحتذى بهما من قبل بقية الدول لكونهما تمتازان بالسمو التشريعي ثم لأنهما تخاطبان فئة كبيرة من الدول التي تنتمي إليهما فكونت إطارا مرجعيا لجميع القواعد و اللوائح و المبادئ القانونية لتبادل البيانات الالكترونية واستخدام المعلومات وفقا لتقنية تتلاءم و روح العصر. يفهم من ذلك بأنه رغبة في البحث عن النظير الوظيفي بين المحررات الالكترونية و المحررات الورقية[3] بمعنى استجابة لشرط المعادلة أو المماثلة القانونية بين التوقيعين الذي جاء بها التوجيه الأوروبي المتعلق بالتوقيع الالكتروني طبقا للمادة 05 من التوجيه الأوروبي المتعلق بالتواقيع الالكترونية[4] و التي رتبت كامل الآثار القانونية للتوقيع و حتى يُعترف له بقيمة قانونية فقد تضمنت هذه المادة شرطان يتعلق الأول بالمعادلة بين التوقيعين (م 01/05) و الثاني مبدأ أو شرط عدم التمييز (م02/05) من التوجيه الأوروبي[5]، فحسب الفقرة الأولى متى توفرت الشروط القانونية للتوقيع الالكتروني كنا أمام نفس الآثار المترتبة عن التوقيع التقليدي، تحقق تلك الشروط يلزم قبوله كدليل أمام القضاء بعد إصباغه بقوة ثبوتية بما تتساوى و حجية التوقيع اليدوي، ولهذا فان مبدأ

---

[1]– و هما القانون النموذجي للأمم المتحدة للتواقيع الالكتروني الصادر في سنة 2001، و اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية، قرار الجمعية العامة A/RES/60/21 المتخذ بالدورة 60، بتاريخ: 09 ديسمبر 2005.

[2] –Les directives européennes sont : 01- Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques. 02- Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (J.O. L 178 du 17 juillet 2000). 03- Directive 97/7CE du Parlement Européen et du Conseil, du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, JOCE n° L 144, du 4 juin 1997.

[3] - Voir le document émanant du la CNUDCI n° et l'article12 Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques 2001 sur la reconnaissance des certificats et signatures électroniques étrangers : «Un certificat émis en dehors de [l'État adoptant] a les mêmes effets juridiques dans [l'État adoptant] qu'un certificat émis dans [l'État adoptant] à condition qu'il offre un niveau de fiabilité substantiellement équivalent ».

[4] -Art.05§01 « Les états membres veillent à ce que les signatures électroniques avancées basées sur un certificat qualifié et créées par un dispositif sécurisé de création de signature :a) répondent aux exigences légales d'une signature à l'égard de données électroniques de la même manière qu'une signature manuscrite répond à ces exigences à l'égard de données manuscrites ou imprimées sur papier, **et** b) soient recevables comme preuves en justice », Directive 1999/93/CE.

[5] - D.Gobert. « La directive européenne sur la signature électronique : Vers la sécurisation des transactions sur l'internet »,*précité* , p.05.

المماثلة لا يمتد أثره إلى جميع صور و أنواع التواقيع الالكترونية وإنما يقتصر في حدود التوقيع الالكتروني المتقدم، ببساطة لأنه وحده فقط الذي يستجيب لأحكام المادة 20 فقرة02 من التوجيه السابق الذكر[1]،و تنص المادة 05 من التوجيه على وجوب سهر الدول الأعضاء على تفعيل التوقيع الالكتروني المتقدم على نحو تتساوى شروطه المرتبطة بالمحرر الالكتروني كتلك المشترطة للتوقيع اليدوي حتى ينتج المحرر الورقي لآثاره القانونية، إضافة إلى قبوله كطريق من طرقالإثبات القانونية أمام القضاء و عدم رفضه لأنه صدر من دون أن تتضمنه شهادة الكترونية أو كأن تكون هذه الأخيرة صادرة عن مقدم خدمة الكترونية لا يستجيب لأحكام التوجيه الأوروبي[2]، فلا ينبغي من هذا الوضع فرض ضوابط و معايير أمنية للتبادل الالكتروني للبيانات أكثر و أشد من تلك المفروضة على ورق. و الأمر لا يعدو أن يكون إدراجا لمبدأ قانوني جديد يتضمن الاعتراف القانوني برسائل البيانات كما فعله المشرع الجزائري في المادة 323 مكرر 01 مدني جزائري و صحتها و قابليتها للنفاذ و كما نص عليه القانون النموذجي للأمم المتحدة للتجارة الالكترونية في المادة 05 منه بقولها:" لا تفقد المعلومات مفعولها القانوني أو صحتها أو قابليتها لمجرد أنها مقدمة في شكل رسالة بيانات".

يتضح من التشريعات السابقة أنها اتجهت صوب توحيد جهود التقنين المتعلق بالتبادل الالكتروني للبيانات و وضع إطار اتفاقي و دولي للعلاقة التعاقدية الالكترونية من حيث إجراءاتها و إثباتها و لا ينصرف ذلك بالضرورة إلى موضوع و مضمون الرسالة.

الفرع الثاني: مشروعية الاتفاق حول التبادل الالكتروني للبيانات

لما كان لأطراف التصرف القانوني الاتفاق على ما يخالف قواعد الإثبات إلا ما استثني بنص خاص تنص المادة 333 مدني جزائري على أنه:" في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بشهادة الشهود في انقضاءه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك"،فقواعد الإثبات بهذا الشكل قواعد مكملة لعدم تعلقها بالنظام العام، و غالبية الفقه يشير إلى جواز اتفاق

[1] - D. Gobert et E. Montero, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *précité*,p.118.

[2] - Article 5 : Effets juridiques des signatures électroniques :

1. Les Etats membres veillent à ce que les signatures électroniques avancées basées sur un certificat qualifié et créées par un dispositif sécurisé de création de signature :

a) répondent aux exigences légales d'une signature à l'égard de données électroniques de la même manière qu'une signature manuscrite répond à ces exigences à l'égard de données manuscrites ou imprimées sur papier, et

b) soient recevables comme preuve en justice.

2. Les Etats membres veillent à ce que l'efficacité juridique et la recevabilité comme preuve en justice ne soient pas refusées à une signature électronique au seul motif que la signature se présente sous forme électronique, ou qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié, ou qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié délivré par un prestataire de service de certification accrédité, ou qu'elle n'est pas créée par un dispositif sécurisé de création de signature. »

الأطراف على الخروج عن قواعد الإثبات الموضوعية دون الإجرائية التي تعتبر من ضمن الشكليات التي يتعين إتباعها أمام القضاء و لا يملك الأطراف التصرف فيها[1]، بمعنى أن الاتفاق قد يكون صريحا كما قد يكون ضمنيا كالسكوت عن عدم إبداء أي اعتراض على الإجراء المتخذ.

و نفس الاتجاه سار عليه الفقه و القضاء الفرنسيين بإعطاء فرصة لأطراف الحق بمخالفة أحكام المادة 1341 مدني فرنسي و من ثم إمكانية إثبات العقود التي أبرمت بطريقة مخالفة للكتابة التقليدية و أن يستبدلوا هذه الأخيرة بأي طريق أو وسيلة إثبات أخرى بغض النظر عن قيمة التصرف موضوع النزاع مما يترتب عليه التنازل عن التمسك بالمادة السابقة الإشارة إليها، و للقضاء الفرنسي حكما شهيرا عرف بقضية شركة Crédicas و تتلخص وقائع هذه القضية في أن شركة Crédicas قد وافقت على فتح ائتمان للسيدة P.Bisson بمبلغ لا يتجاوز أربعة آلاف فرنك فرنسي، وترتيبا على ذلك تمكنت السيدة السابقة من الحصول على مبلغ الائتمان باستعمال الموزع الآلي الخاص بالمؤسسة المالية المقرضة.

و في تاريخ استحقاق مبلغ الائتمان طالبت الشركة السيدة المقترضة برده، واستندت الشركة تأييدا لمطالبتها بنسخة من الشريط الورقي الذي يبقى في جهاز الصرف الآلي و في الوقت الذي تحصل فيه المقترضة على نسخة منه بشكل أوتوماتيكي نتيجة السحب النقدي الذي قامت به. في بداية الأمر رفضت محكمة Sète دعوى الشركة على أساس أن من يطالب بتنفيذ التزام يجب عليه أن يثبت التزام المقترض بالدفع طبقا لنص المادة 1315 مدني فرنسي،و لا يتأتى ذلك إلا بدليل موقع من المدين يثبت قبضه لكل أو لبعض من مبلغ الائتمان المتفق عليه، و أن التوقيع المعلوماتي (Signature informatique) التي تستند عليه الشركة و الذي يصدر عن الآلة لا يراد الاحتجاج به في مواجهة المدعى عليها، كما أن هذه الآلة تخضع كلية لإرادة الشركة، باختصار هذ الدليل الموقع توقيعا الكترونيا لا يقبل كدليل إثبات لصالح الشركة المدعية، أو البنك عموما لأنه من صنعها، كما خلصت محكمة Sète في حكمها إلى أن هذا الدليل صادر عن الحاسب الالكتروني، وهذا الأخير يخضع في استعماله لمطلق حرية البنك. فما يصدر عن الحاسب الآلي يفترض انه صادر عن مستعمله و ليس لهذا الأخير الاحتجاج بالسند الصادر عن الحاسب كدليل في الإثبات[2].

في قضية الحال استندت محكمة النقض الفرنسية على رفض حكم محكمة **سيت Sète** لمخالفة في القانون، إذ أن المادتين السابقتين لا تتعلقان بالنظام العام مما يجيز الاتفاق على مخالفتها، فهذا ما يشكل تكريس قضائي للطابع التفسيري لقواعد الإثبات، وطبقا لهذا القرار للأفراد الاتفاق على التدليل بغير التوقيع اليدوي و من ثم تعتبر هذه الاتفاقات من قبيل التهيئة المسبقة للدليل لما قد يثار مستقبلا من نزاعات و بهذا الشكل نجد أن الاتفاقات التي يكون محلها التبادل الالكتروني للبيانات تتمتع بنفس الحجية في الإثبات بمفهومها الكلاسيكي.و

[1]– د.محمد حسين منصور، قانون الإثبات، الإسكندرية، الدار الجامعية الجديدة، طبعة 2002، ص 96.
[2]– د. محمد السعيد رشدي، حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات، دار النسر الذهبي، عابدين، مصر،ص 54.

ننتهي إلى أن هذه الاتفاقات لا تلزم إلا أطرافها، أما ما تعلق بحجيتها في مواجهة الغير ممن قد يتأثر سلبا أو إيجابا بموضوع التبادل فنجدها حجية نسبية تطبيقا لمبدأ الأثر النسبي للعقود.

الفرع الثالث: إسناد الرسالة الالكترونية

تحمل رسائل البيانات إرادة الأطراف من إيجاب و قبول و يتم تبادلها عبر الوسائط الالكترونية، فقد تصدر خطأ أو بطريق الغش و الاحتيال و يصعب عندها إسناد و نسبة الرسالة الالكترونية بمفهوم المادة 327 مدني الجزائري التي تعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه أو استجابة لأحكام المادة 323 مكرر 01 التي ترتب آثارا على حجية الكتابة الالكترونية إذا استجمعت شرطاها و هما حفظها الآمن و الدائم و تحديد هوية الشخص الذي تصدر عنه.

فقد نصت المادة 13 من القانون النموذجي للتجارة الالكترونية على أن رسالة البيانات تعتبر صادرة عن المنشئ إذا كان هو نفسه من أرسلها. و بتعبير المادة 04 فقرة (د) من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الالكترونية :" يقصد بتعبير **منشئ** الخطاب الالكتروني الطرف الذي أرسل الخطاب الالكتروني أو أنشأه قبل تخزينه، إن حدث تخزين، أو من قام بذلك نيابة عنه، و لكنه لا يشمل الطرف الذي يتصرف كوسيط فيما يخص ذلك الخطاب الالكتروني"[1] و يفهم من هذا أن رسالة البيانات تعتبر صادرة عن المنشئ إذا أصدرها وكيله الالكتروني كما لو كان ممثلا قانونيا لشركة أو لشخص اعتباري. و المقصود بالمنشئ هو كل شخص قام بإنشاء رسالة البيانات و إرسالها و تخزينها، و يستبعد من نطاق ذلك المرسل إليه الذي يتسلم الرسالة و لا يشمل كذلك الوسيط الالكتروني[2].و عليه يتبين أن رسالة المعلومات يفترض صدورها من منشئها في الحالات التالية:

أ/– نص المادة 01 فقرة 03 من التوجيه الأوربي الخاص بالتواقيع الالكترونية[3] و المادة 04 فقرة 01 من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية[4]، و هي حالة توجيه الإيجاب أو القبول من قبل المنشئ عبر

---

[1] - Art.01 § 03 : « 3) «signataire», toute personne qui détient un dispositif de création de signature et qui agit soit pour son propre compte, soit pour celui d'une entité ou personne physique ou morale qu'elle représente ».Directive 1999/93 sur les signatures électroniques.

[2]– و يقصد بالوسيط الشخص الذي يقوم نيابة عن شخص آخر، بارسال أو استلام أو تخزين رسالة بيانات أو بتقديم خدمات أخرى فيما يتعلق برسالة البيانات"، المادة 02 فقرة (هـ) من القانون النموذجي للتجارة الالكترونية.

[3]– نصت المادة 02 من القانون رقم 02 لسنة 2002 المتعلق بالمعاملات و التجارة الالكترونية لإمارة دبي بقولها:" المنشئ:" الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يقوم أو يتم بالنيابة عنه إرسال الرسالة الالكترونية أيا كانت الحالة و لا يعتبر منشئا الجهة التي تقوم بمهمة مزود خدمات فيما يتعلق بإنتاج أو معالجة أو إرسال أو حفظ تلك الرسالة الالكترونية و غير ذلك من الخدمات المتعلقة بها"، أما المرسل إليه فهو:" الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي قصد منشئ الرسالة توجيه الرسالة إليه و لا يعتبر مرسلا إليه الشخص الذي يقوم بتزويد الخدمات فيما يتعلق باستقبال أو معالجة أو حفظ المراسلات الالكترونية و غير ذلك من الخدمات المتعلقة بها".

[4]– جاء في المادة 1/4 من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية قولها:"يقصد بتعبير **الخطاب** أي بيان أو إعلان أو مطلب أو إشعار أو طلب، بما في ذلك أي عرض وقبول عرض، يتعين على الأطراف توجيهه أو تختار توجيهه في سياق تكوين العقد أو تنفيذه".

رسائل البيانات أو نائبا عنه أو من قبل وكيل أو وسيط الكتروني يعمل على نظام معلوماتي مبرمج سلفا للعمل تلقائيا أو آليا نيابة عن المنشئ.

ب/- حالة افتراض نسبة الرسالة الالكترونية للمنشئ: فقد يعتمد توقيع الكتروني بناء على شهادة الكترونية منشأة له، فيكون بها التوقيع بالاسم المستعار أو الشهرة فكل ما في الأمر أن تكون قاطعة الصلة بالموقع، أو كتطبيق إجراء متفق عليه سلفا بين المرسل و المرسل إليه من أجل التأكد من أن رسالة البيانات قد صدرت عن المنشئ وله كذلك أن يراجع سلطة التوثيق الالكتروني التي اعتمدت التوقيع الالكتروني الخاص بالمرسل، فإذا لم يطبق المرسل إليه ذلك و لم يتأكد من موثوقية الرسالة فانه يتحمل مسؤولية الخطأ في إسناد الرسالة الالكترونية إلى غير منشئها[1].

أما الحالات التي تستبعد صدور الرسالة الالكترونية عن المنشئ أي عدم الأخذ بفرض نسبة الرسالة الالكترونية للمنشئ و هي:

01- حالة توجيه إشعار إلى المرسل إليه من المنشئ يفيد بأن رسالة البيانات لم تصدر عنه.

02- علم المرسل إليه أو إمكانية علمه بأن رسالة البيانات لم تصدر عن المنشئ باستخدام تطبيق متفق عليه سلفا أو ببذل عناية الرجل العادي في التأكد من صدورها عن صاحبها أمام سلطة التوثيق الالكتروني أو جهة إنشاء التوقيع الالكتروني.

---

[1]- تنص المادة 02/15 من قانون إمارة دبي:" في العلاقة بين المنشئ و المرسل إليه تعتبر الرسالة الالكترونية أنها صادرة من المنشئ إذا أرسلت:

أ- من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق بالرسالة الالكترونية.

ب- أو نظام معلومات مؤتمت و مبرمج للعمل تلقائيا من قبل المنشئ أو نيابة عنه"؛ فقد أضافت المادة 15 ف أ من قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 ما يلي:" 01- إذا استخدم المرسل إليه نظام معالجة معلومات سبق أن اتفق مع المنشئ على استخدامه لهذا الغرض للتحقق من أن الرسالة صادرة عن المنشئ.

02- إذا كانت الوسيلة التي وضلت للمرسل إليه ناتجة عن إجراءات قام بها شخص تابع للمنشئ أو من ينوب عنه و مخول بالدخول إلى الوسيلة الالكترونية المستخدمة من أي منهما لتحديد هوية المنشئ"؛ راجع المشرع الفرنسي من خلال المادة06.

«Art.06§01 :… I. - Un certificat électronique qualifié doit comporter : a) Une mention indiquant que ce certificat est délivré à titre de certificat électronique qualifié ; b) L'identité du prestataire de services de certification électronique ainsi que l'Etat dans lequel il est établi ; c) Le nom du signataire ou un pseudonyme, celui-ci devant alors être identifié comme tel ; d) Le cas échéant, l'indication de la qualité du signataire en fonction de l'usage auquel le certificat électronique est destiné ; e) Les données de vérification de signature électronique qui correspondent aux données de création de signature électronique ; f) L'indication du début et de la fin de la période de validité du certificat électronique ; g) Le code d'identité du certificat électronique ; h) La signature électronique sécurisée du prestataire de services de certification électronique qui délivre le certificat électronique ; … ». Décret no 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique J.O. Numéro 77 du 31 Mars 2001, page 05070.

03- أما مشرع إمارة دبي للمعاملات الالكترونية قد أضاف في المادة 04/15 حالة ثالثة و هي حالة ما إذا كان غير المعقول أو كانت ظروف و أوضاع التعامل لا تقبل اعتبار رسالة البيانات قد صدرت عن مرسلها[1].

الفرع الرابع: الإقرار أو وصل باستلام الرسالة الالكترونية [2]:

يجوز للأطراف أن يتفقا على اعتبار رسالة البيانات أصلية دون ضرورة تأكيدها و قد يتم كذلك الاتفاق بين الموجب و القابل على شرط تأكيد استلام الرسالة الالكترونية أو حتى العروض التي يتم تبادلها بين التجار فتعامل الرسالة و كأنها لم ترسل إلى حين وصول الإقرار بالاستلام[3]، ويأتي هذا الشرط في شكل إقرار أو وصل باستلام الرسالة الالكترونية سواء في مرحلة التفاوض أو مرحلة إبرام العقد حتى يعرف مصير الرسالة أو التصرف على ضوئها و الرد على العروض المختلفة، كما قد يحدث هذا الاتفاق قبل توجيه الرسالة الالكترونية قد يحدث أثناء بعث الرسالة إلا أن لا يخرج مقصدها عن علم المنشئ بوصول و استلام المرسل إليه للرسالة[4] كما قد يكون الإقرار شرطا لإبرام العقد و تنفيذه[5] كما قد يشترط القانون إصداره و إرساله كما هو الحال في إرسال الطلبيات طبقا

---

[1]- و تقابلها المادة 06 فقرة 01 من التوجيه الأوربي المتعلق بالتواقيع الالكترونية:
Art.06§01. du Directive 1999/93 : « Les États membres veillent au moins à ce qu'un prestataire de service de certification qui délivre à l'intention du public un certificat présenté comme qualifié ou qui garantit au public un tel certificat soit responsable du préjudice causé à toute entité ou personne physique ou morale qui se fie raisonnablement à ce certificat pour ce qui est de: a) l'exactitude de toutes les informations contenues dans le certificat qualifié à la date où il a été délivré et la présence, dans ce certificat, de toutes les données prescrites pour un certificat qualifié; b) l'assurance que, au moment de la délivrance du certificat, le signataire identifié dans le certificat qualifié détenait les données afférentes à la création de signature correspondant aux données afférentes à la vérification de signature fournies ou identifiées dans le certificat; c) l'assurance que les données afférentes à la création de signature et celles afférentes à la vérification de signature puissent être utilisées de façon complémentaire, dans le cas où le prestataire de service de certification génère ces deux types de données, sauf si le prestataire de service de certification prouve qu'il n'a commis aucune négligence ».

[2]- الاقرار L'aveuهو طبقا للمادة 341 مدني جزائري:" اعتراف الخصم امام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، و ذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها"، أما الدكتور عبد الرزاق السنهوري فعرفه بأنه:" اعتراف شخص بادعاء يوجهه اليه شخص آخر،سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته، أو لم يقصد"، وللاقرار عدة خصائص اهمها: أنه عمل قانوني من جانب واحد كما أنه اعتراف و اخبار بشأن واقعة سابقة الحدوث، د.الغوثي بن ملحة، قواعد وطرق الاثبات و مباشرتها في النظام القانوني الجزائري، طبعة أولى 2001،الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ص 74.

[3]- يمكن للمنشئ أن يوجه اشعارا للمرسل اليه يطالبه و يذكره بأنه لم يتلق أي اقرار باستلام كما يمكن أن يحدد له وقتا معقولا يتعين خلاله أن يستلم منه الاقرار، المادة 04/14 من القانون النموذجي للتجارة الالكترونية.

[4]- نص المادة 04 فقرة (ز):" يقصد بتعبير **نظام رسائل الكتروني** برنامج حاسوبي أو وسيلة الكترونية أو وسيلة آلية أخرى تستخدم لاستهلال اجراء ما أو للاستجابة كليا أو جزئيا لرسائل بيانات أو لعمليات تنفيذها، دون مراجعة أو تدخل من شخص طبيعي في كل مرة يستهل فيها النظام اجراء ما أو ينشئ استجابة ما".

[5] - المادة 08:" **الاعتراف القانوني بالخطابات الالكترونية:**
01- لا يجوز انكار صحة الخطاب الالكتروني أو العقد أو امكانية انفاذه لمجرد كونه في شكل خطاب الكتروني.
02- ليس في هذه الاتفاقية ما يلزم أي طرف باستخدام الخطابات الالكترونية أو قبولها، و لكن يجوز الاستدلال على موافقة الطرف على ذلك من سلوك ذلك الطرف".

للمادة 11 فقرة 01 من التوجيه الأوربي المتعلق بالتجارة الالكترونية[1]، و تطرقت اتفاقية الأمم المتحدة للخطابات الالكترونية و المادة 14 من القانون النموذجي للتجارة الالكترونية إلى موضوع الإقرار و وقت استلامه على النحو التالي:

بند 1: اشتراطات شكل الإقرار بالاستلام

يعتبر الإقرار عملا إراديا يتم بصفة شفوية أو كتابية و لما اقتضى الأمر وجوده في المعاملات الالكترونية فإنه لا يعدو أن يكون مكتوبا يفهم منه أن الرسالة قد استلمت، و يخضع شكله و مضمونه لاتفاق الأطراف كما يخضع للقانون كما لو اشترط فيه شكل معين لانشاءه أو اتخاذ إجراء بالذات أو اختيار وسيلة بينهما و أمثلتها:

- اشتراط القانون أن تكون الرسالة أو الإقرار مكتوبا.
- ترتيب آثارا معينة عن عدم وجوده.
- أن يكون الإقرار ممهورا بالتوقيع الالكتروني.
- استخدام طريقة معينة لتعيين هوية الشخص.

أما إذا لم يتفق الأطراف على السابق ذكره فلا يخرج الوضع عن تطبيق المادة 02/14 التي تجيز الإقرار بالاستلام في حالة أي إبلاغ من جانب المرسل إليه سواء بوسيلة آلية أو بأية وسيلة أخرى أو أي موقف أو سلوك من جانب المرسل إليه لا يدع مجالا للشك و يكون وحده كافيا لإعلام المنشئ بوقوع استلامه للرسالة بأية وسيلة كالإقرار عن طريق نظام المعالجة الالكتروني أو عبر البريد الالكتروني أو الرجوع لقواعد الكتابة العادية كإرسال بريد أو بسلوك معين من مثل المشتري في عقد البيع حين يقوم بدفع الثمن بواسطة التحويل الالكتروني للأموال أو بطاقة الائتمان[2].

بند 2:وقت ومكان استلام الإقرار:

إن الفترة الزمنية المحددة للإقرار بالاستلام لا تخرج عن الوقت الذي يغادر فيه الخطاب الالكتروني نظام المعلومات الذي يقع تحت سيطرة المرسل إليه، و عادة ما نجد أن المنشئ يحدد فترة زمنية معينة للطرف المقابل حتى يصدر إقراره أما إذا لم يذكر ذلك فالأولى أن تكون المدة معقولة أو تعتبر رسالة البيانات المرسلة كأنها لم تكن.

---

[1] - Art. 11§ 01 **: « Passation d'une commande** : 1. Les états membres veillent, sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement, à ce que, dans les cas où un destinataire du service passe sa commandepar des moyens technologiques, les principes suivants s'appliquent : - le prestataire doit accuser réception de la commande du destinataire sans délai injustifié et par voie électronique, -la commande et l'accusé de réception sont considérés comme étant reçus lorsque les parties auxquelles il sont adressés peuvent y avoir accès.

[2] – المادة 01/16 من قانون الأردن للمعاملات الالكترونية نصت على أنه:" اذا طلب المنشئ من المرسل اليه بموجب رسالة المعلومات اعلامه بتسلم تلك الرسالة أو كانم متفقا معه على ذلك، فان قيام المرسل اليه باعلام المنشئ بالوسائل الالكترونية أو باي وسيلة أخرى أو قيامه بأي تصرف أو اجراء يشير الى انه قد استلم الرسالة يعتبر استجابة لذلك الطلب أو الاتفاق".

أما مكان استلام الإقرار فهو عنوان تلقي الخطاب الالكتروني من المرسل إليه و يكون قابلا للاستخراج من جانب المرسل أو الموجب على ذلك العنوان، وطبقا للمادة 10 من اتفاقية الأمم المتحدة فانه يعتبر الخطاب الالكتروني قد استلم في المكان الذي يوجد فيه مقر عمل المرسل إليه[1].

بند 3: آثار تلقي المنشئ للإقرار:

إذا تلقى المنشئ رسالة الإقرار من المرسل إليه فإنها تعتبر قرينة على استلامه العرض و هي بهذا الشكل تعد بسيطة قابلة لإثبات العكس بكافة الطرق القانونية، إذ الإقرار لا يمتد إلى مضمون الرسالة أو مضمون العروض لأنه وصل أو إفادة بأن الرسالة قد استلمت و لا تشكل أيضا موقفا من جانب المرسل إليه بأنه وافق على مضمون الرسالة ما لم يكن اتفاق يقضي خلاف ذلك.

خلاف ما سبق؛ إذا صادف و أن كان الإقرار يفيد العلم و يتضمن قبولا لعرض بيع أرسله المنشئ، فان العقد ينعقد لحظة وصول الإقرار إلى المرسل، أما إذا أفاد الإقرار بالاستلام فقط فلايخرج عنه إلا إذا عدّل بالزيادة أو النقصان للرسالة الالكترونية الصادرة عن المنشئ عندها يعتبر ايجابيا جديدا يتعين معه قبول المنشئ حتى يبرم العقد الالكتروني؛ أي أن يكون المنشئ موجبا و قابلا[2].

المطلب الثالث: التفاوض الالكتروني

يسبق انعقاد العقد الالكتروني كغيره من العقود الأخرى مرحلة المساومة و المفاوضة التي لها أهمية بالغة في إعداد و تحضير مختلف مشتملات العقد التي تحول دون نشوب نزاعات محتملة مستقبلا بين الطرفين، و تزداد الأهمية أكثر في عقود التجارة الالكترونية التي تتميز بالتعقيد و التركيب الفني و القانوني، و أتاحت وسائل التكنولوجيا الحديثة عدة طرق و بدائل يمكن استخدامها للتفاوض بشكل أسهل و أسرع و يجنب الأطراف مشقة الانتقال؛ علما أن هذه العقود غالبا ما تعد سلفا و تحتوي شروطا لا تقبل المناقشة من قبل العميل كما لو كنا بصدد العقود الخدماتية و المعلوماتية...الخ. فضلا عما سبق، نجد أن التفاوض يوجه صياغة العقد و يؤسس للتوازن العقدي فلا يثقل كاهل طرف دون الآخر الذي يكون فعلا قد استوعب بنود العقد و تفسير مضمونها.

---

[1] – يأتي نص هذه المادة انسجاما مع المادة 06 قبله التي تنص على مكان الأطراف بما يلي:"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 بيس له مقر عمل فيه.

–اذا لم يعين الطرف مقر العمل و كان أكثر من مقر عمل واحد، كان مقر العمل،لأغراض هذه الاتفاقية، هو المقر الأوثق صلة بالعقد المعني، مع ايلاء اعتبار للظروف التي كانت الأطراف على علم بها أو تتوقعها في أي وقت قبل ابرام العقد أو عند ابرامه.

–اذا لك يكن للشخص الطبيعي مقر عمل، أخذ بمحل اقامته المعتاد.

– لا يكون مقر عمل لمجرد انه: (أ) توجد في المعدات و التكنولوجيا الداعمة لنظام المعلومات الذي يستخدمه الطرف في سياق تكوين العقد؛أو (ب) يمكن فيه لأطراف اخرى أن تصل الى نظام معلومات المعني.

– ان مجرد استخدام الطرف اسم النطاق أو عنوان بريد الكتروني ذا صلة ببلد معين لا ينشئ قرينة على ان مقر عمله يوجد في ذلك البلد.

[2]– د.أحمد شرف الدين، عقود التجارة الالكترونية: تكوين العقد و اثباته، دروس لطلبة القانون الخاص و التجارة الدولية،2001، ص145، لدى: د. خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 124.

و يعد التبادل الالكتروني للبيانات بمثابة الأعمال التحضيرية للعقد الالكتروني التي تشمل كافة الجوانب القانونية و خصائص الخدمة أو السلعة و كذا بيان شخص الطرف الثاني و موقعه و مضمون العقد و مصالح كل طرف.

تتجلى الأهمية كذلك في تجنب الغموض و اللبس و عدم الدقة الذي يلحق العقود كالتأكد من هوية المتعاقد و حقيقته و الضمانات التي يقدمها بقصد التعاقد و طريقة الوفاء، و تمر مرحلة التفاوض بثلاث مراحل أساسية:

01 – بيان الاحتياجات الضرورية للعميل.

02 – التفاوض من خلال رسالة البيانات التي تكون ظاهرة على شاشة الكمبيوتر و متضمنة الشروط التي يرغب كل طرف في توافرها و تحديد الطلب بدقة و اقتراح الأدوات الكفيلة بتسليم البضاعة و دفع الثمن و تحديد التزامات و حقوق كل طرف و المسؤولية المترتبة عن الإخلال ببنود العقد الالكتروني.

03 – إرسال رسالة البيانات و الإقرار بتسلمها، مع التزام مقدم الخدمة بتقديم النصائح و الإرشاد اللازمين إلى العميل، و هذا الالتزام تفرضه حرفة المهني الذي يلّم و يتمتع بالقدرة على تأمين المعلومات و المواصفات المميزة للسلعة و الخدمة كبيع جهاز أو آلة أو دواء.

الفرع الأول: عناصر التفاوض:

يتم التفاوض بعد تحديد إجراءاته و عناصره ذات الأهمية وهي كما يلي:

بند 01– دراسة الجدوى Etude préalable

يقوم الزبون بدراسةوالضعية و الجدوى و المنفعة المرجوة من الخدمة المعلوماتية التي يرغب الحصول عليها مُركزا في ذلك على طبيعة الخدمة و الأداء المعلوماتي المنتظر و تدقيق الاحتياجات بوضوح؛ و له الاستعانة بالخبير المتخصص الذي يفاوض على اختيار الآلات و الأجهزة و البرامج الضرورية للعمل. فيلزم على العميل أن يحدد احتياجاته ولا التزام على المحترف و ليس على المحترف أي التزام رغم تمتعه بالخبرة بأن يعلمه بذلك إلا إذا كان طلب العميل ضمن احتياجاته العادية و المألوفة، وإذا كانت غير ذلك فيتم بيانها للتفاوض على أساسها.

بند02– دفتر الشروط

تأتي هذه المرحلة بعد دراسة الجدوى التي ينتقل إليها العميل، و عمليا تهيأ على مستندات و وثائق تتضمن عدة نقاط رئيسية تبرز الاحتياجات و طبيعتها تأخذ شكل دفتر شروط، الذي يبين الشروط و العلاقات التي تنظم داخل الشبكات بطريقة الكترونية معلوماتية.

و تعتبر هذه المسألة إجبارية يجب فرضها على العميل من قبل مزود أو مقدم الخدمات الالكترونية و إلا تحمل مسؤولية التعامل من دون بيان ما سبق، كما يلتزم المورد من أن يقدم العميل هذا الدفتر.

بند03– العروض و اختيار مقدم الخدمة

و هي الجهة التي تؤمن للعميل تحقيق حاجاته و رغباته المعلوماتية في أحسن الظروف سواء داخل بلده أو خارجه، و يكون هذا المقدم من المشهود لهم بالكفاءة و السمعة و الخبرة. فإذا تحققت هذه المراحل الثلاث مجتمعة يكون التفاوض قد جرى بأسس واضحة تساهم في تلاقي الإرادتين التي من شأنها أن تؤدي إلى إبرام عقد الكتروني ناجح ؛ فبداية التفاوض احتمالية التعاقد عن دعوة للتفاوض و إعلان الرغبة و استدراج من وجهت إليه الدعوة إلى تقديم عرض فيبرم العقد الكتروني الذي ينتهي بتنفيذه. ومثالها: دعوة صاحب المتجر زبائنه للتعاقد على الخط، فهو يرسل البريد الالكتروني لهم عارضا خدمات و سلع بأسعار و عروض تنافسية، أو قد يعرضها على الانترنت؛ و العقد الالكتروني لا ينعقد دفعة واحدة إذ يسبقه تفكير و تفاوض و إيجاب غير بات ثم يستقر بإعلان الموجب البات و التام ثم قبول خطواته[1]،لهذا شملت المادة 11 من اتفاقية الأمم المتحدة لاستخدام الخطابات الالكترونية كل الوسائل الالكترونية المتاحة أو الحلول المستقبلية فيما يتعلق بتقنيات و أدوات توجيه الدعوة للتعاقد، فهي بالذات تنص على:" الدعوات إلى تقديم عروض:

أي اقتراح يقدم لإبرام عقد بواسطة خطاب الكتروني واحد أو أكثر و لا يكون موجها إلى طرف معين واحد أو أكثر، بل يتيسر الاطلاع عليه للأطراف التي تستخدم نظم المعلومات، بما في ذلك الاقتراحات التي تستخدم تطبيقات تفاعلية لتقديم طلبات من خلال نظم معلومات من ذلك القبيل، يعتبر مجرد دعوة إلى تقديم عروض، ما لم يدل بوضوح على أن مقدم الاقتراح ينوي الالتزام به في حال قبوله".

الفرع الثاني:التفاوض و مبدأ حسن النية

لم تنظم غالبية التشريعات الحديثة فكرة التفاوض و مراحلها و ترك الأمر للفقه و القضاء استقر الأمر على أن يلتزم المتفاوضان بمبدأ حسن النية السائد في القواعد العامة، و من ثم لزم الأمر أن يكون هذا المبدأ سائدا يحكم سلوك المتفاوض الذي يتسم بالنزاهة و الأمانة؛ و المسئولية في التفاوض بهذا الوضع قاعدة تلزم الطرفين المتعاقدين فإذا لم يضمناها الاتفاق يشكل سلوكنا تقصيرا في مواجهة الطرف الثاني سيما إذا كان مبدأ حسن النية حيلة و أداة متغيرة [2]، و مثال تطبيق مبدأ حسن النية في المعاملات الالكترونية تاجرا يوكل وسيطا الكترونيا في إبرام العقود الالكترونية، و أن هذا التاجر أخطأ في برمجة الكمبيوتر بعد أن قام بعرض عدة حواسيب للبيع بثمن معين،و أنه أخطأ في عرض ثمن الجهاز الواحد بدل ثمنه الحقيقي كما كان ضانا أنه معروضا للجمهور.فهل يعقل أن نقتنص فرصة الخطأ و نقوم بشراء عدة حواسيب مرة واحدة؟ أم أن ذلك لا ينسجم و مبدأ حسن النية؟.

[1]– د.محمد نصر الدين زغلول، الارادة في العمل القانوني،المرجع السابق، ص365.

[2]- Santiago CAVANILLAS MUGICA : « Les contrats en ligne dans la théorie générale du contrat : le regard d'un juriste de droit civil », Commerce électronique, Cahier de C.R.I.D, n°17, PP.101-102.

بمعنى لا حماية قانونية للمشتري و لو كان مستهلكا تبعا لعقد ناجم عن خطأ لا يد له فيها[1].فإذا كان مبدأ حسن النية لا يقتصر دوره فقط على تفادي و تجنب السلوك و لكن يمتد أثره إلى إتمام و إبرام العقود، إذ يدمج تلك السلوك في بنود عقدية و تؤخذ تلك الممارسات على شاكلة حقوق و التزامات عقدية أين ينتج هذا المبدأ فعاليته أكثر في عقود التجارة الالكترونية كأن يدرج الإعلان التجاري في العقود الالكترونية المبرمة[2]،أين يمكن للمشتري اشتراط أن تكون السلعة تماثل تلك السلعة التي يرغب في اقتنائها مع الأخذ في الحسبان خصائص و مواصفات السلعة التي أعلن عنها البائع، وهذا رأي المشرع الأوربي في المادة 02/02 بند (د)[3].

و مضمون المبدأ وجوب احترام الالتزامات الثانوية كالتعاون و النصح و المحافظ على السر، و نفصلها فيما يلي:

بند 01– الالتزام بالتعاون:

ويعد هذا الالتزام أساسياوجب على المتفاوض أن يحدد هدفه من العقد و يبين الاحتياجات الحقيقية لديه، كعقد اقتناء برنامج معلوماتي و له كما سبق الإشارة إليه أن يستعين بخبير في الشأن المطلوب، كما عليه أن يتحرى و يتقصى عما يبحث عنه حتى لا يقع فيما يتعارض مع احتياجاته فهو يتحمل مسئولية تقصير المقاول في المشروع إذا تبين أن العميل أخل بواجبه في التعاون دون أن ننسى بأن المفاوض يلتزم بحضور مواعيد التفاوض و إبداء الجدية في التفاوض[4].

بند 02– الالتزام بالإعلام:

و هو إفصاح المتفاوض عن المعلومات التي لديه التي ستكون موضوع العقد حتى تكون إرادة الأطراف على بينة لا يشوبها كتمان أو سرية للبيانات مرتكزين على المصارحة و التفاوض بشفافية، ويظهر في واقع الأمر، أن المحترف هو من يقع عليه العبء الأكبر في التفاوض على عقود التجارة الالكترونية بتزويد المستفيد من المعلومات الضرورية ذات الصلة كنوعية المعدات و طبيعة البرنامج و حتى مضمون الخدمات و شروط التنزيل أو التحميل أو البرمجة و بيان خصائص ذاكرة أو سرعة الكمبيوتر الذي بها تتحدد قسمته، و لفت نظره إلى خصائص محل العقد، بمعنى هي المعلومات الأساسية و الهامة لتنفيذ العقد التي معها يستحيل تنفيذ عقد المعلوماتية[5]. و تغطى

---

[1] - *précité*.

[2]– تبنى هذا الموقف المشرع الأوربي في المادة 02/02 بند (د)من التوجيه 1999/44/CE المؤرخ في 26 ماي 1999ببعض جوانب بيع و ضمان السلع الاستهلاكية،ج.ر.171 L المؤرخة في 07 جويلية 1999.

[3]- Art.20§02,D :« présente la qualité et les prestations habituelles d'un bien de même type auxquelles le consommateur peut raisonnablement s'attendre, eu égard à la nature du bien et, le cas échéant, compte tenu des déclarations publiques faites sur les caractéristiques concrètes du bien par le vendeur, par le producteur ou par son représentant, notamment dans la publicité ou l'étiquetage ». de directive 1999/44/CE du 26 Mai 1999.

[4]– د.محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، المرلاجع السابق، ص 48.

5– محكمة استئناف تولوز، الغرفة المدنية، 18 أفريل 1984، ذات الموقف أكدته الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية، في: 05 نوفمبر 1991، لامي LAMY، العدد 1046، لدى:د.نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 138.

هذه المعلومات بالوثائق و الملحقات التي بدونها لا نتصور تمكن المفاوض من الوصول للهدف الذي من أجله أقدم على التعاقد.لهذا طرح سؤال حول طبيعة التزامه بتقديم المعلومة فيما إذا كان التزام ببذل عناية أو تحقيق نتيجة؟

و عليه،إذا وجد نص في العقد يتضمن وجوب أن يقدم المتعهد المعلومات الإرشادية الكافية و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في حالة الغبن و عقد الوكالة و عقد التأمين...الخ فإذا أخل أحد طرفي العقد بها لزمته المسؤولية العقدية يترتب عنه فسخ العقد، و عليه يذهب جانب من الفقه الفرنسي الى اعتبار أن الالتزام بتقديم المعلومات التزام بتحقيق نتيجة فلا يمكن أن نحدد الجهد الذي يمكن أن يبذله المتعهد[1] و يعتبر مسئولا عن عدم التنفيذ ما لم يخرج ذلك عن يده لسبب أجنبي أو قوة قاهرة.

و يذهب رأي فقهي ثان يميز بين ما إذا تضمن العقد شرطا صريحا يفيد أن المحترف يلتزم بتحقيق نتيجة فالعقد شريعة المتعاقدين، أما العكس من ذلك فلا يعدو أن يكون الالتزام ببذل عناية الرجل الحريص[2]، فمن الصعوبة بمكان فهم حاجيات العميل فهما دقيقا و الذي يرتكز على تقديم المعلومات التي لديه و من ثم فهي تختلف من شخص لآخر[3] .

بند 03– الالتزام بالتحذير و التبصير و النصح:

و تتجلي أهمية هذا العنصر عند حاجة المفاوض لمساعدة المحترف الذي يتمتع بالخبرة و التجربة و درايته الواسعة بالمعلوماتية،و ينطبق هذا التصور على كافة أنواع العقود، فهو وحده من يدرك مخاطر أو عيوب البرنامج الالكتروني سيما إذا لم يواكب العميل التعقيدات و التطورات التقنية الحديثة، و القضاء بهذا الشكل لا يقف في صف المحترف و يتشدد في هذا الالتزام لكون العميل يفتقر لذلك و أن العقود الوارد تقنية المعلومات لا تحتمل أي خطأ أو عيب من العيوب في التركيب أو التشغيل لخطورتها على الأمن و الأشخاص ناهيك عن الخسارة المادية[4]، و تقل أهمية هذا الالتزام بتوجيه النصح و الإرشاد[5] عندما يبرم العقد بين أطراف أكثر خبرة[6]، فيصبح الالتزام بالتحذير مكملا لالتزام ثانوي متعلق بالتبصير و الإعلام[7]، ثم يجب أن يكون هناك تكافؤ بن ما يعرضه الحرفي و ما ينتظره العميل كما لو أن الأول مكّن الثاني من برنامج معلوماتي أو خدمة الكترونية غاية في التعقيد أو

1– نفس المرجع، ص 147.

2– المرجع نفسه.

3- A.HOLLANDE, contrats informatique et télématiques, Delmas, 1992, p.57 ;M.VIVANT etr autres, Lamy-inf, 1995 ,n) 1058,p664.In:

د.نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، المرجع السابق، ص 148.

4– د.أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، المرجع السابق، ص109.

5– من الفقه من يميز بين ما هو مشورة ناشئة عن عقود المعلوماتية و بين التزام بالمشورة في مجال المعلوماتية الذي يلتزم به الاستشاري و مكاتب الدراسات، د.حسن حسين البراوي، عقد تقديم المشورة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 256 و ما يليها.

6– د.محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، المرجع السابق، ص 49.

7– د.محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، المرجع السابق، ص 49.

اقتراح جهاز حاسوب قمة في التطور ذات تكلفة باهظة إلا أنها لا ترتقي إلى تلبية حاجة المستفيد.لهذا قدم القضاء الفرنسي للمحترف ثلاثة حلول في تنفيذ التزامه الوارد على الإرشاد و النصح؛وهي: "أن يقوم بنفسه في إعداد دراسة كاملة عن الإرشاد و النتائج التي تترتب عليه، و يجيب بها على تساؤلات المستفيد، و إزالة المصاعب و تحقيق الأهداف و ماهي الأولويات التي يجب إتباعها. أو أن يرفض الصفقة بصراحة و هو الخيار الثاني.و الخيار الثالث هو الاقتراح على المستفيد بالاعتماد على طرف ثالث في تقديم الإرشاد"[1] .

الباب الأول:

إبرام العقد الالكتروني

أصبحت التجارة في عصر العولمة تلعب دورا هاما في التقريب بين الأفراد و الدول و وطدت الروابط الاقتصادية و المعاملات التجارية بينهم، و أصبحوا يبحثون عن كل وسيلة تتفق و تتلاءم مع حجم هذه العلاقات الجديدة التي تتسم باستخدام وسائل تقنية حديثة، هذا الأسلوب الجديد في التعاقد التجاري الالكتروني الذي يعتمد على وسائط الكترونية مختلفة و أهمها الحاسب الآلي الذي احتفظ بعنصري الكتابة و التوقيع من حيث ترتيب إجراءات التعاقد و تنفيذه بالصيغة التقليدية للعقد المكتوب التي تضمن حقوق الأطراف و التزاماتهم، و كان لذلك التحول إلى النظام الالكتروني أن وفر شفافية و وضوح أكبر في المعاملات التجارية؛ هذا التحول

1- د.نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 141 و142.

الجذري الذي تبني فكرة التعاقد عبر الشبكات يخضع في مجمله للقواعد العامة للعقد يضاف إليه استخدام الأدوات التقنية الحديثة حيث يأخذ العقد بمفهومه الحديث صورة و حلة جديدة.

و يقوم العقد على مسألة هامة جدا من حيث بيان أركانه و شروط صحة الرضا فيه سيما بعد طرح إشكالية مجلس التعاقد ووسائل الاتصال الحديثة التي تثير صعوبات جمة من حيث توفرها و إثباتها و القاضي المختص بنظر منازعاتها، فإذا كان التعاقد عبرها يجري بين غائبين فقد يحتمل حدوث خطأ أو وقوع تحريف في توجيه إرادة احد الطرفين مما يلح ضرورة على بيان الإرادة التعاقدية و التعبير الصحيح عنها و التأكد في إلحاقها ممن صدرت عنه، فما هي معالم العقود الالكترونية؟ و أي لون تتخذه الإرادة في عقود التجارة الحديثة؟، و ما هي مظاهر التعبير عنها؟ و هل القواعد العامة التقليدية كافية بأن تحكم هذا النوع الجديد من العقود؟، و عليه نتطرق في الفصل الأول إلى التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الالكترونية ثم إلى الإيجاب عبر وسائل الاتصال الحديثة و أخيرا نتطرق إلى القبول.

الفصل الأول:

التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الالكترونية و التفاوض حول العقد

مما لا شك فيه أن العقد الالكتروني مثله مثل بقية العقود يتبادل فيه الطرفين المتعاقدين التعبير عن الإرادتين المتطابقتين التي ترتب آثارا قانونية، و المشرع الجزائري لم يشترط طريقة خاصة للتعبير عن الإرادة بل أكثر من ذلك يمكن التعبير عنها بأي شكل يلاءم الطبيعة الجسدية للأطراف[1] باللفظ و الكتابة والإشارة المتداولة أو اتخاذ أي موقف لا تدع ظروف الحال شكا في مدلوله الحقيقي و يستوي في ذلك أن تكون الإرادة صريحة أو ضمنية[2].و التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الالكترونية لا يستبعد المبادئ العامة، أن يصدر الإيجاب عن أحد طرفي العقد يقابله تطابق مع قبول الطرف الثاني.

المبحث الأول: التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الالكترونية

المطلب الأول: التعبير عن الإرادة باستخدام الوسائط الالكترونية و صوره.

و القصد من ذلك جوازية الإفصاح عن الإرادة في المعاملات الالكترونية بالطريقة التي تلاءم المتعاقد شريطة أن يكون لها مدلولا مفهوما من الطرف الآخر و موجودا يصلح قانونا للتعبير عنها و يصح وجودها، و في ظل غياب القوانين المنظمة للعقد الالكتروني فإننا نستعين بالأحكام العامة في القانون المدني بداية من المادة 60 منه[3]، و التي نستنبط منها جواز التعاقد بأي موقف أو سلوك يتخذه الشخص لا يدع أي شك في دلالته

[1]– د.عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد و الارادة المنفردة، طبعة 1984، ص94.

[2]– د.جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص 89 و ما بعدها.

[3]– المادة 60 من القانون المدني:" التعبيرعن الارادة يكون باللفظ و بالكتابة، أو بالاشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لايدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه.

على مقصود صاحبه بأي وسيلة كانت، و تجسيدا لذلك يجوز التعبير عن الإرادة الكترونيا في عقود وسائل الاتصال الحديثة بما فيها المفاوضات[1].

لهذا أجازت القوانين التي سبق الإشارة إليها بخصوص تعريف التجارة الالكترونية و العقد الالكتروني و الذي تبناه القضاء الأمريكي الذي اعترف بنفاذ القبول و الإيجاب المتبادلان عبر الانترنت[2]، و نفس الاتجاه سايرته اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع عن طريق وسائل الاتصال الفوري بما فيها إصدار الإيجاب و تلقي القبول بالهاتف أو الفاكس أو بأية اتصال تأتي بها التكنولوجيا الحديثة و منها الشبكات الالكترونية[3] و التي أكدتها اتفاقية الأمم المتحدة لاستخدام الخطابات الالكترونية لسنة 2006[4].

الفرع الأول: صور و طرق التعبير الالكتروني عن الإرادة

تتعدد طرق التعبير عن الإرادة في التعاقد الالكتروني بتعدد الوسائط المستعملة و تنوعها، فقد يتم التعبير عنها عن طريق البريد الالكتروني و يستوي الأمر عبر المواقع الالكترونية و المحادثة الالكترونية أو نظام التخاطب الالكتروني كما قد يكون التعبير عبر التنزيل و التحميل عن بعد.

أ: التعبير عن الإرادة عبر البريد الالكتروني:

يقصد بالبريد الالكتروني هو تبادل الرسائل بين أطراف العقد عن طريق الوسائط الالكترونية و هو يعادل البريد العادي، يتيح الاتصال من أي مكان في العالم و إلى أي مكان آخر خلال ثوان معدودة؛ و يتكون البريد الالكتروني من جزأين أساسيين هما: رأس رسالة و جسم رسالة، بمعنى آخر؛ الرأس عبارة عن عنوان البريد الالكتروني للمرسل إليه متلقي الرسالة الالكترونية **Récepteur** و التي نمثلها بحقل إدخال عنوان البريد الالكتروني الذي يأخذ لفظ: إلى المرسل إليه أو **Envoyer à** أو **Send to**، فإذا تم إدخال أو كتابة العنوان خطأ فنكون إما أمام رجوع الرسالة دون أن يتم استلامها أو الإقرار بتسلمها كما سبق الإشارة إليه و تحمل ملاحظة إعادة

و يجوز أن يكون التعبير عن الارادة ضمنيا اذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا.

[1]– د.أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 112.

[2]– المرجع نفسه.

[3]– د.محمد شكري سرور، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دراسة في قانون التجارة الدولي، دار النهضة العربية، 1988، ص 87.

[4]– و نصت على هذا الموقف المادة 20 من الاتفاقية بقولها:"01– تنطبق أحكام هذه الاتفاقية على استخدام الخطابات الالكترونية في سياق تكوين أو تنفيذ عقد تسري عليه أي من الاتفاقيات الدولية التالية، التي تكون الدولة المتعاقدة طرفا في هذه الاتفاقية، أو تصبح دولة متعاقدة فيها:

– اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية و انفاذها (نيويورك، 10 جوان 1958).

– اتفاقية فترة التقادم في البيع الدولي للبضائع(نيويورك، 14 جوان 1974 و البروتوكول الملحق بها= فيينا 11 أفريل 1980).

– اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود البيع الدولي للبضائع (فيينا 11 أفريل 1980).

– اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بمسؤولية متعهدي خدمات المحطات النهائية للنقل في التجارة الدولية(19 أفريل 1991).

– اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة و خطابات الاعتماد الضامنة(نيويورك 11 ديسمبر 1995).

– اتفاقية الأمم المتحدة لاحالة المستحقات في التجارة الدولية(12 ديسمبر 2001).

للمرسل بتقدير عنوان غير معروف في البريد العادي، و إما قد تصل الرسالة إلى وجهة خاطئة و نلتمس عندها تطبيق المادة 14 من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام بخصوص الخطأ في الخطابات الالكترونية بقولها:

" 01- عندما يرتكب شخص طبيعي خطا في تخاطب الكتروني مع نظام رسائل آلي تابع لطرف آخر و لا يوفر نظام الرسائل الآلي لذلك الشخص فرصة لتصحيح الخطأ، يحق لذلك الشخص، أو للطرف الذي يتصرف ذلك الشخص نيابة عنه، أن يسحب ذلك الجزء من الخطاب الالكتروني الذي ارتكب في الخطأ إذا:

(أ)- أبلغ الشخص، أو الطرف الذي يتصرف ذلك الشخص نيابة عنه، الطرف الآخر بالخطأ في أقرب وقت ممكن بعد علمه به، و ذكر أنه ارتكب خطأ في الخطاب الالكتروني؛

(ب)- و لم يكن الشخص، أو الطرف الذي يتصرف ذلك الشخص نيابة عنه، قد استخدم ما قد يكون تسلمه من سلع أو خدمات من الطرف الآخر أو حصل منها على أي منفعة أو قيمة مادية؛

02- ليس في هذه المادة ما يمس بانطباق أي قاعدة قانونية قد تحكم عواقب أي خطأ غير ما هو منصوص عليه في الفقرة 01".

أما جسم الرسالة الذي نعني به محتوى أو متن الرسالة، الجزء الأساسي في البريد الالكتروني حيث قد تقصر الرسالة و لا تتعدى بضعة أسطر و قد تطول بتوفير برامج البريد الالكتروني على نحو تمكن المستخدم من تخزين الرسائل و حفظ التي لم يتم إكمال صياغتها في شكل مسودات لتستكمل لاحقا و تلحق بتعديلات جديدة و إضافات تمس حتى التصاميم الالكترونية للرسالة، و تمهر أخيرا بتوقيع الكتروني يجسد المظهر الخارجي للإرادة و يتم وضعه في جسم الرسالة كذلك على أن يحمل التوقيع: اسم المرسل و وظيفته و عنوانه الالكتروني و الشهادة الالكترونية.

والإيجاب عبر البريد الكتروني لا يعدو أن يكون نفسه الإيجاب التقليدي من حيث المضمون و الجوهر، و يختلف في الأداة المستعملة و سرعة نقله و إرساله بين المرسل و المرسل إليه[1]، كما يمتاز بأنه الأكثر استجابة وضمانا لنقل البيانات و الكتابة الالكترونية حتى لا يعد بريدا مضللا أو مبالغا فيه، و عرف تشريع إمارة دبي الرسالة الإلكترونية بأنها: "معلومات إلكترونية ترسل أو تستلم بوسائل إلكترونية، أيا كانت وسيلة استخراجها في

[1]- تتم عملية ارسال البريد الالكتروني الى شخص ما بمعرفة عنوانه الالكتروني الذي يتكون من: اسم الدخول/ اسم المستخدم / اسم الحسابLogin name و الثاني علامة@ و الثالث اسم الشخص و اسم المضيف على الانترنت الذي عادة ما ما ينتهي امتداد موقعه Extension بحرفين أو ثلاث بما يشكل اسم النطاق و اشارة الى نوع المضيف فمثلا: موفر خدمات الشبكات و الاعلام تنتهي بالامتداد net. بينما المؤسسات التجارية تنته بـــــ: com. و الجهات الحكومية gouv.dz و التربوية بـــــ:edu. ؛ و هكذا تتم عملية الارسال لما يكون الشخص مشتركا في شبكة الأنترنت ثم يلج العنوان الذي يرغب في التعامل معه لارسال رسالة البيانات ثم يقوم بادخال عنوان البريد الالكتروني للمرسل اليه و يتبع ذلك الضغط على زر الارسال فيقوم برنامج البريد الالكتروني بارسال الرسالة الى SERVEUR ثم يقوم المرسل اليه بالاتصال به أين يمكنه أن يحول الرسالة الى جهازه و يقوم باستخراجها و قراءتها في صندوق بريده Boite de reception.

المكان المستلمة فيه"[1]، و عليه نجد أن أحكام البريد العادي يمكن تطبيقها في مجال البريد الالكتروني فإذا وضعنا الرسالة العادية بداخل صندوق البريد أو سلمناها للمصالح القائمة به فهو يخرج عن سيطرتنا و احتكارنا له و من ثم لا يمكننا استرداده، فكذلك الوضع بالنسبة للبريد الالكتروني الذي يكون فيه الموجب أو القابل مرسلا إلكترونيا أي أنها تصدر عن كليهما، فيكون، المرسل هو المنشئ و يقابله المتلقي الذي يعتبر مرسلا إليه على ضوء أحكام المادة 02 فقرة 07 من قانون إمارة دبي للمعاملات الالكترونية.فإذا علمنا بأنه ترسل يوميا الملايين من الرسائل الالكترونية عبر الانترنت و تنقل عادة لآلاف الكيلومترات التي تفصل بين الأطراف بما يحمله من ملفات مرفقة بها كما لوكانت صورا أو عروضا مختلفة و التي تخاطب و تستهدف الشخص المطلوب أو الفئة المحددة المراد تبليغها، لكن دون القول بالجمهور العريض الذي يستهدف بالإعلان و الإشهار؛ لأننا في الأول يكون الشخص محل اعتبار و نخصه بالذات و نعلم الطرف المحتمل التعاقد معه فإذا كان غيره كنا أمام الجمهور الواسع الذي نوجه له عرضا عاما و مجردا دون تحديد بالذات. و يختلف الوضع إذا تحصلنا على عناوينهم الإلكترونية من سجل إلكتروني فالرسالة تؤخذ إيجابا لدعوة على التعاقد؛ وهكذا يسمح للمرسل إليه والذي يتسلمها عن طريق فتح الصندوق[2]، فضلا عن ذلك، ذهب رأي فقهي إلى اعتبار أن البريد الإلكتروني المرفق بتوقيع إلكتروني في حال الاتصال الآني المتزامن يقترب لأن يكون مجلسا للتعاقد[3] ومن ثم، تحكمه القواعد العامة التي تتيح للمتعاقدين العدول في الفترة ما بين الإيجاب والقبول أو الإعراض عنه بحذف الرسالة الالكترونية أو إغلاق جهاز الكمبيوتر أو قطع الاتصال[4].

ب: التعبير عن الإرادة عبر المواقع الالكترونية[5] Website:

[1]– المادة 02 فقرة 10 من قانون إمارة دبي رقم 02 لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية.

[2]- Voir : Marie-Pierre FENOLL TROUSSEAU et Gérard HAAS, « Internet et protection des données personnelles », sans références., p.76.

[3]– أحمد خالد العجلوني، أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الإنترنت،المكتبة القانونية، الدار العلمية الدولية، ودار الثقافة، الأردن،ص 72.

[4]– كما أننا نجد من المتشائمين من يشكك في جدوى البريد والمواقع الإلكترونية التجارية، نجد في الوقت نفسه من المتفائلين من جدوى هذه التقنية، ويضيف أحد الفقهاء ما يلي:

« Le courrier électronique permet d'ennoyer des messages sur les différents réseaux présentent sur Internet pour des coûts généralement inférieurs à ceux de téléphone dans la mesure ou seule une communication locale est facturée. L'adressage est défini comme toute identification permettent d'établir une relation sur le réseaux. Une adresse électronique unique est attribuée à tout utilisateur déclaré par Internet. Avec l'E-mail, on communication en direct.

Le courrier électronique est un outil qui a des défauts et qui présente malgré des sanctions qui existent, un certain nombre de dangers et de risques (par ex., Saturation des boites aux lettres, virus, spamming… Etc.). Marie-Pierre FENOLL TROUSSEAU et Gérard HAAS, ibidem.

[5] – مثال للمواقع الالكترونية: www.ebay.com،www.tijary.ae، و غيرها من المواقع التي عادة ما يتم الحصول عليها بالاستعانة بما يسمى محركات البحث Moteur de recherche، مثل: Yahoo, Altavista, search, infoseek, google, أما بالنسبة للدول العربية نجد: www.ayna.com, www.maktoob.com. و غيرها من المواقع المتخصصة في بيوع معينة كالمواقع الالكترونية للشركات الكبرى.

قد يشاع خلط بين مصطلح موقع الكتروني و مصطلح انترنت على أنهما يحملان نفس المعنى، لكن واقعيا يختلفان في أن كل واحد منهما له معناه الخاص، و الانترنت أداة من بين أدوات الاتصال الحديثة التي تتيح ولوجها عن طريق الشبكات بشكل واسع لأنها الوسيلة ذات الاستخدام الأكثر عبر الاتصالات المختلفة بما فيها الهواتف النقالة.

أما مصطلح الموقع على الانترنت فهو عنوان مكان افتراضي غير محسوس على الانترنت يتضمن عدة صفحات موجودة بشكل دائم و مستمر على مدار الأسبوع. تقترب مواقع الانترنت في تقديم عروضها على واجهات الكترونية و يتاح ذلك بإتباع ما يسمى البروتوكول[1]، الذي يربط بين الكمبيوتر الشخصي والموقع المطلوب كمواقع البيوع، التأجير، الوظائف، الدفع الالكتروني...، و من خلاله نستطيع إدارة الاتصالات ما بين جهازين أو أكثر من الحواسيب. و التعبير عن الإرادة عبر المواقع الالكترونية يعبر عنه بالكتابة الالكترونية أو بالنقر على زر القبول أو أيقونة الموافقة سواء بالضغط على زر الموافقة الموجود على لوحة المفاتيح أو النقر بواسطة الفأرة على الخانة الملائمة، و نجد أيضا في هذا الفرض المنتجات أو الخدمات المعروضة على المستهلك الذي يضغط على الرابط الالكتروني فتظهر أمامه صفحة توحي بعقد نموذجي يتضمن سلفا لشروط و بنود العقد الالكتروني فلا يملك عندها المساومة أو التفاوض على ذلك[2].

و الإيجاب عبر بوابة المواقع الالكترونية يكون موجها للجمهور الواسع ما لم تحدد آثاره بأشخاص معينة كنفاذ الكمية أو معلقا على أجل معقول يصدر القبول خلاله. و ظهرت في البيئة الالكترونية، وسائل دفع جديدة تؤثر إيجابا أو سلبا على انعقاد العقد، تمكن من المعرفة المسبقة للمركز المالي للمشتري، و في نفس الوقت تقوم كأداة لإثبات الالتزام بدفع الثمن، كما أن أغلبية العارضين يلجئون للاحتفاظ بحقهم في العدول عن الإيجاب متى نفذ المخزون أو الإشارة أن العرض عبارة عن دعوة للتعاقد معبرين عن ذلك بأن "المخزون محدود أو الاستجابة في حدوده" أو " أن الإيجاب بلا التزام". و في هذا الفرض يصدر الإيجاب إما صريحا أو ضمنيا أو يفهم من الإرادة المفترضة للموجب من طبيعة المعاملة أو ظروف الحال. لذا فاستجابة مرتاد الانترنت **Internaute** لإيجاب

---

[1] – و البروتوكول هو: "مجموعة من القواعد و القوانين التي تحدد و تفصل كيف لحاسبين آليين أن يتصلا ببعضهما البعض عبر شبكة ما"، من بين تلك الأنظمة التي تضمن الإبحار و الدخول إلى المواقع الالكترونية: HTTP. Hyper Text Transfer Protocol; TCP: Transmission Control Protocol; IP: Internet Protocol، راجع في ذلك الأستاذين: منير الجنبيهي و ممدوح الجنبيهي، بروتوكولات و قوانين الأنترنت، دار الفكر الجامعي، مصر، 2005، ص 20 و ما بعدها.

و تمتاز هذه البروتوكولات بأنها قادرة على العمل على عدة محاور في آن واحد بين عدة حواسيب مصنعة من شركات متنوعة دون الحاجة لاقتناء برامج معينة، كما أنها تمتاز بأنها مطبقة و بسيطة تعمل على عدة طبقات و كل طبقة تعمل بناء على الطبقة التي فوقها أو تحتها.و أهم البرتوكولات عملا حاليا بروتوكول لغة ترميز النص التشعبي و بروتوكول نقل النص التشعبي فمسترضا المواقع: HTTPو HTML المشهوران يتحكمان معا في الشبكات العنكبوتية WWW، فمثلا HTML ينسق ملفات النصوص التي نراها مثل العناوين و الكلمات و الصفحات و الصور المدرجة داخل النص في حين http فهو بروتوكول يعرفنا بطرق ارسال و استقبال ملفات HTML، فكليهما يكملان بعضهما البعض.

[2] – د.رامي علوان:" التعبير عن الارادة عن طريق الانترنت و اثبات التعاقد الالكتروني"، مجلة الحقوق، مجلة الكويت، السنة السادسة و العشرون، العدد الرابع، ديسمبر 2002، ص 262.

معلق على شرط يصبح هو الشخص الموجب، و الرسالة الالكترونية التي يوجهها تعد عبارة عن قبول[1]. ما قيل هنا، يقال إذا عدل القابل عن عرض صاحب الموقع الالكتروني إذ يحقق معها مضمون المادة 66 مدني جزائري التي تنص على أنه:" **لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا**"[2]، و يلاحظ أن الموافقة الأولى لا يعني مباشرة القبول فقد يحدث خطأ غير مقصود من القابل أو لا تكون فيها الرغبة جادة، لهذا نجد الشركات تعطي فرصة ثانية لتأكيد الطلب أو القبول سواء بالنقر للمرة الثانية بما يفيد التأكيد أو تنتظر إقرارا بقبول العرض.و يعبر كذلك عن الإرادة باستخدام بعض الإشارات و الرموز المتعارف عليها معلوماتيا كما لو كنا أمام وجه مبتسم فهو يدل على الموافقة أو بإرسال إحدى الإشارتين >: **أو** <:، فالأولى بوجهة اليمين تفيد القبول أما الثانية موجهة للرفض و هي لا تخرج عن معناها التقليدي.

ج: التعبير عن الإرادة عبر المحادثة الالكترونية و المشاهدة عبر الإنترنت Internet Relay Chat[3]:

---

[1] – د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، المرجع السابق، ص73.

[2] – و توجد طريقة أخرى في العقود التي يكون محلها المنتجات أو الخدمات،كان رائجا أن العقود الالكترونية لم تكن لتأخذ شكلها الحالي، فقبل تطور الشبكات على ما هي عليه اليوم كنا نجد عقود مشابهة و تؤخذ على أنها الكترونية موضوعها البرمجيات Logiciels و يضيف أحد الفقهاء:" لقد كان للبرمجيات الجاهزة Software عقود مشابهة سميت Shrink-wraps Agreements، و هي عبارة عن اتفاقيات الرخص(النقل) التي ترافق البرامج و هي على شكلين: الأولى، و هي رخص تظهر على الشاشة أثناء عملية تنزيل البرنامج على الجهاز، و عادة لا يقرأها المستخدم بل يكتفي بمجرد الضغط " أنا أقبل I Agree أو I Accept إنها العقد الالكتروني الذي يجد وجوده في واجهة أي برنامج و يسبق عملية التنزيل Install. أما الصورة الثانية، و هي السبب في أخذها هذا الاسم (الذي يعني رخصة فض العبوة)، فإنها الرخص التي تكون مع حزمة البرامج المعروضة للبيع في محلات بيع البرمجيات، و عادة تظهر هذه الرخصة تحت الغلاف البلاستيكي على الحزمة و عادة تبدأ بعبارة " بمجرد فض العبوة، فانك توافق على الشروط الواردة في الرخصة" و من هنا شاع تعبير رخصة فتح العبوة.

و كانت هذه الطريقة في حقيقتها طريقة مقنعة للتعاقد،...، و تحديدا في عام 1998 ... و هي قضية Pro.CD. V. Zeinberg قضت محكمة الاستئناف الأمريكية، الدائرة السابعة بقبول حجية هذا العقد قياسا على العقود التي لا يجري معرفة شروط التعاقد إلا بعد الدفع كتذاكر السفر و بواليص التأمين"،بدون مراجع، متوفر على:www.opendirectorysite.index

لتفصيل أكثر حول هذا النوع من العقود الالكترونية و البرمجية و سيما في مرحلة عدم التمييز و التفرقة بين الجهاز المادي للكمبيوتر و برنامج تشغيل و استغلال الكمبيوتر في إطار قانون الملكية الفكرية، راجع رأي الفقيه ULMER، د. محي الدين عكاشة، حقوق المؤلف، المرجع السابق، ص 75 و مايليها.

[3] – تشبه هذه الحالة البيوع على المباشر Ventes Via Internet و بيوع المزاد العلني على الانترنت لما تتوفر بعض الشروط يحددها القانون، راجع:

'"La notion de traitement informatisé des offres: Cette notion recouvre une technologie par laquelle se voie appliquer un traitement informatisé des données aux offres reçues par la personne publique. La méthodologie du traitement informatisé des données Le traitement informatisé des données consiste en une sélection et un classement intelligents des données selon des critères prédéfinis. La définition selon le critère électronique de la dématérialisation : une démarche qui a recours à des procédés électronique et informatique. Christophe ACCARDO, La dématérialisations des procédures de passation de marchés publics, Mémoire, D.E.A. de Droit Public des Affaires, Université de Paris X, Nanterre, 13 septembre2001. Voir aussi, Mettre en œuvres les télé-procédures dans la juridiction administrative, Rapport du Conseil d'Etat français,2003.

لا مانع من عرض الإيجاب على مواقع المحادثة الفورية و المباشرة و التحدث مع شخص آخر و يُرد عليه في نفس اللحظة التي يكون فيها الطرفان على الكمبيوتر، و نلاحظ أن التعبير عن الإرادة بالمحادثة الالكترونية و المشاهدة عبر الإنترنت يكون باللفظ و الكتابة و بالإشارة مستعينين بالصوت و الصورة ،و لو قمنا بالرجوع إلى مرحلة قبل انتشار الانترنت لوجدنا أن فرنسا قد عرفت في مرحلة الثمانينيات التعامل الفوري عبر جهاز الميني تال **MINTEL**[1] فهي تشبه إلى حد بعيد شبكات المحادثة و المشاهدة من ناحية توجيه الإيجاب و ردّ القبول و دفع الثمن؛ إذ الأمر كله يتم و يحدث متزامنا و في مجلس تعاقد افتراضي واحد قد نعني به تعاقد بين حاضرين كما هو الحال بالنسبة للمناقصات الالكترونية[2] و البيوع الالكترونية العلنية[3]، إذ تتميزان بأنهما وسيلتان للبحث عن المتعاقد و ليست في حد ذاتها لإبرام العقد، فمن خلال المزايدات و البيوع المباشرة نطبق الأحكام العامة في التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان[4].

د: السكوت كطريقة للتعبير عن الإرادة في عقود التجارة الالكترونية

القاعدة العامة أنه لا عبرة في سكوت من وجه إليه الإيجاب، و عليه فمن يستلم رسالة الكترونية عبر البريد الالكتروني أو بصدد إعلان على موقع الكتروني متضمنا لايجاب الكتروني نصّ فيها على أنه إذا لم يرد على هذا الإيجاب خلال مدة معينة لا يشكل قبولا،فان القانون غير ذلك لا يرتب عنها أي أثر قانوني، و منه يكون التعبير عن الإرادة بموقف ايجابي أما السكوت فيه لا يتجاوز الموقف السلبي و بالتالي لا يفيد تشكيل قناعة ما تتجه لتُكَون قبولا، ولما كان السكوت قبولا استثناء كما جاء في المادة 68 التي تنص على أن:" إذا كانت طبيعة

---

[1] – توجد العديد من هذه الأجهزة و هي توجه عروضا مباشرة و آنية ، و ما ساعد على نجاح هذه العملية أنها تعتمد كذلك على الشبكات الالكترونية المغلقة مثل النظام البنكي العالمي **SWIFT** و نظام **PRIMO** و نظام **SECUNDO** و هي خدمة الكترونية تضمن التسجيل الالكتروني للمعاملة بالإضافة إلى توجيه إشعارا يتعلق بتمام العمليات و العقود المبرمة، د.محمد حسام محمود لطفي، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود و إبرامها، طبعة 1992، القاهرة، ص 18 و ما يليها.

[2] – تعرف المناقصات بأنها:" العطاء الذي يقترحه المناقص و يرتضي على أساسه إبرام العقد لو رست عليه المناقصة"، د.داود الباز،"المناقصة الالكترونية وسيلة لاختيار المتعاقد مع الإدارة"، حلقة نقاش حول مشروع قانون التجارة الالكترونية الكويتي، 2005/05/04، مجلة الحقوق، ملحق العدد 03، السنة 29، سبتمبر 2005، الكويت، ص 137.

[3]– Art.02 Bis:" …le en agissant comme mandataire du propriétaire, de proposer un bien aux enchères publiques, y compris à distance par voie électronique pour adjuger au mieux disant des enchérisseurs", Loi n°: 2000/642 du 10 Juillet 2000 portant la réglementation des ventes volontaires de meubles aux enchères public.,J.O.R.F. n° 159 du 10 Juillet 2000,p.10474. ==

== للاطلاع أوسع حول أحكام البيع بالمزاد العلني الالكتروني راجع:

La notion de la vente aux enchères:"… Toute forme de vente réalise après l'offre d'une somme supérieure à la mise à prix ou offres précédentes, au cours d'un processus d'adjudication, lequel permet d'attribuer au plus offrant le bien vendu …", Jean Pièrre VIERLING, "La sécurisation des ventes aux enchères sur Internet: l'encadrement légal doit être stabilisé par des solutions techniques", Rapport, Chambre de Commerce et d'industrie de Paris, 06 Juillet 2000,.p06.

[4] – أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص74.

المعاملة، أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول فان العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب.

و يعتبر السكوت في الرد قبولا، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه". فهذا الاستثناء عن المبدأ العام الذي لا يعتبر السكوت قبولا و إنما يفيد القبول عندما تحيط بظروف الحال تدل على قبول المعروض عليه الإيجاب، أو إذا كان الوضع يفيد بسبق في التعامل بين أطراف العقد، كتجديد العقد[1] أو إذا كان العرض يصب في منفعة من وجه إليه أو قضى بذلك العرف التجاري[2] و اعتبرت المادة 18 من اتفاقية فيينا لسنة 1980 المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع على أن السكوت أو عدم القيام بأي تصرف لا يعتبر أي منهما في ذاته قبولا، و مصطلح في **ذاته قبولا** تعني أن السكوت قد يستفاد منه أحيانا إذا اقترن بملابسات تفيد أن من وجه إليه الإيجاب ما كان إلا أن يقبل العرض فلو كان رافضا لبادر إلى ذلك صراحة[3]، و لا يكون ذلك إلا بتوفر ثلاث شروط هي:

- أن يكون السكوت ملابسا.
- أن يكون هناك تعامل سابق بين أطراف العقد.
- اتصال الإيجاب ممن وجه إليه[4].

و بالتأمل للحالات السابقة نتساءل عن تطبيق الأحكام العامة للسكوت على مستوى الانترنت؟

و عليه يتجه رأي من الفقه إلى اعتبار أن من يتسلم رسالة الكترونية عبر الانترنت تتضمن إيجابا يحق ألا يرد عليها و لا يشكل ذلك قبولا[5]، و سكوت أحد المتعاقدين في تعامل سابق بينهما باستخدام الوسائل الاتصال الحديثة يشكل قبولا شأنه في ذلك شأن القبول الذي القواعد العامة التقليدية، فلا يختلفان إلا في استعمال الأداة الالكترونية[6]، بمعنى أن التعامل السابق بين المتعاقدين عبر الشبكات الالكترونية أين يعتاد أحد الأطراف على الشراء باستخدام البريد الالكتروني أو تاجر يوجه طلبية للمحترف أو التعامل البيني عبر المواقع الالكترونية، ففكرة السكوت متوفرة و يشكل هذا الموقف قبولا على افتراض أن ظروف الحال المقترنة تدل دلالة قاطعة على أن

---

[1]– د.أحمد عبد الكريم سلامة، مصادر الالتزام، الكتاب الأول، مكتبة عين شمس، القاهرة، 1984، 85.

[2]– د.أحمد شرف الدين، الايجاب و القبول في التعاقد الالكتروني و تسوية منازعاته، المرجع السابق، ص 12.

[3]– لتفصيل أكثر حول حالات القبول بالسكوت: د.عبد الرزاق حسن فرج، دور السكوت في التصرفات القانونية، دراسة مقارنة، مطبعة المدني، القاهرة، 1980، ص 180، د.محمد عبد الحميد البيه، مشكلتان متعلقتان بالقبول: السكوت و الاذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985.

[4]– د.الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 156.

[5]– محمد شاهين الخطيب، التعبير عن الرضا في عقود التجارة الالكترونية عبر شبكة الانترنت، مؤتمر عمليات البنوك بين النظرية و التطبيق، جامعة اليرموك، الأردن، 22–24 ديسمبر 2002، ص52، لدى د.الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 104.

[6]– سمير برهان، ابرام العقد الالكتروني في التجارة الالكترونية، مؤتمر الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية و الاتجاهات الحديثة في وسائل حسم المنازعات، مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي، جامعة الدول العربية، 13/12 ديسمبر 2002، ص22.

السكوت قبولا[1] أو أنه يوجد اتفاق سابق بين الطرفين يفيد سياق ما سبق[2]؛ يضاف إلى ما سبق أن هذه الحالة التي أوردتها المادة 01/68 مدني جزائري أن هذا الأمر متوقع الحدوث بشكل كبير و أوسع على مستوى الشبكات المغلقة منه على مستوى الشبكات المفتوحة[3].

كما أن على مستوى الشبكات المفتوحة فيشترط لاعتبار السكوت قبولا أن يقترن بالتعامل السابق و وجود اتفاق بين الطرفين قبل العرض الجديد[4]، ثم إذا اعتبرنا أن القبول يتم بشكل صريح أو ضمني فان القبول على مستوى الشبكات لا يتم إلا صراحة إذ يتم عن طريق أجهزة الحاسوب و الآلات وبالتبعية يصعب استنتاج الإرادة منها.

أما حالة العرف و علاقته بالقبولالمقترن بالسكوت؛ فان العرف لم يلعب أدوارا هامة في البيئة الالكترونية لجِدة التجارة الالكترونية، أما ما كان يصب في مصلحة من وجه إليه الإيجاب فهذا من أعمال التبرع من جانب واحد لا ترتب أي التزام في ذمة من وجه إليه الإيجاب و هو أمر معتاد عليه و مألوف في التجارة الالكترونية.

الفرع الثاني: أهلية أطراف التعبير الالكتروني و وسائل التحقق منها

تعتبر الأهلية ركنا في التصرفات القانونية و ذات صلة وثيقة بركن الرضا لدى الأشخاص القانونية الذين ببلوغهم سن الرشد يكونون أهلا للتعاقد ما لم يرد نص أو وضع عكس ذلك، و مؤدى ذلك البحث عن حجية العقد الالكتروني من حيث الأطراف.

بند 01: أهلية أطراف التعبير الالكتروني[5]

وطبقا للقواعد العامة الإرادة تصدر عن شخص يتمتع بالأهلية القانونية ما لم يحجر عليه أو تسلب أهليته بحكم[1]، و يسهل التحقق منها في العقود التقليدية كونها تبرم في مجلس مادي واحد، بمعنى أنه تعتبر الأهلية من

---

[1]– د.أسامة أبو حسن مجاهد، المرجع السابق، ص82.

[2]– د. محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، المرجع السابق، ص 70، سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، طبعة 200، ص125، د.أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، المرجع السابق، ص 82.

[3]– د.أحمد شرف الدين، الايجاب و القبول في التعاقد الالكتروني و تسوية منازعاته، المرجع السابق، ص 18.

[4]– د. محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، المرجع السابق، ص262.

[5]- يشترط في كل تعامل الكتروني توفر الأهلية و إذ افتقدها وقت تدخل القصر يجعل العقد معيبا، ولهذا فقد تم وضع قيود قانونية تحمي هذه الفئة من التعاملات الالكترونية التي قد تضر بمصالحهم، بمعنى عدم تطبيق القوانين على هذه الفئة وفئة عديمي الأهلية، هذا إذا تحقق ذلك، فليس متاحا تسليم شهادات التواقيع الالكترونية للأشخاص دونما التحقق من هويتهم أو سنهم، ويعتبر ذلك من التزامات المصدق قبل تسليم الشهادات و إلا عد مسئولا عن تسليمها.

بعكس ما سبق، أن القواعد القانونية المطبقة على عديم أو ناقص في الأهلية لا يمتد إلى تطبيقه على الأشخاص القانونية الاعتبارية، فمن القواعد القانونية الوطنية ما تمنع هذه الأشخاص من الحصول على تواقيع الكترونية كما سبقت الإشارة إليه في اكتساب الأحزاب السياسية البلجيكية للتواقيع الالكترونية أو كأن يحضر القانون على بعض الهيئات العامة من ممارسة النشاطات التجارية أو كاشتراط إذن مسبق في ذلك، من خلال ما سبق تتجلى أهمية التحقق من الأهلية في التوثيق فهو عنصر ضروري في التصديق على المعاملات الالكترونية.

من أهم العناصر المشكلة للرضا، فإذا لم اكتمل سن البلوغ لدى الشخص و لم يحجر عليه عدّ كامل الأهلية، فكما عرفت المعاملات التقليدية الإشكالات المرتبطة بالأهلية فقد تبعها الحال و أن طرحت على مستوى عقود التجارة الالكترونية، فهل تكتمل أهلية الشخص في بيئة التجارة الالكترونية في وقت يظل الطرفان غائبان ماديا عن مجلس التعاقد؟

و لكل طرف أن يفحص في شخصية الطرف المقابل و إن كان ذلك يدخل في صميم عمل الموثق الذي يضمن العقد هوية الأطراف و يتلوها في الأخير عليهما. أما في عقود التجارة الالكترونية فقد أثيرت في الوهلة الأولى إشكالية التأكد من أهلية الأطراف المتعاقدين لتباعدهما مكانيا، الشيء الذي ترتب عنه عدم الإلمام بالمعلومات الأساسية لكل واحد منهما كما لو كنا نبحث عن الوضع المالي لهما و سن الرشد لأطراف العقد أو كأن تكون الشركة محل حكم بشهر الإفلاس أو هل أنا أتعامل مع الأصيل أو الوكيل؟ و في ما إذا كان الموقع الالكتروني واقعيا أم وهميا هدفه النصب و الاحتيال[2].

لهذا،فبداية الاستعانة بوسائل الاتصال الحديثة طرحت إشكالية الشخص المتعاقد معه و أهليته كما لو كان مراهقا أو صغير السن الذي قد يستخدم بطاقة مصرفية ذكية ملك لغيره و يقدم على التعاقد مع تاجر حسن النية، ناهيك عن القرصنة الالكترونية و الاختراق، مما حذا ببعض الفقه أن يتجه صوب التوسع في النظرية القائلة بالأخذ بالظاهر لتشمل المعاملات الالكترونية وتكون عندها قد عالجت مشكلة الأهلية و تحافظ على مصلحة المهنيين على أمل أن يدلي التاجر بأن القاصر يظهر أمام الملأ مظهر الشخص الراشد و له أن يرجع عليه بناء على قواعد المسؤولية التقصيرية[3]، و بهذا أخذ المشرع الفرنسي في المادة 1307 مدني عندما فرض على القاصر الذي يخفي أهليته أن يرد للغير ما دفعه[4].

غير أن هذا الوضع لم يدم طويلا بظهور الموثق الالكتروني أو سلطة التوثيق الالكتروني الذي عن طريقه وجدت عدة حلول لما سبق منها التعريف بالمُوقع الالكتروني و التدقيق في مسألة الأهلية و البيانات المطروحة على الشبكات كشعار الشركة أو العلامة التجارية حتى يقع العقد صحيحا، و كل ذلك كما سيأتي بيانه في الباب الثاني من الدراسة الحالية[5]. بينما نجد التوجيه الأوربي المتعلق بحماية المستهلك في العقود عن بعد ينص

---

[1]– تنص المادة 40 من القانون المدني:" كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، و لم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.
و سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة".

[2]– د.رامي علوان، المرجع السابق، ص240.

[3]– محمود الخيال، الأنترنت و بعض الجوانب القانونية، بدون مراجع، ص123.

[4] - Art.1307 de code civil français : « La simple déclaration de majorité, faite par le mineur, ne fait point obstacle à sa restitution»

[5]– " التوثيق: تتطلب عمليات المعلومات أساسا اتباع نظام توثيق خطي لتوثيق بناء النظام و كافة وسائل المعالجة و التبادل و مكوناتها وبشكل رئيس فان التوثيق لازم و ضروري لنظام التعريف و التخويل و تصنيف المعلومات و الأنظمة التطبيقية و في اطار الامن فان التوثيق يتطلب أن تكون استراتجية أو سياسة الأمن موثقة و مكتوبة و أن تكون اجراءاتها و مكوناتها كاملة محل توثيق اضافة الى خطط التعامل مع المخاطر و الحوادث و الجهات المسؤولة و مسؤولياتها و خطط التعافي و ادارة

في المادة 18/12 على ضرورة عرض البيانات المتعلقة ببيع المنتجات أو الخدمات و أن يلتزم المحترف ببيان شخصيته و هويته كاسم المنشأة و مقرها و رأسمالها و نفس الشيء يقال على المستهلك[1].

بند 02: وسائل التحقق من الأهلية في عقود التجارة الالكترونية

توجد محاولات جدية تهدف إلى التوصل و التحقق من أهلية الشخص المتعاقد معه في عقود التجارة الالكترونية، و من بين الحلول المتوصل إليها: البطاقة الالكترونية، الوسيط الالكتروني و استخدام الوسائل التحذيرية.

فإذا أخذنا البطاقة الالكترونية؛ فما يميزها أساسا أنها تحمل في طياتها البيانات الخاصة بحائزها من اسم و سن و لقب و محل أو موطن إقامة و المصرف الذي يتعامل معه و رقم البطاقة، فهي شخصية لحاملها تضمن له الحماية من عمليات التزوير أو سوء الاستخدام من قبل الغير في حال سرقتها أو ضياعها مثلا.

أما بخصوص الوسيط الالكتروني فهو الطرف الثالث في التعامل الالكتروني، يتخذ موقفا محايدا بالمقارنة بطرفي العقد كما يقوم ببيان هويتهما و أهلتهم القانونية و يصدر الشهادة الالكترونية و شهادة التوقيع الالكترونية، و سنأتي لبيان لدى الوسيط.

يضاف إلى ما سبق، الإشعارات التي ترسل عبر الانترنت التي تحذر من ولوج مواقع الكترونية مشبوهة، حيث تصدر عن مواقع الكترونية حكومية أو من الوسطاء الالكترونيين أو حتى من المهنيين ذاتهم في إطار عرف المهنة.

بند 03: توقيع الأشخاص الاعتبارية العامة و شكل التعبير عن الإرادة

نصت المادة 02 فقرة 03 من التوجيه الأوروبي الموقع على أنه:" **الشخص الطبيعي أو المعنوي الحائز لأداة توقيع الكتروني خاصة به ويقوم بالتوقيع أو يتم التوقيع بالنيابة عنه على الرسالة الالكترونية باستخدام هذه الأداة**"[2]. لقد تم التوسعة في هذا التعريف ليشمل كل شخص من الأشخاص القانونية دون تمييز بين الشخص

الأزمات و خطط الطوارئ المرتبطة بالنظام عند حدوث خطر"منير ممدوح الجنبيهي و ممدوح محمد الجنبيهي، أمن المعلومات الالكترونية، دار الفكر الجامعي، 2006، الاسكندرية، ص 15.

[1] - Art. 02 § f de directive 2000/31 : « de Directive «communication commerciale»: toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou exerçant une profession réglementée. Ne constituent pas en tant que telles des communications commerciales:

— les informations permettant l'accès direct à l'activité de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne, notamment un nom de domaine ou une adresse de courrier électronique,

— les communications relatives aux biens, aux services ou à l'image de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne élaborées d'une manière indépendante, en particulier lorsqu'elles sont fournies sans contrepartie financière ».

[2] - Art. 02§03 de directive européen : «Signataire», toute personne qui détient un dispositif de création de signature et qui agit soit pour son propre compte, soit pour celui d'une entité ou personne physique ou morale qu'elle représente ».

الطبيعي و الشخص المعنوي وهذا ما قصدته اللجنة القانونية أمام البرلمان الأوروبي[1]، في تقريرها، بأن التواقيع بما فيها شهادات إنشائها، يمكن تأجيرها للأشخاص الطبيعية، و القانونية، كالشركة ذات المسؤولية المحدودة، مما يجعل كل عقد الكتروني مرفق بتوقيع الكتروني منشأ طبقا لشهادة المصادقة الالكترونية يجعلها محررا عرفيا، و ينتج أثاره بالقدر الذي ينتجه سند مُوقع الكترونيا من شخص طبيعي، و له أن يبرم التصرفات القانونية بالشكل الذي يخدم به مصالحه، و الشخص الاعتباري بهذا الشكل غير مجسد ماديا، لكن ذلك لا يمنع من تجسيده قانونيا على نحو يتحمل التزامات، بالقدر الذي يكسبه الحقوق وذلك بالاستعانة بالتوقيع الالكتروني في إبرام العقود.

يتضح مما سبق، أن المشرع الأوربي مكن كل الأشخاص القانونية من إصدار شهادات الكترونية، بمن فيهم المواطنين، وأشخاص القانون العام، المؤسسات التجارية، إلا أن المشرع البلجيكي استثني من ذلك الجمعيات، حتى السياسية منها، و إن كان لا يوجد مبرر من إقصاء أعضاء الأحزاب السياسية حتى يبينوا عضويتهم و طبيعة وظائفهم في الأحزاب[2]، إضافة إلى ذلك، لا يوجد ما يمنع هذه الأشخاص من الاستعانة بالعديد من هذه الشهادات، و استعمالها في مختلف أنشطتهم اليومية، يلاحظ كذلك أن حامل الشهادة هو الشخص المحدد فيها و لا تنتج آثارها القانونية إلا في مواجهة هذا الشخص وهذا ما يشكل تناقضا مع المبدأ المكرس قانونا، و أهلية التمتع التي تقضي بحرية اكتساب الحقوق و التحمل بالالتزامات.

يجب عدم الخلط بين مفهوم حيازة الشهادة و البيانات المتعلقة بإنشاء التوقيع إذ أن هذه الأخيرة مسجلة على دعامة مادية، و مثالها البطاقة الذكية La carte à puce أما حائز الشهادة فهو الحائز للبيانات و المعطيات المسجلة، و هذا الاختلاف يظهر أكثر لدى الشخص الاعتباري الذي يحوز الشهادة لكن واقعيا لا يضع يده على البيانات المتعلقة بإنشاء التوقيع، و ليست تلك المتعلقة بالبطاقة الذكية، و لا حتى استعمالها في التوقيع، و هذا متاح فقط للأشخاص الطبيعية المؤهلة لتمثيل الشركة. إذن، هو واضع اليد على تلك البيانات. و تنطبق بعدها الحقوق و الالتزامات على حامل الشهادة لا على واضع اليد على الشهادة، بيد أن هذا الأخير لا يتصرف في منأى عن المادة 80 فقرة 03 فهي تلزم كل مقدم لخدمة التوثيق أن يضع سجلا، ببيان اسمي لكل شخص طبيعي و صفته القانونية التي يمثل بها الشخص الاعتباري، و الذي يستعمل التوقيع المرتبط بالشهادة، فأي معاملة الكترونية تتم باسمه يمكن من معرفة الشخص الطبيعي القائم بذلك.

الفرع الثالث:التعبير عن الإرادة و محل العقد[3]:

[1] -COM(97)503 : « Vers un cadre européen pour les signatures numériques et le chiffrement : assurer la sécurité et la confiance dans la communication électronique », Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des Régions, 8 octobre1997.

[2] - Didier GOBERT, « Cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification : analyse de la loi du 9 juillet 2001 », Disponible sur : www.consultandtraining.com.

[3] - Beaure D'Augéres GAILLAUME et autres, Paiment numérique sur internet, Etat de l'art, aspects juridiques et impact sur les métiers, Thomson Publishing,1997, p100.

تشترط القواعد العامة في محل العقد أن يكون موجودا و ممكنا، و أن يكون معينا أو قابلا للتعيين، و أن يكون مشروعا[1]، و يتم تعيين موضوع العقد الالكتروني[2] الذي لا يخرج عن ترتيب التزامات بأداء عمل معين أو الامتناع عنه، و المحل في عقود التجارة الالكترونية نجدها تتضمن أداء شيء معين كما لو كان توريد أجهزة كمبيوتر و ملحقاته أو برامج معلوماتية، و قد يكون المحل تقديم خدمة مقابل ثمن معلوم للطرفين.

بند01–وجود الشيء أو الخدمة:

و ترد عقودها على معدات و أجهزة و خدمات تكون قابلة للإيجار كما تكون على سبيل البيع ما لم يكن المحل غير موجود عند إبرام العقد، فإذا فقدت كان العقد باطلا لانعدام المحل، أما لو تلف بعض منه للعميل الخيار بين فسخ العقد أو التمسك به،كالذي يتبين أن خدمة الدخول لشبكة الانترنت ليست بالسرعة المأمولة أو أن جهاز الحاسوب ليس بالمعايير و المواصفات المطلوبة أو أن الموثق الالكتروني لا يضمن أمن و سلامة التواقيع الالكترونية، أما إذا كان جهاز الكمبيوتر بخصائصه المطلوبة غير مصنع بعد فيكون وجوده احتمالي على المستقبل، فالعقد ينعقد صحيحا شريطة أن يعين المحل تعيينا تنتفي معه الجهالة[3]، ثم إذا كان محل العقد خدمات استغلال مالي على برنامج معلوماتي بناء على براءة اختراع، فالواقع يتجه صوب تطبيق قواعد المقاولة بالنسبة للخدمة المقترحة، لذا يلزم كل مرة تحديد موضوع الخدمة و نوعها و مواصفاتها القانونية كما لو كانت تحمل لشهادة الايزو و الإشارة إلى مقدارها و تنفيذها و مدة العقد.في حين إذا كان العقد غير موجود و لا يمكن تحقيقه في المستقبل فان العقد باطل بطلانا مطلقا لعدم وجود محل.ونفس الشيء يقال في تسليم محل العقد، إذ لا عقود خدمات توثيق إذا كان غير ممكن ولوج الموقع أو كان لا يستجيب لطلب تأكيد أو توثيق معاملة الكترونية منجزة أو كتقديم بنك لخدمة التحويل الالكتروني للأموال.

بند02–وجوب تعيين المحل[4]

يجب أن يكون المحل عند التعاقد الالكتروني محددا و معينا تعيينا كافيا تنتفي معه الجهالة الفاحشة و إلا كان العقد باطلا[5]، و يتم ذلك ببيان المحل و تحديد أوصافه و الصفات الرئيسية للأموال و الخدمات المعروضة و ذكر طبيعة البضائع و الخدمات المعروضة و مكوناتها و أوانها و سماتها الخاصة[6] و كذا بيان مضمون المعقود عليه إذا كان غير

---

[1] – د.وحيد الدين سوار، القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، جزء أول، دمشق، 1991، ص123 و ما بعدها.

[2]– المادة 92 و ما يليها مدني جزائري.

[3]– د.نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 46.

[4]– راجع في هذه النقطة: د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، العقد، المرجع السابق، ص 517 و ما يليها؛ د.أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، 1996، ص 129؛ د.عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، ص259؛ د.محمد لبيب شنب، الوجيز في مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، 1999، ص 201؛ د.حسام الأهواني، النظرية العامة للالتزام، جزء 01، المجلد الأول، المصادر الارادية للالتزام، الطبعة الثالثة.

[5]– أنظر المدا 111 القانون الفرنسي المتعلق بحماية المستهلك التي توجب اعلام المستهلك بالأوصاف الأساسية للسلعة أو الخدمة.

[6] - Lamy, Droit de l'informatique et des reseaux, 1998.

موجود، ليس ضروريا أن نحدده وقت إبرام العقد الالكتروني بل يكفي أن يكون قابلا للتعيين[1] كالتعاقد بناء على العينة التي تدرج في خانة الضمان الصريح في اصطلاح المشرع الأمريكي[2] الذي يعتبر تقديم العينة بمثابة تحديد لطبيعة ووصف السلعة النهائية و منه فالبائع يضمن للمشتري العينة مطابقة للسلعة التي يتسلمها أي أنه يضمن مطابقة المنتج في شكله النهائي مع العينة[3] و بها أخذ المشرع الجزائري في المادة 353 مدني بقولها:" إذا انعقد البيع بالعينة يجب أن يكون المبيع مطابقا لها و إذا تلفت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين و لو دون خطا كان على المتعاقد بائعا أو مشتريا، أن يثبت أن الشيء مطابق أو غير مطابق"، ذات الفكرة يمكن تسويتها على الشبكات الالكترونية إذا اعتمد المشتري[4] على نفس و الوصف و الوسم و الجودة و الثمن بمعنى تأثره بها في شراءه[5]، بقول أدق، يجوز الأخذ بالمفهوم الموسع للبيع بالعينة على مستوى الشبكات الالكترونية كون البيع بالعينة بالعينة ليس إلا وسيلة أو أداة لتعيين المبيع[6]. و يختلف الوضع لو اتفق الأطراف على إدارة المشروع المعلوماتي بصيغة المفتاح في اليد **Cléf en main** فيمتد تعيين المحل إلى تعيين المعدات و الأجهزة و حتى البرامج المستعملة[7]، و إذا سلمنا بذلك نجد أن المحل في بعض عقود التجارة الالكترونية يصعب تحديد محلها لكون لكون العميل قد يحتج بأن المهني لم يلتزم بما تعهد به في موضوع العقد و أن هذا الأخير يحتج بأنه لا يستطيع تمكين العميل وفقا للنماذج التي ذكرت بمحل العقد ذلك أن إعداد برنامج معين أو القيام بخدمات الصيانة لا يعين بشكل كاف عند إبرام العقد بل تظهر أهميته و يحدد بشكل كاف عند التسليم أو التنفيذ الذي يكشف لنا أجزاء أدق و جوهرية لم يتطرق إليها العقد كما هو عليه في الواقع، و عليه فالحل يبقى للطرفين[8] بمطالبة العميل بالزيادة أو اللجوء إلى ما ورد بدليل المشتريات للمركز التجاري بباريس Paris Duty Free على أنه:" يتم وصف و تقديم القطع التي نعرضها للبيع في كتالوجاتنا بأكبر قدر من العناية و الدقة، و رغم ذلك

---

[1]– د.عبدر الرزاق السنهوري، الوسيط، العقد، المرجع السابق، ص 517، عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص 240.

[2]- La revue Semaine Juridique, « Entreprise et affaires », n° 41 du 08 Octobre 1998, PP.1579 et S.

[3]– د.ايمان مأمون أحمد سليمان،المرجع السابق، ص 170.

[4]- Lionel COSTES : « Aperçu sur le droit de commerce électronique aux Etats-Unis, Droit et patrimoine », n°55, Décembre 1997, p66.

[5]– "قد يختار المتبايعان طريقا دقيقا لتعيين المبيع فيتقدم أحدهما، و يكون غالبا هو البائع، بعينة يجب أن يكون المبيع مطابقا لها، فيعطى بائع القماش مثلا للمشتري عينة من القماشالذي يبيعه اياه تكون عادة قصاصة من هذا القماش، أو يعطى لائع القطن أو القمح أو الورق أو نحو ذلك عينة مما يبيعه يحتفظ بها المشتري حتى يضاهى عليها ما يتسلمه من البائع من قطن أو قمح أو غير ذلك. و العينة تغنى عن تعيين المبيع بأوصافه فهي المبيع مصغرا، أو بمضاهاة المبيع على العينة يتبين ان كان البائع قد نفذ التزامه تنفيذا سليما فيما يتعلق بجنس المبيع و نوعه و جودته و غير ذلك من الأوصاف التي يتميز بها، و هي في الوقت ذاته تغنى عن رؤية المبيع، اذ أن المشتري برؤيته للعينة يكون في حكم من رأى المبيع"، د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، العقود التي ترد على الملكية، البيع و المقايضة،دار النهضة العربية، الطبعة الثانية المنقحة، 1986، ص 299 و 230.

[6]– د. أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الانترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2002، ص119.

[7]– يطلق عليه كذلك عقد المفتاح الجاهز و عقد تسليم المفتاح، د.حسام عيسى،نقل التكنولوجيا، دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية، دار المستقبل العربي، القاهرة، 1988،ص 327، محمد حسام محمود لطفي، الادار القانوني لنقل التكنولوجيا، تأملات في الواقع و المستقبل، ندوة الويبو عن المكلية الفكرية لطلاب الحقوق في الجامعة الأردنية، مارس 2000، محمود الكيلاني،عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، القاهرة، 1988.

[8]– د.نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 48و 49.

فلسنا مسئولين قد ما يقع من غلط في هذا الشأن"[1]، فإذا كان بإمكان المحترف من وضع هذا الشرط تهربا من المسؤولية، فهذا الشرط لا يسري إذا ارتكب التاجر أو المورد خطأ جسيماكما نص عليه المشرع المصري في المادة 02/217 مدني، زد على ذلك، الحالة التي أضافتها محكمة النقض الفرنسية لا عبرة فيها لشرط الإعفاء من المسؤولية إذا ترتب عنها إعفاء المدين من المسؤولية عن عدم تنفيذ التزامه الأساسي في العقد[2].

بند03–مشروعية المحل في عقود التجارة الالكترونية

و مقتضاه خضوع عقود التجارة الالكترونية كبقية العقود العادية لمشروعية المحل و ألا يتعارض مع نص قانوني معين أو أن يكون مخالفا للنظام العام و الآداب العامة وقوفا عند نص المادة 93 مدني بقولها:" إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا"[3]. و إذا كان المبدأ أنه يمكن التعامل في كافة السلع و الخدمات انسجاما مع حرية التجارة[4] و التي يتوسع نطاق دائرتها لتشمل معاملات التجارة الالكترونية فيكون البيع و الشراء على مستوى الانترنت التي تجاوزت كل الحدود الجغرافية؛ بالموازاة لهذه التطور، ظهرت تطبيقات جديدة لفكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص فما يؤخذ من الأوضاع الشكلية في دولة غير ما هو في دولة أخرى و ما يعامل بأنه مباح في دولة غير ما محظور في دولة أخرى، فالإشكال إذن قد يحل بأخذ فكرة احترام قانون دولة المشتري[5] أو قد يستجاب للمادة 02 فقرة (ب) بند (أ) التي تستبعد تطبيق اتفاقية الأمم المتحدة للخطابات الالكترونية من المعاملات المتعلقة بتبادل خاضع للوائح التنظيمية؛ أو طبقا للبند 10 من التوجيه الأوربي الخاص بالتواقيع الالكترونية[6].

المطلب الثاني:صحة التراضي في العقود الالكترونية

---

[1]– د. أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الانترنت، المرجع السابق،ص116.

[2]– . أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الانترنت، ص 117؛ راجع لنفس المؤلف:د. أسامة أبو الحسن مجاهد، فكرة الالتزام الرئيسي في العقد و أثرها على اتفاقات المسؤولية، دار الكتب القانونية، 1999.

[3]– عدلت هذه المادة بالقانون 10/05 المؤرخ في 20 جويلية2005، ج.ر: 44،ص 22؛ حيث كانت صياغة هذه المادة في ظل الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 كما يلي:" اذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا بطلانا مطلقا".كما أن في الجزائر تأخذ بمبدأ حرية الممارسة التجارية الا ما استثني بنص خاص كابرام عقود التمويل و القروض التي يبقيها حكرا على مؤسسات تجارية دون أخرى (84/ 21 في 24 ديسمبر1984 و قانون النقد و القرض 11/03 المؤرخ في 26 أوت 2003) و التأمينات و ممارسة الأنشطة المتعلقة بالاتصالات و البريد.

[4]– كرس مبدأ حرية ممارسم التجارة لأول مرة في فرنسا في قانون 17/02 سنة 1791 حيث يكون كل شخص حرا في امتهان تجارة أو ممارسة مهنة أو فن احتراف نشاط حرفي معين؛ أنظر:

Beaure D'Augéres GAILLAUME et autres,*précité*,p100.

[5]- Ch.TORRES, L'Internet et la vente aux consommateurs, Thèse du Doctorat, Univeristé de Paris X-Nanterre, 1999,p.40

مشار اليها كذلك لدى د.ايمان مأمون أحمد سليمان،المرجع السابق، ص 172.

[6] - Préambule « (10) de directive 2000/31/CE : « Conformément au principe de proportionnalité, les mesures prévues par la présente directive se limitent strictement au minimum requis pour atteindre l'objectif du bon fonctionnement du marché intérieur. Là où il est nécessaire d'intervenir au niveau communautaire, et afin de garantir un espace qui soit réellement sans frontières intérieures pour le commerce électronique, la directive doit assurer un haut niveau de protection des objectifs d'intérêt général, en particulier la protection des mineurs, de la dignité humaine, du consommateur et de la santé publique. Conformément à l'article 152 du traité, la protection de la santé publique est une composante essentielle des autres politiques de la Communauté. »

تتقارب عيوب الرضا التي تشوب العقد الالكتروني كالتي عرفناها في سائر العقود، غير أنه و بالرجوع إلى خصوصية العقد الالكتروني فان نظرية عيوب الإرادة تستوعبها وفقا للأحكام العامة الواردة في ذلك، غير أنه قد تصبح نظرية غير صحيحة و لا تستوعبها الوسائط الالكترونية كوسائل للتعاقد التي تؤثر على الشروط القانونية التقليدية للعقد إضافة لما يتمتع به العقد الالكتروني من خصائص و ميزات[1].

الفرع الأول: التدليس

و التغرير هو كل حيلة يستعملها الشخص لإيهام غبره بأمر مخالف للحقيقة بقصد أخذه على إبرام العقد بحيث لولاها لما أقدم المتعاقد الآخر على إبرام العقد[2]، و يستوي في ذلك أن يكتم واقعة أو ملابسة لها صلة وثيقة بالعقد المنجز إذا أثبت المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو الملابسة (المادة 86 مدني جزائري)[3] و يجب التمييز بين التدليس و الغلط لأن الأول عيب عام في حين أن الثاني عيب خاص، و للمتعاقد المتضرر أن يستند على قواعد التدليس لإبطال العقد كون القواعد المتعلقة بالغلط تعتريها صعوبة في إثباته عكس التدليس الذي يعتمد على عناصر موضوعية في الإثبات[4] في حين أن الغلط يقوم على عناصر ذاتية تأتي على أساس إيهام أو توهم تلقائي لأسباب متنوعة تختلف بحسب الأشخاص و مستواهم العلمي و خبرتهم...الخ[5]، كما قد تدرج في خانة النصب والاحتيال طبقا للمادة 372 عقوبات و التي أدرجت لذلك صورا صورا منه[6]. يقسم التدليس إلى نوعين هما: ايجابي يتمثل في استعمال الحيلة بقصد إيقاع المتعاقد الآخر في غلط يدفعه إلى التعاقد، أما النوع الثاني فهو الموقف السلبي الذي يتخذه أحد الأطراف بعدم ذكر بيانات أو وقائع التي من شأنها أن تحول دون إبرام العقد[7]، و توسعت محكمة النقض الفرنسية في هذا المبدأ ليشمل الكذب و

---

[1]– د. أحمد شرف الدين،عقود التجارة الالكترونية، تكوين العقد و اثباته، لدى:د.خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 122.

[2]– يعرف التغرير بأنه:"حمل المتعاقد على معاوضة بطريقة باطلة تجعله يظن أنها من مصلحته، و ترغبه فيها و الواقع غير ما يظن، و الغرور و التغرير في الشرع الاسلامي نفسه التدليس بمعناه القانوني، فضلا راجع: د.محمود عبد الرحمان محمد، الاستغلال و الغبن في العقود، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1997، ص71.

[3]–نصها:" يجوز ابطال العقد للتدليس اذا كانت الحيل التي لجأ اليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.

و يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة اذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

[4]– د.نوري حمد خاطر، تالمرجع السابق، ص 22.

[5]– د.نوري حمد خاطر، تالمرجع السابق، ص 22.

[6]– ونصها:" كل من توصل الى استلام أو تلقى أموال أو منقولات أو سندات أو تصرفات أو أوراق مالية أو وعود أو مخالصات أو ابراء من التزامات أو الى الحصول على أي منها أو شرع في ذلك و كان ذلك بالاحتيال لسلب كل الثروة أو بعضها أو الشروع فيه اما باستعمال أسماء أو صفات كاذبة أو سلطة خيالية أو اعتماد مالي خيالي أو باحداث الامل في الفوزبأي شيئ أو وقوع حادث أو ايية واقعة أخرى وهمية أو الخشية من وقوع شيئ ...".

[7]– د.عبد الرواق السنهوري، الوسيط، العقود التي ترد على الملكية، البيع و المقايضة، المرجع السابق، ص 267.

الكتمان[1] و هي في نفس الوقت تشكل إعلاما كاذبا طبقا لقوانين حماية المستهلك[2]؛فهل يمكن تطبيق أحكام الإعلان الكاذب أو المضلل في بيئة المعاملات الالكترونية؟ و هل ينشأ عن الكذب التدليس؟

لا يوجد نص قانوني صريح يحدد معنى الكذب و علاقته بالتدليس، غير أن بعضا من الفقه يرى بأن الكذب المعبر عنه كتابة يعدّ وسيلة للاحتيال، ومنه تتيح شبكة الانترنت فضاء واسعا لناشري الإعلانات و للشركات التجارية التي تسعى بشتى الطرق للوصول إلى العميل كما لو كان الإعلان على مواقع الانترنت ذات صلة بالبريد الالكتروني أو كاحتكار مساحة إعلانية من موقع الالكتروني تعليمي،خصوصا بعد تطور و تحسين وسائل الاتصال بين العميل المحترف و التي تؤثر في محتوى الإعلان بذاته الذي لا يخلوا من خطورة في توجيه إرادة المشتري و من ثم وجب البحث في محتوى الإعلان تحت ظل التقنيات الحديثة. مما لا شك فيه أن المواقع الالكترونية بدورها تلتزم بالقواعد و الإجراءات التي تحكم الإعلانات[3] إلا أنها لا تخلو من بعض الأساليب و الممارسات التي تؤثر على سلوك المستهلك و توجيهه نحو التعاقد كالبيان كذبا عند ذكر خصائص منتج أو خدمة معينة أو كالكذب في مكوناته أو في إخفاء مصدر منشأ البضاعة، فكل ذلك يشكل تدليسا يمس إرادة الشخص و يعيبها متى كانت النية مبيتة للتضليل و الخديعة أو لتحقيق هدف غير مشروع.و نخلص قولا أن الكذب و الدعاية الالكترونية الكاذبة التي تجر المستهدف إلى إبرام العقد تعد تدليسا يترتب عنه تمكين المدلس عليه الاستفادة من أحكام المادة 86 لإبطال العقد والمطالبة بالتعويض.

و يجب علينا التأكيد على أن الكذب المدلس هو الذي يرتب أثره وليس الكذب المجرد الذي ليس له أي آثار سلبية تثقل عاتق أحد الطرفين[4] و له نفس آثار التدليس العارض أو الفرعي حتى و لو انجر عنه وجود نية الإضرار الإضرار بمصلحة أحد المتعاقدين[5]، كما أنه لا كذب في امتداح التاجر لبضاعته إلى حد الكذب ما دام الوضع

---

[1]– د.أحمد السعيد الزقرد، الحماية القانونية من الخداع الاعلاني في القانون الكويتي و المقارن، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 19، العدد 04، سبتمبر 1995، ص 221، فرغم قول محكمة النقض الفرنسية بذلك الا أن محكمة النقض المصرية ذهبت نقيض ذلك و اعتبرت أن الكذب وحده غير كاف لتكوين عنصر الحيلة بمعنى أن تستعمل الحيلة في خدع المتعاقد و أن تكون تلك الحيلة غير مشروع، قضاء النقض في المواد المدنية، الجزء الثاني، 1994، ص139.

[2]– راجع في هذا: د.عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، دار الفكر الجامعي، مصر، 2005، ص 38؛ الدكتور أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005، ص 108.

[3]– أنظر يدباجة التوجيه الأوربي المتعلق بالتجارة الالكترونية التي تنص على حماية المستهلك حتى في بعض الاعلانات الصادقة غير الكاذب؛

« La présente directive doit être sans préjudice de la directive 98/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des E´ tats membres en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac (1) adoptée dans le cadre du marché intérieur ou des directives relatives à la protection de la santé publique. La présente directive complète les exigences d'information établies par les directives précitées et en particulier la directive 97/7/CE ».

[4]- Cass.Civ.1ère, 29 Nov.1978, n°78, Bulletin civile, 01, p285.

[5]– د. نوري حمد خاطر، المرجع السابق،ص 26.

مألوفا في التعامل[1]، و المستهلك لا يتمكن من معاينة و فحص الشيء المنيع كما هو الحال في البيوع التقليدية إذا قام البائع باستعمال الحيل التقنية كالأبعاد الثلاثية أو الوسائط الالكترونية أو البرامج التي لا تعمل في أجهزة كمبيوتر تكيف على أنها غش و الغش يفسد التصرفات[2] لهذا عدّ من قبيل التدليس الشخص الذي يتكتم عن خصائص برامج أجهزة الكمبيوتر التي لولاها لاتجهت إرادة المقتني إلى اختيار أحسن البرامج[3] و له أن يحتج بأنها لا تتطابق مع المواصفات المطلوبة المطلوبة، أما إذا لم يتمكن العميل من إثبات أن المهني استعمل طرقا احتيالية و أن شركة **فيلبس PHILIPS** لصناعة أجهزة الكمبيوتر تؤكد أنها تتمتع بالكفاءة ولا مجال لادعاء الخصم بالحكم بالتدليس[4]، كما لا يكفي الكتمان العمدي ليكون تدليساعن طريق كتمان معلومات و بيانات كاملة و يكتفى بالكتمان الجزئي للمعلومة للقول بذلك[5]،و لنا مثال آخر في اعتبار الحبس الجزئي للمعلومة تدليسا، بيع الدواء عبر الانترنت و عدم ذكر الصيدلي لخصائصه و بياناته كعقار طبي و كيميائي له فعاليته الدوائية من آثار جاذبية غير مرغوب فيها أو لا يذكر موانع استعماله أو لا يحدد تاريخ نهاية صلاحيته[6]. و طرق التدليس كثيرة و متنوعة في التعاقد الالكتروني فقد نجد منها استعمال العلامات التجارية، نشر بيانات خاطئة أو استعمال اسم نطاق ليس لمالكه أو كإنشاء موقع الكتروني وهمي لا أساس قانوني له على الإطلاق[7] أو كإطلاق

---

[1]– المشرع الأردني ذهب الى أبعد من ذلك في عدم اكتفاءه بالتدليس فقط حيث اشترط أن يترتب عن التغرير غبن فاحش للقول بعيب لحق ارادة أحد الأطراف، و مفهوم الغبن الفاحش هنا ما لا يدخل في تقويم المتقومين أو عدم التكافؤ و التعادل بين ما يأخذ و يعطى بين طرفي العقد، فهو المشرع الأردني لا يفرق ربين الغبن الفاحس و الغبن البسيط اليسير، راجع في هذه النقطة: د.نوري حمد خاطر، تالمرجع السابق، ص 30.

[2]– د.ممدوح محمد خيري هاشم، مشكلات البيع الالكتروني عن طريق الانترنت في القانون المدني، دار النهضة العربية، 2000، ص143.

[3]-J.Chestin, les liens de dol dans la formation du contrat et de l'obligation precontractuelle de reenseignement, note de cass.Civ., 3ème chambre, 03 Fev.1981, Dalloz jurisprudence, p.457.

[4]– "...أما دفع المدعى عليه بأنه كان يجب على المدعي أن يشتري حاسوبا ثانيا مع الحاسوب الأول لغرض تحسين كفاءة ذاكرة الحاسوب الأول، على الرغم من أنه IBM فانه دفع غير صحيح، و أن ما طلبه المستفيد هو نوع == == من التغرير، حيث أثبت الخبراء أن الحاسوب الثاني لم يكن ضروريا لأنه كان من الممكن تحسين كفاءة الحاسوب الأول عن طريق شراء DOUBLE DISQUES الذي لا تتجاوز تكاليفه 2500 دولار، في حين أن الحاسوب الثاني كلف المستفيد 47000 سبعة و أربعين ألفا فرنك، و شراء الحاسوب الثاني كلف المستفيد اضافة الى مبلغ 10000 عشرة آلاف فرنكا لشراء برنامج آخر. فما قام به المتعهد هو من قبيل التغرير أوقع المتعهد في غلط حمله على التعاقد"؛ و في قضية أخرى طرحت أمام محكمة استئناف باريس تتلخص وقائعها في:" أن الشركة المدعى عليها قد أعلنت عن وجود حاسوب لديها ذي كفاءة عالية، بحيث يستطيع المستعمل استخدامه حتى لغرض البرمجة بعد التدرب لمدة أسبوعين فقط، دون اللجوء الى مبرمج مختص، و أن كفائته هذه لا تتطلب شراء برامج تشغيل أو غيرها، باختصار شديد أظهر الاعلان الحاسوب و كأنه ثورة في عالم المعلوماتية. على هذا الأساس قام المستفيد (المدعي) بشراءه، و عند استخدامه تبين أنه لا يختلف عن غيره من حيث الأداء، و يحتاج الى برنامج تشغيل و الى مبرمج لتنظيمه" و انتهت محكمة استئناف باريس أن عدم كفاءة الكمبيوتر بما هو معلن عنه يشكل اعلانا كاذبا مما يترتب عنه عيب يشوب ارادة المشتري مما يبطل العقد، د. نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 24–26.

[5]– د.ممدوح خالد ابراهيم، المرجع السابق، ص 141.

[6]– د.حسن عبد الباسط جميعي، عقود برامج الحاسب اللآلي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1998، ص 131.

[7]– حازم الصمادي، المسؤولية في العمليات المصرفية الالكترونية، دار وائل للنشر و التوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2003،ص 75.

موقع الكتروني لأحد البنوك الوهمية حتى تغرّ بالعملاء بقصد إيداع أو تحويل أموالهم[1] و هذا بعيدا عن أحكام قوانين حماية المستهلك[2].

و للحد من هذه المشكلة، نجد في التوثيق الالكتروني أهم حل لتتبع و تقفي المحتالين على مستوى الشبكات، فهي تؤكد هوية الشخص و تربط إرادته التعاقدية برسالته الالكترونية كمنشئ و لا يتأتى ذلك إلا بالتحري عن هذه المواقع التجارية الالكترونية و إثبات جديتها و مكان وجودها و تزيد بذلك الثقة و الائتمان في الشبكات و توضح في مصداقية الموقع[3] كما لو كان بموقع تصديق الكتروني أو مقيد بمؤسسة تسجيل أسماء النطاق[4].

الفرع الثاني:عيب الغبن

و نظمت أحكامه المواد 89 و90 مدني جزائري، و عرفه الفقه بأنه:" عدم التعادل بين التزامات كل من العاقدين في العقد الملزم للجانبين"[5]، و المشرع الجزائري كبقية التشريعات رتب عن تحقق الغبن في عقود المعاوضة أما إبطال العقد أو الانتقاص من الالتزامات التي تثقل عاتق الشخص المغبون، فأي غبن في عقود التجارة الالكترونية؟

إن معاجلة المشرع للغبن دون أن يتعرض إلى نوعيه: اليسير و الفاحش و إنما اكتفى بالنص على التفاوت الكبير في الالتزامات، يجعلنا نستبعد الغبن اليسير أو الغبن المجرد فمجرد عدم التكافؤ بين ما يقدمه المتعاقد و ما يأخذه المتعاقد الآخر لا يكون سببا للطعن في العقود[6]، و أن يكون منتجا في الدعوى كبقية عيوب الرضا و الذي يشترط يشترط فيه شروط الاستغلال خاصة الشرط المعنوي و النفسي الذي يصب في اقتناص الطيش و الهوى الجامح.و أورد المشرع الجزائري استثناءات في المادة بقولها:"يراعى في تطبيق المادة 90 عهد الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود"، و أهم هذه الاستثناءات دعوى الغبن في بيع العقار الذي يتجاوز فيه قيمة الغبن مستوى

---

[1]– منير الجهيني و ممدوح الجهيني،البنوك الالكترونية، دار الفكر الجامعي، مصر،2006، ص136 و ما يليها.

[2]– يذهب رأي فقهي حديث الى تمييز الأحكام المطبقة على المعاملات الالكترونية و تلك ذات العلاقة بحماية المستهلك و أحـــكام الضمان، حيث أن:" حق العدول في التعاقد لا يختلط مع نظرية عيوب الارادة فلكل منهما مجاله و شروطه الخاصة، فالأول، أي حق العدول، يهدف الى جعل رضا المتعاقد رضا متمهلا و مترويا غير متسرع فيه، أما عيوب الارادة فتحمي رضاء المتعاقد من حيث كونه رضاء حرا صحيحا،و لذلك اذا وقع المستهلك ضحية اعمال غش أو تدليس مع البائع مثلا بقصد التأثير في رضائه، ففي هذه الحالة قد يثبت للمتعاقد حق العدول في تعاقده خلال المهلة المحدد، اذا توافرت الشروط المطلوبة، كما يكون له أيضا المطالبة بابطال العقد استنادا الى نظرية عيوب الارادة، اذا توافرت سائر شروطها". د.ممدوح خالد ابراهيم، المرجع السابق، ص 143؛انظر كذلك:د.ابراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، دراسة مقارنة متعمقة في الشريعة الاسلامية و القوانين الوضعية، مطبوعات الجامعية، 2003، ص108.

[3]– من أهم شركات تسجيل و اثبات جدوى المواقع الالكترونية و أسماء النطاق و الأرقام؛ مؤسسة:ICANN و هي مختصر لـــ:.Internet Corporation for Assigned Names and Numbers

[4]– د.ابراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية، حلقة نقاش حول مشروع قانون التجارة الالكترونية الكويتي، 2005/05/04، مجلة الحقوق، ملحق العدد 03، السنة 29، سبتمبر 2005، الكويت، ص 135.

[5]– د.سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، نظرية العقد و الارادة المنفردة، الطبعة الرابعة، 1987، ص 407.

[6]– د.عبد الفتاح عبد الباقي،نظرية العقد و الارادة المنفردة، بدون مراجع، ص 404.

الخمس من قيمة العقار[1] و حالة الغبن الوارد في الملكية الشائعة[2]، و لما كان الغبن لا تظهر خطورته إلا في الحالات التي حددها المشرع سلفا[3] و تخرج المطالبة بفارق قيمة الغبن في غير ه الحالات و من ثم فانه و ما دام الغبن نص عليه المشرع استثناء فانه و بخصوص المعاملات الالكترونية فان الغبن لا يؤثر إلا في الحالات التي نص عليه المشرع سلفا[4]، و من ثم لا يطعن في عقود التجارة الالكترونية إلا تأسيسا على عيب الرضا في العقود العادية، العادية، ومثالنا على ذلك ما نص عليه المشرع التونسي في المادة 50 من قانون التجارة الالكتروني على أنه:" يعاقب كل من استغل ضعف أو جهل شخص في إطار عمليات البيع الالكتروني بدفعه للالتزام حاضرا أو آجلا بأي شكل من الأشكال، بخطية تتراوح بين 1000،20000 دينار، و ذلك إذا ثبت من ظروف الواقعة أن هذا الشخص غير قادر على تمييز أبعاد تعهداته، أو كشف الحيل أو الخدع المعتمدة بالالتزام أو ثبت أنه كان تحت الضغط مع مراعاة أحكام المجلة الجنائية"[5].

الفرع الثالث: الإكراه

الإكراه كعيب من عيوب الرضا يهدف إلى إجبار المتعاقد على التصرف بغير إرادته و رضاه التام باستخدام وسائل ضغط غير قانونية تحدث رهبة و خوفا في نفسه يأخذه على التصرف المعيب[6] و يجعل إرادته غير سليمة لانعدام الحرية و الاختيار[7]، و الإكراه فقها هو:" ضغط مادي أو أدبي يقع على الشخص فيولد لديه رهبة أو

---

[1]– المادة 358 من القانون المدني:" اذا بيع عقار بغبن يزيد عن 1/5 الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن الى أربعة (4/5) أخماس ثمن المثل.
و يجب لتقدير ما اذا كان الغبن يزيد عن الخمس (1/5) أن يقوم العقار بحي قيمته وقت البيع"

[2]– المادة 732 من لاقانون المدني:" يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي اذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس (1/5)، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيئ وقت القسمة".

[3]–أورد المشرع المصر حالات أخرى للغبن منها: ما يرجع الى نوعية معينة من المتعاقدون طبقا للمادة 425 مدني مصري و اشترط في ذلك خمسة شروط هي: أن يكون العقد بيعا، و أن يكون البائع ناقص أهلية، أن تنصب على عقار، ألا يتم البيع بالمزاد العلني و ان يزيد الغبن عن الخمس، و أورد كذلك استثناء آخرا متعلقا باجارة الوقف طبقا للمادة 632 مدني مصري التي تقضي بعدم صحته اذا كان الغبن فاحشا، و أضافت المادة 709 حالة أخرى تضمنت عقد الوكالة اذا كانت بأجر، فللقاضي أن يتدخل لانقاصه بطلب من الموكل.راجع د.محمد عبد الظاهر حسين، الدعاوى المتعلقة بعقد البيع، شروطها و آثارها و مواعيد سقوطها،دار النهضة العربية، 1994، ص 25.

[4]– د.خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 125.

[5] -Art. 50 de la loi relative aux échanges at au commerce électronique du 9 août 2000. :« Sans préjudice des dispositions du code pénal, quiconque aura abusé de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour lui faire souscrire, dans le cadre d'une vente électronique, des engagements au comptant ou à crédits sous quelque forme que ce soit, sera puni d'une amende de 1000 à 20.000 dinars, lorsque les circonstances montrent que cette personne n'était pas en mesure d'apprécier la portée des engagements qu'elle prenait ou de déceler les ruses ou artifices déployés pour la convaincre à y souscrire ou font apparaître qu'elle a été soumise à une contrainte ». ; Journal Officiel de la République tunisienne n°64 du 11 août 2000, pages 1887 à 1892.

[6]– عدنان السرحان و نوري خاطر، شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)،طبعة 1997، ص122.

[7]– و قد قضت محكمة التقض المصرية بأن:" ...الاكراه المبطل للرضا لا يتحقق الا بتهديد المتعاقد المكره بخطر جسيم محدق بنفسة أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها، أو التخلص منها و يكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على الاقرار بقبول ما لم يكن ليقبله اختيار، و يجب أن يكون الضغط الذي تتولد عنه في نفس

أو خوفا يحمله على التعاقد"[1]. نصت المادة 88 مدني جزائري على الإكراه و اعتبرت الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الثاني الذي يدعيها أن خطرا جسيما محدقا، بمعنى أن الإكراه ذاته ليس عيبا يفسد الرضا بل الرهبة أو الخشية من خطر ينتظره في حال عدم التعاقد هي محل الاعتبار وقت وقوعه، و يعتبر الإكراه بهذا الشكل إذا تحققت شروطه الثلاث[2]، ألا و هي:

- أن يبرم العقد تحت سلطان رهبة أو خوف.
- أن تكون الرهبة هي الدافع للتعاقد.
- أن تكون الطرف الثاني علاقة بالإكراه.

أما الإكراه على مستوى الشبكات الالكترونية فهو مستبعد من التطبيق لأنه من الغير المتصور أن نجمع بين متعاقدين متباعدين جغرافيا و نكره أحدهما على التعاقد في مجلس تعاقد حكمي.غير أنه ممكن أن نتصور إكراها اقتصاديا في نطاق المعلوماتية كما ذهب إليه رأي فقهي فرنسي[3]، خاصة في حالة الصيانة ما بعد البيع، فإذا زود المحترف المستفيد من أجهزة متطورة و لا يوجد لها منافس في السوق، فانه عند الرجوع لخدمة الصيانة يفرض المحترف شروطه[4] و يضطر العميل لقبولها[5].

الفرع الرابع: الغلط (المواد من 81 إلى 85 مدني)

يعرف عيب الغلط بأنه:" توهم غير الواقع، أو هو وهم يقوم في ذهن العاقد يحمله على اعتقاد غير الواقع"[6]، و لما كان للغلط ما يمنع من قيام و نفاذ العقد و يوجد له غلط معيب يقع على أمر جوهري، و يترتب عنهما البطلان إذا تعلق به أو على شرط من شروطه أو على محل العقد.

و المشرع الجزائري كبقية التشريعات تناول عيوب الإرادة بشروط معينة و بحالات محددة سلفا، غير أن التطور التقني الحديث و التكنولوجي تلاشت معه هذه المبادئ القانونية التقليدية و تساوت كفتي كلا الطرفين من حيث القدرة على التعاقد إلا أن ذلك حل محله توجه فقهي جديد يبحث في الخبرة و القدرة الفنية أو الاقتصادية لطرفي العقد، أو أن يحل محلها حق المشتري في إرجاع المنتج إلى البائع إعمالا لمبدأ الحق في

العاقد الرهبة غير مستند الى حق، و هو يكون بذلك اذا كان الهدف الوصول الى شيئ غير مستحق حتى و لو سلك في سبيل ذلك وسيلة مشروعة، و أن تقدير وسائل الاكراه و مبلغ جسامتها ة تأثيرها على نفس المتعاقد و الترجيح بين البينات و الأخذ بقرينة أخرى هو من الأمور التي تستقل بها محكمة الموضوع و لا رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله"؛قضاء النقض في المواد المدنية، الجزء الثاني، المجلد الأول، ص146.

[1]– د.رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام،دار المطبوعات الجامعية، 2003، ص126.

[2]– د.عبد الفتاح عبد الباقي،نظرية العقد و الارادة المنفردة، بدون مراجع، ص 357.

[3]– د.نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص21.

[4]- N.Khater, La protection juridique du logiciel par la propriété intellectuelle dans les pays de la langue arabe, thèse,Nantes, 1995, p9. In : د.نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص22.

[5]– د.محمد حسين منصور، المسئولية الإلكترونية،المرجع السابق،ص 75.

[6]– د.عدنان سرحان و نوري خاطر، المرجع السابق، ص 131.

العدول إلا أن ذلك لا يعني بأنه يستند على الغلط لإعماله و إنما ليس بحاجة إلى إثبات أنه وقع في الغلط. أي أن للمشتري أن يتمسك بالغلط و أن يتمسك في البيوع عن بعد بحقه في العدول، فمصلحة المشتري في حال التمسك بالغلط تعفيه من تحمل تكاليف نقل المبيع ورده للبائع، أما في حال التمسك بحقه في العدول فنفقات نقل المبيع ورده يتحملها هو دون البائع[1].و هذا الرأي مؤيد فقها و قضاء فهما اللذان توسعا في المقصود بعيوب الإرادة و أيدتهما في مرحلة تالية التشريعات و القوانين على نحو تضمن الحماية للطرف الأقل خبرة الذي يحق له أن يتمسك بوقوعه في الغلط و عدم علمه الكافي بموضوع العقد و أركانه إذا كان الطرف الأكثر خبرة لم يمكنه و لم يوفر له المعلومات الكافية عن المبيع أو الخدمة، كما له أن يتمسك بعدم تحكمه و تبصره بالأمور التقنية و التكنولوجية سيما الدقيقة منها.

لتفصيل أكثر، للمحاكم أن تقدر وقوع الغلط في العقد أو عدم وقوعه أخذا بعذر عدم خبرة أو عدم احتراف العميل أو المتعامل في المعاملات الالكترونية[2]،فإذا تبين أن المستهلك أو العميل متخصص و متمكن فنيا مما هو متنازع عليه كان للمحكمة أن تعتبر وتقدر أن مثله لا يقع في الغلط[3]، و الغلط في العقود الالكترونية قد يكون بسبب العرض غير الواضح و الملتبس للمنتجات و الخدمات[4] مما أخذ المشرع الأوربي التجاري على عاتقه أن أن يسن في المادة 11 منه إلزامية قيام مقدمي الخدمات بعرض الخدمة على العميل بالتفصيل الجزئي و الدقيق، و أن يتيحوا للعميل الوسائل الكافية و الفعالة و أن يسهلوا له بلوغها و الحصول على البيانات الالكترونية اللازمة، وكل ذلك من أجل تجنب الوقوع في الغلط[5].

و يرى جانب فقهي آخر، للغلط نوعان[6]:**غلط جوهري**؛ يمس ماهية العقد أو أحد أركانه، فإذا تعلق الأمر بماهية بماهية العقد فانه ينجم عن عدم تطابق الإيجاب و القبول و ترتيبا عنه انعدام الرضا كما لو قام مشتر باقتناء برنامج الكتروني بنية حق الاستغلال عليه في حين أن نية البائع تتركز في بيع حق الاستعمال فقط دون غيره[7]، فلا

---

[1]–د.الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 128.

[2]– د.حسن عبد الباسط جميعي،المرجع السابق، ص 130.

[3] –د.الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 129.

[4]- Lionel BOCHURBERG,Internet et commerce électronique,Delmas, Paris, 2001,p127.

[5]- Article 11 de directive 2000/31/CE : « Passation d'une commande

1. Les Etats membres veillent, sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement, à ce que, dans les cas où un destinataire du service passe sa commande par des moyens technologiques, les principes suivants s'appliquent: - le prestataire doit accuser réception de la commande du destinataire sans délai injustifié et par voie électronique, - la commande et l'accusé de réception sont considérés comme étant reçus lorsque les parties auxquelles il sont adressés peuvent y avoir accès.

2. Les Etats membres veillent, sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement, à ce que le prestataire mette à la disposition du destinataire du service des moyens techniques appropriés, efficaces et accessibles lui permettant d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger, et ce avant la passation de commande ».

[6] – د.نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص32.

[7] – المرجع نفسه.

فلا تطابق للإرادتين التي ترتب بطلان العقد، و لو كان المقترض اعتقد أن القرض طويل الأجل و أن المقرض اعتقد خلاف ذلك فالعيب هنا جوهريا[1]، فإذا تحقق الغلط المانع ترتب عنه بطلان العقد الذي يرجع الأطراف على الحالة التي كانا عليها قبل العقد. أما **الغلط المعيب**[2]، و الذي لم ينص المشرع عن غيره، فهو الذي يقع بالأمر و الوصف الجوهري المرغوب فيهما، أو يصيب صفة المتعاقد معه بالذات، وهذا الغلط لا يقوم رضا المتعاقد بدونه فلولاه ما تعاقد مع الطرف الثاني، و يشترط للتمسك به سواء في الجزائر أو فرنسا أن يقع أحد طرفي العقد في غلط جوهري في الشيء أو في الشخص أو طبيعة العقد، ثم أن يكون الطرف الثاني عالما بالغلط الذي وقع فيه الطرف الأول، ويضيف رأي آخر شرط حسن نية الطرف الأول الذي وقع في الغلط[3]، و هو تطبيق سليم للمادة 02/82 مدني جزائري.

و البيئة الالكترونية غير بعيدة عن الغلط في العقود الالكترونية، فقد يظن المتعاقد نفسه أنه يتعاقد مع شخص محل اعتبار من حيث كفاءته إدارة نظم الحاسوب و يظهر بأنه معروف بخبرته أو لشبه في الاسم، كما قد تتشابه السلع المعروضة بين موقع الكتروني و آخر، كما اعتبر أنه من قبيل وقوع العميل في الغلط، عدم قبول المحترف لبطاقة ائتمان رغم إعلانه التعامل بها[4]،و يصعب إن لم نقل يستحيل التحدث عن الغلط في حال عدم كفاية عرض المنتج على المواقع الالكترونية لقابلية تعديله لاحقا دون أن تترك التقني الحالية أثرا ماديا لذلك ما لم تكن تلك البيانات مسجلة على دعامة الكترونية و محفوظة لدى وسيط الكتروني معتمد[5].

و يخرج من نطاق العقود الالكترونية الغلط المانع الذي يؤثر على وجود الإرادة و إنما يكتفى بالغلط الذي يعيب الإرادة كما لو كان الغلط في توجيه البريد الالكتروني أو الغلط في الإعلان الالكتروني كالذي يعلن عن قيمة سلعة أو خدمة ثم يتضح غلط في إرسال البريد، فالأمر لا يعدو أن يكون خطأ ماديا أو حسابيا، و

[1]–عرضت قضية على القضار الفرنسي:" طلب المستفيد من المتعهد (شركة خدمات) تزويده كل شهر بنظام الكتروني، عبارة عن قائمة تحدد أرقام السيارات الداخلة و الخارجة الى الشركة مقابل سعر جزافي،ثلاثمائة فرنك، و أجابه المتعهد على طلبه، غير أن المتعاقدين لم يوضحا هل المبلغ المذكور في العقد اجمالي لكل الصفقة أم عن كل جهاز يقدمه المتعهد الى المستفيد. أرسل المتعهد رسائل عدة يطالب المستفيد بدفع مبالغ أعلى من المبلغ المذكور أعلاه، حيث بلغت المطالبات خمسة و سبعين ألف فرنك فرنسي...، رأت محكمة استئناف باريس أن هناك سوء تفاهم بين اطراف العقد أصلا، و هو نوع من الغلط المانع الذي لا يلزم المستفيد بدفع أي مبلغ لأن العقد باطل". المرجع السابق، ص32.

[2]– نصت عليه المادة 82 مدني جزائري:" يكون الغلط جوهريا اذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن ابرام العقد لو لم يقع في الغلط.

== و يعتبر العقد جوهريا على الأخص اذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد و لحسن النية.

و اذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، و كانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد".

[3]– د.نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 34.

[4]– د.نبيل محمد أحمد صبيح، بدون مراجع، ص236، ، لدى د.الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 130.

[5]– سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، طبعة 2006، ص 165.

بناء على المادة 81 مدني جزائري فانه إذا كان الغلط هو الدافع إلى التعاقد فقد رأىالمشر ع بأنه يمكن إبطال العقد الذي يستشف من صيغة العقد و الظروف المقترنة بالعقد و من العرف كذلك[1].

و نفس الموقف اتخذه المشرع في تفادي إلغاء العقد و ألزم من وقع في الغلط بتنفيذ العقد متى كان الطرف المقابل قد أظهر حسن النية في تنفيذ العقد، و أغلق باب إبطال العقد إذا تعلق الأمر بزلة القلم أو الخطأ في الحساب بقصد الحفاظ على استقرار المعاملات.

غير أن في حال تحقق البطلان، لا يوجد ما يمنع من رجوع أحد أطراف العقد الالكتروني الذي وقع في الغلط على الطرف الثاني بالتعويض على مقدم الخدمة أو عارض السلعة إذا ارتبط بالغلط أو لعيب في أجهزته الالكترونية و برامجها.

المطلب الثالث:التعبير عن الإرادة و النيابة القانونية في المعاملات الالكترونية

نصت المادة 04 فقرة (ج) على أن لمنشئ الرسالة الالكترونية أن يعبر عن إرادته أو أن يوكل شخصا ينوبه في ذلك،

و بمقتضى المادة 571 مدني فالوكالة عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر بعمل لحساب الموكل و باسمه، و التطور التكنولوجي أدى إلى ظهور وسيط الكتروني مؤتمت في المعاملات الالكترونية، و لدوره البالغ في عقود التجارة الالكترونية فلقد نظمت غالبية التشريعات الوسيط الالكتروني و خصائصه دوره في العلاقة التعاقدية، وبناء على المادة 571 مدني إذا كان العقد يتم بين شخص طبيعي و شخص آخر فإنه في نطاق البيئة الالكترونية تتم العقود التجارية الالكترونية بدون تدخل يد الإنسان و إنما نتعامل مع أجهزة مادية تابعة للوكيل الالكتروني أو ما يصطلح عليه نظام الحاسوب المؤتمت أو الوسيط الالكتروني[2]؛ أي أن الكمبيوتر من يتولى إبرام العقد مع الإنسان أو مع جهاز كمبيوتر آخر، فيصدق الحديث عندها عن تبادل الإيجاب و القبول بين جهازين بشكل تلقائي بعد برمجة مسبقة على ذلك.

الفرع الأول: تعريف الوكيل الالكتروني.

عرف قانون إمارة دبي الوسيط الالكتروني المؤتمت بأنه:"برنامج أو نظام الكتروني لحاسب آلي يمكن أن يتصرف أو يستجيب لتصرف بشكل مستقل، جزئيا أو كليا، دون إشراف أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتم فيه التصرف أو الاستجابة له"، أما وثيقة اليونسترال التحضيرية للاتفاقية الخاصة بالعقود الدولية المبرمة برسائل

[1]– د.نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 35.

2– الوسيط المؤتمت هو الوسيط أو الوكيل الالكتروني في التعامل الالكتروني عبر الشبكات الالكتروني، وبهذا الدور يكون مفهوم الوسيط جديدا في القاموس القانوني العربي حيث ظهر الى الوجود أول مرة في أوراق لجنة الامم المتحدة CNUDCI المعدة باللغة العربية، ثم استعملته تشريعات الدول العربية منها: قانون امارة دبي للمعاملات الالكترونية، و القانون المصري للتوقيع الالكتروني و القانون التونسي للمبادلات و التجارة الالكترونية.

الكترونية[1] و التي اصطلح عليها فيما بعد باتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية بقولها:"برنامج حاسوبي أو وسيلة الكترونية أو وسيلة مؤتمتة أخرى تستخدم للبدء في عمل أ للاستجابة كليا أو جزئيا لرسائل البيانات دون مراجعة أو تدخل من شخص طبيعي في كل مرة يبدأ فيها النظام عملا أو يقدم استجابة"[2].و عليه فكل التعريفات لا تخرج عن اعتبارها معاملات الكترونية تبرم و تنفذ بشكل كلي أو جزئي بوسائط آلية و برمجية تتفق و إبرام العقد الالكتروني بين شخص طبيعي و وكيل الكتروني هو كمبيوتر أو موقع أو علاقة ربط جهاز بجهاز.

الفرع الثاني: شكل الوكيل الالكتروني و ضرورة توافر نية التعاقد

يتم التحضير لإنشاء الوكيل الالكتروني عبر عدة مراحل أهمها، تبدأ بقيام الإنسان على برمجة كمبيوتر للاستجابة بطريقة معينة دون حضوره المادي أمام شاشة الكمبيوتر و يستوي في ذلك الممثل القانوني للشخص الاعتباري الذي يصدر قرارا بإعداد وكيل الكتروني تحدد مهمته في انجاز العمليات الالكترونية المؤتمتة، ثم تأتي مرحلة ثانية حيث يبدأ العمل بالبرنامج و ينطلق الكمبيوتر بالرد على الرسائل بطريقة آلية مهيأة سلفا دون التدخل للتفاوض أو التحاور مع الطرف المتصل. و التعاقد مما سبق يأخذ شكلين أساسيين؛هما:[3]

فالأول أن يتخذ شكل اتصال بين إنسان و كمبيوتر، كالذي يحرر رسالة الكترونية و يتقدم بعرض لشركة ما، أي أن العلاقة تقوم بين وسيط الكتروني و شخص طبيعي الذي يتخذ جميع إجراءات التعاقد الالكتروني بحكمه أنه موجب أو قابل فهو ينتظر موقفا من طرف الكمبيوتر الذي يفترض بعدها علم الشخص الطبيعي(مالكه) بأمر العقد الالكتروني.

في حين أن الشكل الثاني هو التعاقد بين جهاز كمبيوتر و جهاز آخر شريطة وجود الاتفاق المسبق بين أطراف العقد، و عليه يبرم و ينفذ بالكامل بواسطة الكمبيوتر ولا دخل حينها للشخص الطبيعي و نستخلص أن فحوى هذا العقد افتراض علاقة تجارية قبلية بين المحترفين أو تعامل سابق أو عرف تجاري حسب الحال.

---

[1]–وثيقة اليونسترال باللغة العربية رقم: A/CN.9/WG.IV/WP.95، أما اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية، قرار الجمعية العامة A/RES/60/21 المتخذ بالدورة 60، بتاريخ: 09 ديسمبر 2005.

[2]– أنظر صياغتها على الاتفاقية في شكل النهائي بمتن المادة 04 فقرة(ز)،كما يلي:"يقصد بتعبير **نظام رسائل آلي** برنامج حاسوبي أو وسيلة الكترونية أو وسيلة آلية أخرى تستخدم لاستهلال اجراء ما أو للاستجابة كليا أو جزئيا لرسائل بيانات أو لعمليات تنفيذهان دون مراجعة أو تدخل من شخص طبيعي في كل مرة يستهل فيها النظام اجراء ما ينشئ استجابة ما".

[3]– د.خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 160.

نأتي على تطبيق آخر للشكل الثاني لهذا النوع من الوساطة في العقود التي تبرم بين كمبيوتر و آخر و لكن من غير وجود اتفاق سابق و لا تدخل للإنسان، و يبرم العقد بين جهازي معلوماتية[1] بنية إحداث أثر قانوني معين، فهل يشترط توفر نية الوكيل الالكتروني في ذلك؟

تتكون نية التعاقد الالكتروني عندما يرغب أطراف التعاقد برمجة الكمبيوتر بطرق و وسائل معينة و إعداده للتعامل و الاستعمال، بمعنى أن النية تسبق بداية التعاقد و إذا برمج الكمبيوتر تأكدت نية الإيجاب و القبول التي تتجه بشكل قطعي الدلالة إلى إبرام العقد الالكتروني دون الحاجة لوجود طرف بشري، و نخلص أن الوكيل الالكتروني ما هو إلا وسيلة و أداة في يد المتعاقد للتعبير عن الإرادة و إعلانها للطرف الثاني لا غير.

الفرع الثالث: مشروعية التعاقد و الأنظمة الالكترونية:

كما سبق تعريف الوكالة من خلال المادة 571 مدني جزائري فان لفظ الوكالة جاء عاما و محددا بوكالة خاصة إذا كنا أمام بعض التصرفات القانونية كالوكالة في التقاضي أو البيع أو الرهن أو التبرع...الخ، و عمومية الوكالة تجيز أن يكون الوكيل شخصا طبيعيا كما تجيز أن يكون وسيطا الكترونيا، و قد تكون الوكالة التقليدية ضمنية أو صريحة، و لا يمكن أن نتصورها وكالة ضمنية في الوساطة الالكترونية، و قد أجاز قانون إمارة دبي إبرام العقود عن طريق الوكيل الالكتروني في المادة 01/14 بقولها:" يجوز أن يتم التعاقد بين وسائط الكترونية مؤتمتة متضمنة نظامي معلومات الكترونية أو أكثر تكون معدة و مبرمجة مسبقا للقيام بمثل هذه المهمات، و يتم التعاقد صحيحا و نافذا و منتجا آثاره القانونية على الرغم من عدم التدخل الشخصي أو المباشر لأي شخص طبيعي في عملية إبرام العقد في هذه الأنظمة"[2].و نفس الموقف استعرضته لجنة الأمم المتحدة للتجارة الالكترونية لدى تحضيرها اتفاقية استخدام الخطابات الالكترونية لسنة 1995 من أنه:" ...يجوز تكوين العقد بتحاور بين نظام حاسوبي مؤتمت و شخص طبيعي أو بين حاسوبين مؤتمتين حتى و إن لم يستعرض أي شخص طبيعي كلا من التدابير الفردية التي تنفذها مثل هذه النظم أو الاتفاق الناتج عنهما"[3]، و هذا يرتب نفس الآثار القانونية المترتبة على العقد التقليدي و تنصرف إلى الأصيل و يصبح العقد بين الموكل و الوكيل الالكتروني كالذي يقوم بحجز غرفة فندق مع تأكيد الحجز أو شراء تذكرة طيران فيقع عندها أن التزام المشتري هو دفع الثمن و يقابله التزام البائع صاحب الوكيل الالكتروني من أن يسلم تذكرة سفر.

الفرع الرابع: مسؤولية الوكيل الالكتروني

[1]– جاء في المادة 02/14 من قانون امارة دبي للمعاملات الالكترونية:" كما يجوز أن يتم التعاقد بين نظام معلومات الكتروني مؤتمت يعود الى شخص طبيعي أو معنوي و بين شخص طبيعي اذا كان الأخير يعلم أو من المفترض أن يعلم أن ذلك النظام سيتولى مهمة ابرام العقد أو تنفيذه".

[2]– تفرق التشريعات الحديثة بين الوكالة التجارية و الوساطة التجارية فالأخير تربطه علاقة تبعية او عقد عمل مع المنتج أو الموزع أو التاجر كوكيل النقل أو الوكيل بعمولة.

[3]– أنظر وثيقة اليونسترال UNICTRAL , A/CN.9/WG.IV/WP.95، متوفر على:www.un.org.

نظمت احكم مسؤولية الوكيل الالكتروني عدة تشريعات و رتبت عن تدخله في إبرام العقود الالكترونية أن يتحمل أطرافها ما يترتب عنها من مسؤولية وواجبات شريطة أن يكون الوكيل الالكتروني تحت سيطرتهم الكاملة.ترتيبا عن ذلك لا يمكنهم التنصل من التزاماتهم لسبب أن النظام الالكتروني الذي يعمل بشكل آلي لم يوجه من شخص طبيعي مؤهل أو لعذر آخر عدا ما أدرج ضمن السبب الأجنبي أو أن الوكيل الالكتروني لا يعمل تحت سيطرته.فإذا ارتكب خطأ في البرمجة أو غلطا نتيجة عيب في البرنامج فللطرف المتعاقد طلب فسخ العقد مع التعويض.لهذا يراعى حلول إرادة الوكيل الالكتروني حلول إرادة الموكل في التصرف الذي تنصرف إليه كل لآثار العقد من حقوق و التزامات.

و للطرف المتعاقد أن يتنصل من العقد إذا أثبت أنه لم يعلم بأنه تعامل مع وسيط الكتروني مؤتمت نزولا عند المادة 02/14 التي تشترط علم الشخص الطبيعي لتمام العقد الالكتروني بنصها على أنه:"كما يجوز أن يتم التعاقد بين نظام معلومات الكتروني مؤتمت يعود إلى شخص طبيعي أو معنوي إذا كان هذا الأخير يعلم أو من المفترض أن يعلم أن ذلك النظام سيتولى مهمة إبرام العقد أو تنفيذه".

و يستوي الأمر فيما سبق و عدم نفاذ العقد في مواجهة المتعاقد إذا صاحب الوكيل الالكتروني خطأ ماديا في رسالة البيانات و لم يتم التصحيح اللاحق لرسالة البيانات أين أجبر المشرع الأوربي التجار الذين يعرضون السلع و الخدمات مستعينين في ذلك بأنظمة خدمات معلوماتية أن يتيحوا سبلا للتعرف عن الأخطاء أو لتصحيح الأخطاء الواردة على رسالة البيانات ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك[1].

الفرع الخامس: النيابة في التعاقد

وهي طريقة تمكن الشخص الوكيل أن يتعاقد باسمه و لمصلحة شخص ثان يسمى الأصيل، لذلك عرفت بأنها:"إبرام شخص يسمى النائب عملا قانونيا لحساب شخص آخر و باسمه يسمى الأصيل بحيث ينتج هذا العمل آثاره مباشرة في ذمة الأصيل"[2]، و يترتب عن النيابة أنها تخول للنائب أن يحل محل الأصيل في إبرام التصرف القانوني الذي تنصرف إليه آثار العقد، و مثالها نيابة الولي عن ابنه و نيابة المُقدم عن المحجور عليه أو نيابة الوصي و القيم و وكيل التفليسة و المصفي و الحارس القضائي، فتكون إرادة النائب محل اعتبار إذا شابها عيب من عيوب الإرادة فإذا سقط في غلط أو وقع ضحية تدليس أو تم إكراهه على إبرام العقد يكون هذا الأخير قابلا للإبطال.

---

[1] - Art. 11§02 de directive 2000/33/CE : « 2. LesE´ tats membres veillent, sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement, à ce que le prestataire mette à la disposition du destinataire du service des moyens techniques appropriés, efficaces et accessibles lui permettant d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger, et ce avant la passation de la commande ».

[2] – د.أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزان في القانون المدني المصري، مكتبة عبد الله وهبه، ص 98، د.اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مكتبة عبد الله وهبه، 1968، ص 112.

و بحكم أن النيابة ارتباط بين ذمتين، فقد تم التوسع في مصادر هذا الارتباط في محيط التجارة و المعاملات الالكترونية و أدرجته المادة 02 فقرة (هـ) من القانون النموذجي للتجارة الالكترونية بقولها:" يراد بمصطلح الوسيط فيما يتعلق برسالة بيانات معينة، الشخص الذي يقوم، نيابة عن شخص آخر، بإرسال أو استلام أو تخزين رسالة البيانات أو تقديم خدمات أخرى فيما يتعلق برسالة البيانات هذه"، و نصت المادة 02 فقرة 03 من التوجيه الأوروبي الموقع أنه:" الشخص الطبيعي أو المعنوي الحائز لأداة توقيع الكتروني خاصة به ويقوم بالتوقيع أو يتم التوقيع بالنيابة عنه على الرسالة الالكترونية باستخدام هذه الأداة"[1]، و نفس التعريف ذهب إليه المشرع الإماراتي بنصه في المادة 01 فقرة 16[2].

و قد أشرنا أن المشرع الأوروبي عرف الموقع بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي حائز لأداة توقيع الكتروني خاصة به ويقوم بالتوقيع أو يتم التوقيع بالنيابة عنه على الرسالة الالكترونية باستخدام هذه الأداة، و بهذا ألزم مقدم خدمة التوثيق بأن يضع سجلا خاصا بالتواقيع الالكترونية المرتبطة بالشهادات الممنوحة للأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة من أجل معرفة الشخص الطبيعي الذي ينوبه في كل معاملة الكترونية. بمعنى أن هذا الموثق الالكتروني ملزم بوضع قائمة اسمية للأشخاص الاعتبارية التي تم استصدار لصالحها شهادات تواقيع الكترونية دون أن يكلفه القانون بمراقبة موضوع أو محتوى المعاملات الالكترونية، بمعنى أدق أن هذا القيد لا يعني حفظ المعاملات الالكترونية فقط بل الحكمة من السجل هو التحقق من أن الشخص الطبيعي الممثل لهذا الشخص الاعتباري و الموقع على المعاملة الالكترونية هو الشخص الذي تم تقييد بياناته عند إصدار الشهادة الالكترونية ومنه تتأكد المطابقة مع البيانات الأولى.

بالرجوع إلى قانون دبي حول المعاملات الالكترونية نجده أكثر تفصيلا في هذا المجال إذ ينص في الفصل السادس منه على الاستخدام الحكومي للسجلات والتوقيعات الالكترونية وكذا قبول الإيداع والإصدار الالكتروني للمستندات وذلك في حدود المهمات و الاختصاص المخول لها في المادة 27 على أنه:

"(أ) قبول إيداع أو تقديم المستندات أو إنشائها أو الاحتفاظ بها في شكل سجلات الكترونية.

(ب) إصدار أي إذن أو ترخيص أو قرار أو موافقة في شكل سجلات الكترونية.

(ج) قبول الرسوم أو أية مدفوعات أخرى في شكل الكتروني.

(د) طرح العطاءات واستلام المناقصات المتعلقة بالمشتريات الحكومية بطريقة الكترونية.

(2) إذا قررت أية دائرة أو جهة تابعة للحكومة تنفيذ أي من المهام المذكورة في الفقرة (أ) من هذه المادة فيجوز لها عندئذ أن تحدد: (أ) الطريقة أو الشكل الذي سيتم بواسطته إنشاء أو إيداع أو حفظ أو تقديم أو إصدار تلك السجلات الالكترونية.

---

[1] - Art. 02§03 de directive européen : «Signataire», toute personne qui détient un dispositif de création de signature et qui agit soit pour son propre compte, soit pour celui d'une entité ou personne physique ou morale qu'elle représente » ; Directive 1999/93/CE.

[2] – تنص المادة 16/01 من قانون امارة دبي بأنه:" الموقع: الشخص الطبيعي أو المعنوي الحائز لأداة توقيع توقيع الكتروني خاصة به و يقوم بالتوقيع أو يتم التوقيع بالنيابة عنه على الرسالة الالكترونية باستخدام هذه الأداة".

(ب) الطريقة والأسلوب والكيفية والإجراءات التي يتم بها طرح العطاءات واستلام المناقصات، وإنجاز المشتريات الحكومية.
(ج) التوقيع الالكتروني المطلوب بما في ذلك اشتراط أن يستخدم المرسل توقيعا رقمياً أو توقيعاً الكترونياً محمياً آخر.
(د) الطريقة والشكل الذي سيتم بها تثبيت ذلك التوقيع على السجل الالكتروني والمعيار الذي يجب أن يستوفيه مزود خدمات التصديق الذي يقدم له المستند للحفظ أو الإيداع".

و نستنتج مما سبق مشروعية النيابة في العقود و المعاملات الالكترونية و جواز أن يقوم شخص ما بإنشاء و إرسال و استلام و تخزين أو تسجيل البيانات الالكترونية، و يمكن للأشخاص المعنوية في إطار ممارسة نشاطاتها.

المبحث الثاني: الإيجاب الالكتروني

يسبق انعقاد العقد الالكتروني مثل غيره من العقود مروره مرحلة التفاوض و تبادل الإيجاب و القبول، و يتسم الإيجاب الالكتروني بأنه يستخدم الوسائط الالكترونية على الشبكات العنكبوتية، و يعرف الإيجاب[1] بأنه عرض جازم و كامل للتعاقد وفقا لشروط معينة يوجهه شخص إلى شخص معين أو أشخاص غير معينين بذواتهم أو للكافة"[2]، و عليه فهو تعبير بات يعرض فيه شخص على آخر فرصة للتعاقد ضمن شروط معينة.

المطلب الأول: ماهية الإيجاب الالكتروني:

و سنتطرق اولا إلى تعريف الايجاب وبعدها عناصره ولكن في شكله الالكتروني.

الفرع الأول: تعريف الإيجاب الالكتروني

كما عرفه الفقه أنه:" تعبير عن إرادة التعاقد تصدر من أحد الأشخاص مفصحا خلاله عن نيته في إبرام عقد بشروط أساسية محددة و إذا اقترن الإيجاب بالقبول بدون تعديل أو تحفظ انعقد العقد قانونا"[3]، أو هو:" التعبير عن إرادة شخص يعرض على آخر أن يتعاقد معه، و يتعين أن يتضمن الإيجاب العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه

بحيث يتم العقد بمجرد أن يقترن به قبول مطابق"[4]. و نصت المادة 65 من القانون المدني الجزائري على أن:"إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد و احتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، و لم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد منبرما و إذا قام خلاف ذلك على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فان المحكمة تقضي في ذلك طبقا لطبيعة المعاملة و لأحكام القانون، و العرف و العدالة".

---

[1]– راجع: د.حسام الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الاول، المجلد الأول، المصادر الارادية للالتزام، الطبعة الثالثة،2000،ص107، د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، العقد، المرجعى السابق، ص 261، د.محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري، الطبعة الثالثة، 1978، ص77.

[2]– د.محمد لبيب شنب،المرجع السابق، ص 107.

[3]–د. حمدي عبد الرحمان، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ص 138.

[4]– د.حسام الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المجلد الأول، المصادر الارادية للالتزام، الطبعة الثالثة، 2000، ص107، د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، العقد، المرجع السابق، ص 261، د.محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الفرنسي، الطبعة الثالثة، 1987، ص 77.

و عرفته اتفاقية فيينا لعام 1980 المتعلقة بالنقل الدولي للبضائع في المادة 01/14 بقولها:"هو العرض الذي يكون محددا بشكل كاف إذا تعينت فيه البضائع محل البيع و تحددت كميتها و ثمنها صراحة أو ضمنا أو إذا كانت ممكنة التحديد حسب البيانات التي تضمنتها صيغة الإيجاب".

و هكذا فانه يجب أن الاتفاق على المسائل الجوهرية حتى ينعقد العقد مطابقا و صحيحا و ما تبقى من تفاصيل فلا يشترط ذلك إلا ما قام فيها خلاف[1] ، بمعنى أن يكون الإيجاب جازما و باتا[2]، نابعا عن إرادة صريحة وواضحة[3].

و يختلف الإيجاب التقليدي عن الإيجاب الالكتروني لتمتعه بخصوصية التعبير عنه بوسائل الاتصال الحديثة كالبريد الالكتروني أو المواقع الالكترونية. إذ عرفته المادة 01/11 من القانون النموذجي بأنه:"في سياق تكوين العقود، و ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته، لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض"، و المادة 06 فقرة 01:

"ليس في هذا القانون ما يتطلب من شخص أن يستخدم أو يقبل معلومات بشكل إلكتروني إلا أنه يجوز استنتاج موافقة الشخص من سلوكه الإيجابي.

يجوز أن يتفق الأطراف–الذين لهم علاقة بإنشاء أو إرسال أو استلام أو تخزين أو معالجة أي سجلات إلكترونية– على التعاقد بصورة مغايرة بأي من الأحكام الواردة في الفصل الثاني حتى الفصل الرابع من هذا القانون".

و المادة 13 من نفس القانون على أن:

"1– لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول جزئيا أو كليا بواسطة المراسلة الإلكترونية.

2– لا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه تم بواسطة إلكترونية واحدة أو أكثر"[4].

و عرفته غرفة التجارة و الصناعة لباريس بأنه:"اتصال عن بعد يتضمن العناصر اللازمة التي تمكن المرسل إليه من التعاقد"[5]، أما تعريف الفقع للإيجاب في العقود الالكترونية فهو:"تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد، حيث

---

[1]– د.عبد الودود يحي، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، المصادر: أحكام و الاثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 36.

2 – د.محمد لبيب شنب،المرجع السابق، ص 186.

3– د.عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 185.

4– تقابلها المادة 06 فقرة ج (Art.6 § P.C) من التوجيه الأوربي رقم: CE/31/2000 المؤرخ في 08 جوان 2000 والخاص بالتجارة الإلكترونية:

Art. 6 § .C : « Lorsqu'elles sont autorisées dans l'état membre ou le prestataire et établi, les offres promotionnelles telles que les rabais, les primes et les cadeaux doivent être identifiables comme telles et les condition pour en bénéficier doivent être aisément accessible et présentées de manière précise et équivoque » .

[5]- « Toute communication à distance comportant tous les éléments nécessaires pour que son destinataire puisse sousrire directement un engagement contractuel » ; Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris, Pour un contrat-type de commerce électronique, Rapport de J.P.SAILLARD, adopté en 27 Mars 1997, Disponible sur : www.ccip.fr.

يتم خلال شبكة دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية، و يتضمن كل العناصر اللازمة لإبرام العقد، بحيث يستطيع من يوجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة"[1].

الفرع الثاني: عناصر الإيجاب الالكتروني

توجد ثلاثة عناصر أساسية هي[2]،

العنصر الأول: أن يكون موجها إلى شخص محدد أو مجموعة من الأشخاص، كالبائع الذي يعرض على واجهة محل تجاري عينات من السلع التي يرغب في بيعها للجمهور بثمن المقدار المحدد سلفا، و النوع، و الثمن، ففي هذا المثال يتضح أن العرض قصد به الجمهور دون أن يميز شخصا عن غيره و ليس لشخص معين بالذات، فيصدر هنا إيجابا صحيحا كون الموجب لا يعنيه الشخص الذي يتقدم للشراء ما دام أن هذا الأخير قبل الشراء بالثمن المعروض و ليس للتاجر أن يرفض لانعقاد العقد[3]، فلا بأس أن يصدر الإيجاب بطرق التعبير المعتادة الصريحة، أو الضمنية، و لا يصح في ذلك السكوت فهو الكلام الأول، و الصمت و السكوت كالعدم، و العدم لا يرتب أي أثر، و توجيه الإيجاب إلى الجمهور دون تحديد الشخص عد إيجابا، أما إذا تعلق الأمر بالنشر، و الإعلان، فالأمر لا يخلو أن يكون دعوة للتفاوض[4] و العلة في ذلك غياب الشك في الملابسات فالمقصود هو الإيجاب[5] و ليس الموجب هو دائما البائع إذا قابله عرض مخالف من المشتري يعدل من إيجابه، فيصبح المشتري هو الموجب و العارض بحاجة إلى قبول من البائع، و عندها يجب تحديد الموجب و القابل لتحديد زمان و مكان انعقاد العقد.

العنصر الثاني: يجب أن يكون الإيجاب باتا وقاطعا لا يحتمل التأويل لا لبس فيه[6]، و يشترط ألا يتضمن أي تحفظ من القابل، و عليه إذا كان الإيجاب غير واضح العناصر و لم يحدد ذلك فانه لا يعد إيجابا، ولا جرم إذا تحفظ البائع في حدود الكمية الموجودة لديه فهنا الإيجاب لا يفقد وصفه القانوني[7]. إذا تجاوز الإيجاب مرحلة

و عرفه التوجيه الأوربي رقم 07/97 المتعلق بالتعاقد عن بعد:"اتصال مضمن للعناصر اللازمة التي تجعل من الذي وجه اليه يقبل التعاقد مباشرة و يستبعد من هذا المجال الاعلانات".

1- د.الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية و التجارية،أحكام العقد، الجزء الأول، طبعة ثانية،، ص 79.

2- د.محمد محمود حسام لطفي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، القاهرة، 2002، ص38.

3- د.سمير عبد السميع الأودن، العقد الالكتروني، منشأة المعارف، 2005، ص 48.

4- لتفصيل ذلك يرجع إلى: د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 90،أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص 06 و ما بعدها، د.الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية و التجارية، المرجع السابق،ص 67 و ما يليها، حسام الأهواني، النظرية العامة للالتزام، ج 01، مجلد أول، المصادر الإرادية للالتزام، الطبعة الثالثة، 2000، ص 18.

5- يشار هنا إلى نصوص اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لعام 1980 خصوصا في مادتها 14 و التي تنص على أنه:" يعتبر إيجابا أي عرض لإبرام عقد بيع إذا كان موجها إلى شخص أو عدة أشخاص معينين و كان محددا بشكل كاف و تبين منه اتجاه قصد الموجب إلى الالتزام به في حالة القبول و يكون العرض محددا بشكل كاف إذا عين البضائع و تضمن صراحة أو ضمنا تحديدا للكمية و الثمن و بيانات يمكن بموجبها تحديدهما و لا يعتبر العرض الذي يوجه إلى شخص أو أشخاص غير معينين إلى دعوة الإيجاب ما لم يكن الشخص الذي صدر عنه العرض قد أبان بوضوح عن اتجاه قصده بخلاف ذلك"، أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص67.

6 - د.الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص72.

7- د.حمدي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 174 و ما بعدها.

المفاوضة أصبح باتا، و نهائيا، مما يفترض وجود إرادة عازمة مصممة على التعاقد، و يبقى للقاضي تقدير ما إذا وصل الإيجاب إلى مرحلته النهائية، فهو مسألة واقعية، لا مسألة قانونية، و يبت فيه بدراسة كل قضية على حدى[1]، و لا يخرج عن نطاق هذه الدائرة، الإيجاب المعلق، فلا ينفذ إلا إذا تحقق الشرط الذي علق عليه، كالذي يحتفظ بحقه بتعديل الثمن لظروف السوق.

العنصر الثالث:أن تتوفر نية جدية لدى الموجب على نحو تجعله يبقى ملتزما بما عرضه على القابل إذا اقترن بقبول، و تزداد أهميته في التعاقد بين غائبين، و تتعمق إذا كان الإيجاب الالكتروني يستخدم وسيطا الكترونيا.

الفرع الثالث: خصائص الإيجاب الالكتروني

تحكم الإيجاب الالكتروني القواعد العامة في الإيجاب التقليدي رغم أن يمتاز ببعض الخصوصية التي لا تفارق طبيعته التي تكون بيئتها الشبكة العالمية للمعلومات و الاتصالات:

أ- الإيجاب الالكتروني يتم عن بعد، و يكون الإيجاب ملزما متى كان جازما جامعا لعناصره السابقة و سواء أكان عاما أو خاصا[2]، فالتعبير يكون عنه داخل شبكة عالمية للاتصال مستعينين في ذلك بأجهزة حاسوب المربوطة بهذه الشبكة مزودة بملحقات سمعية بصرية، فهو إيجاب عن بعد يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك[3] لكونه يستجيب مضمونه للشروط و المعلومات الأساسية التي تضعها قوانين حماية المستهلك بدرجة بدرجة أولى و هي: بيان التاجر وصفته و مقره الاجتماعي و عنوان المركز الرئيسي و بريده الالكتروني ورأسمال الشركة و طبيعتها القانونية إضافة إلى علامتها التجارية، و يتضمن أوصاف السلع و الخدمات المعروضة و أثمانها و طريقة تسديد الثمن...الخ[4]. كما نص عليه المشرع التونسي في باب المعلومات التجارية الالكترونية من الفصل (المادة) 25 و التي اشترطت على البائع في المعاملات التجارية الالكترونية أن يوفر للمستهلك بطريقة وافية و واضحة و مفهومة قبل إبرام العقد المعلومات التالية:

- هوية و عنوان و هاتف البائع أو مسندي الخدمات.
- الوصف الكامل الكامل لمراحل تنفيذ المعاملة.
- طبيعة و خصائص و ثمن المنتوج.
- التكلفة الكاملة لتسليم المنتوج بما فيها التامين عليه.
- سريان فترة العرض بالأسعار المحددة.
- الضمانات التجارية و شروط البيع بعد الخدمة.

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص222، لدى عبد الحي حجازي، مصادر الالتزام، ص475، بدون مراجع.
[2] د.فايز عبد الرحمان الكندري:"التعاقد عبر الشبكات في القانون الكويتي"، مؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة و القانون، الامارات العربية المتحدة، 10 ماي 2003، غرفة تجارة وصناعة دبي، الجزء الثاني، ص604.
3- د.محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، دار الجامعة الجديدة للنشر،الاسكندرية، 2005، ص 32.
4- د.محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبرالانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 51.

- طرق و وسائل الدفع و شروط القرض إذا كان ممكنا.
- طرق التوريد وآجالها وتنفيذ العقد و الجزاءات المترتبة عن عدم تنفيذه.
- الحق في العدول و آجاله.
- تكلفة الاستعانة بوسائل الاتصال عند احتسابها على أساس التعريفات الجاري فرضها.
- شروط فسخ العقد إذا كان العقد غير محدد المدة أو تفوق السنة..."[1]، علما أنه يجب على البائع توفير هذه المعلومات الكترونيا و الإبقاء عليها إلى غاية تمام العقد الالكتروني.

ب- الإيجاب الالكتروني يتم عبر وسيط الكتروني: حتى تبرم عقود التجارة الالكترونية عبر الشبكات يجب توفر عدة خدمات وسيطة، إذ يوجد العديد من الأشخاص الذين يتدخلون في إبرامه كما سبق الإشارة إليه لدى تمييز العقد الالكتروني عن بقية العقود[2]، و لكل واحد منهم دور في ذلك بداية من مورد الأجهزة و البرامج إلى مقدم خدمة الانترنت فمقدم خدمة الإيواء...الخ.و لمرات عديدة نجد أن صاحب الموقع الالكتروني هو ذاته الشخص الموجب، يشبه الإيجاب في هذا الفرض الإيجاب الموجه للجمهور عبر وسائل الاتصال الأخرى كالتلفزيون و الإذاعة فكلهم لا يعتمد على الدعامة الورقية المادية، و إن كانا يختلفان في مدة عرض الإيجاب إذ الإيجاب عبر التلفزيون عادة ما يكون قصيرا سواء لتكلفته أو لوقتيته أو لتميزه بالسرعة و الاختصار

1- Article 25 - Avant la conclusion du contrat, le vendeur est tenu lors des transactions commerciales électroniques de fournir au consommateur de manière claire et compréhensible les informations suivantes: L'identité, l'adresse et le téléphone du vendeur ou du prestataire des services,
- Une description complète des différentes étapes d'exécution de la transaction,
- La nature, les caractéristiques et le prix du produit,
- Le coût de livraison, les tarifs d'assurance du produit et les taxes exigées,
- La durée de l'offre du produit aux prix fixés,
- Les conditions de garanties commerciales et du service après-vente,
- Les modalités et les procédures de paiement et, le cas échéant les conditions de crédit proposées,
- Les modalités et les délais de livraison, l'exécution du contrat et les résultats de l'inexécution des engagements.
- La possibilité de rétractation et son délai,
- Le mode de confirmation de la commande,
- Le mode de retour du produit, d'échange ou de remboursement,
- Le coût d'utilisation des moyens de télécommunications lorsqu'ils sont calculés sur une autre base que les tarifs en vigueur,
- Les conditions de résiliation du contrat lorsque celui-ci est conclu à durée indéterminée ou à une durée supérieure à un an,
- La durée minimale du contrat, pour les contrats portant sur la fourniture, à long terme ou périodiquement, d'un produit ou d'un service.
Ces informations doivent être fournies par voie électronique et mises à la disposition du consommateur pour consultation à tous les stades de la transaction.

2- د. محمد عبد الظاهر حسين،المرجع السابق، ص 18.

أو أن مدة البث الإذاعي و التلفزي عادة ما تكون أقصر من الإيجاب عبر المواقع الذي يبقى مستمرا غير منقطع بحيث يمكن للعميل أن يراجعه في أي وقت يراه ملائما لذلك[1].

ت- دولية الإيجاب الالكتروني: كما هو معلوم أن الشبكة العنكبوتية تجاوزت كل الحدود الجغرافية و السياسية، ولكون هذه الشبكة ذات طابع عالمي لم تتقيد بهذه المعالم الإقليمية فهي إذن تحمل إيجابا يمتاز بالبعد الدولي[2]،كما أشارت المادة 09 من اتفاقية استخدام الخطابات الالكترونية التي أشارت إلى أنه:" تنطبق هذه الاتفاقية على استخدام الالكترونية في سياق تكوين أو تنفيذ العقد بين أطراف تقع مقار عملها في دول مختلفة"، دون أن يحول ما سبق من توطين الإيجاب بحيث يشمل مكانا محددا كعرض المنتجات على منطقة معين كعرض شركة امتياز الكويتية التي تحصر نشاطاتها على مجلس التعاون الخليجي[3]، أو كحظر توجيه عروض إلى دول مفروض عليها عقوبات اقتصادية، كما يجوز أن يحدد الإيجاب منطقة جغرافية معينة يشملها دون غيرها من الأماكن حتى لا يكون الموجب ملتزما بإبرام عقود أو تسليم منتجات خارج نطاقه الإقليمي.

الفرع الرابع: التفرقة بين الإيجاب و الإعلان

و يعطي التوجيه الأوربي المتعلق بحماية المستهلك في العقود عن بعد تعريفا للإيجاب بما يلي:"كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة و يستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان"[4]، و عليه نجد فرقا بين الإيجاب و الإعلان، إذ أن الثاني يعرف بأنه:"هو شكل من أشكال الاتصال في إطار تجاري أو صناعي أو فني، بهدف الدعاية إلى توريد أشياء أو خدمات[5]، أو هو:" النشاط أو الفن الذي يؤثر على الجمهور لتحقيق أهداف تجارية"[6]، أوهو:" الوسائل التي يستخدمها التاجر بقصد تكوين وتنمية العملاء"[7].إذا كان العقد ينعقد بتوجيه الإيجاب أو بتقديم عرض معين فهل يصح القول بأن الإعلان يشكل إيجابا؟أم مجرد دعوة للتعاقد؟.

اختلف بين الفقه و القضاء في وضع حد فاصل بينهما، فيوجد رأي أول يعتبر أن الإعلان الموجه للجمهور إيجابا موجها للجمهور إذا احتوى الإعلان العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه من تحديد للسلعة أو الخدمة أو بيان أوصافها و تحديد للثمن، أما إذا كان غير ذلك فهو مجرد دعوة للتعاقد. يلاحظ أن الإيجاب الالكتروني يجب أن يكون جازما و محددا و باتا و أن تتجه نية الموجب بأن يبرم العقد بمجرد أن يقترن بالقبول، أما إذا احتفظ بشرط

1- راجع د.محمد السيد خيال، التعاقد عن طريق التلفزيون، مطبعة النسر الذهبي، 2000،ص 53.

2- راجع الوثائق الرسمية للدورات الجمعية العامة للأمم المتحدة:الدورة 56 و ملحقها رقم 17، A/56/17؛ و الدورة 60 بالملحق 17، رقم A/60/17، راجع الموقع:www.un.org.

3- راجع موقع الشركة الالكتروني:www.imtiaz.com

4 -د. أسامة أبو الحسم مجاهد، خصوصية التعاقد الالكتروني، المرجع السابق، ص69.

5-.محمود السيد عبد المعطي خيال، الانترنت و بعض الجوانب القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 120.

6- L'encyclopédie LE ROBERT.

7- د.عبد الفضيل محمد أحمد، الاعلان عن المنتجات و الخدمات من الوجهة القانونية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1991، ص1991، ص 16.

عدم التزامه بما عرضه، ففي هذه يعتبر مجرد دعوة للتعاقد[1]، و يوجد رأي فقهي ثان يذهب إلى أن الإعلان لا يعتبر إيجابا و إنما هو دعوة للتعاقد بحجة أن الإعلان لا يحدد الشخص المخاطب بالإعلان أو الإيجاب[2]، الذي يبعث في نفس المستهلك بما يحثه على شراء السلعة أو اقتناء الخدمة[3].وبه أخذت به محكمة النقض المصرية التي اعتبرت أن المناقصات و الإعلانات التجارية لا تشكل إيجابا و إنما تعتبر دعوة للتعاقد أو للتفاوض[4]. ونفس الشيء اعتمده القضاء الفرنسي الذي أن تفسير العروض الأولية من اختصاص المحكمة تستأثر به دون رقابة محكمة النقض، فكلما كان العرض مفصلا واضحا لا لبس فيه هو إيجاب و يعتبر دعوة للتعاقد العرض الذي يستعين فيه الموجب بعبارات ذات مدلول واسع لا تقابله أي التزامات[5]، ويقصد بالدعوة للتعاقد العرض الذي يقدمه الشخص دون بيان شروطه و عناصره الأساسية[6]، لذلك قيل أن الأصل اعتبار العرض دعوة إلى التفاوض ما لم يؤكد أنه إيجابا[7]، و الدعوة للتعاقد عرض لإرادة أولية تنتهي في مرحلة إبرام العقد.

المطلب الثاني:شكل و نطاق الإيجاب الالكتروني

إن الإيجاب على الانترنت تتجاذبه، و تحكمه العديد من القوانين، بالإضافة إلى خضوعه لأحكام القواعد العامة نجد قوانينا أخرى خاصة بالمعاملات الالكترونية[8] و لما يكون الشخص الموجه إليه الإيجاب مستهلكا، و يستتبع

1- رامي محمد علوان، "التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني"، مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة 36، 2002، ص 234.

2- محمد شاهين الخطيب:"التعبير عن الرضا في عقود التجارة الالكترونية عبر شبكة الانترنت"، مؤتمر عمليات البنوك بين النظرية و التطبيق،جامعة اليرموك، الأردن، 22-24 ديسمبر 2002، ص 35.

3- د. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني للتجارة الالكترونية، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص195.

4- نقض مدني مصري، 23 جانفي 2001، مجلة المحاماة المصرية، العدد 02، 2002، ص35.

5- د.عباس العبودي، التعاقد عبر وسائل التصال الفوري و حجيتها في الاثبات المدني،دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 1998،ص 219.

6- د.عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، مصر، 1992، ص 101.

7- د.صالح ناصر العتيبي، دور الشروط الجوهرية و الثانوية في العلاقة العقدية، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2001، ص16.

8 -Nous donnons aussi des exemples sur le code Français de la consommation, La loi n° 95-96 du 1er février 1995; La loi française n° 2000-230 du 3 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux nouvelles technologies et relative à la signature électronique ; La loi française n° 2004-275 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

- La directive 95/46 du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données; La directive européenne n°1999/93 du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques; La directive n° 2000/31 du 8 juin 2000 sur le commerce électronique; directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (dispositions relatives au contournement des mesures techniques de protection et d'identification des œuvres et à l'exception de copie technique); La directive 1996/9 du 11 mars 1996 sur la protection juridique des bases de données ; La directive 1991/250 du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateurs…Etc.

ذلك تحكيم نصوص قانون حماية المستهلك خصوصا في شقها المتعلق بالحق في العدول، و الشرط التعسفي، و الإشهار الكاذب، فهذه كلها قواعد استثناء من القواعد العامة

الفرع الأول: شكل الإيجاب

يتعين على الموجب لدى إعلامه الموجب له أو العميل أن يقوم بإعلامه بوسيلة مناسبة و فعالة واضحة سهلة القراءة و مفهومة لا يشوبها غموض، و لما كان الإيجاب بهذا الوضع فان أحسن طريقة ووسيلة لتبليغه هي الكتابة التي تسمح بحفظ الشروط المحمولة في الإيجاب التي يمكن مراجعتها و استردادها لدى طلبها، و هو الواقع الموجود حاليا و المفروض على مستوى الشبكات الالكترونية التي تعتمد دعامات غير مادية في اتصال عن بعد. [1]، ونجد الإيجاب الالكتروني يتلاءم و طبيعة التجارة الالكترونية التي تقوم أساسا على التبادل الالكتروني للبيانات، و المعلومات، و خصوصا ما ارتبط بالشيء المبيع "Echange des Données Informatisées "EDI، يستعين بها المنتج لتوجيه الإيجاب إلى الجمهور في صورة مغرية و جذابة.

الفرع الثاني: النطاق المكاني للإيجاب:

لا تتقيد التجارة الالكترونية كما تم الإشارة إليه بمكان معين أو بما يصطلح عليه في بعض العقود بأنه نطاق التغطية للإيجاب، و التغطية هنا تشمل النطاق الجغرافي للتسليم كما يفيد تعلقه بمرحلة لاحقة لانعقاد العقد و كيفية تنفيذه، و السائد في القانون الكلاسيكي، أن الاتصال عبر هذا المكان الاجتماعي[2]، يتم من أية نقطة في هذه المعمورة في اللحظة التي يرغب فيهما المتعاقدين، فكيف يتحدد نطاق السريان المكاني للإيجاب الالكتروني الذي ينادي به الفقهاء؟، و يتصل بقاعدة النطاق المحلي الذي يكون الإيجاب صالحا فيه إشكالا لاحقا يتعلق بتنفيذ العقد، كما لو كان الأمر متعلقا بتسليم البضاعة، فقد يحول هذا الشرط المكاني دون قبول العرض.

إن شرط تحديد المكان:" يقيد صلاحية الإيجاب بنطاق جغرافي معين، فان العقد لن ينعقد أصلا إذا قبل الإيجاب شخص يقع موطنه خارج هذا النطاق الجغرافي إذ لن يصادف القبول إيجابا صالحا...فرغم أنه يضيق بالتأكيد من نطاق عمل التاجر من الناحية الاقتصادية، إلا أنه يحقق له من الناحية القانونية نوعا من الأمان، إذ لن يلتزم بإبرام عقود في نطاق جغرافي و مكاني لا يسيطر عليه"[3].و لا يكون الإيجاب ملزما إلا إذا اقترن بميعاد ضمني أو صريح في ظل القواعد التقليدية، الإيجاب الالكتروني؛ خروجا عن القواعد العامة يلزم أن يمنح وقتا لصلاحية إيجابه

1- Luc GRYNBAUM," La directive de commerce électronique ou l'inquiétant retour de l'individualisme juridique", La semaine juridique, n°: 12, 2001,p.307.

2 - Axel LEFEBVRE et Etienne MONTERO, "Informatique et droit: Vers une subvention de l'ordre juridique? ",In Droit des technologies de l'information: Regards et perspectifs, Cahier du C.R.I.D, n°16, Bruylant, Bruxelles, 1999,p.11.

3 – د.أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 76.

و أن يتضمن تحديدا دقيقا و يقوم بإعلام الموجب له بهذا الوقت[1]، و يصب هذا الرأي في مصلحة المستهلك الذي يتدبر أمره بالرد قبولا عن الإيجاب أو رفضه.

و للموجب في الإيجاب الالكتروني كما في سابقه التقليدي أن يرجع عنه بسحبه من الموقع الالكتروني أو من عرضه على الانترنت إذا كان إشهارا في حد ذاته،فلا يكون له أثر يذكر، و يقيد من أصدره إذا حدد آجالا للقبول كما نصت عليه المادة 63 مدني جزائري:" إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء في إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل.

و قد يستخلص الأجل من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة"، و تعتبر اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في عقود التجارة الدولية أن مكان الإيجاب يرتبط بموطن مقر عمل الشخص الموجب و أن مكان تلقي هذا الإيجاب هو مكان عمل المرسل إليه[2]، و لتفصيل هذا المكان فقد أوردت المادة 10 ف 03 استثناء يتعلق بتحديد مكان الإيجاب و ذلك بتطبيق المادة 06 من نفس الاتفاقية التي تنص على ما يلي:

١ - « 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.

٢ - إذا لم يعين الطرف مقر عمل وكان له أكثر من مقر عمل واحد، كان مقر العمل، لأغراض هذه الاتفاقية، هو المقر الأوثق صلة با لعقد المعني، مع إيلاء اعتبار للظروف التي كانت الأطراف على علم بها أو تتوقعها في أي وقت قبل إبرام العقد أو عند إبرامه.

٣ - إذا لم يكن للشخص الطبيعي مقر عمل، أخذ بمحل إقامته المعتاد.

٤ - لا يكون المكان مقر عمل لمجرد أنه:

أ/-(توجد فيه المعدات والتكنولوجيا الداعمة لنظام المعلومات الذي يستخدمه الطرف في سياق تكوين العقد؛ أو) ب (يمكن فيه لأطراف أخرى أن تصل إلى نظام المعلومات المعني.

٥ - إن مجرد استخدام الطرف اسم نطاق أو عنوان بريد إلكتروني ذو صلة ببلد معين لا ينشئ قرينة على أن مقر عمله يوجد في ذلك البلد » .

و يمكن للشخص الموجب أن يستعين بالعديد من الأنظمة و الأساليب لإثبات إرساله للإيجاب و وصوله إلى الطرف الثاني كاستعمال إشعار العلم بالوصول الالكتروني **Accusé de réception électronique**، و هو عبارة عن نظام يسمح للمرسل التأكد من استلام رسالته من طرف المرسل إليه، و عندها يطرح بحدة إشكال آخر يكون حول مصير إيجاب اقترن بخطأ؟، كالبائع الذي يعرض مبيعا بقيمة معينة و يخطأ في كتابة الثمن.

1- – د.سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، نظرية العقد و الارادة المنفردة، المرجع السابق، ص 155.

2 – المادة 10 فقرة 03 من نص الاتفاقية:" يعتبر الخطاب الالكتروني قد أرسل من المكان الذي يوجد فيه مقر عمل المنشئ، و يعتبر قد تلقي في العنوان الذي يوجد فيه عمل المرسل إليه، حسبما تقررهما المادة 06".

يصعب في هذه الحالة أو الحالات المشابهة إثبات الخطأ إذ يبدو شاقا جدا[1]، أما إذا تحقق العكس و تطابق الإيجاب مع القبول فلا يمكن التراجع عنه، احتراما لقاعدة عدم التراجع عن العقد المبرم **Principe d'irrecevabilité de la convention**.[2]

الفرع الثالث:سقوط الإيجاب

إذا استجمع الإيجاب جميع شروطه انعقد العقد صحيحا مرتبا كافة آثاره،و رغم ذلكفإلقانون بين ّ الحالات التي يسقط فيها الإيجاب لعدم تطابقه بقبول أو بعد صدوره من دون أن يقابله موقف ممن وجه إليه،كما يسقط برفضه أو بعدول من وجه إليه الإيجاب قبل قبوله أو يسقط بسبب خارج عن إرادة الموجب.

و المشرع الجزائري كبقية التشريعات أعطى الحق للموجب للعدول عنه في أي لحظة يريد طالما أنه لم يتصل به القبول، و يتم الرجوع في الإيجاب بنفس الطريقة التي يتم فيها التعبير عن الإرادة.كما له أن يعدل في غير العقود الالكترونية عن إيجابه في أي وقت ما دام لم يحدد مدة لإبداء القبول، أما سقوط الإيجاب بسبب خارج عن إرادة الموجب، فانه توجد عدة حالات كما لو اقترن القبول بما يجاوز ما تم عرضه أو يقيده أو يعدل فيه ما لم يعتبر هذا التعديل إيجابا جديدا، كما يمكن أن يسقط الإيجاب إذا انفض مجلس العقد دون قبول في الوقت الذي لم يتراجع في الموجب عما صدر منه.

المبحث الثاني: القبول

يعتبر القبول الإرادة الثانية في العقد يصدر عن الشخص الذي وجه له الإيجاب بنية قاطعة و جازمة جادة للتعاقد و منجزا بلا قيد أو شرط، كما يكون القبول ضمنيا أو صريحا كما لو كان العرض سبقه وجود تعامل بين الطرفين، كاالذي يقوم أحدهما باستلام بضاعة بعد سكوته يفسر أنه قبولا بالشروط المعينة و الثمن المرفق بالفاتورة، و العقد لا يتم إلا بتوافق الإرادتين اللتين اتجهتا نحو إحداث أثر قانوني، و إن كان العقد الالكتروني الذي يندرج كقاعدة عامة ضمن عقود الاستهلاك فإن القبول الالكتروني لا يكون نهائيا لارتباطه بحق المستهلك في العدول.

المطلب الأول: ماهية القبول الالكتروني

القبول هو الشق الثاني من العقود لذلك ستطرق السه من حيث التعريف و الشروط مع البحث في زمان و مكان إبرام العقد الالكتروني.

الفرع الأول: تعريف القبول

1- حسن الملكي، " التجارة الالكترونية و المقاربة القانونية"، هيئة الرباط للمحامين، بدون مراجع، و كذلك:
F.J. PANDIER," Initiation à l'Internet juridique", Rapport de l'O.C.D.E, Paris, Litec, 1998.p.19.
2- حسن الملكي، المرجع نفسه.

و المقصود بالقبول هو:" التعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب و بناء على هذا التعبير يمكن أن ينعقد العقد"[1]، أو هو :" تعبير عن إرادة الطرف الآخر الذي تلقى الإيجاب يطلقه نحو الموجب ليعلمه بموافقته على الإيجاب"[2]، لهذا فالقبول هو التصرف الذي يصدر ممن وجه إليه الإيجاب الذي يوافق على التعاقد، و لايخرج القبول الالكتروني عن سياق ما فات سوى أنه يعبر عنه و يتم عبر وسيلة الكترونية و يخضع لنفس القواعد العامة التي تحكم القبول التقليدي.

و عرفته المادة 01/18 من **اتفاقية فيينا** لسنة 1980 المتعلقة البيع الدولي للبضائع على أنه:" يعتبر قبولا أي بيان أو أي تصرف آخر صادر عن المخاطب يفيد الموافقة على الإيجاب"، أما المادة 11 من قانون الأمم المتحدة بشأن التجارة الالكترونية فقد أتت للقول بأنه يمكن استعمال وسائل الاتصال الحديثة للتعبير عن القبول عن طريق إنشاء و إرسال و تخزين رسالة البيانات الالكترونية، فلا اعتراض على أن العقد يبقى صحيحا و قابلا للتنفيذ، ومن ثم يعتبر القبول قد تم بمجرد أن يتسلم الموجب للقبول بلا شروط أو قيود و خلال الفترة التي حددها الموجب للرد عن عرضه، أما المادة 13 من القانون الأردني للمعاملات الالكترونية فيعتبر:" الرسالة الالكترونية وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانونا لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد التعاقد"، ومن ثم لا يشترط أن يصدر القبول الالكتروني في شكل خاص، غير أنه من التشريعات من اشترطت أن يصدر القبول بالطريقة التي صدرها بها الإيجاب، حيث نصت المادة 02/206 من القانون التجاري الأمريكي الموحد على أنه:" التعبير عن الإرادة في القبول يتم بذات طريقة الإيجاب و بالتالي إذا أرسل الإيجاب عن طريق البريد الالكتروني أو عبر موقع ويب فيجب القابل، قبل التعاقد، أن يعبر على القبول بذات الطريقة"[3].

الفرع الثاني: شروط القبول

و يجتمع فيه عنصرين أساسين، هما،

أ/– أن يصدر القبول و الإيجاب لا زال قائما، و هي فكرة تقوم على أساس مجلس التعاقد إذ يتم التأكيد خلاله على التطابق بين الإيجاب و القبول، مؤدى ذلك؛ إما باجتماع طرفي العقد في مجلس عقد واحد أو اجتماعهما في مجلس تعاقد حكمي كما لو كان التعاقد بالتلفزيون أو الهاتف أو البريد الالكتروني.

ب/– أن يطابق الإيجاب القبول بما تحقق العلاقة الثنائية للعقد، فإذا زاد القبول عن الإيجاب تعديلا بالزيادة أو النقصان أو قيّده بشروط إضافية فلا يخرج عن اعتباره رفضا و يشكل به إيجابا جديدا بحاجة إلى قبول الموجب، فإذا كان القانون المدني الجزائري قد أجاز أن يتم التوافق على المسائل الجوهرية و تترك المسائل الثانوية أو العارضة التي يرجئ الاتفاق عليها، فللقاضي دور بارز في إستكمال و تفسير ما تركه الأطراف عند عدم الاتفاق

1– د.أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد الالكتروني، المرجع السابق، ص77.
2– د.حسام الدين الاهواني، المرجع السابق، ص105.
3– ترجمة بلا مراجع.

على المسائل الثانوية مراعيا في ذلك طبيعة المعاملة و ظروفها و نوايا كل طرف و غيرها من الأمور، إلا أن هذا الوضع لا يمكن تصوره دفعة واحدة على مستوى عقود التجارة الالكترونية كون التعاقد عبر النات يأتي دائما دقيقا و مفصلالكافة الشروط و المسائل الجوهرية و الثانوية بما فيها البيانات الالكترونية كما تم التطرق إليه في القانون الأوربي المتعلق حماية المستهلك في التعاقد عن بعد، و تستلزم البيئة الالكترونية وصفا أكثر حيطة و حذر، فالمتعاقدان مجهولان لبعضهما البعض.

الفرع الثالث:طرق التعبير عن القبول الالكتروني:

تختلف طرق التعبير عن القبول الالكتروني باختلاف الوسيلة المستخدمة والتي منها: الكتابة بما تتضمنه من استخدام للتوقيع الالكتروني أو البريد الالكتروني، أو عن طريق الاستعانة بالمحادثة الالكترونية كما لو صدر الإيجاب على الخط (**Offre via Internet , Offre en ligne**) و ما يستلزمه الأمر في أن يصدر القبول فوريا قبل انهاء المحادثة، و القبول في هذا الفرض لا يكفي وحده و إنما يجب أن يصدر و الإيجاب لا زال قائما لمحدودية أجل سريانه، و لما كان تعديل الإيجاب، يعد إيجابا جديدا، فإن للموجب على الإنترنت أن يقيد العميل في ما يسمى بالعقود الإلكترونية النموذجية[1]،من خلال التنزيل أو التحميل من على الانترنت أو الضغط على زر الموافقة بما يفيد القبول في البيوع على مواقع الانترنت ولا فرصة فيه للقابل بأن يناقش أو يعدل في الإيجاب الموجه إليه، و لا يملك القابل عندئذ إلا الموافقة أو الرفض، و عادة ما يخصص لذا القيد أيقونات **Icônes** خاصة يتم النقر عليها، أو يترك فيها مجال لطبع كلمة أرفض أو أوافق في ذات المكان المخصص لذلك **print and click**) أو (**click wrap**)[2]، و تشكل هذه الوسيلة حيلة مستمدة من عقود فض العبوة[3].

و تفصيل ما سبق، نجد من طرق القبول الالكتروني، النقر بالموافقة سواء مرة أو مرتين بما يتجه صوب التأكيد على الإيقونة المكتوب عليها عبارة موافق و الموجودة على صفحات الويب،و إذا تم النقر مرتين فإنه يشير إلى صلاحية القبول و التأكد من موافقة القابل حتى لا يترك له فرصة للتحجج بأنه قد سهى أو أخطأ التعاقد، فالنقر مرة واحدة لا يرتب عليه القانون أي أثر و لا ينعقد به العقد، ويصبح القبول و العدم سواء، و لهذه الحيلة القانونية التي تعتمد على إجراءات لاحقة لصدور القبول عدة صور، كالموجب الذي ينتظر خطابا ثانيا من العميل لتأكيد الطلبية، أو كالكتابة لبعض البيانات التي تظهر على الشاشة، أو كالتأكيد للمرة الثانية لرقم الحساب أو بطاقة الائتمان، و القصد من هذا كله منح القابل فرصة و وقت أوسع للتروي و التدبر؛ غير أنه طرح إشكال ثان في يتعلق بإجراء تأكيد القبول، بمعنى هل الضغط مرة واحدة على زر الموافقة غير كاف لإبرام العقد الالكتروني، أم أن الضغط عبارة عن تصرف قانوني، أو واقعة مادية عندها نميّز بين اللمسة العفوية، أو اللمسة الجدية[4]؟

---

1 – رامي محمد علوان ، المرجع السابق ، ص 25 ، : Lesson TININTNY:" Legal aspects of voice telephony on the internet", Available at: www.twobirds/library/internet/commsty.htm.

2 – Sans références, Disponible sur: www.opendirectorysite/info/index.

3 – كما سبق الإشارة إليه لدة التعرض للإيجاب عبر المحادثة الالكترونية و المشاهدة عبر الإنترنت.

4 – مرجع نفسه، نقلا عن:

عمليا يصعب إقناع القاضي بهذا الفرض الذي يعتبر القبول الإلكتروني حاسما و باتا، أما لو تم اللجوء إلى رسالة القبول النهائي أو الاستعانة باجرائين متتاليين، فيكون الضغط الأول بما يفيد القبول و الثاني بما يفيد التأكيد، أما لو افترضنا أن القابل يحتج بما سبق تذرعا من أجل التنصل من التزامه فإن اتفاقية استخدام الخطابات الالكترونية منحته فرصة لذلك و لكن في مدة قصيرة تلي صدور قبوله أو بعد إجراء تأكيد القبول أو حتى بعد تسلمه السلعة أو الخدمة فيما لا يعني هذا أن المستهلك بصدد تطبيق حقه في العدول، ولكن في مدة قصيرة جدا لم تحددها الاتفاقية و هي على الراجح تكون في الساعات التالية لذلك الإجراء و إلاّ عدّ تهربا من التزامه، كما نصت عليه 01/14:"عندما يرتكب شخص طبيعي خطأ في تخاطب الكتروني مع نظام رسائل آلي تابع لطرف آخر و لا يوفر نظام الرسائل الآلي لذلك الشخص فرصة لتصحيح الخطأ، يحق لذلك الشخص، أو للطرف الذي يتصرف ذلك الشخص نيابة عنه، أن يسحب ذلك الجزء من الخطاب الالكتروني الذي ارتكب فيه الخطأ إذا:

(أ)- أبلغ الشخص، أو الطرف الذي يتصرف ذلك الشخص نيابة عنه، الطرف الآخر في أقرب وقت ممكن بعد علمه به، و ذكر أنه ارتكب خطأ في الخطاب الالكتروني.

(ب)- و لم الشخص،أو الطرف الذي يتصرف ذلك الشخص نيابة عنه، الطرف الآخر بالخطأ في أقرب وقت ممكن بعد علمه به، و ذكر أنه ارتكب خطأ في الخطاب الالكتروني".

إن اشتراط التأكيد اللاحق للقبول يثير مسألة قانونية هامة تتعلق بالقيمة و التكييف القانوني له، و إذا صدر القبول قبل التأكيد؛ فهل القبول لا ينتج أثره إلا بواسطته؟.

نجد الاجابة لدى الدكتور أسامة أبو الحسن مجاهد الذي وضع ثلاثة فروض التي تستنتج من برنامج الحاسوب المستعمل وقت التعاقد، وهي:

"**الأول**: إذا كان البرنامج لا يسمح بانعقاد العقد إلا إذا تم التأكيد بحيث لن يترتب على صدور القبول مجردا عن التأكيد أي أثر و في هذه الحالة نستطيع الجزم بأن القبول لا يتم إلا بصدور التأكيد.

و الثاني فيه يسمح البرنامج بانعقاد العقد دون أن يرد فيه التأكيد على الإطلاق و هنا لا مفر من القول بأن القبول قد صدر بمجرد لمسة أيقونة القبول.

و الثالث: و هو فرض وسط بينهما و هو أن يتضمن البرنامج ضرورة و لكنه لا يمنع من انعقاد العقد بدونه، و هنا يمكن القول بأن اللمسة هي قرينة على الانعقاد و لكنها قرينة قابلة لإثبات العكس، بمعنى أنه يجوز للعميل أن يثبت أن هذه اللمسة قد صدرت منه عفوا على سبيل المثال ..."[1].

Xavier Linant De BELLEFONDS: "De l'expérience des Etat Unis aux perspectives françaises, Aspects juridiques et fiscaux: Le problématique française", Colloque du 13.04.1998,Gazette de Palais, Mai 1998, p.17.

[1] – د. أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص86.

و أخيرا، يوجد من الفقه من يرى أن التعبير عن القبول لا يكون إلا صريحا[1]، لأن أجهزة و برامج الكمبيوتر تعمل تلقائيا و أوتوماتكيا فلا يمكنها أن تستشف إرادة المتعاقد مما يستلزم معه بأن يكون التعبير عن إرادة القابل الكترونيا لا يمكن أن يتخذ أوضاع المادة 60 مدني جزائري و القول إذن بأن التعبير عن إرادة القابل لا يتم بالإشارة المتداولة عرفا كما لا تكون باتخاذ موقف لايدع أي شك في دلالتها على مقصود صاحبها، ومن ثم لا يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا في عقود التجارة الالكترونية[2].

الفرع الرابع: صلاحية السكوت للتعبير عن القبول

إذا كانت القواعد العامة تعتبر أن السكوت في الإيجاب لا يصلح تعبيرا عن الإرادة و لا يعتبر قبولا لإيجاب، ذلك أنه موقف يحوم حوله الشك و متى قام الشك تعذر معرفة القبول، مودى ذلك أن الإرادة عمل ايجابي و السكوت موقف سلبي، و الفقه الإسلامي ّ قاعدة في أنه لا ينسب لساكت قول، و استثناء من ذلك قد يؤخذ السكوت قبولا إذا اقترن ببعضالظروف المحيطة بالتعامل، فهل يص ّ ح أن يكون السكوت تعبيرا عن إرادة القابل الالكتروني؟.

يرد على ذلك إجابة مقيدة لا تتسع إلى ما قيل في القبول و السكوت بالقواعد التقليدية، و خلاف ذلك إذا تعلق الأمر بالقبول الالكتروني فيصلح أن يعتبر السكوت قبولا و لكن بشروط تأخذ في الحسبان حداثة المعاملات الالكترونية و كذا الاستعانة بالوسيط الالكتروني...الخ.

المطلب الثاني:زمان و مكان إبرام العقد الالكتروني

يباعد المكان بين أطراف عقد التجارة الالكترونية و بالتالي يكونون بحاجة إلى مرحلة وقتية تبدء من لحظة صدور الإيجاب إلى غاية وصوله إلى من وجه إليه، كما يكونون بحاجة للمرة الثانية لوقت يفصل بين رد القبول إلى الموجب و علمه بالقبول. و إذا قررت القواعد العامة بأن العقد ينعقد بارتباط الإيجاب بالقبول، فإننا نتساءل عن زمن و مكان انعقاده؟، و نتساءل للمرة الثانية حول زمان و مكان انعقاد العقد الالكتروني؟؛ وبين العقد التقليدي و العقد الالكتروني يطفوا تساءل آخر حول أهمية تحديد وقت و مكان القبول المرتبط بتحديد أهلية الأشخاص المتعاقدين و البحث عن القانون الواجب التطبيق؟ و أي القوانين ترتبط بحق المستهلك في العدول و وقت انتقال الملكية و تحمل تبعية هلاك الشيء؟.

في ظل صمت التوجيه الأوربي المتعلق بالتجارة الالكترونية و القانون النموذجي للأمم المتحدة المضمن للتجارة الالكتروني لسنة 1996، نجد الاجابة في اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية التي أتت في تفصيل زمان و مكان الإيجاب و زمان و مكان القبول؟[3].

1- د.ابراهيم الدسوقي أبو الليل:" الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية"، ص 94.

2- د.أسامة بدر، المرجع السابق، ص 205.

3 - Alain BENSOUSSAN, Internet aspects juridiques, Ed.02., Hermes, Paris 1998, p.11.

الفرع الأول:زمان إبرام عقد التجارة الالكترونية

ومؤدى هذه الفكرة، أن العقد الالكتروني يعتبر منبرما بتلقي الموجب للقبول، بمعنى هل يعتبر العقد تم إبرامه بوصول رسالة البيانات إلى حاسوب الموجب فقط أم يتغير الوضع بانتظارنا لحظة الاطلاع عليها من الموجب[1]؟، لقد أثارت التكنولوجيا الحديثة عدة إشكالات و صاغت حولولا لإشكالات أخرى، فقد مكنت هذه الآلية الحديثة من حل مشكلة تأريخ المعاملات باليوم و الشهر و السنة و الساعة بالدقيقة و الثانية HORODATAGE و بالتبعية حل إشكال وصول أو دخول رسالة المعلومات نظام حاسوب الموجب[2]وإن كان لم يحل هذا الإشكال إلا جزئيا لأنه يوجد إشكال آخر يبقى مطروحا يتحدد في الفارق الزمني بين الدول و اعتماد خطوط الطول لحساب الوقت الذي لم يرق إلىحدّ ما يعيق التعاقد عبر التجارة الالكترونية، و لنا أن نحدد وقت انعقاد العقد بين وقت إعلان إرادة القبول أو لحظة علم الموجب بالقبول؟.

و لتوضيح ذلك نرجع إلى الفقه و القضاء على النحو التالي[3]:

01- نظرية إعلان القبول: ومفادها أن العقد يتم بمجرد إعلان القابل لإرادته للموجب، فهو توافق بين إرادتين بأتم معنى الكلمة و تنطبقان بمجرد صدور القبول دون أن يستلزم الأمر علم الموجب بالقبول من عدمه، مستندين في ذلك على مبرر السرعة في المعاملات التي تحتم علينا أن نعتبر انعقاد العقد من لحظة إعلان القبول[4]،و بهذه النظرية أخذ الفقه الإسلامي في التعاقد بين غائبين، وهي اللحظة التي يحرر فيها القابل الرسالة الالكترونية أو لحظة ضغطه على أيقونة أو زر القبول على المواقع الالكترونية و عدم تصديره بالنقر على مفتاح التوقف الموجود بالقرب من شريط العناوين أعلى صفحة الموقع أو البريد الالكتروني، فزر التوقف يبقي رسالة البيانات تحت يد القابل.

و تواجه هذه النظرية صعوبة في تطبيقها من حيث إثبات القبول الذي لم يخرج عن حاسوب القابل و من الأصعب أن نبحث لدى الموجب عن الرسالة التي تتضمن القبول، كما أنها لا تتصل بالواقع الذي يفترض وجود إرادتين متطابقتين بإعلان القبول الذي يصدره القابل دون علم من وجه إليه و لا يكون له القدرة على إثباته سيما إذا أنكر القابل صدوره منه، وعليه لا آثار للإرادة من وقت صدورها و إنما من اللحظة التي نعلم بمضمونها[5].

---

[1]- وثيقة اليونسترال:A/CN.9/373.

[2]-Thomas LIEUTENANT et Samuel MARIN, « Archivage et horodatage de documents électroniques », C.R.I.D et publication de Facultés Universitaires Notre-dame de la Paix, Mai 1997, p.01.

[3]- د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 237، الذي يكيّف هذه العقود بأنها تتم بين غائبين و ما يميزها أنهما لا يجتمعان في مجلس عقد واحد لوجود فاصل زمني بين صدور الايجاب و علم الموجب به، و بالتبعية هذا يتحقق في عقود التجارة الالكترونية.

4- د.محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 34.

5 - د.أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، المرجع السابق، ص92.

02 – نظرية تصدير القبول:يرى أصحاب هذه النظرية أن العقد لا ينعقد بمجرد إعلانه و إنما بعد تصديره[1]، فالرسالة الالكترونية تخرج عن حاسوب القابل و تكون تحت سيطرة الوسيط الالكتروني أو لحظة الضغط على الإيقونة لإرسال الموافقة، و يكفي ذلك دون البحث فيما إذا وصلت إلى الموجب أم لا.

تثير هذه النظرية بعضا من اللبس، لأنه داخل بيئة الانترنت لا يمكن القول بإصدار القبول دون استلامه من صاحبه، أي أن لا يمكن للرسالة الكترونية ألا تصل إلى من وجهت إليه، و عليه إذا أرسلت الرسالة و خرجت عن سيطرة القابل يمكن أن نتصور أول فرض، ألا وهو وصولها للعنوان الذي أرسلت عليه، أو أن ترجع الرسالة لخطأ على العنوان أو لتغيير شكله وحجمه، و إما؛أخيرا، يتم اعتراضها و قرصنتها. مما يعني أن هذه النظرية متأثرة جدا بما هو سائد في البريد التقليدي الذي يمكن أن يحدث فرقا زمنيا محسوسا بين إرسال القبول و استلامه[2]. بكلمة أخرى تكون الرسالة الالكترونية لازالت حبيسة الكمبيوتر الخاص بالقابل و تبقى معها في ظل النظرية السابقة إعلان القبول دون إرساله و ليس أمام تصدير القبول دون تسلمه، فلا يوجد تفاوتا زمنيا على الانترنت بين الإيجاب و القبول لفورية عقود التجارة الالكترونية التي بظهورها اندثرت معها الفروق الزمنية[3].

03 – نظرية وصول القبول:و تجزم هذه النظرية بأن وقت إبرام العقد هو اللحظة التي تصل فيها الرسالة إلى الموجب[4] الذي يتسلم الرسالة و تصبح تحت تصرفه و سيطرته الفعلية حيث يصبح نهائيا و لا يكون للقابل أن يسترده، و ترتيبا لذلك فان العقد يعدّ منجزا سواء علم به الموجب أم لا، كما لو دخلت الرسالة الالكترونية صندوق بريد الموجب Boite de réception، فوصول الرسالة التي تحمل القبول إلى عنوان الموجب كافية ليصبح العقد نهائيا.

و تقوم هذه النظرية على توزيع المخاطر بين الموجب و القابل و تمكن الأخير من دفع مسؤولية التأخر في انعقاد العقد[5].

04 – نظرية العلم بالقبول:و تتمحور هذه النظرية في كون وقت انعقاد العقد هو الزمان و المكان اللذين يتصل بهما علم الموجب بقبول الطرف الذي وجه إليه الإيجاب، و بأن يتسلم و يطلع على الرسالة الالكترونية و يصبح على دراية و علم بما ورد فيها، فتتبع ذلك أن تصبح إرادة القابل ذات أثر قانوني يترتب عن صدورها، و عليه اعتبرت هذه النظرية أن وصول الرسالة دليل كاف على علم الموجب بها.

و من ثم لا يمكن أن نثبت العلم الكافي بالرسالة على اعتبار أنها قرينة قانونية بسيطة قابلة لإثبات العكس كما لو أثبت الموجب أنه لم يطلع عليها رغم وصولها كما لو طرأ خلل في الشبكة أو مستوى مزود خدمة الانترنت.

1- د.عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، مصادر الالتزام، 1966، ص664.

2- Xavier Linant De BELLEFONDS,*précité* ,p.17.

3-*Précité.*

4- د.عبد الحي حجازي،المرجع السابق، ص 664؛د سليمان مرقس، المرجع السابقن ص94.

5- د.عباس العبودي، التعاقد عبر وسائل الاتصال الفوري و حجيتها في الاثبات المدني،المرجع السابق، ص160.

و ليس صعبا أن تتبنى التشريعات الوطنية هذا المبدأ أو بهذه النظرية الأخيرة كما أخذ المشرع الجزائري في المادة 161مدني:" ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل عليه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل عكس ذلك"؛ أو المادة02/67 من نفس القانون:"و يفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان، و في الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول"[1]، و من الفقه و القضاء من أخذ كذلك بفكرة العمل أن يكون إبرام العقد وثيق الصلة بالعلم الحقيقي من قبل الموجب بالقبول و به أخذت محكمة النقض الفرنسية في غرفتها التجارية في قرار لها صادر بتاريخ:17 جانفي 1981 أين تبنت إعلان القبول و تصديره و قالت بان العقد المبرم بالمراسلة ينعقد بإرسال القابل لقبوله و لا يكتفي فقط بنظرية تسلم القبول[2]، إلا أن الإشكال الذي سيطرح هو أن شبكة الانترنت تتميز بالطابع الدولي و تتداخل فيها عدة تشريعات وطنية فيصعب الحديث عندها عن حل ّ واحد لهذه المشكلة[3]، كما قد لا نتمكن من إتباع هذه النظرية لكونها لا توفر ضابطا أو معيارا واحدا لحل مشكلة إثبات علم الموجب بالرسالة الالكترونية مما يعني التزامه بالعقد، و الحل السائد حاليا أن الرسالة إذا أخطأت عنوانها فإنها بالتأكيد ترجع إلى مرسلها كما أن معظم أنظمة المعلوماتية تعمل بإقرار أو وصل استلام الرسالة الالكترونية.

و من الحلول القانونية المطروحة و المطبقة حاليا في هذه الجدوى ما جاءت به اتفاقية **فيينا** في 11 أفريل المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع التي تطبق على الأموال المنقولة دوليا و أخذت بنظرية وصول أو تسلم الموجب للقبول، فهل يترتب عليها أن تكون عقود التجارة الالكترونية الدولية تتم في لحظة استلام الموجب للقبول[4] و تبقى على المستوى الوطني تطبق أحكام المادة 161 مدني جزائري.

و أكد ما سبق التوجيه الأوربي للتجارة الالكترونية في المادة 05 منه الذي اعتبر أن العقد مبرما من اللحظة التي يتسلم فيها الموجب إقرارا الكترونيا من مقدم الخدمات الالكترونية يؤكد فيها بأن الرسالة صادرة القابل وتؤكد قبوله. أما قانون اليونسترال فاكتفى بتنظيم مسألة زمان و مكان استلام الرسالة الالكترونية التي قد تكوم موضوعا للإيجاب كما قد تتضمن قبولا و تعتبر رسالة المعلومات قد أرسلت عندما تدخل نظام المعلومات لا يكون تحت سيطرة من أرسلها إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك.

1- لبيان جدوى هذه المادة يورد الدكتور رامي محمد علوان مثلا اجتهادا فضائيا أردنيا اعتبار أن التعاقد بين حاضرين إذا تم عن طريق الهاتف:" إن التعاقد بالهاتف صحيح و نافذ بحق الطرفين و يعتبر في حين الزمان كأنه تم بين حاضرين في المجلس أو من حيث المكان فيعتبر التقاعد ثم في الكتاب الذي صدر فيه القبول..." قرار المحكمة التمييز الأردنية رقم 88/364، مجلة نقابة المحامين، ع 8، ص38، 1990، ص 1338، عن رامي محمد علوان، المرجع السابق ، ص 255.

2- راجع د.جمال النكاس:" نظرية العقد في القانون الكويتي و ملائمتها لتنظيم التعاقد الالكتروني"، مؤتمر الجوانب التنظيمية و القانونية للاتصال الالكتروني، الكويت، 03-05 نوفمبر 2001.

3 - Beaure D'Augéres GAILLAUME et autres, *précité*, p.109 et 110.

4- *Précité*.

أما اتفاقية الأمم المتحدة لاستخدام الخطابات الالكترونية نظمت زمان إرسال و تلقي الخطابات الالكترونية لتستوعب لفظي الإيجاب و القبول، و تستوعب كذلك نظريتين معا هما: نظرية تصدير القبول و نظرية العلم به، و تضمنت زمان إرسال و تلقي الإيجاب و كذا زمان إرسال و تلقي القبول، فهي تضع حالتين أساسيتين لاعتبار الزمان الخاص بالإيجاب و القبول كما يلي:

01- وقت إرسال الخطاب الالكتروني هو الوقت الذي يغادر فيه ذلك الخطاب نظام معلومات يقع تحت سيطرة المنشئ أو الطرف الذي أرسل الخطاب نيابة عن المنشئ، أو وقت تلقي الخطاب الالكتروني إذا لم يكن قد غادر نظام معلومات يقع تحت سيطرة المنشئ أو الطرف الذي أرسل الخطاب نيابة عنه.

02- وقت تلقي الخطاب الالكتروني هو الوقت الذي يصبح فيه ذلك الخطاب قابلا للاستخراج من جانب المرسل إليه على عنوان الكتروني يعينه المرسل إليه، و وقت تلقي الخطاب الالكتروني على عنوان الكتروني آخر للمرسل إليه هو الوقت الذي يصبح فيه الخطاب الالكتروني قابلا للاستخراج من جانب المرسل إليه على ذلك العنوان و يصبح المرسل إليه على علم بأن الخطاب الالكتروني قد أرسل إلى ذلك العنوان. و يفترض أن يكون الخطاب الالكتروني قابلا للاستخراج من جانب المرسل إليه عندما يصل ذلك الخطاب إلى العنوان الالكتروني للمرسل إليه.

و نخلص إلى أن من هناك من النظريات ما سعت إلى تقديم حلّ واحد يتعلق بتحديد زمن انعقاد العقد و مكانه، وهي تقوم على نقيض فكرة التلازم و ارتباط زمن و مكانه انعقاد العقد، فالنظرية الأولى هي النظرية الأحادية أما نقيضها فهي النظرية الثنائية[1]، و توجد نظريات أخرى مختلطة التي تأتي كحل وسط بين نظرية الصدور و نظرية الوصول و التي تقول بأن لحظة انعقاد العقد هي لحظة إرسال القبول على شرط وصوله استلامه من الموجب[2]، و لهذه النظرية مكان لها في المادة 12 من اتفاقية استخدام الخطابات الالكترونية كما سبق أن أشرنا إليه.

---

[1]- د. خالد ممدوح إبراهيم،المرجع السابق، ص 299، ويرد قوله بأنه يوجد:" مؤيدي هذه النظرية الحديثة كل من الأستاذان "مالوري" و "شيفاليه"، حيث يشير الأخير الى انه ليس حتما أن تنشأ التزامات كل من المتعاقدين في وقت واحد، و الفكرة الجوهرية في النظريات الحديثة هي الفصل بين مسألة زمان انعقاد العقد و مكان انعقاده، ويرى الأستاذ (مالوري) أنه بدراسة أحكام القضاء الفرنسي تبين فيما يتعلق بتحديد زمان انعقاد العقد، يأخذ القضاء الفرنسي بنظرية العلم بالقبول، و أما فيما يتعلق بتحدبد مكان انعقاد العقد فيطبق نظرية تصدير القبول، كما انتهى الأستاذ(شفاليه) الى أنه بشأن انعقاد العقد و هو الوقت الذي لا يستطيع الموجب أن يرجع عن ايجابه تطبق نظرية العلم بالقبول، أما بخصوص مكان انعقاد العقد فهو المكان الذي أرسل اليه الايجاب أي مكان القابل"، د. خالد ممدوح إبراهيم،المرجع السابق، ص 299.

و نؤيد هذا الرأي الذي اخذت به اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية لسنة 2005 التي فرقت بين مكان الأطراف طبقا للمادة 06 و التي يفترض أن تكون محلا لاقامة الأطراف و بين مكان تلقي الخطابات الالكترونية سواء من ناحية الموجب أوالقابل بنص المادة 10 من نفس الاتفاقية.

2- د.يزيد أنيس نصير:"الارتباط بين الايجاب و القبول في القانون الأردني المقارن"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 24، العدد 03، سبتمبر 2003، ص89.

الفرع الثاني: تأثير حق العدول على تاريخ إبرام العقد الالكتروني و تمديد سريانها

و ندرسه من خلال ممارسة هذا الحق و حالات تحديد العقد الالكتروني.

01- تأثير حق العدول على تاريخ إبرام العقد الالكتروني

تعمد غالبية التشريعات العالمية المتعلقة بحماية المستهلك في العقود عن بعد أو تلك المتعلقة بعقود التجارة الالكترونية أن تمنح للمشتري مهلة أو مدة معينة تختلف من دولة أخرى تسري من يوم استلام السلعة أو الخدمة، يمارس خلالها حقه في إعادةالنظر و رد المنتج للبائع بغرض التغيير أو استرجاع الثمن المدفوع من غير تحمل تبعات أية مسؤولية، فهل يعني ذلك تمديد للزمن التي ينعقد فيها العقد؟ أم أنه يشكل بيعا على شرط التجربة الذي يمكن المشتري من فحص المبيع قبل شراءه استجابة للمادة 355 مدني جزائري[1] التي تجيز للمشتري في البيع على شرط التجربة أن يقبل المبيع أو يرفضه و على البائع أن يمكنه من التجربة فإذا رفض المشتري المبيع يجب عليه أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع، فإذا انفضت هذه المدة و سكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا، و عليه هل يعتبر شرط التجربة سببا لتأخير صدور القبول و من ثم يبقى العقد الالكتروني معلقا على شرط فاسخ أو موقوفا على التجربة؟.

إن الحق في العدول المقرر في العقود عن بعد يصح أن يفسر– في حالة عدم القبول–بأنه بيع بالتجربة، و يصبح العقد معلقا إلى غاية تجربة الشيء المبيع[2]، غير أن هذا التفسير لا ينبغي أن يكون موسعا فالحق في العدول ليس له تأثيرا هاما بعد القبول، فهو مجرد مكنة أو فرصة للتراجع عن القبول في حال عدم الرضا بمعنى إمكانية تعديل شروط العقد أو فسخه.كما أوضحه الأستاذ بيزو **Paisant** بأن مرحلة نقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري تتم قبل نهاية مهلة ممارسة الحق في العدول فنعتبر أن المالك هو المشتري و نرتب على ذلك أن يكون له حق التغيير أو التعديل[3]. وهكذا لا يكون للحق في العدول أي تأثير على زمن و تاريخ إبرام العقد فهو حق للمشتري في فسخ العقد بعد انعقاده خلال أجل معين يسري من تاريخ تسلم السلعة أو من تاريخ إبرام العقد إذا تعلق الأمر بالخدمات.

02- تمديد و تجديد سريان عقود المعلوماتية

يترتب على عقود المعلوماتية كبقية العقود الأخرى آثارا ينتهي بعضها فورا بتنفيذه و البعض الآخر يأخذ وقتا أوسع للتنفيذ، و تنتقل الملكية غالبا بحكم العقد المبرم من البائع إلى المشتري، فالمدة:

1- تقابلها المادة 1588 مدني فرنسي و المادة 421 مدني مصري.

2 -Ch.TORRES, L'Internet et la vente aux consommateurs, Thèse du Doctorat, Univeristé de Paris X- Nanterre, 1999,p73.

3- G.PAISANT : « La loi du 06 Janvier 1988 sur les opérations de vente à distance et le télé-achat», JCP,1988-2,p.472.

01- المدة في العقود الفورية التنفيذ فان المبدأ يقضي بأنها تسري بداية من لحظة إبرام العقد مباشرة، فبيع كمبيوتر تبدأ بالتسليم و يمكن تأجيل التسليم إلى وقت آخر يحدده الطرفان، و لايوجد ما يمنع من تأخير تنفيذ العقد شريطة النص عليه إذ يحدد التاريخ لتنفيذ الالتزامات أو تعليقها إلىانجاز عمل معين كالذي يوقف عقد تسليم الأجهزة أو تركيب شبكة أو التأسيس لمكتب مقدم خدمات التوثيق الالكتروني إلى غاية الحصول على البرامج الآمنة أو الحصول على الاعتماد.

02- و أما بخصوص المدة في العقود المستمرة التنفيذ، كعقد تمكين من خدمة التوقيع الالكتروني أو الإقامة و الإيواء الالكتروني أو عقود المساعدة الفنية أو كتحديد مدة سريان التوقيع الالكتروني لمدة سنة مثلا، فان تحديد المدة ضروري جدا و تلعب دورا في العقود المؤجلة النفاذ غير أنه من اللازم تحديد مدتها و إلا كانت مدتها غير محدودة و تنتهي برغبة أحد المتعاقدين، فإذا حددت و كانت قابلة للتجديد فليس لأحد الطرفين ما سبق و إلا قامت مسؤوليته العقدية.

03- و إذا تم تمديد العقد أو اتفق على تجديده، و لا يمكن تصور ذلك إلا في العقود المستمرة التنفيذ، كما لو تم الاتفاق على سريان التواقيع بعد نهاية مدة صلاحية الشهادة المنشأة له أو عدم اتخاذ الإجراءات الكافية لتجديده أو الاتفاق على مدة صلاحية البطاقة والرقم السري الخاص بالبطاقات الالكترونية الذكية (وهي عبارة عن رقائق الكترونية تحفظ المعلومات الشخصية لحاملها والبنك المصدر من اسم كامل وعنوان و أسلوب الصرف إما الائتماني أو التعامل بالدفع الفوري ومدة صلاحية البطاقة والرقم السري، تقوم بتسجيل جميع المعاملات الالكترونية الموقعة)؛ فهذه العقود تكون قابلة للتمديد قانونا أو اتفاقا لكون تمديدها عند انتهاء مدتها شيئا ضروريا، كما يمكن أن تجدد تلك العقود قبل أو بعد نهايتها، حيث لا تشكل امتدادا للعقود القبلية بل هي عقود جديدة، أو كعقد إنشاء السجل الالكتروني الذي يجب أن يحفظ دون تعديل بالزيادة أو النقصان لمدة اتفاقية أو قانونية شريطة الإخطار الالكتروني[1].

الفرع الثالث: مكان إبرام عقد التجارة الالكترونية

تحتم الطبيعة الدولية لعقد التجارة الالكترونية و خصوصيته المرتبطة بالبيئة الالكترونية أن نبحث في مصدر و الإيجاب و القبول و مكان تواجد المتعاقدين، و ترتب على ذلك أن ظهرت إشكالات قانوني تتعلق بالمحكمة

1- وقد تم النص على التعاقد بخصوص اختيار مقدم خدمات الكترونية لانشاء سجل الكتروني، و لما كان من التزامات التاجر مسك الدفاتر التجارية فهناك من يريد نقل هذا الالتزام إلى الكمبيوتر بإقامة أرشيف الكتروني، إلا أن ولوج هذا الأخير يبقى صعبا سيما قواعد البيانات لتعلقها بمبدأ الخصوصية، فقواعد غرفة التجارة الدولية تلزم كل طرف في المعاملة الالكترونية أن يقيد سجلا خاصا بكل معاملاته التجارية التي تتم على مستوى الشبكات الإلكترونية على نحو ترتب زمنيا كل رسالة بيانات واردة أو مرسلة، إلا أن الراجح يغلب فكرة الغير الموثق أو المصادق كطرف ثالث و الذي أشار إليه القانون النموذجي للأمم المتحدة و المتعلق بالتجارة الالكترونية، د.فاروق محمد محمود الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت، طبعة 2002، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، ص86.

المختصة بنظر النزاع،القانون الواجب التطبيق الذي يحكم العقد و النزاع، و يتصل بتحديد المكان الذي وقع اتصالا وثيقا بمكان المرسل و المرسل إليه و مكان نظام المعالجة الآلية للبيانات الالكترونية.

نه ليس من السهل أن نحكم القوانين الوطنية المطبقة على العقود التجارية الالكترونية، فعالميتها تعقد الوضع أكثر،فإذا كانت المادة 67 مدني جزائري تقضي بأنه يعتبر التعاقد بين غائبين قد تم في المكان و في الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد وضع يقضي خلاف ذلك، و بالرجوع إلى نفس المادة يتضح أن المشرع الجزائري جعل من مكان إبرام العقد هو دولة البائع على افتراض أن عرض السلعة و الخدمة يكون متاحا ارتباطه بالقبول ببلد البائع، فيكون بلد البائع المختص قانونا و قضاء[1]، لهذا توجد صعوبة في البحث عن مكان إبرام العقد الالكتروني بسبب صعوبة تحديد مكان كل المرسل و المرسل إليه في العقد الالكتروني المترامي الأطراف، فإذا كانت أنظمة البيانات الالكترونية تسجل الرسالة الالكترونية بحسب تاريخ تحريرها و إصدارها فإنها تحفظ المحررات حسب ترتيبها الزمني الذي يعتبر من المسائل الهامة التي تمكن من الرجوع إليها، إضافة إلى علاقتها بإثبات الحقوق و وقت تنفيذ الالتزامات و المواعيد، لهذا يجب أن تتضمن المحررات الالكترونية و الورقية لتاريخ تحريرها و الساعة و التوقيع Horodatage، فيمكن الاعتماد على طرف ثالث لتثبيت ذلك في المعاملات الالكترونية[2]، بمعنى أن ما سبق؛عادة، لا يتضمن المكان الجغرافي للإرسال أو الاستقبال الالكتروني مما يشكل عائقا أمام التجارة الالكترونية، و هذا ما جعل من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في عقود التجارة الدولية توضح أن مكان الإيجاب يرتبط بموطن مقر عمل الشخص الموجب و أن مكان تلقي هذا الإيجاب هو مكان عمل المرسل إليه[3]، و لتفصيل هذا المكان فقد أوردت المادة 10 ف 03 استثناء يتعلق بتحديد مكان الإيجاب و ذلك بتطبيق المادة 06 من نفس الاتفاقية التي تنص على ما يلي:

"1 - 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.

2 - 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 تتوقعها في أي وقت قبل إبرام العقد أو عند إبرامه.

3 - إذا لم يكن للشخص الطبيعي مقر عمل، أخذ بمحل إقامته المعتاد.

4 - لا يكون المكان مقر عمل لمجرد أنه:

1- د.أحمد الهواري:" عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص"، مؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة و القانون، غرفة تجارة وصناعة دبي، الامارات العربية المتحدة، 10-12 ماي 2003، الجزء 04، ص 1649.

2 -Thomas LIEUTENANT et Samuel MARIN, *précité*,p.01.

3 - المادة 10 فقرة 03 من نص الاتفاقية:" يعتبر الخطاب الالكتروني قد أرسل من المكان الذي يوجد فيه مقر عمل المنشئ، و يعتبر قد تلقي في العنوان الذي يوجد فيه عمل المرسل إليه، حسبما تقررهما المادة 06".

أ/- (توجد فيه المعدات والتكنولوجيا الداعمة لنظام المعلومات الذي يستخدمه الطرف في سياق تكوين العقد؛
أو) ب (يمكن فيه لأطراف أخرى أن تصل إلى نظام المعلومات المعني.

5 - إن مجرد استخدام الطرف اسم نطاق أو عنوان بريد إلكتروني ذو صلة ببلد معين لا ينشئ قرينة على أن مقر عمله يوجد في ذلك البلد".

و يعتبر مكانا لإبرام العقد في القانون النموذجي للتجارة الالكترونية ما جاءت به المادة 04/15 على ذكر أن مكان إبرام العقد الالكتروني:

"ما لم يتفق المنشئ و المرسل 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، و لأغراض هذه الفقرة:

-(أ)- إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد، وكان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية، أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل تلك المعاملة.

-(ب)-إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل، يشار من ثم إلى محل إقامته المعتاد".

و يستفاد منه، أن الإيجاب و القبول قد يرسلان من أي مكان يتواجد فيها الطرفان، و لتحقيق استقرار في المعاملات جعلت القوانين السابقة مكان إبرام العقد هو المكان الذي يعينه أحد الأطراف، فإذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك فمقر العمل أو المقر الرئيسي للشركة بمفهوم القانون المدني الجزائري، أما إذا كان للمرسل أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل بين رئيسي و مقر العمل الفرعي؛ القوانين الأممية السابقة تأخذ بالأوثق علاقة و صلة بالتعاقد الالكتروني و تنفيذه ومن ذلك تتقارب مع نص المادة 06/50 مدني جزائري التي تجعل للشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج و لها نشاط في الجزائر، يعتبر مركزها، في نظر القانون الداخلي في الجزائر، علما أن قوانين الأمم المتحدة السابقة لم تجعل و لم تأخذ حكما؛ المكان أو مقر للعمل أو النشاط أين تواجد المعدات، و التكنولوجيا التي تُشغل نظم البيانات و المعلومات، و مكان تواجد مزود الخدمات الالكترونية...الخ.كما لا ينشئ قرينة عن مكان عمل الموجب أو القابل لسبب أن موقع الالكتروني الخاص به مقيم لدى مزود خدمات يقيم بدولة ما أو لأنه يستعمل اسم نطاق لدولة ما كما لو كان: **DZ** إشارة الجزائر أو **FR** إشارة لفرنسا أو **BE** إشارة لدولة بلجيكا، فهي لا تقوم على اعتبار أنها المقار الوظيفية أو المهنية المادية لأطراف العقد. و خلاصة القول أن التعاقد الالكتروني هو تعاقد بين غائبين.

الفصل الثاني:

تنفيذ العقد الالكتروني و قواعد حماية المستهلك

تعتبر مرحلة تنفيذ العقد من أهم مراحل العقد الالكتروني لكون الالتزام الرئيسي هو أداء الخدمة و تسليم المنتج و ما يترتب عن ذلك من الضمانات و الالتزامات التي تقوم على مبدأ تحقيق النتيجة ما لم يتضح من العقد أو من طبيعة الالتزام أنه يتجه إلى خلاف ذلك، و قد يحدث و أن لا يتم تنفيذ العقد لسبب أجنبي لا يد لأطرافه في ذلك.

المبحث الأول: تنفيذ العقد الالكتروني

المطلب الأول: مضمون الالتزام بالتسليم

يترتب عن الالتزام بنقل الحق العيني الالتزام بتسليمه و المحافظة عليه كالبيوع أو الإيجارات، و يترتب عن العقود الالكترونية أن يتم التسليم بما هو متفق عليه مراعاة في ذلك لطبيعة المحل،كتحميل البرامج أو إيجار موقع الكتروني أو استصدار توقيع الالكتروني و يتم حفظها على دعامات الكترونية ذات موجات أثيرية طيفية. بمعنى أنه تقضي القواعد العامة بأن يتم التسليم بوضع البائع للشيء المبيع تحت تصرف المشتري دون أن يتعرض له في ممارسة حقه في الانتفاع به.فإذا كانت منقولات يكون التسليم فعليا أو تسليم المفاتيح أو بأية وسيلة مقبولة عرفا كالتحويل أو تسليم الوثائقو بعدها يتحمل البائع نفقات النقل و التسليم ما لم يكن نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك، كما لو كانت تلك المصاريف متعلقة بالوزن أو القياس، أو كمصاريف النقل و التخزين.

الفرع الأول: خصوصية التسليم في عقود التجارة الالكترونية

تتحكم في هذه الخصوصية شكل الخدمة و طبيعة السلعة، فقد يحصل و أن يتم تنفيذ العقد كليا عبر الشبكات أو جزئيا بين الشبكات و التنفيذ المادي التقليدي.ففي الواقع الأول يمكن أن نتصور إقامة موقع الكتروني، إنشاء تواقيع الالكترونية، تحويلات مالية الكترونية، إيداع مزادات أو مناقصات الكترونية،...الخ، أما الواقع الثاني فيحصل عند تنفيذ جزء من العقد خارج الشبكة الالكترونية، و يتم التسليم في لحظة الوصول إلى عنوان أحد الطرفين.و قد يؤدي التأخير في التنفيذ و التسليم تحديدا إلى فسخ العقد كفوات مرحلة أو فترة فعالية مضاد

الفيروسات أو كالتأخر في التحويل الالكتروني للأموال على نحو يؤدي إلىتأجيل العقد الالكتروني أو فسخه، أو كأن يتعين عدم مطابقة المحل للمواصفات و المعايير القانونية كالشروط الذي يضعها معيار **x.509** التي يجب توافرها لدى اعتماد التواقيع الالكترونية،و المعاملات الالكترونية بما أتينا عليه منذ حين، كما تنص غالبية عقود التجارة النموذجية على شبكات الإنترنت على تحديد كيفية التسليم أو طرق إرسال البضاعة أو وسيلة النقل أو أن يتم التسليم عبر الخط الالكتروني مثل قواعد البيانات[1]، و ترد عموما على خدمات فنية يجب أن تتلاءم و الاحتياجات المرجوة من حيث الصلاحية للاستعمال وفقا للغرض الذي لأجله تم تخصيصه أو التعاقد.

الفرع الثاني: ميعاد و زمن التسليم

ويتم ذلك التسليم في الوقت المتفق عليه عقديا فان لم يحدد فيكون فور إبرام العقد مراعاة في ذلك خصوصية المحل أو مقتضيات المعاملة، و تتجلى أهمية ميعاد التسليم في عقود التجارة الالكترونية في حماية حقوق أطرافه وتحديد مسؤولية كل واحد منهما عن الأضرار التي تلحق بالآخر، و إن كان قد يصعب في بعض المراحل تحديد المدة كما لو استدعى الأمر إتباع إجراءات شحن معينة أو الإجراءات الرقابية للجمارك، فيجري الأمر، أن نحدد وقتا تقريبيا يتم خلاله تنفيذ العقد.كما يصح التنفيذ عينا على المدين بأوامر قضائية إذا كان العقد يتدخل في إبرامه وسيط الكتروني و إغفال أهم الطرق لدحض حجية العقد الالكتروني هي الدفع بعد التنفيذ أو الفسخ مع التعويض أو طلب التعويض عن التأخير. و هذا تطبيق سليم للقواعد العامة، فبداية الالتزام بالتسليم يقوم على التزام بتحقيق نتيجة و الإخلال به رجوع لتلك القواعد للإتمام أو للتعويض أو الفسخ، فإذا لم يوف أحد المتعاقدين جاز للطرف الثاني المطالبة بالتنفيذ العيني أو...الخ، و كل ذلك يتيح أن يترتب عن عدم تنفيذ العقود الالكترونية الحق في الدفع بعد التنفيذ أو التنفيذ العيني مع التعويض[2]. و خروجا عن مبدأ سلطان الإرادة و الحرية التعاقدية إذ منع القانون في العقود المبرمة عن بعد أن يشترط البائع على المشتري الوفاء الجزئي و الكلي ما لم يؤدي التزامه الرئيسي كاملا بعد تسليم البضاعة أو أداء الخدمة، و له أن يخالف هذه القاعدة إذا كان قد سبق للتاجر أن أودع كفالة لدى ديوان حماية المستهلك، و بهذا أخذ مشرع مقاطعة **كيبك**[3] **Québec** الذي يجعل من وقت دفع الثمن بعد التسليم و منه فقد رتب عن ذلك أن وقت انعقاد العقد يكون بعد التسليم ودفع الثمن[4].

1- د.أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، المرجع السابق، ص 103.
و من العقود ما تنص على ضرورة تحديد المكان و الزمان الذي يتم فيهما التسليم كأن تحدد مهلة، كما تورد تلك العقود بنودا خاصة في حالة عدم تطابق السلعة أو الخدمة مع ما هو معروض أو عدم استجابتها لرغبة العميل، و من البنود كذلك المسؤولية المترتبة عن التلف أو التلف الذي يحدث أثناء الطريق.

2- د.محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، المرجع السابق، ص 87.

3- L'article 22 de la loi sur la protection du consommateur Québécois prévoit que «[…] le commerçant qui sollicite la conclusion d'un contrat à distance ou qui conclut un tel contrat ne peut demander un paiement partiel ou total au consommateur ou lui offrir de percevoir un tel paiement avant d'exécuter son obligation principale.».

4 - Pierre-Paul LEMYRE, Le guide juridique du commerçant électronique, Sans références.

عمليا، على مستوى التجارة الالكترونية قد يبرم العقد على نحو يشترط التاجر تسبيق قيمة المبيع قبل تنفيذ العقد، فإذا كانت الفكرة تخدم مبدئيا المحترف فإنه غير ذلك بالنسبة للمستهلك الذي قد يتحمل مخاطر و أعباء العقد، فكان لزاما البحث عن حلول واقعية تخدم الطرفين، من حيث ضمان مصلحة التاجر الذي يكون عرضة لمزاج العميل على نحو قد يغير من قبوله من لحظة إلى أخرى، و في نفس نحمي جانب المستهلك لكي لايكون محلا لتعسف التاجر، و كحل، اجتهد الفقه و المشرع الكندي و تم الاستعانة بشخص ثالث على شاكلة مزود الخدمات لبيع السلع و مثالها موقع **I-Escrow**[1] الذي يكفل عملية البيع و الشراء بين طرفي العقد يضمن للبائع قبض الثمن و يكفل للمشتري تسلم البضاعة المطلوبة، حيث يقوم المشتري بإرسال أو تحويل الكترونيا الثمن إلى الشخص الثالث و ليس للبائع، و لما يستقبل هذا المزود للثمن يخطر التاجر للبدء في إجراءات إرسال البضاعة، و بعد فراغه من ذلك يخطر المزود الالكتروني على أنه قام بتوريد السلعة، رغم أن هذا الحل يكلف أعباء أكثر من جراء تدخل الشخص الثالث.

الفرع الثالث: مكان التسليم

تحدد القواعد العامة بأن يكون محل الالتزام في العقود التي يكون موضوعها الالتزام بشيء معين بالذات، أن يتم تسليم الشيء في المكان الموجود وقت إبرام العقد ما لم يرد اتفاق أو نص يقضي خلاف ذلك،و في غير هذه الحالات بما فيها التعاقد عن بعد، يتم التسلم في موطن المستهلك أو موطن المدين وقت الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعماله إذا ارتبط المبيع به.علما أن العقود الالكترونية تحدد غالبيتها مكان التسليم و شروطه و حتى مكان الوفاء إذا لم يكن لازما الكترونيا، و يكون التسليم الكترونيا عبر النات إذا كان موضوع العقد برنامجا أو خدمة الكترونية بما تتضمنه من نفقات إضافية كفرض الضريبة[2].

الفرع الرابع: التسليم في مكان الوصول المحدد في عقود البيوع الدولية وفقا لأحكام قواعد الانكوتيرمز لعام 2000[3]:

و الانكوتيرمز عبارة عن عقود تجارية نموذجية تساعد المتعاملين بها على فهم و الإلمام بالمبادئ الأساسية للعقد، و هي تتضمن الحد الأدنى من الالتزامات و الحقوق و ترتكز في بنودها على اتفاقية **فينا** لعام 1980 المتعلقة بالعقود التجارية الدولية للبضائع، و لما كان مكان إيصال البضاعة من المرتكزات الأساسية عند إبرام ونفاذ العقد بما تكلفه من مخاطر، لذا وجب بيان المكان الذي يتم التسليم فيه و التحديد الدقيق لمكان الوصول النهائي الذي فيه توضع البضاعة تحت تصرف حائزها أو مالكها كما لوكان أحد الموانئ البحرية في دولة معينة، و عدم تحديد ما سبق

1 - www.iescrow.com.

2 - Quentin VAN DAELE : « La fiscalité indirecte des transactions électroniques », Commerce électronique, Cahier de C.R.I.D, n°17, p.164 et S.

3- بادرت لاعداد غرفة التجارة الدولية الى اصدار نماذجا لعقود البيوع الدولية بداية من سنة 1936، و هي بهذا الشكل تعتبر قواعد الانكوترمز مجموعة من القواعد الدولية لتفسير المصطلحات التجارية.

ينجم عنه أن يتحمل المشتري تبعات أكثر من مسئوليتة عن المخاطر و مازاد عنها من النفقات الاضافية، كما أن عدم التحديد الكافي لما سبق يعطي الحق للبائع بأن يسعى لإيصال البضاعة إلى المكان الأنسب.

و يتضمن هذا النوع من العقود الدولية جملة من عقود التسليم في مكان الوصول المتفق عليه، و هي تحمل الأرقام التالية: 09،10،11،12،13، وهي:

01- العقد DAF: المراد به تسليم المبيع أو البضاعة إلى المشتري بالحدود المتفق عليها سواء كانت حدود بلد التصدير و بلد الاستيراد، وفيها يلتزم البائع بتسليم المبيع على حدود بلد الوصول التي يتفق عليها مع المشتري، كما يقدم للمشتري سند شحن البضاعة التي بموجبها يتسلم البضاعة من الناقل عبر الحدود، أين توضع البضاعة تحت تصرف المشتري بعد قيام البائع بإجراءات التخليص الجمركي. في حين نجد أن التزامات المشتري هي التزامه بتسلُم البضاعة في الزمان و المكان المحددين في العقد، و فيه يتحمل مسؤولية نقل البضاعة من الحدود إلى مكانها الطبيعي أو مكان التخزين بعد إتمام إجراءات الاستيراد وفيها تنتقل إليه مخاطر البضاعة من البائع. و يتصل بعقود التجارة الالكترونية ما يلتزم البائع بتقديمه في الواقع المادي: من وثائق خاصة بالبضاعة و الفاتورة أو أي دليل يماثلها[1]. و في مكان التسليم، يلتزم البائع بوضع البضاعة تحت تصرف المشتري على واسطة نقل في ميناء الوصول في التاريخ و المدة و المكان المعين للتسليم، "وإذا ذكر في عقد البيع (الحدود فقط) دون تحديد المكان الذي يجب أن يجري فيه التسليم، فعلى سبيل المثال يذكر في العقد (Italian border DAF- داف الحدود الايطالية) عندها يستطيع البائع اختيار المكان الذي يناسب أغراضه في الحدود، و أن العقد (DAF) يستعمل دون الالتفاف إلى واسطة النقل المستخدمة في النقل على الرغم من أنه في الغالب تستخدم السكك الحديد للنقل، لأن السكك الحديد عند اجتيازها الحدود لا يتطلب تفريغ البضائع من العربة و إعادة تحميلها بعربة أخرى، و بالتالي لا توجد واقعا حالة وضع البضائع تحت تصرف المشتري على الحدود، و عوضا عن ذلك يزود البائع المشتري بناء على طلب هذا الأخير بمستندات النقل بواسطة السكك الحديد المنقولة مباشرة إلى مكان الوصول في بلد الاستيراد"[2].

02- العقد DES: و يكون مكان تسليم البضاعة على ظهر السفينة بميناء الوصول المتفق عليه، فيه يلتزم البائع بتمكين المشتري من البضاعة على ظهر السفينة و يتحمل جميع نفقات نقلها إلى غاية ميناء الوصول بما فيها تحمله جميع المخاطر، و تبقى نفس التزامات المشتري السابقة.

1-Didier GOBERT, «Vers une discrimination de traitement entre la facture papier et la facture électronique ?»,Cahier du Juriste, n° 4-5/2001, p01. Disponible sur: www.consultandtraining.com

2- د.عبد جمعة موسى الربيعي و فؤاد العلواني، الأحكام العامة في التفاوض، التعاقد عبر الأنترنت، عقود البيوع التجارية على وفق أحكام الانكوتيرمز لعام 2000،بيت الحكمة، بغداد، العراق، 2003، طبعة أولى ص 252.

03- العقد DEP:و مضمون هذا العقد تسليم البضاعة للمشتري على الرصيف بميناء الوصول، حيث يتحمل البائع كافة المخاطر و التكاليف و الأعباء، بمعنى يتحمل البائع:

- تسليم البضاعة على الرصيف بميناء الوصول.
- تمكين المشتري من كل الوثائق و المستندات ذات الصلة بالبضاعة.
- اتخاذ جميع الإجراءات المتعلقة بجمركة وتخليص و تصدير البضاعة.
- تحمل جميع المخاطر التي تكون البضاعة عرضة لها، وتحمل جميع الأعباء و التكاليف الإضافية التي تترتب عن وصول البضاعة إلى ميناء لوصول و يتحمل مسئولية تفريغها من السفينة.

أما المشتري فيتحمل عدة التزامات أهمها:

- تسلم البضاعة في المكان المتفق عليه بميناء الوصول.
- اتخاذ إجراءات تخليص البضاعة للاستيراد و دفع بقية الرسوم و الضرائب.

04- أما العقود DDU، بيع البضاعة بدون رسوم مدفوعة بميناء الوصول.

05- عقد DDP، عقد بيع تسلم البضاعة تدفع رسوم بميناء الوصول.

الفرع الخامس: استبدال وثائق النقل إلى مكان الوصول بالرسائل الالكترونية:

نصت المادة 13 من القانون النموذجي للتجارة الالكترونية بأنه يمكن لأطراف الرسالة الالكترونية أن يتفقا في سياق إبرامهم للعقود أن يستخدما رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض في تكوين العقد، و كل ذلك لا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه استعان بوسائل الكترونية، و انطلاقا من هذا المبدأ نجد أن سند الشحن قابل للتداول[1] يلزم الناقل بأن يسلم البضاعة إلى الشخص الذي يحمل سند الشحن الأصلي في مكان الوصول، و منه هل لا يمكن استبداله برسالة بيانات الكترونية أو بسند شحن الكتروني؟.

تجيب عن هذا السؤال المادة 20 من اتفاقية الأمم المتحدة لاستخدام الخطابات الالكترونية و التي أحكامها على أنها تنطبق على تكوين العقود و تنفيذها، وأشارت نفس المادة على أنها تحكم الخطابات المتبادلة بمقتضى اتفاقية **فيينا** لسنة 1980 المتعلقة بعقود البيع الدولي للبضائع و كذا اتفاقية **فيينا** المتعلقة بمسؤولية خدمات المحطات النهائية للنقل في التجارة الدولية، أما المادة 16 من القانون النموذجي للتجارة الالكترونية و المتضمنة للأفعال المتصلة بنقل البضائع، أي كل فعل يكون مرتبطا بعقد لنقل البضائع أو يضطلع به تنفيذا لهذا العقد، بما في ذلك على سبيل البيان لا الحصر ما يلي:

1- تنص المادة 543 مكرر 8:"يصبح سند النقل باعتباره وثيقة تمثل ملكية البضاعة، سندا تجاريا عندما يصدر و/أو يظهر، "للحامل" أو "لأمر".
و يجب أن يحتوي على اسم الشخص الطبيعي أو المعنوي للشاحن أو اسمه التجاري و مهنته أو غرض شركته و مقر سكناه أو عنوان شركته و طبيعة البضاعة و البيانات التي تسمح بالتعرف عنها و عن قيمتها".
و تضيف المادة 543 مكرر 09:"يأخذ سند النقل حسب الشروط المنصوص عليها في المادة السابقة، شكل السند التجاري، سواء كانت البضاعة في طريق النقل أو وصلت للجهة المقصودة".

- التزويد بعلامات البضائع أو عددها أو كميتها أو وزنها.
- بيان طبيعة البضائع أو قيمتها، أو الإقرار بهما.
- إصدار إيصال البضائع.
- تأكيد أن البضائع قد جرى تحميلها.
- إبلاغ أي شخص بشروط العقد و أحكامه.
- إصدار التعليمات إلى النقل.
- المطالبة بتسليم البضائع:الإذن بالإفراج عن البضائع، الإخطار بوقوع هلاك أو تلف للبضائع.
- توجيه أي إخطار أو إقرار آخر يتعلق بتنفيذ العقد.
- التعهد بتسليم البضائع إلى شخص معين بالاسم أو إلى شخص مرخص له بالمطالب بالتسليم.
- منح حقوق في البضائع و اكتسابها أو التخلي عنها أو التنازل عنها و نقلها أو تداولها.
- اكتساب أو نقل الحقوق و الواجبة التي ينص عليها العقد.

و يمكن كذلك أن يستبدل ما سبق بموافقة الأطراف على الاتصال الالكتروني، و أن تتخذ تلك الموافقة شكلا معينا على تبادل سندات الشحن الكترونيا كأن يوضع برنامج معين أو شبكة الكترونية خاصة بالناقلين و الموانئ، و بهذه الطريقة يتم تسليم البضاعة بمكان الوصول حسب الوضع المتفق عليه.

المطلب الثاني: الشروط التعسفية و شرط الزوايا الأربع

لا يكون المستهلك في عقود التجارة الالكترونية متسعا في مناقشة بنود العقد بترو و بحرية أوسع، و لا يحتل فيها مركزا مكافئا لمركز البائع، و لما كان في أحوال معينة أن يتضمن عقد التجارة الالكترونية شروطا تتفاوت درجاتها بين ما يقدمه و يكتسبه الأطراف، فإنها قد تكيّف بأنها شروطا تعسفية تثقل كاهل المستهلك.

الفرع الأول: تعريف التعسف في القانون

تجيز أحكام المادة 110 للقاضي أن يعدل من شروط العقد إذا كان يتضمن لشروط تعسفية أو أن يعفي الطرف الثاني المذعن وفقا لما تقتضيه قواعد العدالة، و قد أخذ المشرع الجزائري بهذا المبدأ ليكون من قاعدة من قواعد المعاملات المدنية، و يترتب عن الاستعمال التعسفي للحق أنه ينجم عنه أضرار تلحق بالغير و بالتبعية قيام المسؤولية المدنية لصاحب الحق[1].

1- تنص المادة 124 مكرر مدني التي أضيفت سنة 2005، بناء على القانون 10/05 المؤرخ في 20 جويلية 2005 المتضمن تعديل القانون المدني؛ بأنه:"يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ في الحالات الآتية:
- اذا وقع بقصد الاضرار بالغير،
- اذا كان يرمي للحصول على فائدة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.
- اذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غر مشروعة".

وقد عرفت المادة 35 من القانون الفرنسي المتعلق بحماية و إعلام المستهلكين الصادر بتاريخ:10 جانفي 1978 بأن الشرط التعسفي هو:"ذلك الشرط الذي يفرضه المهني على المستهلك متعسفا في استعماله حقه الاقتصادي"[1]، كما عرفته المادة 01/132 من قانون حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية الصادر بتاريخ: 01 فيفري 1995و الذي يعتبر قانونا تكيّف مع التوجيه الأوربي رقم: 13/93 المؤرخ في 05 أفريل 1993المتعلق بالشروط التعسفية بقولها:"تعتبر شروطا تعسفية تلك الشروط التي تتضمنها العقود المبرمة بين المهنيين و المستهلكين و التي يكون من شأنها الإخلال بحقوق و التزامات الأطراف"، و هذا ما حذى بالفقه الفرنسي إلى اشتراط عنصرين لاعتبار الشرط تعسفيا هما:

- التعسف في استعمال الحق الاقتصادي للمحترف.
- أن يحصل تفاوت فيما يحصل عليه المهني و ما يجنيه المستهلك[2].

و من ذاك لزم الأمر حماية المستهلك في مواجهة الشروط التي يضعها التجار في عقود ميزتها عدم التكافؤ بين المحترف صاحب المركز الأقوى و المستهلك الذي يكون في مركز ضعيف أي عدم التوازن التعاقدي بين المهني صاحب الخبرة و القوة الاقتصادية و بين المستهلك[3]، و اختلف الفقه في أي مرحلة تعاقدية عادة ما يتم تقدير الشرط التعسفي هل في مرحلة إبرام العقد أو أثناء التنفيذ و انتظار ما يترتب عنه ومن ثم كان للمشرع الفرنسي أن يقنن اللاتوازن التعاقدي في أي مرحلة تمر عليها العملية التعاقدية، عكس ما ذهب إليه التوجيه الأوربي السابق الذي يستثني من التطبيق الحالات التالية:

- حالة التفاوض الفردي على العقود.
- العقود التي تنظمها القوانين الداخلية و الاتفاقيات الدولية.
- حالة وضوح الثمن و موضوع العقود[4]؛

---

1 - Définition de clauses abusives Article 3, paragraphe 1 : « La directive prévoit une définition générale de clause abusive, donnée par l'article 3, paragraphe 1, puis elle établit aussi une liste indicative de types de clauses abusives dans une annexe.
Le critère général prévu par la directive, c'est qu'une clause est abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties découlant du contrat»., Rapport de l'Union européen sur : « clauses abusives» cinq ans après, 1-3 Juillet 1999,p.17.

2- د.أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، المرجع السابق، ص 190 و ما يليها.

3- د.خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص24.

4 - En effet, l'article 1èr, paragraphe 1, prévoit que la directive sur les clauses abusives s'applique à tous les contrats conclus entre un consommateur et un professionnel, mais dans ces contrats-là elle ne s'applique pas à toutes les clauses:
- ayant fait l'objet d'une négociation individuelle (article 3, paragraphe 1);
- qui relèvent des dispositions nationales législatives ou réglementaires impératives ou des dispositions ou principes des conventions internationales (article 1er, paragraphe 2);
- qui portent sur la définition du prix et sur l'objet principal du contrat, si elles sont claires et compréhensibles (article 4, paragraphe 2) ». Mário Tenreiro : « Examen comparatif des

و بها كرّس بذلك أولى أدوات و وسائل حماية المستهلك في العقود الالكترونية عن طريق تدخل القاضي في تقدير الشروط التعسفية و تعديل العقد أو إعفاء المستهلك من أحكامه أو عن طريق تحديد قائمة قانونية لتلك الشروط التعسفية كتعسف مزود الخدمات الالكترونية أو في حالة التعسف في استعمال الشهادات الالكترونية المنشأة للتواقيع الالكترونية المحمية[1].

الفرع الثاني: مضمون منع التعسف في العقود الالكترونية

و الشرط التعسفي في عقود التجارة الالكترونية لا يبتعد كثيرا عن التعاملات العادية، فإذا كان الهدف الأساسي هو جذب المستهلك، فان المحترف يسعى بكل وسائل الدعاية و الإشهار على الإنترنت للترويج لبضاعته و خدماته المعروضة للجمهور، و يبرم العقود الالكترونية المختلفة مع سائر المتعاملين ويقوم بتضمين العقد الالكتروني بشرط أو شروط تعسفية أو أن يضمنه بند الزوايا الأربع، كعقود التحميل عبر الإنترنت أو البيوع عبر المواقع أو المزادات الالكترونية، أو بشروط تحديد الثمن أو شرط إعفاء المنتج من ضمان العيوب الخفية، فيقبل بها العميل مباشرة دون مناقشة أو خبرة تقوده للتعاقد و هو في مركز جيد[2].

و يستقر التوجه المعاصر على أن كل شرط تعسفي يفرض على المستهلك في عقود التجارة الالكترونية من قبل المنتج أو المحترف يقع باطلا، لأنه من شأنه إحداث فرقا في الحقوق و الالتزامات، وهو ينطبق حتى على العقود النموذجية، فكل ما في الأمر أن المستهلك طرفا ضعيفا في العقد، فقواعد القانون المدني كثيرة ومتعددة تمنحه عدة خيارات كاشتراط حق الفسخ بعد تجربة المبيع أو لوضع بند خيار الشرط لمراجعة إمكانيات المتعاقد و قبوله بالشيئ المبيع أو الفسخ لعيب فيه. كما قدم القانون المدني حقوقا للمتعاقدين في فرض الشروط التي يريدونها طبقا للعقد شريعة المتعاقدين، كما يكون لأحد الطرفين أن يقبلها دون مناقشة أو تفاوض على بنود العقد فتكون مجحفة في حقه و ترتب أضرارا تلحقه، ويكون تدخل القضاء لازما في حدود نظرية التعسف. فيتوسع نطاق هذه الدائرة إلى العقود التجارية الالكترونية من منح سلطات أوسع للقاضي من أن يبطل أو يفسخ أو يوسع من مسئولية المهني و يعدل من التزامات المستهلك خروجا عن مبدأ الرضائية في العقود كأن يتدخل القاضي في الشرط الجزائي إلى رد مقدار التعويض الاتفاقي في العقد إلى حده المعقول بحيث يتناسب و الضرر القائم.

---

législations nationales transposant la directive 93/13/CEE », IN : Rapport de l'Union européen sur : « clauses abusives» cinq ans après, 1-3 Juillet 1999,*précité*,PP.14-24.

1 - Art. 06§03 du directive n° : 1999/93/CE : « Les États membres veillent à ce qu'un prestataire de service de certification puisse indiquer, dans un certificat qualifié, les limites fixées à son utilisation, à condition que ces limites soient discernables par des tiers. Le prestataire de service de certification ne doit pas être tenu responsable du préjudice résultant de l'usage abusif d'un certificat qualifié qui dépasse les limites fixées à son utilisation ».

2- د.حمد الله محمد حمد الله،حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الفكر العربي، 1997، ص 55.

الفرع الثالث: شرط الزوايا الأربع La clause de quatre coins

و يسري هذا الشرط في المفاوضات العقدية التي تتعلق بوضع الأنظمة المعلوماتية كأن تكون برمجية أو شبكية لمشروع صناعي أو تجاري أين يتعهد المقاول أو المهني بتنفيذ التزامه في شكل وعود غير مدروسة، فيتضمن العقد المبرم مع العميل –و في غالب الأحيان يكون نموذجيا– وعودا لا تترتب عنها أية مسؤولية في حال الإخلال ببنود العقد كأن يتأخر في التنفيذ أو تلحقه مخاطر قد تؤدي به إلى الخسارة، و هذا السائد في أوربا و فرنسا، ومن العبارات الشائعة الاستعمال أن يُنصّ على أنه لا يعتّد بالبنود و العروض السابقة في موضوع العقد[1]، و هذه الصيغة اصطلح عليها لدى الفقه الفرنسي بأنها شروط الزوايا الأربع التي تمكن المحترف من استبعاد كل البنود و الوثائق السابقة و التمهيدية للتعاقد حتى لا يكون تحت الرقابة الواسعة للقاضي[2].

المبحث الثاني: دفع الثمن و الوفاء الالكتروني

وهو لمغ من النقود يلتزم المشتري بدفعه للبائع مقابل حصوله على المبيع، و يُعين الثمن في العقود الالكترونية وفقا للقواعد العامة التي تسري في تحديده في العقود التقليدية،حيث تحرص تلك القواعد على النص على الثمن و العملة التي يتم الوفاء بها، كما تحدد الأثمان وقت الطلب كمبدأ عام، و للأطراف أن يفوضوا طرفا ثالثا لتحديد ثمن المبيع إذا وقع عجز أو امتناع في تحديده و لهما كذلك أن يذكروا في العقد مواعيد دفعه كأن يكون عاجلا أم آجلا، المهم أن يكون مبلغا من النقود و أن يكون حقيقيا و معينا أو قابل للتعيين، و أن يكون حقيقيا لا صوريا،و يوفى الثمن إما نقدا أو بموجب صك أو تحويل مصرفي دفعة واحدة أو تقسيطا، و يمكن الوفاء بالوسائل الالكترونية الحديثة سواء في المعاملات التقليدية أو المعاملات الالكترونية، كالمخالصات التي تتم ببطاقات الوفاء و الائتمان التي شائع استخدامها و حتى عن طريق الهواتف النقالة و الانترنت[3]، و تأثرت معها البنوك التي تطورت هي الأخرى من معاملاتها المصرفية فظهرت طرقا و مفاهيم جديدة في العمل المصرفي التي نجملها في: البنوك الالكترونية، النقود الالكترونية، التحويل الالكتروني للأموال، و من ثم نجد أنفسنا أمام مجتمع المعرفة بلا أوراق و لنا في ذلك بطاقات الاعتماد و بطاقات الوفاء،...الخ، بين الوسائل التقليدية و الوسائل الحديثة نجدها كلها تصب في غاية واحدة أساسها الالتزام بدفع الثمن للدائن و هي تسوية للدفوع بواسطة بطاقة الائتمان و الشيك و التحويلات البنكية[4]، و منه يميز الفقه – عكس ما هو وراد في قانون النقد و القرض الجزائري[5]– بين وسائل وفاء غير صرفية مثل حوالة الحق، التحويل المصرفي و بطاقة الاعتماد المصرفية، و وسائل وفاء صرفية مثل:

1 -Y.POULLET, Le Droit des contrats informatiques, Cahier de CRID, Larcier, 1983,p.185.
2 -A.LUCAS, « Le droit de l'informatique », Thémis, 1987,n°311,p.342.
3 - G.ARIRA : « Les mutations de la carte bancaire », Rev.Banque, N°09/1999,p.05.
4 - Eyal CHEVIKA : « Du déclin de la négociabilité des instruments de paiement et de crédit», Dalloz, Cahier droit des affaires,n° 16,Nov.2000,p.615.
5– الأمر 11/03 المؤرخ في 26 أوت 2003 و المتعلق بالنقد و القرض.

الأوراق التجارية القابلة للتداول بالطرق التجارية[1]، و توجد وسائل أخرى حتى في المعاملات البريدية في الجزائر كالاقتطاع المصرفي كما هو الحال بالنسبة للاشتراكات في خدمة الكهرباء و الغاز أو في الوفاء في القروض الاستهلاكية بصيغة 1575.

المطلب الأول: الالتزام بالدفع الالكتروني أو عبر الشبكات

ينتظر البائع من المشتري دفع مقابل محدد يتعين الوفاء به نظير ما أخذ من سلع أو بضاعة أو تلقي خدمة، سواء أكانت المعاملة الكترونية أو عادية و لكن الوفاء الكتروني، و بينهما فإن الوفاء الالكتروني له مميزات و خصائص.

الفرع الأول: أحكام الوفاء

يحظى تحديد الثمن باتفاق الطرفين و الذي يكون عادة مبلغا من النقود بعملة معينة، لذا عدّ جوهريا في بعض العقود و ثانويا في عقود أخرى، فيعتبر ركنا في الحالة الأولى و يترتب البطلان عن تخلفه، أما الحالة الثانية كما لو كنا بصدد عقود إيجار أو إذا تبين أن المتعاقدين قد نويا الاعتماد على السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما فلا يبطل العقد لعدم تحديد الثمن لإمكانية تحديده من قبل القضاء الذي يحدّ من تعسف البائع (المادة 357 مدني جزائري) و الذي يراقب كذلك إذا ما اشتمل التحديد على نفقات الشحن و النقل و إدراج الضريبة و رسوم الجمركة، كما يشمل تحديد الثمن السعر المحدد لدى إبرام العقد أو عند تنفيذه و الذي لا يعدّل إلا إذا تحفظ البائع على تغيير السعر و يحتفظ بالأثمان السابقة إذا وقع الطلب خلالها،كما يكون ذلك إذا طلب المشتري من المهني ما زاد عن العقد أو عدّل في الطلبية و يستوي في ذلك أن يحتفظ المورد الالكتروني أو مزود خدمات الانترنت بحقه في تعديل الثمن إذا طرأت ظروفا جديدة، بذلك يتساوى هو و العميل الذي يحتفظ بحقه في فسخ العقد إذا وقعت زيادة في قيمة الخدمة. ثم إن الوفاء يجب أن يكون بالعملة المتفق عليها أو بعملة تنفيذ العقد أو عملة الشخص المدين في المكان و الزمان المحددين و إلا اعتبر زمان الوفاء بقيمة المبيع في وقت تسلمه و مكانه هو مكان تسليم المبيع أو موطن أو محل إقامة المشتري بتاريخ استحقاق الثمن أو موطنه المعتاد ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.

و في التعامل التقليدي يجري العمل على أنه إذا لم يقم العميل بالوفاء جاز التنفيذ العيني عليه أو فسخ العقد، أما المعاملات الالكترونية نجد أن نفاذ العقد يتوقف على قيام العميل بالوفاء الالكتروني لهذا يعتبر أهم من طرق الوفاء السابقة، و للمحترف الحق في حبس المبيع أو الدفع بعدم التنفيذ إذا لم يستوفي الثمن من المشتري.

الفرع الثاني: أهمية الدفع الالكتروني

أدى تشعب التجارة الالكترونية إلى اتساع نطاقها و مجالاتها، و أصبحت مجالا خصبا للصناعة المعلوماتية التي تعتمد أساسا على وسائل الاتصال سيما اللاسلكية منها، و أخذت في التنوع إلى غاية أن وصلت موضوعات

[1]– د.سميحة القليوبي، الأوراق التجارية، 1999، طبعة ثالثة، ص 462.

التجارة الالكترونية و وسائل إثباتها و استعانت بالنقود الالكترونية، أدى ما سبق إلى تطور الصناعة المصرفية و ظهرت الصيرفة الالكترونية و النقود الالكترونية و العمليات الآلية للمصرفة الالكترونية فشاع استخدام بطاقات الوفاء و الائتمان وكلها تنحدر من وسائل الوفاء و الائتمان التي انتشرت في القرن العشرين[1]. فان اختلفت التسمية بين أدوات الوفاء فهي تضمن تنفيذ التزام المشتري بدفع الثمن و تمويل العمليات التجارية كوسائل تسوية المعاملات المالية عن طريق قبض السيولة النقدية أو الوفاء بإحدى الأوراق التجارية، وهي بهذا الشكل المادي لا تصلح للتعامل في بيئة الكترونية أين تختفي المستندات الورقية، فالأدوات الجديدة تتلاءم وطبيعة التجارة الالكترونية ومقتضيات السرعة[2]. كما تتبوأ بطاقات الائتمان مكانة هامة في التعامل التجاري الالكتروني لكونها وسيلة دفع الأكثر ملائمة و تلازما مع البيئة الالكترونية للوفاء بقيمة الشيء المبيع أو مقابل الخدمة المتلقاة، فهي الوسيلة الأئمن و بسيطة سهلة الاستعمال للوفاء بإجراءات ميسرة و متاحة عن غيرها من الدفوع الورقية.

الفرع الثالث:خصائص الدفع الالكتروني

و يتميز بعدة خصائص أهمها:

– أ/– تباعد التسوية المالية للمعاملات الالكترونية، فإذا كان العقد يبرم بين غائبين أو عن بعد، تكون عملية الوفاء بالثمن متباعدة بين مكانين عبر الشبكات بفضل التبادل الالكتروني للأموال، فيعطي صاحب البطاقة الالكترونية أمرا للمعالج الآلي، فيكون الدفع بإحدى الوسيلتين، هما:

- الأولى، بتخصيص نقودا أو رصيدا سابق قبل أية معاملة، فيتم الخصم عند كل تعامل أو عقد لاحقين له.
- أما الوسيلة الثانية،من خلال البطاقات الالكترونية البنكية، و تعتمد في ذلك على اعتماد حسابات تكون قابلة للسحب بالشيكات و البطاقات بقصد تسوية المعاملات.

و يلزم لما سبق، أن يتواجد نظام بنكي يتوافر على الأجهزة الكافية لانجاز العمليات التي تتم عن بعد عبر نوعين من الشبكات، شبكة مغلقة أو خاصة تبقى حكرا على أطرافها دون غيرهم و معروفون بينهم مسبقا، أما الثانية فهي شبكات مفتوحة تربط عدة أفراد لا يشترط فيهم التعامل القبلي.

–ب/– حافظة النقود الكترونية،و يصطلح عليها الصندوق الالكتروني، تعادل النقود التقليدية المتداولة عرفا، هي تقوم على فكرة مفادها امتلاك العميل لمحفظة نقود الكترونية لدى إحدى المؤسسات المالية يتم تمويلها بإيداع أرصدة مالية فيها و تأخذ عدة أشكال كالبطاقات البلاستيكية الممغنطة و النقود الالكترونية البرمجية[3]، و تعاريفها لا تخرج عن كونها:" مجموعة البروتوكولات و التوقيعات الرقمية التي تتيح للرسالة الالكترونية أن تحل

[1]– أنظر مجلة بنوك اليوم، الأحد 13 ماي 2001، السنة الأولى، العدد 50، ص 11.

2 - Lucas DE LEYSSAC : « Le paiement en ligne »,J.C.P, Ed.G,2002.p.477.

[3]– منير الجهيني و ممدوح الجهيني،البنوك الالكترونية، المرجع السابق، ص 48.

فعليا محل تبادل العملات النقدية"[1]. فكلما يقوم المشتري بمعاملة معينة يتم خصم الثمن من حسابه في الحافظة و تحول إلى حافظة البائع مهما كانت المؤسسة المالية و لوكانت غير تلك التي ينتمي إليها المشتري، ويوجد لها عدة تطبيقات حديثة، فمن البنوك ما طوّر هذه التقنية و أصبحت تضع نُظما خاصة بالحوافظ الالكترونية لا تختلف كثيرا عما سبق، إذ يقوم المشتري بفتح حساب لدى مؤسسة بنكية تتعامل مع البائع و الذي تمكنه من برنامج معلوماتي يقوم بتنصيبه على جهازه مما يتيح تواصلا بين جهاز هذا الأخير و حافظة نقود العميل. ومن مميزاتها أن توفر أمنا معلوماتيا كافيا لحماية الحافظة الالكترونية من أي قرصنة أو تلاعب، كما تسمح بتحديد طرفي المعاملة المصرفية الالكترونية لدى تبادل البيانات و حفظها بأقل تكلفة في أقصر زمن متاح.

-ج/- تُجنب الأشخاص نقل الأموال، حيث تعتبر أدوات وفاء عن طريق الدفع الالكتروني مما يعني أنها تجنب أطراف العقد الالكتروني عبئ نقل الأموال من مكان لآخر و درءا لمخاطر الطريق التي قد تحدث.

-د/- تحكم عملية الوفاء الالكتروني علاقة ثلاثية الأطراف، يضاف إلى وجود علاقة عقدية سابقة بين صاحب المحفظة الالكترونية و المصرف المنتمي إليه، فأنه في عقود التجارة الالكترونية يتدخل طرف ثالث عند الوفاء بالثمن، حيث يصادق على هوية العميل و حسابه و كذا بيان حصول الوفاء سواء بالتحويل أو الاقتطاع[2].

الفرع الرابع:النقل و التحويل الالكتروني للنقود

يعرف التحويل بأنه:" كل تحريك للنقود من حساب إلى آخر يتم بوسيلة الكترونية"، و يعرفه البعض الآخر بأنه:" كل إجراء يكون من أثره التقليل بشكل كلي أو جزئي من استخدام المستندات المكتوبة في إصدار أو تنفيذ أوامر النقل"[3]، وبصفة عامة، يشكل نقل الأموال عبر الشبكات الالكترونية الجيل الثالث لأنظمة الوفاء، فنجد الأول في السيولة النقدية أو في النقود ذاتها، أما الجيل الثاني فهو الوفاء بالنقود المكتوبة كضبط حسابات العملاء بواسطة الشيكات و السفاتج، و لو اختلفت تبعا لها طرق التحويل و أدواته الشيء الذي استتبع اختلاف الآراء لهوبين موسع لدائرة التعامل بالتحويل الالكتروني و بين مُضيّق لها، فإذا وسعنا من دائرتها، فان هذا الاتجاه يسير نحو القول بأنه يصّح أن يكون تحويل الأموال الكترونيا في أي مرحلة إلى غاية الوفاء أو المآل الأخير الذي يحل فيه التحويل، فيستوي أن يصدر الأمر في أية مرحلة و يكون التنفيذ كذلك، فالتحويل الكترونيا[4]، مؤدى هذه النظرية الموسعة أن يمتد المفهوم الموسع للتحويل الالكتروني للأموال إلى كل الحالات مهما كانت المرحلة التي تكون

---

[1]- المرجع نفسه.

2- M.VASSEUR : « Paiement électronique, aspects juridiques »,JCP,1985.

3-*Précité.*

نفس التعريف تبنته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري بقولها أنه يمكن أن يتم في الشكل الالكتروني نقل و تحويل الأموال كليا أو جزئيا، راجع الدليل القانوني للتحويل الالكتروني للأموال للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لسنة1987، نيويرك، UNICTRAL , A/CN/9/221،New York ,n°04,p.04.

4-X.THUNIS, La responsabilité du banquier et automatisation des paiements, thèse deu Doctorat, Montpellier, 1994,p.75.

فيها العملية المصرفية سواء بدأت على دعامة ورقية أو العكس فالأمر سيان[1]، و لنا في التحويل الالكتروني على الموقع الالكتروني الفرنسي الشهير:

http://www.cyber-comm.com/fr/operationnel.htm

أو على المونداكس:

Mondex - http://www.mondex.fr/ [2]

عكس الاتجاه السابق، توجد نظرية أخرى تضيّق من دائرة التوسع على نحو تسير إلى القول بأنه يجب تقييد مبدأ النقل الالكتروني للأموال و يُقصر فقط على المعاملات التي تتم في كل مراحلها الكترونيا بداية من إصدار الأمر إلى تنفيذه إلى أن يصل إلى البنك الذي يعالجها الكترونيا فقط و من ثم إلى غرفة المقاصة الالكترونية إذا لزم الأمر كذلك، لذا يقولون أن الأمر إذا انتقل إلى البنك مكتوبا فان هذا النقل تقليديا و إن اعتبرها البنك الكترونية، وتندرج ضمن هذا المبدأ ثلاث عمليات الكترونية مصرفية أساسية هي:السحب الالكتروني للأموال، التحويلات المالية و أخيرا قيد العمليات في الحساب سواء كان دائنا أو مدينا كما هو الحال عند طلب كشف الحساب لدى مصالح بريد الجزائر أو عبر موقعها الالكتروني[3]، وبه جاء موقف المشرع الأمريكي في المادة 06/903 من قانون النقل الالكتروني للأموال الصادر في 1978 الذي دخل حيز النفاذ في: 10 ماي 1980 بنصها:"النقل الالكتروني للنقود هو كل نقل للنقود كما هو الحال في العمليات التي ترد على الشيكات أو الأوراق التجارية من خلال منفذ الكتروني أو تتم بطريق التليفون أو الكمبيوتر أو شريط ممغنط بهدف نقل الأمر من العميل إلى المؤسسة المالية حتى تقيده في الجانب الدائن أو المدين من حساب العميل"[4].

المطلب الثاني: نظم الدفع التجارية الالكترونية:

وهي وسائل استحدثت لتلاءم طبيعة التجارة الالكترونية و متطلباتها التي تتضمن إجراء كل المعاملات التجارية، ويمكن ذكر[5]:

الفرع الأول: مشتملات الدفع الالكتروني؛ وهي:

– الدفع الفوري عند الاستلام.

– البطاقات الذكية.

– التحويلات البنكية المباشرة سواء من الأطراف أنفسهم أو من المصارف كالاستعانة بنظام التحويل الالكتروني للأموال المعروفة في الجزائر ب: "**Western Union**".

---

[1] - D.SKY : « Aspects juridiques du mouvement électronique du fonds»,p.13., Sans références.

2 - Julien Le Clainche : «Le paiement en ligne»,p.13. Disponible sur : www.droit-ntic.com.

[3]– لطلب كشف الحساب البريدي الجاري الالكتروني يتم و لوج الموقع الالكتروني لبريد الجزئر بعد ادخال رقم الحساب البريدي ثم ادخال الرمز السري الذي تسلمه مصالحه، على الموقع:http://eccp.poste.dz

4– د.شريف محمد غنام، مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الالكتروني للنقود، دارالجامعة الجديدة،مصر، 2006،ص 09 و 10.

5– رأفت رضوان، المرجع السابق، ص48.

– البطاقات البنكية.

و اتسعت النقود الرقمية و البلاستيكية لتشمل الحسابات الالكترونية و البطاقات التي يستطيع حاملها في استخدامها في أداء مقابل ما يحصل عليه من خدمات دون الحاجة لحمل مبالغ كبيرة وهي لا تخرج عن ثلاثة أنواع هي: بطاقات دفع، البطاقات الائتمانية و بطاقات الصرف الشهري. للحصول على بطاقة يوقع العميل عقدا كما هو متعارف عليه مع المصرف، و من بنود العقد أن إدخال البطاقة الذي يتزامن استعمالها مع الرقم السري في الموزع الآلي للنقود يعتبر توقيعا الكترونيا، نفس التقنية يلجأ إليها موظفو البنك أنفسهم للتصديق على العمليات الحسابية عبر شاشة الكمبيوتر كإمضاء أوامر الدفع الدولية للعملاء عبر شبكة **SWIFT** من دون الحاجة إلى طبعها و حفظها في دفاتر الكترونية وذلك بالاستعانة بالأرشيف الالكتروني.

البطاقات الذكية،وهي عبارة عن رقائق الكترونية تحفظ المعلومات الشخصية لحاملها والبنك المصدر من اسم كامل وعنوان و أسلوب الصرف إما الائتماني أو التعامل بالدفع الفوري ومدة صلاحية البطاقة والرقم السري، تقوم بتسجيل جميع المعاملات الالكترونية الموقعة. و مجالات الاستعانة بها في المعاملات الالكترونية كحافظة الكترونية للأموال، كما تصلح لأن تكون بطاقة تعريف بالشخص أو صحية، كما تستخدم لتأمين التحويلات الالكترونية للأموال التي تتم عبر الانترنت.

الفرع الثاني: الإطار القانوني لوسائل الدفع الالكترونية

لقي الوفاء الالكتروني تنظيما قانونيا مقبولا على المستوى الدولي، و غالبا ما بقيت تحكمه الاتفاقات و العقود المبرمة بين العملاء و المصارف في إطار ما يسمى بالاتفاقية المنشأة، لذا نجد كان المجال فاسحا للفقه و القضاء لحل المشكلات المطروحة، ومثالها الجزائر التي تبنت نظام الدفع بالبطاقات الالكترونية و التي تحكمها الاتفاقية بين مصالح بريد الجزائر و العملاء أصحاب الحسابات البريدية الجارية أو الاتفاقيات بين بريد الجزائر و شركات التحويل الالكتروني للأموال[1]، و يرجع هذا التأخر الشريعي السائد إلى حداثة هذا النوع من طرق الوفاء أفرزتها التكنولوجيا، ثم إلى أن، لعب العرف التجاري المصرفي و الاتفاقات التي تبرم بين البنوك و العملاء دورا في سدّ ثغرات النقصان و القصور التشريعي. و من بين أهم التشريعات الوطنية نجد قانون البنوك الفرنسي الصادر في: 24 جانفي 1984 الذي يعتبر أول قانون في العالم يسنّ للبنوك صلاحية إصدار البطاقات الالكترونية[2]، و تبعه صدور القانون رقم: 19/88 المتعلق بالغش المعلوماتي و الذي قصد منه تقرير الحماية الجزائية لبطاقة الائتمان مع النّص على عدم الرجعية في الوفاء بالبطاقة الالكترونية، ثم تدخل فيما يتعلق بتعديل القانون التجاري الفرنسي

1– التعليمة الوزارية للبريد والمواصلات المتعلقة بالكيفيات المحاسبية المطبقة على الدفوع المنجزة لحساب خدمة التحويل السريع للأموال عن طريق:" وسترن يونيو– WESTERN UNION"، المؤرخ في 17 ماي 2001، النشرة الرسمية للبريد والمواصلات G 335، فهرس: CR II م م م/ م ف م، م01، لسنة 2001. وكذلك مشروع تعليمة متعلقة بالتحويل الالكتروني للأموال« TEF » ، بدون رقم مرجعي، صادرة عن المديرية الجهوية للبريد و المواصلات لناحية سطيف، في ماي 2001.

2 - M.VASSEUR : « Paiement électronique, aspects juridiques »,JCP, 1985,p.14641.

بالقانون الصادر في:30 ديسمبر 1991ليو ّحد من الأوضاع القانونية للوفاء المرتبطة الوفاء بالشيك و بطاقات الوفاء[1]. أما التوصيات الأوربية فنجد أهمها التوصية الصادرة بتاريخ: 08 من ديسمبر 1987 المتعلقة بالتسليم في مجال الوفاء الالكتروني، و التوصية الصادرة المتعلقة بالوفاء و العلاقات التي تربط بين حاملي البطاقات و المصدرين الصادرة بتاريخك17 نوفمبر 1988.

فالتوصية الأولى تعتبر الوفاء الالكتروني كل عملية تتم باستخدام الوسائط الممغنطة ذات أشرطة أو تستخدم أجهزة الوفاء الحديثة ذات معالجات آلية لدى شبكات الوفاء المختلفة كنهائي الوفاء البيوع**T.P.V** [2] أو نهائي الوفاء الالكتروني [3] **T.P.E**، كما تحدد الشروط المطلوبة التي يجب توفرها لتطوير الوفاء بما يخدم مصالح الطرفين و انجاز التزاماتهما من سهولة في الاستعمال و أمان للعملية الالكترونية إذا أراد العميل الوفاء باستخدام البطاقات الالكترونية،مع إلزام التجار ببيان وسيلة الدفع الملائمة و المقبولة لديهم كأن يشار إلى بطاقة فيزا كارد مثلا.

و بناء على **التوصية الثانية**، فهي أشمل من الأولى، فهي توسع من دائرة الوفاء مهما كان نوع البطاقة الالكترونية و الوسيلة المستعملة سواء لدى الأجهزة الموجودة لدى التجار أو عبر شبابيك السحب الآلي، علما أن هذه التوصية تركز على حماية المستهلك عند استصدار لبطاقة من البنوك بتمكينه من الإعلام الكافي بهذه الوسيلة، و مسؤولية البنك و مسؤولية العميل عند الاستعمال السيئ للبطاقة الالكترونية.

و توجد **التوصية الثالثة** بتاريخ:30 جويلية 1997[4] التي تؤسس لمرحلة تالية لوسائل الوفاء و العمليات الالكترونية سيما العلاقة بين الساحب و المسحوب عليه، فهي تكرس للتعامل ببطاقات الوفاء و الائتمان و حتى البطاقات ذات التعبئة المسبقة، ما يهم أن قيام الطرف بالتزامه المتعلق بالوفاء يجب أن يحاط بجملة من الضمانات حتى يؤدى بشكل غير معيب كالشروط التي يجب أن تتوفر عند القيام بعمليات الدفع الالكتروني بواسطة بطاقات الوفاء و الائتمان و شروط اصدراها و كيفية استعمالها.

المطلب الثالث: أنواع البطاقات و الأهمية في استخدامها

لم يتفق الفقه على وضع أنواع معينة لهذه البطاقات و اختلفت التسميات، فالبعض يقول بالبطاقات البلاستكية و البعض الثاني بالبطاقات الدائنية، و البعض الآخر يسميها ببطاقات الوفاء أو البطاقات البنكية،كما تم الإجماع عليه في إنشاء التوقيع الالكتروني المحمي الذي يمكن أن يستند في إنشاءه على المعيار العالمي الموحد **X.509** ،

[1]– تشير عدة مراجع تشير الى وجود تزييف في بطاقات الاعتماد، راجع د.حمدي عبد العظيم، غسيل الأموال في مصر و العالم، 1998، ص 148.

2 – Terminal de paiement de vente.

3 – Terminal de paiement électronique.

4 - Recommandation de la CE n ° : 97/489 du : 30 Juillet 1997, J.O.C.E du 02 Août 1997.

و العلة في الاختلاف يعكس بصورة جلية الاختلاف في الوظيفة المرجوة من البطاقة التي يحددها الاتفاق المبرم بين العميل و البنك[1]، لهذا نجد تقسيمات من الناحية الاقتصادية و أخرى قانونية و تقسيمات من حيث التقنية المستعملة في إنتاج و تصنيع البطاقات، كما يتجه فقه حديث إلى تقسيمها من حيث طبيعة وظيفتها اعتمادا على المعيار الموضوعي، كما توجد بطاقات دولية اعتمادا على الشبكة المستعملة و التي لها استعمالات شتى كأن تؤدي وظيفة الوفاء بالديون، الائتمان، ضمان الوفاء و كأداة لسحب النقود أو التحويل الالكتروني للأموال و حتى للسداد عبر الانترنت فهي بطاقة واحدة متعددة الاستخدامات و الأغراض[2].

الفرع الأول: تقسيمات بطاقات الائتمان

و تقسم إلى قسمين هما:

بند 01- بطاقة الاعتماد أو الائتمان الحقيقي، يقتصر دورها على تمكين الحامل من سحب النقود أو تحويلها، فهي أساسا تقتصر على السداد الفوري المباشر لثمن السلعة أو الخدمة المقتناة من التاجر أو من العميل، إضافة إلى ذلك، قد تتضمن لأنواع أخرى من البطاقات التي تسمح للعميل الحصول على ما سبق بحد أقصى ائتماني و متغير [3] لا يمكن تجاوزه على أن يخضع لعقد سابق بين العميل و البنك[4]ما يميّزها أنها تأتمن الحامل من غير أن يكون له رصيدا كافيا لدى البنك لانجاز عقوده، وهي تمثل ائتمانا حقيقيا و فعليا لحاملها وهو جوهر هذه البطاقات التي يتم عبرها السحب على المكشوف.

و دفع الثمن بطريقة هذه البطاقات يستلزم وجود ثلاث أطراف هم: العميل، المستفيد و المسحوب عليه الذي لا يكون إلا مؤسسة مصرفية حسب المادة 70 و ما يليها من قانون النقد و القرض بخصوص عمليات البنوك[5] ثم تلاها نظام بنك الجزائر رقم 12/94 المؤرخ في: 12 جوان 1994 وتم تطبيقهما بصدور التعليمة رقم:64/94 المتعلق بضبط البطاقات البنكية[6].بتحقق هذه العلاقة الثلاثية يحصل المستفيد على أهم ضمانة للدفع الآمن حيث

---

[1]- وضع البنك الأهلي المصري تعريفا لبطاقات الدفع البلاستيكية بأنها:" أداة مصرفية للوفاء بالالتزامات مقبولة على نطاق واسع محليا و دوليا لدى الأفراد و التجار و البنوك كبديل للنقود لدفع قيمة السلع و الخدمات المقدمة لحامل البطاقة مقابل توقيعه على ايصال بقيمة التزامه الناشئ عن شراءه للسلعة أو الحصول على الخدمة على أن يقوم التاجر بتحصيل القيمة من البنك المصدر للبطاقة عن طريق البنك الذي صرح له بقبول البطاقة كوسيلة دفع،...الخ"، فضلا راجع دكيلاني عبد الراضي محمود، النظام القانوني لبطاقات الوفاء و الضمان، (دكتوراه مطبوعة)، دار النهضة العربية، 1998، ص 47.

2 - Yves GUYON : « Rapport sur les problèmes juridiques actuels en matière des cartes de paiement »,Les cartes de paiements, 1980,p.45. Voir aussi J.PRIDEAUX : « Les cartes des années 2000», Revue de la Banque, n°584, 09.1997.,p.60.

[3]- و يصطلح على النوع من الاعتماد أو الحد الائتماني: الاعتماد المتجدد أو الاعتماد الدائم، أنظر د. كيلاني عبد الراضي محمود، المرجع السابق.

4 - M.Jeantin, Droit commercial, 1992, p.99.

5 - Ordonnance n° 03-11 du 26 août 2003 relative à la monnaie et au crédit.

6 - **Article 2 :** Les normes définies par la présente instruction se rapportent à la carte bancaire nationale émise par les banques commerciales ou tout autre institution émettrice d'instruments de

حيث يتوجب عليه أن يحصل على إذن الساحب أو الآمر بالدفع كأن يدخل بطاقة الاعتماد المصرفية في الجهاز الموصول بشبكة المصرف الالكترونية يتبعه إدخال الرقم السري الذي به يمكن دخول الشبكة فيتم التحقق من هوية الآمر و يتأكد من صلاحية البطاقة.

ومن الناحية الفنية استعمال هذه البطاقة متاح على مستوى الشبكات إذا توفرت شروط التوثيق الالكتروني رغم أن الشبكة مفتوحة على مصرعيها مما يسمح بالتعامل مع أشخاص غير جادين كالقراصنة مثلا، فبعض الأحيان عندما يقوم المشتري بدفع الثمن عبر الانترنت قد يتم اعتراض الرقم السري للبطاقة فيكون عندها كمن يلقي أمواله في صندوق البريد[1].

و لتفادي ما سبق، استعانت المؤسسات المصرفية بأنظمة بيانات أكثر تطورا تعتمد على التشفير و الترميز بما يحقق نقل البيانات من جهاز التاجر إلى البنك أو تبادلها على الإنترنت من دون أن يعترضها أحد، بمعنى أن استخدام البطاقات الاعتمادية من أجل الشراء عبر الشبكات أضحى منتشرا بشكل واسع على الانترنت، فهي حقا الأحسن لتنفيذ الالتزام بدفع الثمن في عقود المعاملات الالكترونية، إلا أن ذلك لا يتأتى إلا بتحقق شرطين أساسيين، هما:

- **شرط أول**، يبدأ بفتح حساب مصرفي جاري على الانترنت أو حساب قابل للولوج من على الانترنت يكون قابلا لإيفاء التزامات المشتري اتجاه البائع، أو يمكن أن تتعامل البنوك مع مؤسسات في شكل وسطاء يضمنون للبائع قبول تسديد الأثمان و تتحمل عبئ تحصيل المبالغ المستحقة له باستخدام بطاقات الاعتماد دون فتح حسابات جارية.
- **شرط ثاني**، أن يتوفر برنامجا خاصا بالدفع الآمن يماثل الجدار الآمن على مستوى برنامج الوندوز، فهو يحمي البيانات التي يتم تبادلها و نقلها من بطاقة الاعتماد و بياناتها المالية من جهاز البائع إلى المصرف التابع له، بمعنى بين شركة الائتمان و مصرف التاجر، و عادة ما يستعان بطرف ثالث يسمى معالج بطاقة الائتمان يحوّل المبلغ من حساب المشتري إلى حساب البائع و هو الضامن كذلك لردّ المبلغ للعميل.

paiement. Instruction n° :64/94 du 28 Septembre 1994 portant la normalisation de la carte bancaire.

[1] – د.صابر عبد العزيز سلامة، العقد الالكتروني، 2005، ص56، راجع قرار محكمة استئناف ليون Lyon في القضية:

Vincent. C. Société de production de téléphone, 20 Septembre 2000, Disponible sur : www.juriscom.com

أما الوسيط الضامن؛ فقد ظهر دوره نتيجة الفشل و الصعوبة التي نجمت عن تطبيق نظام التشفير بين البنوك المعروف بـ: **SSL** الذي يعتمد على نقل بيانات البطاقة المشفرة[1] من غير أن تمكن من التحقق من هوية الشخص مستخدم البطاقة، فكان لزاما البحث عن حل أنجع و أسهل و من غير تكلفة باهظة، و من هنا جاءت فكرة الوسيط الضامن، و هو شخص ثالث موثوق منه بدلا من الاتصال المباشر بين أطراف العقد كالذي تحدثنا عنه في تشريع مقاطعة **كيبك** بموجبه تم اعتماد الوسيط **I-Escrow**، أو كالنظام الذي اعتمدته شركة[2] **First Virtuel** الذي تتلخص فكرته في أن يتصل العميل بالشركة عبر الانترنت مبينا كامل عناصر هويته من اسم و لقب و عنوانه البريدي و الالكتروني، فترسل له الشركة عبر البريد الالكتروني رقما سريا أو كلمة سر لكي يستعملها العميل في مكالمته الهاتفية أو لدى تقدمه للشركة أو أحد فروعها فتكون هذه الكلمة أداة التعريف له، و عندها يمكنهم من رقم بطاقته فتسلمه الشركة رقما أو رمزا سريا يستعمله عبر شبكة الانترنت، الشيء الذي يجعل البائع متيقنا من سريان مفعول البطاقة و بيانات صاحبها؛ بهذه الفكرة أخذت مؤسسة: **visa** و **Mastercard**، و يفترض في هذا أن إثبات الالتزام بدفع الثمن يكون سهلا لتدخل طرف ثالث يسمى الوسيط الذي يقدم الدليل على ذلك أي يكون شاهدا بين البائع و المشتري، هذا الأخير الذي يتوجب عليه أن يثبت أن الدفع الالكتروني كان متعلقا بالعقد و ليس بعقد آخر[3].

بند 02– بطاقة الوفاء، و تسمى ببطاقة الخصومات الفورية، يستخدمها حائزها كوسيلة أو أداة للوفاء كمقابل لما يأخذه من سلع و خدمات، يصدرها بنك أو مؤسسة مصرفية كالبريد، بواسطتها يمكن أن يسحب العميل النقود من الموزعات أو أجهزة سحب الأموال أو آلات التوزيع الآلي **DAB** [4] أو الشبابيك البنكية **GAB** [5]، بين النوع الأول و الثاني، تصدرها مؤسسة ائتمان أو أحد الأشخاص القانونية السابق الإشارة إليهم بشروط معينة متفق عليها سلفا تتيح للعميل فتح حساب مصرفي لدى المسحوب عليه ويودع فيه العميل مبلغا أو قد يعفى من ذلك كلية، و بناء على الاتفاق السابق، فان البنك مفوض بخصم من الحساب عند كل أمر يصدره العميل للوفاء بالتزاماته المالية. و في مجمل ما قيل، نجد أن الموزعات الآلية للنقود تسمح بسحب حد معين من المال لا يمكن

1– وهي مختصر لـــ: Secure Sockets Layer، راجع: منير الجنبيهي و ممدوح الجنبيهي، البنوك الالكترونية، المرجع السابق، ص35 و ما يليها.

2– هذا وقد اصدرت شركة **First Virtuel** أول آلية للدفع الالكتروني على الانترنت، و الاستعانة بها بحاجة الى التسجيل المسبق للتاجر و العميل لديها، و من ثم اذا رغب العميل في اقتناء سلعة أو خدمة عليه أولا أن يتصل بالشركة لتمكنه من رقم تعريف هاتفي سري سمي بـــ: **Numéro d'Identification Personnel** (**NIP**) الذي يتيح له استخدام بطاقته الالكترونية. فيكشف هذا الرقم للتاجر المتعامل الذي يقوم بدوره بالاتصال مع مصرف العميل و يرفقه بفاتورة الشراء عندها يقوم المصرف بالتأكد من أن العميل فعلا قد أنجز تلك المعاملة عن طريق ارسالها بريدا الكترونيا اليه تلتمس منه تأكيدا على المعاملة، و تقوم بعدها بالوفاء بالطرق البنكية التقليدية.

3-Cyril Blaise, Le commerce électronique entre profésionnels en réseau ouvert (Internet), DEA, Fac. de Droit, Univ. de Paris V, 1996/1997,p.49.Disponible sur : http://www.eridia.com/cblaise.

4-Distributeurs Automatiques des Billets.

5-Guichets Automatiques de Banque.

تجاوزه، أما الشبابيك الآلية فهي تؤدي خدمات مالية مختلفة منها سحب الأموال و إيداعها و هو لا يعمل في إطار الشبكة و إنما مستقل عن بنك المعطيات[1].

ما يميزها كذلك، أنها أداة الوفاء الأكثر انتشارا في العالم رغم أنها لا تشكل أي ائتمان باتجاه العميلمن قبَل البنك الذي يسدد فور إرسال الكشوف و الفواتير و يقوم بخصم قيمتها من حساب العميل، و هذا يشكل ثقة و أمانا للتاجر في اقتضاء حقوقه من المؤسسات البنكية على أساس أن كل العمليات ترتكز لديها، و لطبيعة هذا الوفاء فقد اصطلح الفقه على تسميتها بالوفاء المؤجل لمنحها آجالا للعميل للوفاء الفعلي بالثمن، فالبنك لا يطالب عميله بالوفاء فورا و إنما يقوم بتجميعها و يطالب بعد بمستحقاته[2]، و أن هذا الدفع المؤجل لا يعتبر عنصرا جوهريا بل ثانويا ينظم علاقة العمل بين حائز البطاقة و البنك، و التأجيل بهذه الصورة لا يُنمي عن عملية ائتمان بالمعنى الحقيقي لها و إنما تأخير فقط لا غير كأن يمنح أجلا أو يتم تجميع قيم المشتريات إلى حين[3]، فبطاقة الوفاء في أداء وظيفة الوفاء تقارب وظيفة الشيك في ضمان الوفاء لحامله.

الفرع الثاني:تقسيمات أخرى للدفوع و المخالصات الالكترونية

و توجد لها عدة صور تختلف بحسب الطريقة التي يرغب فيها العميل أو الوفاء أو بحسب الخدمات المتوفرة لدى البنوك، كما تختلف بحسب الطريقة التي ترغب فيها البنوك إجراء المخالصات بينها كتحصيل الديون و السندات أو التحويل الالكتروني، ومن بينها المقاصة المصرفية بنوعيها الالكتروني و التقليدي و الهاتف المصرفي و الانترنت المصرفي و النقود المصرفية.

البند 1/–طرق الإيفاء المصرفية الالكترونية،و هي طرق تعتمد على بعض الوسائل و الوسائط الالكترونية كالمقاصة العادية و المقاصة الالكترونية، فإذا تعلق الأمر بالهاتف المصرفي فهي خدمة متاحة للعميل على مدار الأسبوع بدون توقف أين يطلب من المصرف أن يحول المبالغ المستحقة للبائع نظير ما يتلقاه من سلع و خدمات، و يتم التأكد من شخصية العميل عن طريق إدخال الرقم السري أو كلمة المرور مضاف إليه الترقيم الهاتفي الخاص بالعميل الذي يكون معروفا لدى البنك.

و قد أخذت المقاصة بنوعيها حيزا كبيرا و حلت محل أوامر الدفع المصرفية، و تنص المادة 297 مدني جزائري على أن:" للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه و ما هو مستحق له اتجاهه ولو اختلف سبب الدينيين إذا كان موضوع كل منهما نقودا أو مثليات متحدة النوع و الجودة وكان كل منهما ثابتا و خاليا من النزاع و مستحق الأداء صالحا للمطالبة به قضاء.

---

[1] -Voir : W. JEANDIDIER : «Les truquages et usages frauduleux des cartes magnétiques », J.C.P, Edition E, n°3229, 1986.

[2]–د.رفعت فخري:"بطاقات الائتمان من الوجهة القانونية"، مجلة ادارة الفتوى و التشريع، الكويت، عدد 04، 1984، ص 206.

[3]– المرجع السابق، ص26.

و لا يمنع المقاصة تأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضي أو تبرع بها الدائن".

تختلف المقاصة القضائية عن المقاصة القانونية، وما يهمنا هو النوع الثاني الذي يجد تطبيقه في أوامر الدفع المصرفية الالكترونية، فتكون المقاصة الالكترونية قانونية إذا تم توقيع أمرا بالدفع أمام إحدى الجهات المصرفية المنتسب إليها العميل المدين و الدائن ولكن يشترط في ذلك أن يحدد تاريخ الدفع والتعيين الاسمي للشخص المستفيد.و لقد كانت تتبع هذه العملية يدويا في المصارف لتسوية المدفوعات بين المصارف، كتحويل المرتبات الشهرية من حسابات العملاء إلى العمال أو الموظفين أو من حسابات صناديق الضمان الاجتماعي إلى فائدة المؤمنين، و من أشهر أنظمة المقاصة الالكترونية:

01- نظام المدفوعات الالكترونية للمقاصة.

02 - نظام التسوية الإجمالية بالوقت الحقيقي.

03 - خدمة المقاصة الالكترونية المصرفية[1].

البند 2/–النقود الالكترونية، وهي بديل الكتروني للسيولة النقدية ومكافئة للنقود المتداولة عرفا، أو عبارة مجموعة من البيانات الالكترونية التي تتيح أن تحل فعليا محل تبادل العملات التقليدية، فهي أرقام يتم تخزينها على كمبيوتر البنك، ثم يتم نقلها و تثبيتها و تخزينها على كمبيوتر العميل على القرص الصلب أو على قرص مرن أو قرص مضغوط، ليتم نقل القيم المالية منه و إليه عبر الانترنت، ومثالها أن يصدر البنك نقودا بقيم وفئات معينة، و من أمثلة الأنظمة الخاصة بالمدفوعات التي تتيح إصدار أوامر إلى الكمبيوتر لدفع ثمن المشتريات عبر الانترنت: نظام الموندكس الانجليزي **Mondex** و نظام سيبر كوين **Cyber Coin** و نظام فيزا كاش **Visa Cash**. لهذا نجد أن النقود الالكترونية تختلف عن النقود التقليدية في آلية استخدامها و طريقة تداولها انتقالها من شخص لشخص آخر، فهي مستقلة من حيث تحريكها من كمبيوتر إلى آخر ولا حاجة لتدخل المصرف في ذلك، يكفي فقط تحميلها بكمبيوتر البائع ثم عن طريق ذات المصرف و تحول بعدها إلى نقود حقيقية، كما أنها تمتاز بسهولة تحريكها عبر الحدود و الدول و يتم الوفاء بها في الدولة التي يتم الوفاء فيها بدرجة كبيرة من الآمان المعلوماتي من دون فتح حساب مصرفي لأنها ليست اسمية كما هو معروف في النقود التقليدية[2].

و لايعني ذلك أنها بمنأى عن بعض المشكلات و المخاطر، فهي ليست بعيدة عن الفيروسات التي قد تحملها للجهة مصدرته أو كأن يقوم الفيروس بمحو ذاكرة الحاسب الآلي، و بعدها لا يمكن استرداد الأموال سيما إذا كنا بمناسبة تسديد قيمة مشتريات و حل هذا الفيروس أثناء تبادل البيانات.

الفرع الثالث:الأوراق التجارية الالكترونية، و يقصد به بوجه عام السفتجة و السند لأمر و الشيك، القابلة للتداول بالطرق التجارية المعروفة، أما في الوسط الالكتروني فهي كل وسيلة وفاء التي تتيح التعامل بها في

1 –نفس الأنظمة مشار إليها لدى: رضوان رأفت، المرجع السابق، ص60.

2– د.محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، 2006، ص 87.

التعاقد الالكتروني، وبهذا الشكل حلت محل الأوراق التجارية العادية و تخضع في ذات الوقت لنفس الأحكام بنشأتها على ركيزة الكترونية تشكل مجموعة أو تسلسل أحرف و عبارات و أرقام أو إشارات أو رموز ذات معنى و دلالة مفهومة و مقروءة بوسائط الكترونية تحدد أطرافها .

البند 1/– السفتجة الالكترونية، فهي:"صكٌ محرر وفق شكل معين حدده القانون يأمر بموجبه شخص يسمى المحرر أو الساحب **Tireur** شخصا آخر يسمى المسحوب عليه **Tiré** بأن يدفع في مكان محدد مبلغا معينا من النقود في تاريخ معين أو قابل للتعيين أو بمجرد الاطلاع لأمر شخص ثالث يسمى المستفيد أو الحامل **Bénéficiaire ou Porteur**"[1]. ولم يأت القانون التجاري الجزائري على تعريف لها و إنما أورد شروطها في المادة 390، فبالإضافة إلى أنها صك مكتوب، فانه يجب أن تتضمن جملة من البيانات يطلق عليها البيانات الإلزامية التي تميّزها عن بقية الأوراق التجارية الأخرى، و عددت المادة السابقة البيانات بقولها:" تشتمل السفتجة على البيانات التالية:

1- تسمية سفتجة في متن السند نفسه و باللغة العربية المستعملة في تحريره.
2- أمر غير معلق على شرط أو قيد بدفع مبلغ معين من النقود.
3- اسم من يجب عليه الدفع (المسحوب عليه).
4- تاريخ الاستحقاق.
5- المكان الذي يجب فيه الدفع.
6- اسم من يجب الدفع له أو لأمره.
7- بيان تاريخ إنشاء السفتجة و مكانه.
8- توقيع من أصدر السفتجة (الساحب)".

إذن السفتجة الالكترونية ليست بعيدة عن سابقتها التقليدية من حيث الشروط إذ تبقى ثلاثية الأطراف و محرر الكتروني معالج كليا أو جزئيا لها، و تتضمن كذلك لأمر من الساحب إلى المسحوب عليه بالوفاء بقيمتها للمستفيد عند استحقاق السفتجة، فواقعيا لا يوجد ما يمنع من التعامل بالكمبيالة الالكترونية بين البنوك و الأشخاص عبر الانترنت سيما إذا تدخل طرف إضافي كسلطة التصديق الالكتروني، فقد شهد السبق لمحاكم كندا أن تكون ذات السبق في نظر القضايا المماثلة، فقد أجرى مركز **AZIMUT** بحثا حول بنوك المعطيات المعلوماتية و قدم خمسة مقترحات محددة في المادة 3113 من القانون المدني لمقاطعة كيبك **Québec**، ثلاثة من المقترحات السابقة لها صلة وثيقة بالطلبات القضائية المتضمنة للأوامر المتعلقة بفرض الكفالة على الشركات، و من ثم كان لزاما على القضاة التحقق من مكان تواجد تلك الشركات أو التأكد محل إقامة صالح لها طبقا لنفس المادة السابقة. فإذا كان القانون المدني لهذه المقاطعة لم يحدد ما ذكرناه، فيعني أن القاضي سيستند على المادة 3113 السابقة لوضع مقارنة بين

1- د.الياس حداد، السندات التجارية في القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية،1989، الجزائر، ص 44.

محل إقامة الشخص الطبيعي و مقر الشخص المعنوي، و فعلا ما أخذ به القضاء الكندي[1]، فحوى ذلك أن الشركتين اعترضتا على الوفاء بقيمة السفتجة، أما المعترض ضدهم فقد أسسوا عريضتهم على أن نفي ما سبق مدعيين في ذلك أن محاكم مقاطعة **كيبك** ليست مختصة بنظر الاعتراض، فكان جواب قاضي محكمة **Lefebvre** أن صرح بعدم اختصاصه بنظر الدعوى على اعتبار أنه يجب الأخذ في الاعتبار أهم عنصر في الدعوى و هو القانون الواجب التطبيق على النزاع الذي يختاره الطرفان ليحكم علاقتهما و هو ما يحكم موضوع السفتجة الحالية مستندا في ذلك على أحكام المادة 3111 من القانون المدني لمقاطعة **كيبك**، و بالتبعية فالقانون الواجب التطبيق هو قانون مقاطعة **يوتا L'État du Utah** و يؤول الاختصاص القضائي إلى محاكمها. بعدها، توجد عدة عوامل تربط النزاع بقانون مقاطعة **يوتا** أكثر منه بقانون مقاطعة **كيبك**، فمحاكم المقاطعة الثانية هي الأقرب في الاختصاص بنظر النزاع.

و الكمبيالة بهذا الشكل نوعان:سفتجة الكترونية رقمية، تصدر ورقة عادية تقليدية و يتم معالجتها أو تسويتها الكترونيا بحلول أجل استحقاقها أو إذا قدمت للوفاء لمجرد لاطلاع عليها و هي قابلة للتظهير؛ كما توجد السفتجة الالكترونية الممغنطة فلا وجود للدعامة الورقية و إنما تصدر الكترونيا و تنتهي بنفس الشكل، فإذا كان أصل المحرر الورقي هو أساس تطبيق أحكام قانون الصرف فلا مانع أن تكون الكترونية[2]، و لكن لما تكون ممهورة بتوقيع الكتروني مصادق عليه يحيل على الشخص المُوقع مباشرة و ينسبها إليه و تجسد مضمون المادة 05 من قانون اليونسترال التي تنص على أنه:" لا تفقد المعلومات مفعولها القانوني أو صحتها أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها في شكل رسالة بيانات"[3].

البند 2/– السند لأمر، ونظمت شروطه أحكام المادة 365 قانون تجاري، و يعتبر "صكا محررا وفق شكل معين حدده القانون يتضمن تعهد شخص يسمى المحرر بأن يدفع في مكان محدد مبلغا معينا من النقود في تاريخ معين أو قابل التعيين أو بمجرد التعيين، لأمر شخص آخر اسمه المستفيد"[4]، فلا مانع أن يصدر هو كذلك الكترونيا بعلاقته الثنائية و معالج رقميا كليا أو جزئيا و أن يتضمن تعهدا من الساحب بدفع المبلغ المعلوم لطرفيه في تاريخ محدد لإذن شخص المستفيد، بكلمة أدق، أن صيغة السند لأمر تعهد من قبل المحرر بالوفاء و لا يصدر أمرا يقتضي الوفاء من شخص ثالث، وفيه يكون المحرر المدين الأصل به و منه لا مجال للقبول لكون محرره هو الملتزم بوفائه و لا وجود لمقابل الوفاء، و يخضع لنفس أحكام السند لأمر طبقا للمادة السابقة، و هي ذاتها شروط إنشاء السفتجة ما عدا شرط تعيين المسحوب عليه، و هو بذلك قابل للتداول بالتظهير كما في السفتجة و لا يؤدي إلى

---

[1]- Ville de Montréal c. Dinasaurium Production inc., Spar Aerospace Ltd. c. American Mobile Corp., Dunn c. Wightman,1995, R.J.Q. 2210 (C.S.). Dans Red Falcon Holdings Ltd. c. Yellow Eagle Mining Inc. (C.S. Montréal 500-17-004315-985, 1999-04-15, AZ- 99021464, J.E. 99-975).

[2]– د.هاني دويدار، الوفاء بالأوراق التجارية المعالجة الكترونيا، دار الجامعة الجديدة، ص 12.

3– راجع د.رأفت محمد حسام لطفي، الاطار القانوني للمعاملات الالكترونية، دراسة في قواعد الاثبات في المواد المدنية و التجارية مع اشارة الى خاصة لبعض قوانين البلدان العربية،القاهرة، 2002، ص 26 و ما يليها.

[4]– د.الياس حداد، المرجع السابق، ص 363.

انقضاء الالتزام الأصلي بين أطرافه إلى غاية انقضاء الالتزام الصرفي بالوفاء أو بسقوط حق الرجوع الصرفي أو لسبب الإهمال أو التقادم.

و يصدر السند لأمر مكتوبا على ورق مع توافر بقية البيانات، وعليه يقوم المستفيد بتسليم سند لأمر السابق إلى مصرفه الذي يقوم بتعبئة البيانات على شريط ممغنط أو إصداره في شكله محرر الكتروني مرفق بتوقيع الكتروني، يتم تداول الشريط الممغنط أو المحرر الالكتروني من مصرف المستفيد إلى غرفة المقاصة الالكترونية بالحاسب المركزي ثم رجوعا عملصرف المُحرر، و بهذه الطريقة تعرف السندات القابلة للوفاء و يستبعد السندات المرفوضة و يتم إشعار كل طرف بذلك[1].

البند 3/– الشيك، "صكٌ محرر وفق شكل معين حدد القانون يأمر بموجبه شخص يطلق عليه الساحب أو المحرر شخصا آخر يسمى المسحوب عليه و يكون في العادة مصرفا، بأن يدفع لدى الاطلاع مبلغا معينا من النقود لأمره أو لأمر شخص آخر أو للحامل و هو المستفيد"[2]، فهو عبارة عن بيانات الكترونية يرسلها البائع إلى المشتري عن طريق البريد الالكتروني أو وسيلة مصرفية أخرى متاحة، و يفترض قانونا أنه رابطة ثلاثية الأطراف بين الساحب و المسحوب عليه أو جهة التخليص الذي يكون مصرفا و المستفيد أخيرا، الذين ينشأ عنهما علاقتين قانونيتين أساسيتين هما:علاقة مديونية رصيد بين الساحب و المسحوب عليه، و علاقة قيمة واصلة بين الساحب و المستفيد قائمة على افتراض الثاني دائنا للأول.

لا جرم أن يكون الشيك معالجا الكترونيا أي أنه أكثر الأوراق التجارية تداولا على النات و أنجعها في تقنية المعلومات الالكترونية، لكون البنوك تكون طرفا في تحصيل قيمته، ثم أنها وسيلة وفاء حالة و آنية لا تحتاج إلى ائتمان، فضلا أن الشيك الالكتروني يخضع لنفس أحكام الشيك التقليدي[3]. ففي عملية الوفاء يقوم المشتري بإرسال الشيك إلى المستفيد عن طريق البريد الالكتروني الخاص به، ثم يرسل الأخير الشيك إلى البنك للتأكد من المطابقة و صحته كمحرر مصرفي صادر عن الساحب و أن البنك المعني هو المسحوب عليه الذي يؤكد أو نفي وجود الرصيد و عن طريق البريد الالكتروني من ثم يتاح الوفاء و تنتهي العملية.

عمليا يجدر التنبيه إلى أن إيداع الأوراق التجارية للوفاء منفردة أو دفعة، يترتب عنه أن يقوم البنك أو المسحوب عليه بإشعار الساحب الملتزم صرفا عبر البريد الالكتروني سواء كل عملية عن حدى أو إدراجهافي كشف إجمالي للوفاء الالكترونية.

مثال حول مخالصة الكترونية[1] Exemple de quittance électronique

Le roi du machin Inc 1234 Rue du marais Montréal, Québec A1B 2C3 (514)012-3456 Fax: (514)789-1011 De 9:00 am à 17:00 pm # de commerçant :	بيانات التاجر و عنوانه. وقت افتتاح المتجر
Référence Adresse de l'acheteur: Adresse d'envoi: Pierre-Paul Lemyre Pierre-Paul Lemyre 1234 Boissy 1234 Boissy Laval, Québec Laval, Québec Z0Y 9X8 Z0Y 9X8 Canada Canada E-Mail: lemyrep@lexum.umontreal.ca Tel: 514 098-7654 Fax:	البيانات الخاصة بالعميل: الاسم والعنوان أو محل إقامة أو أي مكان يتواجد فيه خلال تنفيذ المعاملة الهاتف و البريد الالكتروني

[1] – د.محمد بهجت عبد الله قايد، الأوراق التجارية الالكترونية، دار النهضة العربية، ص 73.

[2] – د.محمد بهجت عبد الله قايد، المرجع السابق، ص 380.

[3] – د.محمد بهجت عبد الله قايد، الأوراق التجارية الالكترونية، المرجع السابق، ص 239.

المبحث الثالث:طرق و آليات الوفاء بالبطاقات المصرفية

ونبحث فيه إجراءات إصدار البطاقات الالكترونية المصرفية و العلاقات التي تنشأ من بين الأطراف المعنية بالمعاملة الالكترونية، على النحو التالي،

المطلب الأول: إصدار البطاقات الالكترونية

تقضي المادة الثانية من التعليمة 64/94[1] الصادرة عن بنك الجزائر على أن مختلف البطاقات تصدر عن أحد المصارف أو المؤسسات المالية، فهي البطاقة البنكية في الجزائر **Carte bancaire** و البطاقة الزرقاء**Carte bleue** في فرنسا أو الفيزا كارد **Visa Card** و الماستر كارد **Master Card** في الولايات المتحدة الأمريكية، و اليوروكارد **Eurocard**بالنسبة للدول المشكلة للاتحاد الأوربي، وهي البطاقات السالبة إذا أصدرتها المحلات التجارية نفسها كما لو كانت أروقة هاريدز **Harreeds**الانجليزية أو كارفور **Carrefour** الفرنسية أو دينر كلوب **Dinner Club** الأمريكية، غير أن البنوك هي المجال الفاسح لإصدار البطاقات التي لا تزال سببا جليا لانطلاقتها و شعبيتها.

الفرع الأول:مصرفية البطاقة حسب التعليمة 64/94

بمعنى أن البنوك وحدها صاحبة الاختصاص في عملية إصدار البطاقات البنكية، و تمارس عمليات البنوك بعد موافقة البنك المركزي، فهي تنظم إصدار البطاقات بجميع أنواعها وتقسيماتها و تنظم علاقتها مع العميل و ما يترتب عنها، و يحكمها عقد يجمع بين العميل و البنك و المحترف الذي يرغب في إجراء الدفوع و الوفاء الالكتروني في عقود معاملاته مع الغير.

ما يلاحظ هنا أنه في غياب القوانين المنظمة للبطاقات المصرفية تبقى العقود النموذجية الإطار الوحيد لتنظيم علاقة صاحب البطاقة بمصدرها، و في 31 ماي 1984 ظهر أول اتحاد مصرفي في أوربا بين مجموعة من البنوك التي تصدر البطاقات الخضراء (البنك الفلاحي و بنك الاعتماد المتبادل) و المجموعة الفرنسية التي تنتج البطاقات الزرقاء، و توسع هذا الاتفاق في نوفمبر 1985 ليشمل جميع العمليات المصرفية للبطاقات ذات استعمال ذاكرة الكترونية تحت تسمية مجموعة البطاقة المصرفية[2].

و يحصل أن تصدر بطاقة إضافية على رقم حساب البطاقة ذاتها إلى شخص آخر أو إصدار البطاقة بحساب بنكي مشترك بين حاملين كالزوج و زوجته على أنه يستحيل التجزئة في الخصومات الناجمة عن استعمال البطاقة أو التحويلات المالية الواردة عليها و تترتب عليهما نفس الآثار كما لو ضاعت البطاقة أو الاستعمال الشيء لها، و حتى لو فسح العقد الذي يفترض فيه الالتزام بالتضامن و به أخذت محكمة **Bayonne** الفرنسية التي استقر

---

[1]- Article 2: « Les normes définies par la présente instruction se rapportent à la carte bancaire nationale émise par les banques commerciales ou tout autre institution émettrice d'instruments de paiement ». Instruction n° :64/94 de la Banque d'Algérie du 28 Septembre 1994 portant la normalisation de la carte bancaire.

على أنه يختلف الوضع في فرنسا فالى وقت قريب كانت المحلات التجارية هي من تقوم باصدار لعملائها و تشجيعهم على الشراء،و يشكل هذا استثناء لاحتكار ابنوك اصدارها، راجع المادة 02/12 من قانون البنك الفرنسي لسنة 1984 الصادر في 24 جانفي 1984.

2-Groupe de Carte Bancaire, D.RIPERT et R.REBLOT, Traité de droit commercial, T.2.Ed.13.,1991,p.523.

رأيها على أن عقد الحصول على البطاقة الالكترونية يستقل عن العقد المنشأ للحساب الجاري الذي يفتح لصاحبه، فإذا اشترك الزوجان في بطاقة الكترونية فان ذلك لا ينطبق على الحسابات البنكية لكل واحد منهما، فكليهما ليس طرفا فيما سبق[1]، إلا أنه في حالة استعمال البطاقة من جانب واحد في غياب أحد الزوجين فان ذلك لا يحول دون التزام أطراف البطاقة بالتضامن، كما أن الزوج يرتكب خطأ تعاقديا فادحا بتركه البطاقة ورقمها السري في متناول الغير حيث كان لزاما أن يحفظهما[2].

الفرع الثاني:الطابع التعاقدي في إصدار البطاقات

ينشأ عن التعامل بالبطاقات الالكترونية ثلاثة أطراف أساسية تحكم العلاقات فيما بينها العقود التي يبرمونها بينهم، فأول الأطراف الجهة مصدرة البطاقة سواء أكان بنكا أو تاجرا ثم يتقدم لطلبها المستفيد الذي يكون حاملا لها في مواجهة الطرف الثالث المحترف أو التاجر الذي يكون عضوا مشتركا في الشبكة الداخلية أو المغلقة الخاصة بالبنك مصدر البطاقة بوصفه المحور و الركيزة في العلاقة التعاقدية و المالية بين الأطراف الثلاثة السابقة، ومنه تكون البطاقة لديهم مقبولة كأداة للوفاء[3]، أضف إلى ذلك أنه يحكم العقد العلاقة بين العميل و البنك و يتدخل العقد كذلك ليحكم العلاقة بين البنك و التاجر[4]، و يرتبط من جديد العميل حامل البطاقة بالتاجر و يدخل في علاقات تعاقدية منها: عقد البيع و عقد تقديم الخدمات.

تقوم العلاقة بين البنك و العميل حامل البطاقة على عقد الاشتراك أو الانضمام أو عقد الحامل أو عقد السحب بالبطاقات حسب العقود الصادرة عن بريد الجزائر[5]، ففي العقد الأخير -ُ لحق بالدراسة الحالية- فانه يضع شروط استخدام البطاقة في شكل عقد إذعان ليس للزبون مناقشتها و للبنك وحده دون غيره سلطة تعديل الشروط التعاقدية الواردة على البطاقة كما جاء في المادة 07 من التوصية الأوربية الصادرة في 30 جويلية 1997[6] التي أتاحت للبنك تعديل الشروط الواردة على العقد شريطة إخطاره في مدة لا تقل عن شهر عكس ما تبنته لجنة الشروط التعسفية في تصورها الخاص باستبعاد الشروط التي تتم بين المهنيين و المستهلك ويكون مضمونها أن تسمح للمهني من أن يعدل من شروط العقد في ما يصب في مصلحته و بإرادته المنفردة دون أن يتيح للمستهلك حرية التعبير عن موقفه بطريقة واضحة و شفافة[7]، و في العقد كذلك، تحدد كيفية إجراء عمليات

---

1 -Tribunal de la Grande Instance de Bayonne, 05 Fevrier 1986, *In* : M.VASSEUR : « Paiement électronique, aspects juridiques »,JCP, 1985.

2- نقض تجاري فرنسي بتاريخ: 25 فيفري 1992، لدى: د.كيلاني عبد الراضي محمود، المرجع السابق، ص 665.

3- د.عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية، 1994، ص 325.

4- أنظر التقرير الذي أعده مركز تطوير الخدمة المصرفية:"بطاقات الائتمان المصرفية و التكييف الشرعي المعمول به في بيت التمويل الكويتي"، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، العدد الرابع، الجزء الاول، سنة 1992، ص 458.

5- و يسمى بالفرنسية Contrat carte de retrait أنظر الملحق المرفق و الخاص بالبريد الجزائري.

6 - Recommandation européenne du 30 Juillet 1997, J.O.C.E, n° : L208,1997, p.320.

7 - F.J.CREDOT et P.BOUTEILLER : « Le cadre juridique des paiements par carte bancaire », Revue Droit et patrimoine, 1995, p.35.

السحوبات، كما يحدد مدة صلاحية البطاقة بسنة ونصف تسري من تاريخ صدورها على أن لا تتجاوز سقف سحوبات معين.

و يمكن أن يلتزم البنك بـ:

01- التزام البنك بتمكين الحامل من بطاقة و تجديدها كلما اقتضى الأمر.

02- التزام البنك بتسديد كل الفواتير المرتبطة بمعاملات الحامل، وأن يخصم كل قيّم الإشعارات التي ترده أو ترد أحد فروعه.

03- أن يحدد البنك رسوم إصدار البطاقة أو تجديدها و عمولة الخصومات لدى كل إشعار أو سحب نقدي من الحامل.

كما يلتزم البنك بأن يوفر خدمة الرصيد أو الخزينة، و يتحقق هذا الفرض حسب ما إذا كان البطاقة متعلقة بالوفاء أو بالائتمان، ومنه يكون التزامه في الوجه الأول أن يوّفي للتجار في حدود ما يدخره أو يحوله العميل على الحساب، أما الوجه الثاني فينجز في حدود العقد المبرم بين الطرفين أي أن البنك ضامن الوفاء اتجاه التاجر الذي يتعامل مع حامل البطاقة، فهو يشبه:"الدور الذي يقوم به البنك في هذا الفرض بالبنك فاتح الاعتماد، ومن ثم يعد التزامه مثل إصدار خطاب اعتماد تجار، و إن كان يختلف عنه في كيفية إصداره **Une lettre de crédit commerciale**،و يعد تحديدا، في المركز القانوني نفسه للبنك مصدر خطاب اعتماد دائري **Lettre circulaire**، و الاعتماد الدائري هو الذي يتضمن تعهد البنك فيه بدعوة جميع البنوك في دولة معينة إلى تنفيذه، و يتعهد أيضا بأن يرد لهم ما تكبدوه في هذا التنفيذ، و عادة يكون التنفيذ إما بالوفاء لهذه البنوك و إما بالقبول أو الخصم"[1].

و يلتزم مقابل ما سبق العميل أو المستفيد حامل البطاقة الذي تصدر البطاقة من أجله بدوره أو هو الحامل الأصلي إذا فتح الحساب باسمه، ويترتب عن العقد المبرم بين الطرفين جملة من الواجبات يتحملها صاحب البطاقة؛ أهمها:

01- وجوب استخدامها استخداما شخصيا، و يكون الحامل محل اعتبار في العقد كون العقد الذي يربطه بالبنك من التصرفات التي تقوم على الاعتبار الشخصي، إذ لا يمكن أن تستعمل من قبل الغير و ليس له أن يتنازل عنها إلا بالموافقة القبلية للبنك مصدرها.

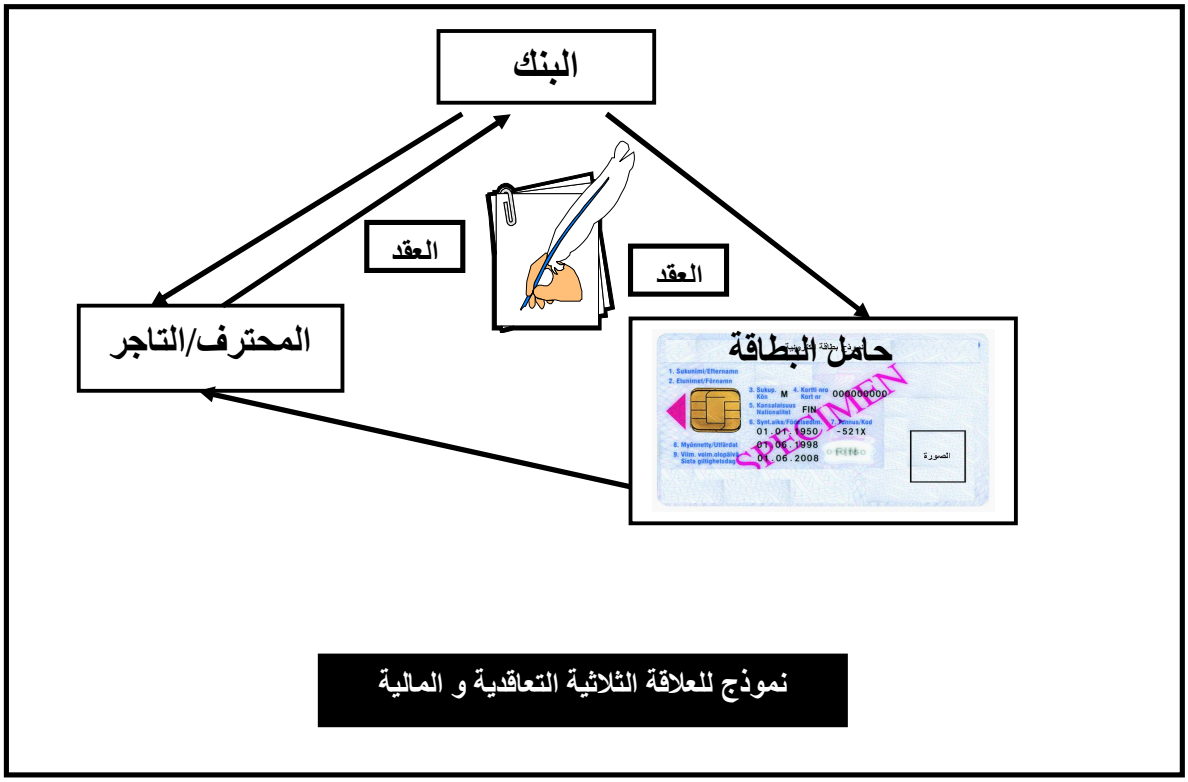
02- الوفاء بالرسوم و مستحقات البنك المقررة للبطاقة أو الناجمة عن استعمالها.

03- الوفاء بالديون التي تنشأ عن استعمالها.

04-الالتزام برد البطاقة إذا طلبت منه.

1- د.نبيل محمد أحمد صبيح:"بعض الجوانب القانونية لبطاقات الوفاء و الائتمان المصرفية،مجلة الحقوق، العدد الأول، العدد السابع و العشرون، مارس 2003، جامعة الكويت، ص246.

و يلاحظ أنه يقع على حامل البطاقة واجب الحفاظ على البطاقة و أن لا تقع في أيدي غير آمنة، حيث يكون التزامه هنا التزام ببذل عناية الرجل العادي إلى غاية ردها إلى البنك مصدرها أو نهاية صلاحيتها، فهو مسئول عنها حسب ما ذهبت إليه محكمة استئناف **Aix - Prenvence** الفرنسية[1]، و يتحمل الحامل كذلك السرية في البطاقة و رقمها السري و أن يلتزم بعدم كتابته على البطاقة درءا لمخاطر السرقة و الضياع على أن يبقى عبئ إثبات خطأ الحامل على عاتق البنك[2].



نموذج للعلاقة الثلاثية التعاقدية و المالية

كما يرتبط البنك مع التاجر في علاقة التاجر أو عقد القبول أو عقد التوريد أو هي عقود الموردين المعتمدون من طرف البنك الذي يكون له الحرية في اعتماد من يشاء وفق لعقد نموذجي يقوم كذلك على الاعتبار الشخصي و من أهم بنود هذا العقد أنه يقوم على شروط الوفاء و استعمال البطاقة و تنفيذ عملية البيع أو التوريد و

1 - Cour d'Appel Aix – Prenvence, 25 Fevrier 1980.
2 - Cass. Comm.de 08 Octobre 1991,J.C.B, Ed.02.1992,p.254.

الديون الناشئة عن ما سبق خلال مدة متفق عليها أو غير محددة حيث يكون لكل طرف فسخ العقد بعد اعذار الطرف الآخر أو ينتهي نفاذ العقد؛ غير أنه لا يمكن للبنك أن يباشر تعديل العقد في أي لحظة لما استقر عليه رأي محكمة باريس التجارية التي أكدت على أنه لا يمكنه ما سبق إلا أذا وجد اتفاق سابق بين البنك و المورد التاجر على أنه لا يرتب آثاره إلا بعد مدة زمنية تنقضي بعد الإخطار[1] عادة ما تحدد بالبنوك الفرنسية بشهر واحد.

و تكون الالتزامات المتبادلة على النحو التالي:

01- التزامات التاجر:

1) - أن يقوم بالإشهار الكافي للجمهور على انضمامه لشبكة البنك.
2) - يلتزم بأن يدفع عمولة للبنك.
3) - أن يلتزم بفحص البطاقة من حيث هوية حاملها و تاريخ صلاحيتها و من ضياعها...الخ.
4) - أن يلتزم بإتمام عملية الوفاء و عدم رفضها.
5) – المحافظة على أجهزة البنك.

02- التزامات البنك اتجاه التاجر:

I. أن يلتزم بوضع الأجهزة الكافية و الضرورية في متناول التجار لقيام بالعمليات البنكية.
II. يجب أن يبلغ التجار بكل الاعتراضات في البطاقات و مخاطر البطاقات المزورة.
III. تمكين التجار من الرصيد الكافي الخاص بالحسابات البنكية.

الفرع الثالث: إثبات المعاملة المصرفية باستخدام البطاقات الالكترونية

و يتأتى استخدامها بطريقتين هما:

الطريقة الأولى، و أن يوافق على استخدامها بمهر الفاتورة بتوقيعه العادي المكتوب ويستعمل في ذلك الجهاز الموجود لدى التاجر، أما **الطريقة الثانية** فيعبر عن إرادته في دفع الثمن و إتمام العقد بواسطة ما يسمى بالتوقيع الالكتروني بكافة صوره، ثم إنه يجب أن تتوفر الوسائل الكافية للقيام بذلك و التحقق من صلاحية التوقيع الالكتروني كجهة التصديق الالكتروني التي تؤكد على هوية الأطراف و تتأكد من شخصية مصدر الأمر. حيث يقوم العميل بإدخال البطاقة فيالآلة ثم يتبعها بإدخال رمزه السري الذي يكيّف قانونا بأنه التوقيع الالكتروني الذي يجنبنا استخدام الورق و التوقيع العادي. و عليه تكفل التقنية الحديثة أن يقوم التوقيع الالكتروني بنفس الوظائف التي عهد بها للتوقيع العادي من تحديد لشخصية صاحبه و إقراره بما صدر عنه.

الفرع الرابع: المعارضة في الوفاء

1 - Tribunal Commercial de Paris, 02 Septembre 1997, Revue Banque et Droit, n° : 57,1998, p.41.

تلزم غالبية العقود الواردة على البطاقات الالكترونية بأن يلتزم حاملها على القيام بكل إجراء ضروري للحفاظ عليها و يكون مسئولا عن استعمالها و استعمال الرقم السري الخاص بها سيما إذا استعملت بعد فقدانها أو سرقتها، لهذا تحرص البنوك على أن تقسم المخاطر القائمة بينها و بين العميل، فقد رأت التوصية الأوربية الصادرة في 17 نوفمبر 1987 المتعلقة بأنظمة الوفاء بإلزام الحامل على تبليغ البنك فقدان البطاقة أو سرقتها أو تزويرها و أن المشرع التجاري الجزائري تناوله في المادة 503 حيث لا تقبل المعارضة إلا في حالة ضياع الشيك أو تفليس حامله وهو الحال بالنسبة للسفتجة و السند لأمر، و أيد هذا الموقف المشرع الفرنسي عند إصداره قانون 15 نوفمبر 2001 المتعلق بالأمن و السلامة اليومية و الذي يحمي البطاقة و حاملها من أي غش في التعامل بالبطاقات المصرفية سيما التي تتم عبر الانترنت أو في الوفاء عن بعد و حتى عند الاستعمال السيئ للبيانات المرتبطة بالبطاقة.

فإذا وقف المشرع الفرنسي هنا إلى جانب حامل البطاقة فانه لا يعفيه من المسؤولية في حالة الإهمال و عدم تقديم المعارضة في الوقت المناسب أو قام هو بعملية الغش أو أساء استعمالها إلا أنه لا يعتبر مسئولا عن:

01- حالة الوفاء عن طريق الغش من دون استعمال البطاقة.

02- حالة الوفاء بتزوير البطاقة وتقليدها.

المبحث الرابع: قواعد حماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية

تزايد حجم الصفقات و العقود المبرمة عبر الإنترنت و تزايد معه حجم دائرة استقطاب العملاء و المستهلكين في عالم التجارة الالكترونية، و لقد أثار هذا التزايد اختلالا في التوازن بين المهني و المستهلك، حيث يكون الأول الطرف الاقتصادي الأقوى و يكون المستهلك الطرف الثاني الأضعف في العلاقة التعاقدية، لذلك نجد أن ازدهار التجارة الالكترونية يتأثرا إيجابا أو سلبا بمدى وضوح و استقرار المعاملات و العلاقات القانونية الناشئة عن التجارة الالكترونية التي يجب أن تمُدّ بالوسائل الحمائية اللازمة، فضلا على أنهما يوجدان في مكانيين مختلفين و متباعدين وقد يكونان في دولتين متباينتين لكل منهما نظامها القانوني. و يتفاعل العميل مع التاجر عبر الشبكات التي تحدث التجديد بشكل يومي و بوتيرة متسارعة باتجاه تحسين العلاقات التجارية.

المطلب الأول: الإجراءات الحمائية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية

يمكن أساس حماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية في كونه يشكل الطرف الضعيف في عقد التجارة الالكترونية الذي لا يتقيد بحواجز مكانية و زمنية، و حتى لا يكون عرضة للتلاعب و الغش من طرف المهني الذي يحاول بشتى الطرق لتسويق و بيع منتجاته بطرق غير مشروعة لذا وجب البحث عن وسائل و إجراءات كفيلة لحمايته، من بينها الحماية الجنائية و التجارية و المدنية و كل هذه النصوص تصب في قمع الغش و وضع حدّ للتجاوزات التي تحصل من قبل التجار و تقرير عقوبات جنائية عن كل مخالفة تقترف في حق المستهلك، في حين يتدخل القانون التجاري لوضع قواعد للمنافسة التجارية الشريفة و يبين ّ الشروط و المعايير التي يجب أن تتوفر

في مختلف المنتجات لضمان صحة المستهلك، و تبقى قواعد القانون المدني الأهم في تقرير الضمانات المتبقية و ترتيب المسؤولية المدنية.

الفرع الأول: الالتزام بتوفير المعلومات الكافية حول التاجر الالكتروني

و يبدأ هذا الالتزام من التعرف على التاجر أو الشركة التي ترغب في توجيه الإيجاب، فتبني علاقة تجارية آمنة يجب أن ترتبط بشكل واضح بالمعرفة الدقيقة للطرف المتعاقد معه و تشكل قناعة كافية عنه، و عليه نجد ما يقابل هذا أن يكون التاجر الالكتروني معروف و ثابت الهوية و المعلومات بكل وسيلة أو طريقة تجارية متاحة حتى لا يثار قلق الشخص المستهلك مما يشجعه قدما نحو إبرام العقد الالكتروني، و للتغلب على هذه العقبة نجد أن أهم الآليات القانونية و التقنية المطلوبة اعتماد ما يسمى الموثق الالكتروني أو الطرف الالكتروني المحايد و تمكين التاجر من شهادة الكترونية تدلعليه أو المورد، ومن ثم يُكون ذلك ضمانا كافيا للمستهلك بغض النظر إلى كون التاجر بدأ جديدا أم لا في المعاملات التجارية الالكترونية و إن كان من المفضل أن يستعين التاجر الجديد بمنشأة أو قاعدة تجارية معروفة في البيئة الالكترونية و تكون قد حازت ثقة المستهلكين.

ومما يأتي، نجد أن التوجيه الأوربي الصادر في: 20 ماي 1997 المتعلق بحماية المستهلك و اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الالكترونيةقد وضعا حالات نميّ ز من خلالها مكان تواجد التاجر، و هي لا تخرج عن ثلاث هي[1]:

حالة تواجد مكان الموقع التجاري الالكتروني داخل إقليم إحدى الدول الأعضاء الاتحاد الأوربي أو إحدى الدول المنظمة للاتفاقية.

و تقابل هذه الحالة، الحالة الثانية بشأن مكان تواجد موقع التاجر الالكتروني بخارج إقليم الدولة عضو في الاتحاد الأوربي أو إحدى الدول المنظمة للاتفاقية.

أما الحالة الثالثة الخاصة، فهي تتعلق بمواقع دول الاتحاد الأوربي، و مثال ما سبق فيما يتعلق بدول مكان تواجد الموقع التجاري الالكتروني داخل إقليم إحدى الدول الأعضاء الاتحاد الأوربي ما نص عليه قانون الاستهلاك

---

[1]– نصت بتطبيق المادة 06 من نفس الاتفاقية التي تنص على ما يلي:

1– 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.

2 - إذا لم يعين الطرف مقر عمل وكان له أكثر من مقر عمل واحد، كان مقر العمل، لأغراض هذه الاتفاقية، هو المقر الأوثق صلة با لعقد المعني، مع إيلاء اعتبار للظروف التي كانت الأطراف على علم بها أو تتوقعها في أي وقت قبل إبرام العقد أو عند إبرامه.

3 - إذا لم يكن للشخص الطبيعي مقر عمل، أخذ بمحل إقامته المعتاد.

4 - لا يكون المكان مقر عمل لمجرد أنه:

أ/–(توجد فيه المعدات والتكنولوجيا الداعمة لنظام المعلومات الذي يستخدمه الطرف في سياق تكوين العقد؛ أو)

ب (يمكن فيه لأطراف أخرى أن تصل إلى نظام المعلومات المعني.

5 - إن مجرد استخدام الطرف اسم نطاق أو عنوان بريد إلكتروني ذو صلة ببلد معين لا ينشئ قرينة على أن مقر عمله يوجد في ذلك البلد".

الفرنسي من ضرورة أن يتضمن العرض الالكتروني عبر المواقع اسم التاجر و عنوان الشركة و مقرها الاجتماعي و طبيعتها القانونية و الجهة المسئولة و سجلها التجاري ورقمها الجبائي و أن تكون كل مراسلاتها و فواتيرها و أسعارها موقعة من طرفها، بما فيها بيان البريد الالكتروني و الهاتف و الفاكس، أما الدول الأعضاء في الاتحاد الأوربي فقد ألزم التوجيه المتعلق بحماية المستهلك كل تاجر أو مورد من أن يُعلم المستهلك في الوقت الملائم بكل بيّان شخصي خاص به مرفق بعنوانه إذا تعلق الأمر بالعقود التي تشترط الوفاء بقيمة المبيع مسبقا، كما اشتمل التوجيه السابق على حثّ الدول الأعضاءعلى عرض السجلات الالكترونية على الانترنت تيمُنا بما ذهبت إليه لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي **CNUDCI** بإعادة النظر في القواعد القانونية التي تعوق استخدام سجلات الحواسب كأدلة إثبات في الدعاوى القضائية و لعل هذا ما أخذت به بعض التشريعات الأوروبية الوطنية[1]،وهذا ما ذهب إليه معهد توحيد القانون الدولي الخاص التابع لمنظمة الأمم المتحدة الذي أشار إلى المفهوم الواسع للكتابة لتحويها جميع وسائل الاتصال شريطة أن تسمح بحفظ المعلومات المتبادلة و استمرار مكوناتها في وثيقة حتى يمكن الرجوع إليها عند كل طلب[2]، أو وضع سجل الكتروني للمعاملات الالكترونية أو نظام لمعالجة المعلومات الذي نصت عليه المادة 02 من قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2002 السابق الذكر على أنه:

" نظام معالجة المعلومات: النظام الالكتروني المستخدم لإنشاء رسائل المعلومات أو إرسالها أو تسلمها أو معالجتها أو تخزينها أو تجهيزها على أي وجه آخر"، أو هو نظام المعلومات الالكتروني بحسب تعبير المادة 02 فقرة 06 من قانون دبي للمعاملات الالكترونية رقم 02 لسنة 2002 على أنه:" نظام الكتروني لإنشاء أو استخراج أو إرسال أو استلام أو تخزين أو عرض أو معالجة المعلومات أو الرسائل الكترونيا" يعد قانون إمارة دبي رقم (2) لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الالكترونية القانون الأوسع تحديدا وتعبيرا وتنظيما للسجل الالكتروني، إذ نص على ذلك من خلال تخصيصه لمادتين، المادة 03 و المادة05 بنصها:" كل سجل أو معاملة الكترونية لها علاقة بالتجارة الالكترونية إلا أن ما يحسب له هو نص المادة 04 التي ضمنها نطاقا لم ينص عليه قانون آخر بنصهايُراعى عند تطبيق أحكام هذا القانون قواعد العُرف التجاري الدولي ذات العلاقة بالمعاملات والتجارة الالكترونية ودرجة التقدم في تقنية تبادلها"[3]؛ و مجموع التوصيات السابقة لا تخرج عن وجوب تسهيل الوصول إلى المعلومة في أقل وقت ممكن[1].

---

1 –La loi n°96-659 du 26 juillet 1996, Le contrôle étroit de l'Etat sur toute fourniture de produits de chiffrement. ; Décrets n° 98-101 et n°98-102 du 24 février 1998, décrets n° 98-206 et 98-207 du 23 mars 1998, complétés par six arrêtés du 13 mars 1998 sur la cryptographie.

2– د.فاروق محمد أحمد الاباصيري، المرجع السابق، ص 45.

– تنص المادة 03 على أنه :" يسري هذا القانون على السجلات و التواقيع الالكترونية ذات العلاقة بالمعاملات والتجارة الالكترونية، ويستثنى من أحكام هذا القانون ما يلي:

(أ) المعاملات والأمور المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والوصايا.

(ب) سندات ملكية الأموال غير المنقولة.

الفرع الثاني:بيان المواصفات الخاصة بالسلع و الخدمات

و هي لا تخرج عن بيان الصفات الأساسية للسلعة أو الخدمة المعروضة على الانترنت سواء كان بالكم أو النوع أو فيما يتعلق بالتسليم أو الخدمة لما بعد البيع و الضمانات التجارية و الإجراءات الخاصة بالتعاقد عبر الشبكات مع شرح مفصل للخطوات الفنية و التقنية المتبعة لإبرام العقد و بيان حفظ و أرشفة العقد و شروط فسخ العقد؛ كما سبق الإشارة إليه التي نحيل عليها للتوسع الأكثر.

المطلب الثاني :حماية المستهلك و الإعلانات الالكترونية

يسبق وضع المنتوجات و الخدمات في متناول الجمهور حملة الإشهار و الدعاية لها على نحو تؤثر على توجيه سلوك و إرادة المستهلك، فهي تحسن صورة المنتوج و تضفي عليه الطابع الشخصي من خلال وسائل الاتصال الحديثة التي تمكن التاجر من جمع المعلومات الدقيقة عن حاجيات كل مستهلك و أن تضبط تلك الحاجيات بما يرضيه، لذلك تعتبر الإعلانات مصدرا خطرا يفوق بكثير الإعلانات التقليدية إذ تحمل في طياتها ما قد يغري و يضلل المستهلك فينخدع لما يرى و يبني قراره على مواصفات خاطئة و مضللة فنكون أمام إعلانات كاذبة تستوجب تدخل القانون.

الفرع الأول: شرط الوضوح و محتوى الإعلان الالكتروني

تشترط التشريعات الحديثة لحماية المستهلك أن تكون الدعاية و الإشهار المصاحب للعمليات التجارية واضحة و غير غامضة لا تثير لبسا في ما تحمله، و أن تكون بلغة المخاطبون بالإعلان و تمكينهم من كل معلومة أو بيان ضروري حول السلعة أو الخدمة[2] بما فيها مانص عليه القانون الدولي بشأن التطبيقات السليمة للإعلان سيما أحكام المادة 11 منه التي تقضي بأن يتميز الإعلان بصورة واضحة مهما كان الشكل و طريقة أو وسيلة الإعلان التي يجب أن تشير إلى أنها إعلان.

و فن الانترنت يحرر التجار من التكاليف المرتفعة للإعلان فإنها قد لا تلتزم بالقواعد المنظمة للإعلان كالمواقع الالكترونية التي يصعب ضبطها و مراقبتها و تستقطب عن طريق الخداع عدة مستهلكين، فإذا كانت عقود الاستهلاك قديمة قدم **طريقة خداع الثعبان للمرأة** التي اشترت عنه تفاحة و أعفى نفسه من المسؤولية[3]، فانه يجب

(ج) السندات القابلة للتداول.
(د) المعاملات التي تتعلق ببيع وشراء الأموال غير المنقولة والتصرف فيها وتأجيرها لمدد تزيد على عشر سنوات وتسجيل أية حقوق أخرى متعلقة بها.
(ه) أي مستند يتطلب القانون تصديقه أمام الكاتب العدل.

1- Le rapport du Conseil d'Etat francais,*précité*.
2- Pièrre DESPREZ et Vincent FAUCHAUX : « Les contrats relatifs à la vente et à l'achat d'espace publicitaire sur Internet », Légipresse, Mars, 1997.Sans Références.
3- فقد ذكر هذه الفكرة أحد المدراء العامون بالاتحاد الاوربي مكلف بالصحة و حماية المستهلك في الندوة حول التوجيه الأوربي المتعلق بالشروط التعسفية، خمس سنوات من بعد، تثمين و استشراف، عند صياغته لخلاصة الندوة

أن يكون مضمون الإعلانات بكل وسيلة معلوماتية لا تخرج عن التشجيع المباشر أو الغير مباشر لشراء السلع و لاقتناء الخدمات الذي يستتبعه الارتقاء بالنشاطات التجارية بما يفيد خدمة المصالح التجارية و الاقتصادية للطرفين، رغم أنه يجب التفرقة بين الرسالة المعلوماتية **Message Informatique** و الرسالة الإعلانية **Message publicitaire** فالفكرة الأخيرة هي الأجدر بالحماية من قبل المشرع حسب مجلس الدولة الفرنسي[1] الذي خلص إلى وجود معيارين أساسيين لتحديد نطاق الرسالتين:

01- المعيار الأول: أن يتعلق بموضوع الرسالة و السلع و الخدمات.

02- المعيار الثاني: يجب أن ترسل للجمهور و بطريقة مجردة.

و ينتقد تبني هذين المعيارين إلى اعتبار أنه لا يمكن استبعاد الرسالة المعلوماتية، و يصدق المعيار الثاني ليتم إسقاطه على المعيارين معا إعلانا و معلوماتيا، فإذا كان العرض موجها للجمهور متضمنا تفصيلا للسلع و الخدمات فانه يعد إيجابا، أما إذا كانت الرسالة تثير عباراتها شكا و لبسا فإنها بيانا مرسلا مرفقا بالثمن و بالتالي دعوة للتعاقد و ليست إيجابا، فالرسالة غير معلوماتية هي التي تقتصر على مجرد إعلامية لعرض المعلومات سياسية كانت أو اقتصادية أو تجارية، بمعنى آخر لا يصلح المعيارين السابقين للتمييز بين الرسالة المعلوماتية و الرسالة الإعلانية[2].

و عليه يكون الإعلان مضللا، كل إعلان تجاري يوجه للمستهلك النهائي بحيث توقعه في لُبس مما يعرضه على واجهته الالكترونية و لا يكتشف ذلك إلا بعد ما يكون قد دفع الثمن و حصل على المنتج و الخدمة محل الإعلان.

الفرع الثاني: الإعلان المقارن

بقوله:" أن ضرورة حماية المستهلك المتعاقد فهي قديمة قدم هذا العالم، فقد أبرم أول عقد استهلاكي بين ثعبان و امرأة التي اشترت منه تفاحة فاسدة بعدما غشها بإعلان مضلل و خادع، حيث لا يستجيب المنتوج للمواصفات المعلن عنها من طرف البائع الذي اشترط اعفاءه من المسؤولية المترتبة عن التلف الذي لحق بالتفاحة"، المداخلة مذكورة في:

"The need for consumer protection relating to contracts is as old as the world. The first consumer contract was concluded between a woman and a snake: the snake sold an apple to the woman on the basis of a misleading advertising, the product did not have the qualities announced by the seller and there was a contractual term excluding any liability of the snake for any damage resulting from the defective product. As you know, we are all still suffering from this original damage. » M. Tenreiro, « Conclusion » dans Commission européenne, Direction générale de la santé et de la protection des consommateur, La Directive « clauses abusives », cinq ans après. Évaluation et perspectives pour l'avenir, Conférence de Bruxelles, juillet 1999, 215, Disponible sur :http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/unfa_cont_term/ uct04_en.pdf .

1- راجع تقرير مجلس الدولة الفرنسي لسنة 1998 حول الشبكات المعلوماتية،

Rapport du Conseil d'Etat français sur l'Internet et les réseaux Numériques de 02 juillet 1998,p.60.

2 - S. GAUDET et R. KOURI, « Contrats entre non-présents et contrats entre présents : y a-t-il une différence? »,1989,20 R.D.U.S. 175 à la p. 190.

و يمتد التضليل في الإعلانات ليشمل حتى السلع و الخدمات و المنشآت التجارية المنافسة أو كما يصطلح عليها بالإعلان المقارن الذي يمّس من قيمة السلع و الخدمات الأخرى عن طريق التقليل منها و النيل من سمعتها عن طريق الحط من قيمتها أو أن يفضي إلى لبس فيها، فهو إذن كل إعلان يؤدي صراحة أو ضمنا إلى التعريف بسلعة أو خدمة لمنافس آخر، إذا يصدر من المعلن نفسه بتقديم معطيات غير دقيقة عن المنتوج و يبرز مزاياه مقارنة بالسلع المنافسة، و لايعني ذلك أن المعلن ليس له أن يبين ّ استطلاع الجمهور بخصوص منتوجه كما لو كان معدل الاستهلاك أو اهتلاك السلعة أو الحالة التي يحصل فيها المعلن على موافقة الطرف المنافس الذي يكون قد اطلع على الإعلان المقارن قبل نشره، و منه قررت محكمة النقض المصرية على أنه:" تعد المنافسة التجارية غير مشروعة فعلا تقصيريا يستوجب مسؤولية فاعله عن تعويض الضرر المترتب عليه و يعد تجاوزا لحدود المنافسة المشروعة ارتكاب أعمال مخالفة للقانون أو العادات أو استخدام وسائل منافية لمبادئ الشرف و الأمانة في المعاملات"[1].

و من ثم لا يبتعد الإعلان المقارن الالكتروني عن الإعلان المقارن العادي، فكليهما يشكلان منافسة غير شريفة و يشترط ليكون الإعلان المضلل تدليسا أن يكون:

01-أن تُستعمل طرق احتيالية تحمل المستهلك على التعاقد.

02- نية التضليل بالقصد الوصول إلى غرض غير مشروع.

03- أن يكون التدليس هو السبب في التعاقد.

و إذا اكتملت هذه الشروط فللمتضرر أن يطالب بالتعويض عن المسؤولية التقصيرية عن المنافسة غير مشروعة باعتبارها خطأ إعلاني تقصيري طبقا للمادة 124 مدني جزائري أو للمتضرر أن يقبل المنتج غير المطابق للإعلان لقاء إنقاص الثمن إذا كانت قيمة الشيء المبيع موضوع العقد الالكتروني أقل من قيمة السلعة أو الخدمة المعروضة عبر الإعلانات. لهذا تطبق القوانين بغض النظر عن الدعامة المستخدمة التي لا تحول دون أن تحكمها و تحكم مضمون الإعلان الكاذب أو الرسالة الإعلانية السمعية أو البصرية أو كليهما معا.

المطلب الثالث: حماية المستهلك و الالتزام بالضمان

يترتب عن إبرام العقد أن يلتزم البائع بنقل المبيع للمشتري و تنشأ معه علاقة ضمان كالتزام آخر في ذمته، أي أن يضمن نقل ملكيته من دون أن يتعرض له أحد و أن يمكنه من استغلاله و الاستفادة منه بطريقة هادئة و كاملة[2]، و عليه يقوم حق المستهلك في الضمان حيث يجب أن تستجيب الخدمة أو السلعة للمواصفات و

[1]- نقض مدني مصري،1999/06/25، مجموعة أحكام النقض، السنة 60، ص 505.

[2]- د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء السابع، مجلد 01، العقود الواردة على العمل، المقاولة و الوكالة و الوديعة و الحراسة، ص 124.

الجودة المرجوة من اقتناء ما سبق و أن لا يترتب عن استعمالها أضرارا، بمعنى ألا تكون المقتنيات معيبة، فهل تشمل الحماية المنتج بحد ذاته أم تمتد إلى الحماية من المخاطر التقنية التي أفرزتها التكنولوجيا الحديثة؟[1].

الفرع الأول:المسؤولية عن ضمان العيب الخفي و مخاطر التكنولوجيا

تنص المادة 107 مدني جزائري على وجوب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية، و المنتج المعيب طبقا للقانون المدني الفرنسي و التوجيه الأوربي رقم: 374 لسنة 1985 المتعلق المسؤولية عن المنتجات المعيبة، هو:"المنتج الذي لا يقدم الأمان و السلامة المرجوة منه شرعا"[2]، و الضمان يشمل صور التعرض الصادر عن البائع كما لو قام بالتعرض المادي أو القانوني الكلي أو الجزئي، فقد يكون المبيع برنامج كمبيوتر و لا يضمنه باتجاه الفيروسات، لذا يجب أن تتوفر في المبيع وقت التسليم المواصفات التي تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية و ألا يتعارض معه بعيب ينقص من قيمته أو نفعه بحسب الغاية المرجوة مما مبين ّ في العقد أو من طبيعة المبيع و لغاية التي أعدّ لأجلها، وعليه يكون الالتزام بتسليم المبيع أو المنتج أو الخدمة خاليا من كل عيب أو ضرر مادي و معنوي قد يلحق المستهلك، بمعنى أنه يندمج مبدأ الضمان بفكرة ضمان السلامة و الأمان من مخاطر التقدم العلمي، فقد يطرح المنتج للتداول ثم تظهر بعده عيوبا أو مخاطر لا يكشفها إلا التطور التقني اللاحق، و تبنى هذا الموقف المشرع الفرنسي في المادة 01/121 من قانون الاستهلاك ناهيك عن أحكام القانون المدني الفرنسي، فلا يمكن بأي حال من الأحوال التنصل من المسؤولية عن منتجات تشكل خطرا على صحة المستهلك، كما أخذ به القضاء الفرنسي في القول أن الصانع ملزم بأن يسلم المنتج خاليا من عيب أو خطر في التصنيع قد يحدق بسلامة الأشخاص و الأموال[3]، و عليه نجد أن فكرة الضمان تمتد إلى العيوب التي كان لزاما على البائع ضمانها وقت تسليم للمبيع و التي انتقصت من المنفعة المرجوة منه و كذا إلى العيوب التي تعرض السلامة و أمن الأفراد للخطر غير المألوف للمنتج[4].فالمسؤولية تقوم على عاتق المنتج بضمان الضرر الذي قد يلحق الإنسان و المال و الضر المعنوي و يستفيد منها كل متضرر من المنتج.

الفرع الثاني:مضمون رجوع المستهلك على المنتج

يتعاقد المستهلك مع المحترف عبر المواقع الالكترونية عن طريق البيع و الشراء، حيث تستقر العلاقة بينهما على منتج أو خدمة، و تقوم مسؤولية المورد أو التاجر على أساس الإخلال بالالتزام بالسلامة، و أن هذه الأخيرة لا يمكن إثباتها عكسالادعاء فقط على أن المُ نتج قد أثبت عدم إخلاله بواجبه في السلامة و إنما يجب

[1]– راجع: د.محمود عبد المعطي الخيال، المسئولية عن فعل المنتجات المعيبة و مخاطر التقدم، دار النهضة العربية، 1998.

2– د. خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص351 و 352.

3– نقض مدني فرنسي، 17 جانفي 1995، المرجع نفسه.

4– د.محمود عبد المعطي الخيال، المرجع السابق، ص 12.

أن يثبت أن وقوع الضرر إنما يعود لسبب أجنبي[1]، فتقوم مسؤوليته الموضوعية عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة وفق القانون الفرنسي رقم:1998/389 بخصوص المسؤولية عن المنتجات المعيبة، أي أن المحترف ليس ملزما بإثبات الخطأ عن المنتجات المعيبة بقدر ما يلتزم بضمان الضرر الذي يلحق الأشخاص، و للمتضرر أن يرجع على كل منتج للمادة الأولية أو كل شخص تدخل في مرحلة ما في تركيب المنتج بصورته النهائية، و للبائع أن يرجع عليهم بالتضامن أو فرادى فيكفي إثبات العلاقة السببية ما لم يثبت أحدهم أن الجزء الذي أنتجه خال من العيوب[2].

المطلب الرابع: حماية المتعامل في عقود المناقصات و بيوع المزادات الالكترونية

تعمل القوانين الوطنية المختلفة على تنظيم المناقصات و المزايدات في انجاز العقود و الصفقات الإدارية ذات الأغلفة المالية الكبيرة آخذة في الاهتمام مبدأ المساواة و الشفافية بين المتنافسين. وقانون الصفقات العمومية في الجزائر اشتمل على كل العقود التي يمكن للشركات التبعة للدولة و للإدارة أن تبرمها مع المتعاملين من مزادات و مسابقات انتقائية و استشارات فنية ومناقصات بنوعيها المفتوحة و المحدودة[3].

فقد عرفت المادة 24 المناقصة المفتوحة بأنها:"المناقصة المفتوحة هي إجراء يمكن من خلاله أي مترشح أن يقدم تعهدا"، أما المناقصة المحدودة فهي حسب المادة 25 من نفس المرسوم:" المناقصة المحدودة هي إجراء لا يسمح فيه بتقديم تعهد إلا للمترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الخاصة التي تحددها المتعاقدة مسبقا"[4]، و نظمت المواد 69 و 272 قانون مدني البيع بالمزاد و لم تعرفه إلا المادة 27 من قانون الصفقات العمومية كالتالي:" إجراء يسمح بتخصيص الصفقة للمتعهد الذي يقترح أحسن عرض، و تشمل العمليات البسيطة

1- د.حسن عبد الباسط جميعي، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2000، ص 184.

2- « Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits », Journées d'études Poitiers, 14 et 15 Mai 1998,PUF, 1998, In :

د.محمد حسين منصور، المسئولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 96.

3- من أهم المواقع الالكترونية ذات الصلة بالبيوع و المزادات الالكترونية والصفقات نجد:

الحديد :(Métallique (Metalsite.com.

الكيماويات: (Produits chimiques (Chemdex.com.

البلاستيك:(Plastique (PlasticsNet.com .

النحاس: (Acier (e-STEEL.com.

الاتصالات: (Télécommunications (WorldWideShelf.com.

الخشب و مشتقاته: (Bois (Woodcenter.net. توجد مؤسسة تجارية كبيرة للتموين بالمنتجات و السلع ذات الاستهلاك واسع النطاق و التي يمكن ابرام معها الصفغقات الكبرى CPGmarket.com؛ أنظر الموقع: http://marketplace.mysap.com/cpgmarket/html/french/cpg.html

4-المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في: 2002/07/24 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر رقم: 52 بتاريخ: 28 جويلية 2002، ص 03، و قد لحق هذا المرسوم تعديلين هامين هما: الأول بموجب المرسوم الرئاسي 301/03 بتاريخ: 2003/09/11،ج.ر رقم:55، بتاريخ: 2003/11/14، ص06، ثم لحقه تعديل ثاني بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 338/08، بتاريخ: 2008/10/26، ج.ر رقم: 62 بتاريخ: 2008/11/09، ص 06.

من النمط العادي و لا تخص إلا المرشحين الوطنيين أو الأجانب المقيمين في الجزائر"[1]، و نظمت أحكام و إجراءات البيع بالمزاد العلني القضائي المواد من 704 إلى المادة 713 قانون إجراءات مدنية و إدارية، فيما خ ُصت أحكام البيع بالمزاد لأملاك الدولة بالتنظيم عن طريق المرسوم رقم 454/91 المؤرخ في 1991/11/23 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك العامة التابعة للدولة وتسيير وضبط كيفيات ذلك، وفي هذا الفرض نجد أن المزاد المتعلق ببيع أموال الدولة يكون بقوة القانون أو بإذن من القضاء كحالة المادة 272 قانون مدني جزائري[2] أو حالة المال الموجود على الشيوع[3] أو في بيع أموال المدين[4].

الفرع الأول: العقود الواردة على المناقصات الالكترونية

نظمت أحكام المادة 01/27 و02 من قانون دبي للمعاملات الالكترونية المناقصة الالكترونية و نصت على أنه إذا قررت أية دائرة أو جهة تابعة للحكومة تنفيذ أي من المهام عن طريق قبول إيداع أو تقديم المستندات أو إنشائها أو الاحتفاظ بها في شكل سجلات الكترونية، فيجوز لها عندئذ أن تحدد الطريقة أو الشكل الذي سيتم بواسطته إنشاء أو إيداع أو حفظ أو تقديم أو إصدار تلك السجلات الالكترونية، كما لها أن تحدد الطريقة والأسلوب والكيفية والإجراءات التي يتم بها طرح العطاءات واستلام المناقصات، وإنجاز المشتريات الحكومية. و من ثم نجد أن مثل هذه العقود تتعلق بأساليب التعاقد الحر التي تشمل الدعوة للتعاقد و عقود المفاوضات و الدراسات التي تلجأ إليها الإدارة في العقود الكبيرة بالنظر للاعتبار المالي الكبير لها، فيفتح باب الترشح للتعاقد بعد القيام بشهر و إعلان المناقصة محليا أو دوليا حتى يتسنى استقطاب أكبر عدد ممكن من المتنافسين تمهيدا لاختيار واحد منهم. فإذا كانت المناقصة هي السعر الذي يقترحه المناقص و يرتضي به المناقصة لإبرام العقد من أجل الظفر بها، أي أنها وسيلة لاختيار المتعاقد معه وليست وسيلة لإبرام العقد في حد ذاته، و بتبني الجزائر لمشروع الجزائر الالكترونية 2013 فانه تكون ملزمة بتبني إجراءات جديدة للتعاقد مع المتعاملين الاقتصاديين تتلاءم و الحكومة الالكترونية و تنسجم مع أحكام قانون التجارة الالكترونية[5]، فكيف سيكون وضع قانون الصفقات العمومية بأحكامه التقليدية؟[6].

1- عرفت المادة 1/2 من القانون المصري رقم:100 لسنة 1957 المتعلق بالبيع الاختياري في المزايدة العلنية للمنقولات المستعملة بـــ:"يقصد بالبيع بالمزاد العلني كل بيع يستطيع أي شخص حضوره حتى ولو اقتصر المزاد على طائفة معينة من الأشخاص".
أما القانون التجاري المصري رقم: 1999/17 نجد المادة 02/110 تنص على أن البيع بالمزاد العلني هو:" كل بيع اختياري يجوز لكل شخص حضوره و لو اشترط لحضور المزايدة دفع مقابل أو اقتصر الحضور على طائفة معينة من الأشخاص".

2- تنص المادة 272 مدني جزائري على أنه:" يجوز للمدين بعد استئذان القضاء أن يبيع بالمزاد العلني الأشياء التي يسرع اليها التلف أو التي تكلف نفقات باهضة ...".

3- تنص المادة 728 على أنه: "إذا تعذرت القسمة عينا، أو كان من شأنها إحداث نفص في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون الاجراءات المدنية، و تقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم اذا طلبوا هذا بالاجماع".

4- د.علي محمد قاسم، بيع المزايدة في الفقه الاسلامي و القانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، 2002، ص91-92.

5- د.عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الاداري و تطبيقاتها في الكويت، مطبوعات وحدة التأليف و الترجمة و النشر لكلية الحقوق، جامعة الكويت، الطبعة الأولى، 1998، ص168.

6- د.عبد الفتاح بيومي، النظام القانوني لحماية الحكومة الالكترونية، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، 2003، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ص92.

بند أول: الإعلان القانوني الالكتروني عن المناقصة

تشترط أحكام قانون الصفقات العمومية أن يتم الإعلان عن المناقصة في النشرة الرسمية للمتعامل العمومي **BOMOP**، و أن يعقبه إشهار متتالي عبر جريدتين يوميتين وطنيتين، و اختلفت وسائل الإعلان عن المناقصة من الوسائل المكتوبة أو السمعية أو السمعية البصرية لتصبح الانترنت مجالا فاسحا آخر من خلالها يتم الدعوة للتعاقد بالعطاءات أو المزادات الالكترونية، و لتفعيل ما سبق سيما عقود التوريد فقد استحدثت برامج خاصة بإبرام العقد الالكتروني محتويةً كافة الإجراءات الواجب إتباعها من أجل التعاقد عن طريق المناقصة[1].

بالنسبة للجزائر، مكّن المشرع الإدارة سلطة واسعة لاختيار المتعامل المتعاقد معه، فلها أن تلجأ إلى صيغة الاستشارة أو المناقصة بنوعيها الوطني المحدود أو العادية كما لها أن تعلنها مناقصة دولية لجلب الخبرة و الاحتكاك مع الأجانب و تطوير القدرات الوطنية، و تحدد المدة لتقديم العطاءات تسري من تاريخ النشر، و لا يوجد ما يؤكد موقف المشرع في النشر و الإعلان الالكتروني حتى تواكب الدول المغاربية و العربية في تبني فكرة الأعمال الإدارية الالكترونية كالمناقصات و المزادات و من ثم إبرام عقود التوريد و الخدمات، و إن كان ستطرح معها إشكالية الأظرف المغلقة و فتحها أمام لجنة فتح الأظرفة و فحصها بالتاريخ المحدد سلفا و كذا إجراءات التعاقد المتبقية[2].

بند ثاني: تطبيقات للتعاقد عبر المناقصات الالكترونية

تبنت عدة تشريعات أوربية فكرة التعاقد عبر المناقصات و المزايدات الالكترونية، حيث قامت بتعديل قوانينها الداخلية مما يستجيب إلى الرغبة في التعامل مع المواطنين و الحكومة الإلكترونية و إقرار صحة المستندات الالكترونية كما تم نقله إلى البيئة الالكترونية بنص المادة 1317 من القانون المدني الفرنسي على العقود الرسمية الالكترونية إذا ما تم تحريرها و حفظها وفقا للشروط الذي يحددها مجلس الدولة[3].

1- صدرت فتوى قانونية عن وزارة الأشغال العمومية الكويتية فحواها:" لما كانت أحكام قانون المناقصات لم تشترط شكلا أو أسلوبا معينا في اعداد وثائق المناقصة، و من ثم فان الأمر لا يغدوا في هذا الشأن منوطا بجهة الادارة صاحبة المناقصة...كيف تشاء وفق التطور التكنولوجي الذي يبين أحدث الاساليب لاعداد تلك الوثائق ما دام ذلك في اطار تحقيق المصلحة العامة"، و تضيف نفس الفتوى:" كان العمل قد جرى على طرح تلك الوثائق كلها من خلال مستندات ورقية فان ذلك لا يحول قانونا دون الا بأساليب العلم الحديثفي طرح تلك الوثائق كلها أو بعضها عللى أقراص كمبيوتر، مع مراعاة أن تكون في الاطار الذي رسمته أحكام قانون المناقصات، و بما يجعلها مرتبة للآثار القانونية التي قصدتها، وأن يتم اعدادها بأسلوب مناسب يمنع تبديلها أو تغييرها أو العبث بها"، فتوى رقم:1022 بتاريخ:2000/04/11، لدى: المرجع التشريعي لعقود الأشغال العامة، وزارة الأشغال العامة الكويتية، الجزء الثاني، المجلد الثاني، ص29، راجع كذلك تقرير مجلس الدولة الفرنسي لسنة 1998 بخصوص شبكات الكمبيوتر:

Le rapport du Conseil d'Etat francais,*précité*.

2- أنظر:د. محمد حسين الفيلي:"العلاقة بين القانون و الحكومة الالكترونية"، مؤتمر الكويت الاول حول الحكومة الالكترونية، 13 الى 15 أكتوبر 2003، ص 25؛ و الدكتور ابراهيم أبو الليل:"الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية"، طبعة مجلس النشر العلمي لجامعة الكويت، 2003، ص85.

3- Art. Article 1317 du code civil est complété par un alinéa ainsi rédigé : « Il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. »

غير أن المشرع الفرنسي أصدر قبل ذلك المرسوم 68/99 بتاريخ: 1999/11/02 المتعلق بآليات وضع نماذج المعاملات الإدارية مباشرة مع شبكة الانترنت[1] و الذي يتيح توفير النماذج و الوثائق الرقمية للقيام بمختلف المعاملات الإدارية بما فيها دفاتر الشروط النموذجية للمناقصات العامة، و أطلقت على ذلك الموقع:**ADMFRANCE**.

أما دولة الإمارات العربية المتحدة فقد حولت كل طلبيات الدوائر الحكومية إلى النظام الالكتروني ومثالها حكومة دبي الالكترونية **Dubai.ae** التي طلبت من مورديها من أن يقوموا بإجراء معاملاتهم عبر الانترنت إضافة إلى موقع تجاري Tejary.com، فقد أثمر هذا المشروع على توفير الجهد و المال في تكلفة المواد و المشتريات إلى ما لا يقل عن 10% من التكاليف الإدارية للخدمات المقدمة[2].

الفرع الثاني: العقود الواردة على المزادات الالكترونية[3]

و تقوم فكرتها على تولي شخص يسمى وكيلا عن الموكل بعرض السلعة أو المال في مزاد عام فوري أو غير ذلك على شبكة الإنترنت في انتظار تقديم أحسن عرض من المزايدين المشاركين، و أصبحت المزادات الالكترونية تلقى رواجا كبيرا من حيث السهولة الكبيرة في تنظيمها و تجنب المزايد كثرة التنقل بما يسمح للمحترف من عرض المنتجات و تمكين العملاء من شراء ما يحتاجون دون أن يحضر المزاد حضورا ماديا بل يكون افتراضيا، فالوكيل هنا يقوم على افتراض أنه الطرف الثالث في العقد بصفته وسيطا أو أجيرا لا يضمن هلاك أو تبعات التلف إلا إذا كان ذلك ناجما عن سوء النية[4]، غير أنه يلتزم بتقدير الشيء و وضع السعر الافتتاحي الذي يكون مرجعا أدنى لانطلاق المزايدة، يلتزم كذلك بالإعلام و تقديم الضمانات الكافية و يلتزم أمام البائع و المشتري من حيث الوفاء و تسليم البضاعة، و رغم هذه المزايا إلا أن هذه المزادات ليست بمنأى عن النصب و الاحتيال و الغش و خداع المتعاملين الذي يجب عليه توخي الحيطة و الحذر و التأكد من أمكنة إقامة المزادات و تواريخها و الأشخاص

بمعنى أن « Il peut être » ترجع بالمعنى المقصود هنا على العقود الرسمية التي يترك تنظيمها لمجلس الدولة الفرنسي الذي لم يصدر بعد، و تواصل المادة 04/1314 تفصيل ذلك بقولها:

Art. 1316-4 : « La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte. Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat ».

1 -Décret n° : 99/68 du 02 Février 1999 relatif à la mise en ligne des formulaires administratives, J.O.R.F.29 du 29 02 Février 1999,p.1775.

[2]– جريدة الرأي العام، العدد: 12375 بتاريخ: 2001/05/09.

3 - Voir : F. Altenbourger, Les enchères électroniques en droit privé, thèse, Paris II, 2004 ; B. MISSE, « Vente aux enchères et Internet » ; disponible sur : www.journaldunet.com.

4 - Frédéric OLIVIER : « La prise en compte des enchères électroniques par la loi 200/624 du : 10 Juillet 2000 », La semaine juridique, Ed. générale,15/11/2002,p.2051.

القائمين عليها[1]، سيما عند قيام الأشخاص بممارسة هذه الأعمال التجارية أو المدنية دون أن تكون لهم رخصا تسمح لهم بمزاولتها، فقد قُضي بأنه إذا تم ممارسة البيع بالمزاد الالكتروني فان ذلك يشكل خرقا لأحكام القانون الفرنسي الذي يُقصر هذا النشاط على فئة معينة دون غيرها هي البائعون بالمزاد أو محافظي البيع بتعبير المشرع الجزائري، إذا فحوى ما سبق أن بيع الآثار و التحف في فرنسا عبر الانترنت من خلال المزادات يتميز بطبيعة خاصة من حيث إجراءاته و مكان ممارسته، و عليه فهو مزادا بالمعنى الكلاسيكي له لاشتراكه في نفس الخصائص و المميزات من حيث العلانية و الرسو[2].

أضف إلى ذلك أن، المزادات تسبقها حملة دعاية و إشهار لأحكام البيع بالمزاد، و تعرض المواقع التجارية ذلك بدعوة العملاء للتعاقد في انتظار إيجابهم الذي يأخذ شكل الدخول إلى المواقع و إبداء رغباتهم أو عن إرسال إيجابهم عن طريق البريد الالكتروني، فإذا تحقق رسو المزاد على المزايد الالكتروني فانه يتوجب عليه دفع الثمن عن طريق الانترنت أو إحدى وسائل الدفع الالكترونية أو الاتجاه صوب المقر المادي للشركة أو في انتظار توصيل و تسليم الشيء المزايد عليه من قبل وسيط الشحن[3]، كما يتحمل المسؤولية المدنية عن الأضرار اللاحقة بأطراف عقد المزايدة فيما يتعلق بالوساطة إلا ما استبعد منها، و يبقى مسئولا عن المزاد الالكتروني أمام القضاء.

الباب الثاني:

[1]- Pierre BREESE : «Guide juridique de l'Internet et du commerce électronique »,*précité*.

2- Chambre nationale française des commissaires priseurs , Société NART SAS et NART Inc, 03 Mai 2000, Lamy, Droit de l'informatique, Bulletin d'actualité,n° :125,p.09.

3 - Christane FERAL : « Cyber droit à l'épreuve de l'Internet», Dalloz, 2ème Ed.2001, p.170.

إثبات العقد الالكتروني.

تبرم العقود الالكترونية عبر عدة وسائل كانت بدايتها الراديو و الهاتف و التلفزيون ثم الفاكس و الكمبيوتر...الخ، و لعل أهم هذه الوسائل من حيث الاستعانة بها و احتلالها مكانة و قطاعا كبيرا هي شبكة المعلومات العنكبوتية بما فيها الانترنت و الانترانت، إذ بأنواعها هذه أصبحت أهم وسائل التعاقد الالكتروني انتشارا و بها يتم عرض السلع و الخدمات. ليليها التعريف بهوية البائع و المشتري ثم إلى مرحلة الشراء و دفع الثمن لنصل إلى التوافق بين طرفي العقد من حيث محل العقد ووسيلة دفع الثمن و كيفية تسليم البضاعة أو تلقي الخدمة في شكلها الالكتروني أو التسليم بمفهومه التقليدي و إن كانت طبيعة الشبكات الحديثة يختلف وضعها عن وضع التعامل بمفهومه العادي فيما يتعلق بتكوين العقد و إثباته أو حتى بما يتصل بالحدود الجغرافية للدول. غير انه لا يعني مما سبق أن العقد الالكتروني قام على أنقاض العقد التقليدي فهما لا يختلفان من حيث ما يشترط في انعقادهما من إيجاب و قبول و محل و سبب، لكن يختلف العقد التقليدي عن العقد الالكتروني في الطريقة و الأداة المستخدمة في إبرامه و وسيلة إثباته، و من ثم يتم التعاقد بين غائبين و بدون حضور نفس مجلس التعاقد و في لحظة انعقاده. لقد عرف العقد الالكتروني بأنه الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية، كليا أو جزئيا،فأية مقاربة لأوجه الشبه بينه و الآخر الموضوع على دعامة ورقية تستوجب أن يمنح الأول نفس الضمانات التي يمنحها الثاني من حيث صدقه و استقرار المعاملة وتضمينه توقيعا يكون معبرا عن الإرادة في الالتزام، و يجعله مرتبط ماديا أو الكترونيا بأطراف العقد وعلى نفس السند الذي من شأنه أن يستخدم في إثبات الواقع والحق، ففي مرحلة قريبة كان إثبات التوقف عن الدفع بالنسبة للتجار أو الوفاء بالدين لا يخرج عن نطاق المحررات الورقية، فالدفع الالكتروني حاليا يقوم مقام ذلك.

لقد اعترضت طريق العقود الالكترونية عدة معوقات و صعوبات أهمها صدق الشخص المتعاقد معه و مصداقية المعلومة المتداولة و المتبادلة بين أطراف العقد.و لتذليل هذه الصعوبات تم الاستعانة بفكرتي التوثيق و التوقيع الإلكتروني الذي يمكن من تحديد شخصية طرفي العمليات التعاقدية و يزيد الثقة و الأمان القانوني لهذه العمليات و يفعل التجارة الالكترونية. و كان لذلك الأثر الكبير على القضاء و الفقه اللذين أصبحا يتعاملان مع وسائل إثبات جديدة و من ثم لحقهما القانون الذي واكب هذا التطور فصدرت عدة تشريعات وطنية و دولية اهتمت بالموضوع و لعل أهمها:

- اتفاقية الأمم المتحدة رقم A/RES/60/21 المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، بتاريخ:2005/12/09.
- التوجيه الأوروبي رقم 93/1999المتضمن للإطار المشترك للتوقيع الالكتروني والمؤرخ في 13 ديسمبر 1999.
- قانون إمارة دبي رقم 2002/02 المتعلق المعاملات والتجارة الالكترونية، الصادر بتاريخ: بتاريخ 12 فبراير 2002.

- القانون الفرنسي 230/2000 المتعلق بتعديل قانون الإثبات و المرتبطة بالتواقيع الالكترونية المؤرخ في: 13 مارس 2000.

أما وطنيا فالمشرع الجزائري اكتفى سنة 2005 بتعديل قانون المدني[1] حيث أضاف مادتين فقط لا غير لهما فيما يتصل بالتجارة و المعاملات الالكترونية رغم أنه يشهد للجزائر استعمال الحاسوب من أواخر الستينات و بداية السبعينات من القرن الماضي بل أكثر من ذلك فقد تبنى المشرع الجزائري البريد الالكتروني بداية من سنة 1990 بصدور المرسوم التنفيذي 403/90 المتضمن لتقديم خدمة البريد الالكتروني[2]، حيث تبنى مختلف وسائل الإثبات على أي دعامة كانت[3] ثم عرف الكتابة الالكترونية من خلال المادة 323 مكرر 01[4]، و ختم ذلك فيما يتعلق بالتوقيع الالكتروني في المادة 327 فقرة 02 مدني بإحالة تعريفه على المادة 323 مكرر 01 السابق الإشارة إليها[5].

و حقيقة البحث في التوقيع و التوثيق الالكتروني تكشف لنا الاستعانة بالوسائط و الدعامات الالكترونية كبديل يحل محل الدعامات المادية و الورقية، فهي لا تعدو أن تكون أرقاما و رموزا في نطاق المعاملات المعدنية و التجارية و الإدارية متى استوفت الشروط الاتفاقية أو القانونية المنصوص عليها.

الفصل الأول: الدليل الكتابي:

نجد الكتابة هي أهم طرقا الإثبات قيمة و اهتماما من طرف المتعاقدين، و يرجع السبب في ذلك لما تقدمه من ضمانات لا تقدمها وسائل الإثبات الأخرى، و يمثل فيها التوقيع جوهر الدليل المكتوب إذ هو الذي يمهر المحرر بالنفاذ سواء في المحررات الالكترونية أو المحررات الورقية، مما استتبعه أن أصبح لفظ محرر يستوعب كل من المحررات السابقة مهما كانت الدعامة، و لم يكن بدا إلا أن يكون مهيئا لحفظ الحقوق و بيان مصادرها[6].

المبحث الأول: الكتابة:

---

[1]– القانون 10/05 المؤرخ في 20 جويلية 2005، المتضمن تعديل القانون المدني، ج.ر. 44، ص 24.

[2]– تنص المادة الأولى منه على ما يلي::" يشرع في تقديم خدمة البريد الالكتروني "بيروفاكس" للجمهور تتمثل هذه الخدمة في إيصال الوثائق و توزيعها بسرعة مع الجمع بين تسليم النسخ الهاتفية و تقديم الخدمات العادية..."،المرسوم التنفيذي رقم: 403/90 المؤرخ في: 1990/12/15 المتضمن الشروع في تقديم خدمة البريد الالكتروني للجمهور، ج.ر 55، ص 1752و 1753.

[3]– المادة 323 مكرر التي تنص على انه:" ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، و كذا طرق إرسالها "، أضيفت بالقانون 10/05 المؤرخ في 20 جويلية 2005، ج.ر. 44، ص 24.

[4]– تنص المادة 323 مكرر 01 على ما يلي:" يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة على ورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها و أن تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

[5]– أما المادة 327 فقرة 02 فتحيل على المادة 323 مكرر 01 كما يلي:" ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه".

6– د.محمد حسين منصور، قانون الإثبات، الإسكندرية، الدار الجامعية الجديدة، طبعة 2002، ص 56.

نجد المشرع الجزائري تبنى قبل تعديل القانون المدني سنة 2005 ثلاث أنواع الكتابة بمعناها التقليدي، أضيف إليها نوع رابع وهي على التوالي: الكتابة الرسمية، الكتابة العرفية، الكتابة العرفية غير معدة للإثبات و أخيرا الكتابة الالكترونية.

المطلب الأول: الكتابة الرسمية:

تنص المادة 324 مدني جزائري على أن:" العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه"، و عليه يكون يقوم المحرر الرسمي على ثلاث شروط أساسية متى استكملناها كانت لها الحجية الكافية في الإثبات.

الفرع الأول: شروط الكتابة الرسمية:

أ/ صدور المحرر الرسمي من موظف عام:

يعتبر موظفا عاما:" كل شخص تعينه الدولة لإجراء عمل معين من الأعمال المتعلقة بها أو لتنفيذ أمر من أوامرها"[1]، و لهذا يمتد وصف الرسمية للمحرر لتحريره من طرف موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة.

ب/ اختصاص الموظف العام:

وفكرتها أن الموظف العام يصدرها أثناء ممارسته لسلطته و اختصاصه الذي كون موضوعيا و إقليميا، فيكون موضوعيا بما له ولاية في إصداره، حيث يجب أن تبقى قائمة كأن لا يُقال أو يُعزل على نطاق دائرة اختصاص إقليمية يمارس عليها السلطة السابقة لإصدار المحرر يجب أن لا يتجاوزها، إلا أن الموثق قد يخرج عن هذا النطاق ليس عن طريق تخطيه لحدود المكان المُعين فيه و إنما من المرات ما يتقدم إليه أطراف العقد لتدوين تصرفاتها مما قد يكون لها تأثير على أن تلك العقود تنفذ خارج تلك الدائرة كالبيوع العقارية مثلا.

ج/ القيود الواردة على الأوضاع القانونية و الشكلية:

و يقصد بها القواعد القانونية التي وضعها المشرع كاستثناء يجب مراعاتها عند بعض التصرفات القانونية حيث يجب إتباع أوضاعا قانونية معينة لتمام التصرف من طرف الموظف العام كالقضاة في تحرير الأحكام أو المحضرون القضائيين، أو كالشكلية الواردة على العقارات أو الهبة و الوصية،... الخ، إلى جانب ذلك ذكر تاريخ تحريره باليوم والشهر والسنة و تضمينه لأسماء الأطراف وألقابهم و موطنهم وغيره؛كتابة المحرر باللغة العربية وبخط واضح دون إضافة أو كشط أو حشو، تخلف إحدى هذه الشروط يفقد المحرر صفته الرسمية ويتحول إلى محرر عرفي شريطة أن يكون هذا المحرر موقعا ولا تكون تلك الرسمية مقررة لانعقاد العقد.

الفرع الثاني: حجية الورقة الرسمية في الإثبات:

[1]–د.عادل حسن علي، الإثبات في المواد المدنية، مصر، مكتبة زهراء الشرق, 1996، ص54.

يتميز المحرر الرسمي بأنه حجة قاطعة بما ورد فيه إلا أن يطعن فيه يطعن فيه عن طريق التزوير، بذلك بياناته صحيحة لها حجية على أطراف المحرر و على الغير و ذا دلالة على الحقيقة التي يدل عليها[1]، و يتضمن المحرر نوعين من البيانات، بيانات يحررها الموظف العام في حضوره لما سمعه من ذوي الشأن و رآه، لها حجية مطلقة في الإثبات ككتابة التاريخ و القيد في السجل و بيان المكان الذي تم فيه تحرير الورقة الرسمية و لأسماء الأطراف و الشهود وتوقيعاتهم ، أما البيانات الأخرى التي يدلي بها الأطراف أو يتم الإقرار بها أمامه حيث يقوم بتثبيتها فقط على الورقة فهي لا تقتضي الثقة فيه لعدم إدراكها سمعا ورؤية تكون قابلة لإثبات العكس بكل الطرق.

في حين تكون حجية المحرر الرسمي من حيث الأشخاص بداية من أطرافه وصولا إلى الغير، ويدخل في مفهوم الغير كل من يضار أو يستفيد من هذا المحرر سواء بالإيجاب أو السلب كالخلف العام و الخاص، أما الغير الذي لا يتأثر بهذه البيانات المدونة فلا وجه للاحتجاج بها عليه. و صحة الورقة مفترضة بما ورد فيها و بما صدر عن أصحابها توقيعها أو مكتوبة بخط أيديهم أو غيرهم، و بهذا تكون حجة بكل ما يلحق بها من وصف الرسمية[2]، هي بهذا الشكل بمثابة قرينة على صحة و سلامة مظهرها[3]. و لما كان لزاما على الموثق أن يحتفظ بأرشيف أصول المحررات التي تصدر عنه حاملة تواقيع ذوي الشأن و الشهود و توقيعه، بعدها يقوم بتسليم للأطراف صورا عنها، و عليه رتب المشرع الجزائري نفس الحجية و الآثار القانونية بين الأصول و نسخها فهي قرينة على مطابقتها لها، و نص على ذلك في المادة 325 مدني جزائري، وتختلف حجية الصور حسب ما إذا كان المحرر موجودا أو غير موجود.

01- حالة وجود الأصل، فان الصورة المأخوذة خطية كانت أم ضوئية لها نفس حجية الإمضاء و التوقيع لمطابقتها الأصل، فإذا نازع أحد الأطراف في هذه المطابقة جاز للمحكمة التي تأمر بمراجعة الأصل.

02- أما إذا لم للصورة أصول محفوظة كفقدانها جراء حريق أو سرقة أو تلف، فتأخذ حكم الأصل كل نسخة أو صورة رسمية لها، أما إذا نوزع فيها أخذت على سبيل الاستئناس أو قد تشكل بداية للإثبات كتابة.

المطلب الثاني: المحررات العرفية:

تعرف بأنها:" المحررات الصادرة من الأفراد دون أن يتدخل في تحريرها موظف رسمي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ولا تحاط بالضمانات التي يحاط بها المحرر الرسمي"[4]، و تقسم فقها و قانونا إلى نوعين: محررات عرفية معدة

1- أ.رامول خالد، "حجية العقد الرسمي"، مجلة الموثق، العدد 04، ديسمبر2001، 32-34، ص32.

2- د.محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 65.

3- و يختلف الأمر لو كان المحرر عرفيا فلا يعتبر حجة بما ورد فيه إذا أنكره من نسب إليه التوقيع، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن توقيعات ذوي الشأن على الأوراق الرسمية التي تجري أمام الموثق تعتبر من البيانات التي يلحق بها وصف الرسمية فتكون لها حجية في الإثبات حتى يطعن فيها بالتزوير، وإذا كانت الورقة الرسمية محل شك جاز مراجعتها كما يجوز للمحكمة أن تستدعي الموظف العام الذي وقعها و صدرت منه ليبدي حقيقة الأمر فيها، نقض مصري 31 أكتوبر 1963، مجموعة أحكام النقض، 143.1006.14،د.محمد حسين منصور، قانون الاثبات، المرجع السابق، ص68.

4 – د.عادل حسن علي، المرجع السابق،ص 76.

للإثبات الهدف منها تهيئة مسبقة للدليل في حال نزاع، وأخرى غير معدة للإثبات إلا أنها تقبل لتكون دليلا بصفة عرضية كالدفاتر التجارية و الأوراق المنزلية.

الفرع الأول: شروط المحررات العرفية:

يشترط فيها شرطان؛ هما: شرط بالكتابة و شرط آخر هو التوقيع، فإذا تعلق الأمر بالأول، لا يشترط فيه شكلا معينا في كتابته، و لا يشترط أن يكون بخط أطرافه أو بخط شخص آخر، له أن يكون بلغة أطرافه أو بلغة أخرى تراضا عنها الطرفان، فلا قيد عليهما في تدوين ما يشاءون ما لم يتعارض مع النظام العام و لهم أن يطبعوا المحرر بالآلة الراقنة أو الكمبيوتر و حتى بخط اليد أو بتصويره و نسخه أو اختزاله أو كتابة الأحرف أو الأرقام و لا تتأثر الورقة العرفية بالمحو و كشط السطور، كما لهم أن يحرروه بمكان و تاريخ محددين أو لا يذكروا ذلك، و إنما لهم أن يقدما شاهدا فأكثر لتأكيد الخط أو التوقيع أو لإصباغ المحرر بتاريخ معلوم في حالة إغفاله فيعرف تاريخ تحرير المحرر بمعرفة يوم وفاة أحد الشهود أو مرضه طبقا للمادة 328 و الغاية المرجوة منها لما تنص على أنه:

" لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون العقد ثابتا ابتداء:

-من يوم تسجيله،

-من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام،

-من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص،

-من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط و مضاء.

غير أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف، رفض تطبيق هذه الأحكام فيما يتعلق بالمخالصة".

أما التوقيع فهو الذي يجعل من المحرر يتخذ صفة وهو التجسيد الخارجي للإرادة يسمح بمرور ا لعقد من التحرير و التدوين إلى مرحلة التنفيذ.

الفرع الثاني: حجية المحررات العرفية في الإثبات:

فهي حجة بصدورها ممن وقعها كما تكون حجة على صدق ما كتب و دون فيها من بيانات، و حجة بالنسبة للتاريخ الذي تحمله. فمن ناحية حجية المحرر العرفي ممن وقعه، حيث تنص المادة 237 مدني جزائري على أنه:" يعتبر العقد العرفي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار، ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء هو لمن تلقوا منه هذا الحق".

و تتوقف حجية المحررات العرفية في الإثبات إذا أنكرها أحد الأطراف أو ادعى أنها أو تتوقف حجيتها إلى غاية البت في صحتها من طرف القضاء، ، ويشترط في الإنكار أن يكون قبل التطرق إلى موضوع من قبل القاضيأو عدّ سكوت المنكر إقرارا ضمنيا، أما إذا أنكر صاحب المصلحة فيجب عليه أن يكون إنكاره صريحا و واضحا لا لبس فيه و أن مجرد الشك و الريبة لا يكفيان للإنكار، و يتحول الإنكار إلى دفع بالجهالة من

الورثة إذا توفى من له توقيع على المحرر و أن يؤدوا اليمين بأنهم لا يعلمون أن التوقيع أو الخط لمن تلقوا منه الحق، و يستثنى من هذا إذا كان العقد مصادقا عليه أمام موثق أو تم التصديق على التوقيع من قبل مصالح البلدية.

و يترتب عن حجية المحرر العرفي من حيث البيانات المدونة فيه نفس آثار المحرر الرسمي، إذا اعترف به من صدر عنه أو ثبت ذلك بعد التحقيق الخطي أو كالادعاء الذي يأتي من قبل أحد الأطراف حول عدم صحة واقعة معينة، فيكون واجبا عليه إثبات عكسها بالكتابة كأن يكون العقد ليس بيعا و إنما هبة، كما يملك للدائن أن يدعي بصورية تصرف مدينه[1]. و يحتج بذلك على الغير كالخلف بما فيها التاريخ الذي حررت فيه الورقة العرفية إلا أنه يستثنى من ذلك الغير الذي لا يحتج بالتاريخ ضده إلا إذا كان ثابتا.

و تمتد الحجية لتشمل تاريخ المحرر العرفي، إلا أنه لا يسري في مواجهة الغير إلا من يوم ثبوته بنص المادة 328 مدني جزائري، و للغير أن يثبت أن هذا التاريخ غير صحيح فتنعدم آثاره في مواجهته أو أن يثبت أنه تم التلاعب بالتاريخ تقديما أو تأخيرا بما يصب في ضرر مصالحه كتقديم تاريخ بيع منقول للتكتم عن أهلية المتعاقد معه، فإذا لم يتمسك الغير بعدم ثبوت التاريخ كان حجة عليه و القاضي لا يثيرها من تلقاء نفسه لعدم تعلقها بالنظام العام[2].

المبحث الثاني: الإثبات الالكتروني:

المطلب الأول: مفهوم الكتابة الالكترونية:

الفرع الأول: تعريف الكتابة الالكترونية:

لقد وضع الفقه الفرنسي أولى أسس المقاربة الواقعية الشاملة لحل مشكلة البينة الكتابية[3]، ففي مرحلة أولى، و هو ما تبناه المشرع الجزائري و الفرنسي الذي بدأ بتعريف الكتابة على عمومها بقصد تضمينها الكتابة الالكترونية من خلال المادة 1316[4]، ثم المرحلة الثانية المتعلقة بترتيب نفس القيمة و الآثار القانونية لتلك المعهودة للكتابة التقليدية، فقصدا كلا المشرعين بالمماثلة أو المعادلة أو فكرة التنظير الوظيفي ما يلي:" كتابة كل مجموعة من

---

[1]–د.أحمد أبو الوفاء، الإثبات في المواد المدنية و التجارية،بيروت،الدار الجامعية، 1983،ص94.

[2]– د.محمد حسين منصور، قانون الاثبات، المرجع السابق، ص 96.

[3] -D.Gobert et E. Montero, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », in J.T., 6000ième, 17 février 2001,114 à 128.,p.114 et 115.

وكذلك د.مفلح القضاة، "حجية التوقيع الالكتروني في القانون المقارن"، ندوة التوقيع الالكتروني، النيابة العام لإمارة دبي، الإمارات العربية المتحدة، ماي 2001،ص 04، متوفر على: www.dubaibpp.co.ae.

[4] Art. 1316 du code civil français : « La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission » modifiant le code civil, la loi n° : 2000/230 du 13 Mars 2000 portant l'adaptation du droit de la preuve aux nouvelles technologies de l'information et relative à la signature électronique., J.O., no 62, 14 mars 2000, p. 3968.

أحرف أو أرقام أو أية إشارة أخرى أو رموز تكون ذات دلالة يمكن حفظها و قراءتها عند طلبها، مهما كانت الدعامة أو وسيلة الاتصال المتبادلة".

و اتفق كل من المشرع الجزائري و نظيره الفرنسي على عدم النص على حامل أو دعامة بالذات، و عليه نجد اختلاف حوامل المحررات بين السندات الورقية و الالكترونية كالأقراص اللينة والمضغوطة أو أية واسطة الكترونية أخرى تنتجها التقنية، و ينظر إلى مفهومية الكتابة و حفظها الآمن و الدائم مع ما توفره من متسع في التصرف فيها[1].

و جاءت المادة 12 فقرة 03 من القانون رقم 02 لسنة 2002 المتعلق بالمعاملات و التجارة الالكترونية لإمارة دبي بما يلي:

" يكون للمعلومات الالكترونية ما تستحقه من حجية في الإثبات، وفي تقدير هذه الحجية يعطي الاعتبار لما يلي:

(أ) مدى إمكانية التعويل على الطريقة التي تم بها تنفيذ واحدة أو أكثر من عمليات الإدخال أو الإنشاء أو التجهيز أو التخزين أو التقديم أو الإرسال.

(ب) مدى إمكانية التعويل على الطريقة التي استخدمت في المحافظة على سلامة المعلومات.

(ج)مدى إمكانية التعويل على مصدر المعلومات إذا كان معروفاً .

(د) مدى إمكانية التعويل على الطريقة التي تم بها التأكد من هوية المنشي، إذا كان ذلك ذا صلة.

(هـ) أي عامل آخر يتصل بالموضوع.

(3) في غياب البينة المناقضة، يفترض أن التوقيع الالكتروني المحمي: (أ) يمكن التعويل عليه.

(ب) هو توقيع الشخص الذي تكون له صلة به.

(ج) قد وضعه ذلك الشخص بنية توقيع أو اعتماد الرسالة الالكترونية التي ألحقت أو اقترنت به بصورة منطقية.

(4) في غياب البينة المناقضة يفترض أن السجل الالكتروني المحمي:

(أ) لم يتغير منذ أن أنشء.

(ب) معول عليه"[2].

---

[1]- قد يستعان بالقراءة المباشرة والغير المباشرة لتلك الكتابة كاللجوء للأنظمة الخاصة ببرامج فك الشفرة أو الوسيط الالكتروني الذي جاءت به المادة 02 فقرة 18 من قانون دبي للمعاملات الإلكترونية بنصها:" الوسيط الالكتروني: الوسيط الالكتروني المؤتمن برنامج أو نظام الكتروني لحاسب آلي يمكن أن يتصرف أو يستجيب لتصرف بشكل مستقل، كلياً أو جزئياً، دون إشراف أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتم فيه التصرف أو الاستجابة له"، القانون رقم 02- 2002 المتعلق المعاملات والتجارة الالكترونية، الصادر بدبي بتاريخ دبي بتاريخ 12 فبراير 2002م الموافق 30 ذي القعدة 1422، جريدة البيان ليوم السبت 4 ذو الحجة 1422 هـ الموافق 16 فبراير 2002، المصدر عن موقع : http://www.albayan.co.ae.

[2]- تقابلها المادة 02 من القانون الأردني الكتابة الالكترونية السابق الذكر بقولها: " رسالة المعلومات: المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك تبادل البيانات الكترونية أو البريد الالكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي.

العقد الالكتروني: الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية، كليا أو جزئيا".

رغم أن التعريفات السابقة الخاصة بالكتابة الالكترونية تقنية، نجد التعريف الفرنسي وسّع من دائرتها لتشمل كل من العقود الرسمية والعرفية على حد سواء من خلال موقفه الضمني، إذ أدرج الكتابة الالكترونية في نفس الفقرة تحت عنوان" أحكام عامة"، وهذه العبارة تسبق الفقرات التي تنظم هذين النوعين من العقود مما يأخذنا الاعتقاد أنها تخضع لنفس النصوص[1]، كما تبنى موقفا صريحا من الكتابة الالكترونية بخصوص الأوضاع القانونية التي حددتها المادة الثانية من المرسوم المعدل للقانون المدني الفرنسي[2]، و تضيف بعض التشريعات الوطنية الأخرى أنواعا للكتابة الالكترونية كالسجل و المستند الالكترونيين، الرسالة الالكترونية، الإقرار بالاستلام الالكتروني.

الفرع الثاني: التحول من المعاملات الورقية إلى المعاملات الإلكترونية و المعادلة القانونية بينهما

أثر التطور التقني على مناحي حياتنا و معاملاتنا المدنية و التجارية و حتى على المستوى القضائي الذي تحول إلى التعامل الالكتروني في تسجيل القضايا وتبادل العرائض وحتى في إصدار الأحكام و في الكتابة الالكترونية لمحاضر التحقيق الابتدائي[3]، فقد اعترضها في بداية الأمر عامل الثقة في هذه التقنية ثم بعض العوائق القانونية المتعلقة بإبرام العقد وإثباته، بمعنى أنه كان رائجا استعمال الدعامة الورقية في كتابة و تسجيل الحقوق و الالتزامات المتبادلة، ثم لحقه طرقا أخرى تحفظ التصرفات و العقود المبرمة و تتميز بسرعة في معالجة و نقل المعلومة و آمنة على مستوى الشبكات، فهي تمنح نفس الضمانات التي تمنحها الثانية، سواء بتأكيد مصداقيتها أو تحقق استقرارا في المعاملة أو في التعبير عن إرادة الشخص في الالتزام و يرتبط ماديا أو الكترونيا بالعقد وعلى نفس السند الذي يحمله إثبات الواقع والحق، كالتاجر المتوقف عن الدفع أو الوفاء بديونه حيث لا يخرج عن نطاق المحررات الورقية، فالدفع الالكتروني حاليا يقوم مقام ذلك في الوفاء و إثبات عدمه، و به أخذت محكمة النقض الفرنسية فيما يخص ببطاقة الدفع و الائتمان، وفي قرار آخر للغرفة التجارية قضت بحجية مخرجات الاتصال الحديثة في إثبات التوقف عن الدفع[4].

1- D. Gobert et E. Montero« L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique »,*précité*,p.117.

2 - Art. Article 1317 du code civil est complété par un alinéa ainsi rédigé : « Il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. »

[3]-رغبة المشرع الإماراتي في توسيع من نطاق المادة 36 قانون إجراءات جزائية إماراتي لتشملها الكتابة الالكترونية والتي تنص على انه:" يجب أن تثبت جميع الإجراءات التي يقوم بها مأمورو الضبط القضائي في محاضر موقع عليها منهم يبين بها وقت اتخاذ الإجراءات و مكان حصولها... ."، لتفسير أكثر د.مدحت رمضان، "التحقيق الابتدائي و التوقيع الالكتروني"، ندوة التوقيع الالكتروني، النيابة العام لإمارة دبي، الإمارات العربية المتحدة، مـــــاي 2001، ص 04، متوفر www.dubaibpp.co.ae.

4 - 1ère Civ. 8 novembre 1989, Bull. Civ. I, n° 342 ; JCP G 1990, II, 21576, note G. Virassamy., JCP E 1998, p. 178, note T. Bonneau. *In* :
Valérie SEDALLIAN, "Preuve et signature électronique", Juriscom.net, 9 mai 2000., http://www.internet-juridique.net/;ou http://www.internet-juridique.net/

و نظمت المادة 323 مكرر مدني جزائري بقولها:"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"[1]، و تشير أحكام البينة الخطية في شكلها الالكتروني على نفس الوصف القانوني الممنوح للكتابة على ورقالذي يمُنح للمحرر الالكتروني إذا استجاب لشروط المادة 323 مكرر 01 التي تنص على أنه:" يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات على الورقة، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها و أن تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها"، و التي تقابلها المادة 01/1316 مدني فرنسي"يقبل السند الإلكتروني بالمقدار نفسه لقبول الكتابة القائمة على سند ورقي شريطة أن يمكن من تعيين الشخص الذي ينسب إليه، ويكون قد نظم و تم حفظه وفقا للأوضاع والشروط التي تضمن توثيقه وصدق ما ورد به"[2]. توفر الشرطين السابقين المنصوص عليهما تمكن القاضي الجزائري من تقدير حجية الدليل الالكتروني كبقية الأدلة المكتوبة، و القول بغير ذلك يستتبع تحكيم مضمون المادة 05 من التوجيه الأوروبي التي تأتي على عدم المعادلة أو المماثلة القانونية بينهما[3].

لهذا نجد أن غالبية التشريعات العالمية المتعلقة بالإثبات لا تضع سلما تدرجيا للأدلة بما فيها تدرج الدليل الالكتروني، و هذا الموقف الذي تبناه المقرر جوليبوا في القول بأن العقود الالكترونية غير موقعة لها نفس الحجية المحدودة جدا كما هو الحال بالنسبة لخلو العقود الورقية من أي توقيع[4]، و إن كانت الحالتين لا تشكلان إلا قرائن بسيطة قابلة لإثبات العكس أو قابلة لأن تكون مبدأ لثبوت الكتابة[5].

بمعنى إذا تم توقيع الرسالة الالكترونية فان لها نفس الآثار القانونية ونفس قوة الدليل المحفوظة للكتابةالر سمية العرفية و لا يمكن دحضه بدليل مناقض إلا بدليل من نفس الدرجة أو أعلى منه قابل للرجوع إليه في أي وقت بالشكل الذي تم به إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو بأي شكل آخر يمكن به إثبات دقة المعلومات التي وردت بها عند إنشائها أو إرسالها أو تسلمها، توفر هذه الشروط تجعل من القاضي يقبل هذه الكتابة في الإثبات و يمكنه

---

[1]- تقابلها المادة 1316 فقرة 01 و03 مدني فرنسي.

[2] Art. 1316-1.C.f - L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ».

[3] -1. Les états membres veillent à ce que les signatures électroniques avancées basées sur un certificat qualifié et créées par un dispositif sécurisé de création de signature :
a) répondent aux exigences légales d'une signature à l'égard de données électroniques de la même manière qu'une signature manuscrite répond à ces exigences à l'égard de données manuscrites ou imprimées sur papier **et**
b) soient recevables comme preuves en justice.

[4]- تقرير السيد: شارل جوليبوا حول التوقيع الالكتروني باسم الجنة القانونية بمجلس الشيوخ الفرنسي، رقم 203-2000/19 متوفر كذلك على:/http://www.legifrance.gouv.fr .

[5]- D. Gobert et E. Montero,« L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique »,*précité*,p.118.

تقدير حجيته مقارنة بالأدلة الكتابية الأخرى[1]، حيث يكون الأخذ بمبدأ التنظير أو المعادلة الوظيفية كما أوصت به لجنة الأمم المتحدة اليونسترال[2] مثل: المماثلة بين البريد الالكتروني و الكتابة العادية[3].

الفرع الثالث: دور التشفير في عقود التجارة الالكترونية:

يزيد التشفير الأمان و الثقة في نفسية المتعامل عبر التجارة الالكترونية، حيث أن هذا الإجراء التقني يسمح بضمان السرية الكاملة التي تحول دون تعديل أو اختراق رسالة البيانات الالكترونية، و اكتشف التشفير سنة 1980 مرقبّ ثلاثة علماء، و عرّ فوا علم التشفير بأنه العلم الذي يعتمد على وسائل وطرق تجعل من المعلومة غير مفهومة وغير مقروءة إلا لأطرافها، حيث يتأكد كل من المرسل و المرسل إليه عدم تسليم الرسالة لطرف ثالث غيرهما، يتم الإطلاع على البيانات الكترونية في المعاملات التجارية و الإدارية باستخدام مفتاحين الأول عام معروف لعامة الناس أما الثاني فهو مفتاح خاص لا يعلمه سوى صاحبه، استعمال المفتاحين دلالة قاطعة على التأكد من هوية الأطراف اللذين قد يثبت من ذلك الإجراء رغبتيهما في التعاقد.

المطلب الثاني: شروط لكتابة الالكترونية:

لا تخرج شروط المحرر الالكتروني عن شروط المحررات العرفية يضاف لها حسب الحالة شروط الكتابة الالكترونية.

الفرع الأول: أن يكون الدليل مكتوبا:

تثبت الكتابة التصرف القانوني بما ورد فيه من بيانات، و تكون مرفقة بالتوقيع يدويا أو الكترونيا، ومعنى الكتابة هو تثبيت بيانات التصرف و صياغة ما تم الاتفاق عليه، و اعتماد نظم الحاسب الآلي في المعاملات أظهر أنواعا جديدة للكتابة[4]، كالمحررات التي تخزن على ذاكرة البطاقات الالكترونية و البريد الالكتروني و الفوترة والشيكات الالكترونية وغيرها [5]، فهذا التعدد في الكتابة يعتبر دليلا كاملا إذ لا يشترط فيه الدعامة المادية[6].

الفرع الثاني: أن تكون الكتابة الالكترونية مقروءة أو قابلة للقراءة:

يشترط للاحتجاج بالدليل الذي يتسم بإشارات أو أحرف أو أرقام أن يكون واضحا وم ُدللا عن مضمونه بالنسبة للغير، و نجد في الكتابة الالكترونية المشفرة أو المرمزة أهم هذه تلك الوسائل حفظا و

---

[1]– المادة 08 من قانون المعاملات الالكترونية، رقم (85) لسنة 2001.

[2]- C.N.U.D.C.I., Rapport du groupe de travail sur le commerce électronique relatif aux travaux de sa trente-troisième session (New York, 29 juin-10 juillet 1998), A/CN.9/454, 21 août 1998. Voy. aussi, http://www.un.or.at/uncitral/fr-index.htm.

[3]- كالتصريح الالكتروني بالفواتير من خلال المادة 47 من قانون المالية الفرنسي لسنة 1990،

Art.47 de la loi de finance pour l'année 1990 : « Les factures transmises par voie télématique constituent (…) des documents tenant lieu de facture d'origine ».

[4]–د.محمد المرسي زهرة، «عناصر الدليل الكتابي التقليدي في ظل القوانين النافذة و مدى تطبيقها على الدليل الالكتروني"، "،ندوة التوقيع الالكتروني، النيابة العام لإمارة دبي، الإمارات العربية المتحدة، ماي 2001،ص 04، متوفر على www.dubaibpp.co.ae.

[5]– أ. رأفت رضوان، المرجع السابق، ص69.

[6]-د.محمد المرسي زهرة،، المرجع السابق، ص70.

مفهومية للأطراف[1]، هذا الدليل يمكن تقديمه مكتوبا على محرر ورقي أو الكتروني بعد طبعه أو طلبه على شاشة الكمبيوتر، فهذا التحول لا يغير شيئا في طبيعته القانونيةتغيرٌ الشكل الذي يتخذه المحرر لا يغير شيئا من طبيعته القانونية[2]، فضلا على أن الكتابة في التجارة الالكترونية يجب أن تتضمن تسجيل جميع المعاملات ونقلها في شكل مقروء عبر وسائل غير ورقية في الاعتبار حتى لو استخدمت فيها وسائل كهربائية أو مغناطيسية لنقل البيانات.

الفرع الثالث: الكتابة وتعيين الأطراف:

حيث يجب أن يستجيب المحرر لنص المادة 323 مكرر التي تشترط الإحالة على طرفي المحرر و أن يتم تعيينهما تعيينا كافيا من اسم و لقب و هوية لموقعيه، بهذه الطريقة يتم تحديد صفة الشخص الذي يمكننا التعامل معه و تمييزه عن منتحل شخصية أخرى،[3] كما أن التقنية الحديثة جاءت بحلول كافية و ملائمة للبيئة الالكترونية منها: التوقيع الالكتروني المحمي، و الغير المصادق أو هو الطرف الثالث الذي يشهد على المعاملة الالكترونية و يضمن سلامتها أثناء المبادلات على الشبكات دون أي تعديل في الموضوع فهو يكشف عن أطراف العقد من مرسل و مرسل إليه و يوفر عنهم عناء تهيئة الدليل حيث يمكنهم بذلك إذا نشب نزاع بين أطراف المحرر الالكتروني.

الفرع الرابع: حفظ مضمون المحرر:

لقد كانت الدعامة الورقية تكفل حفظ اتفاق الأطراف بما تحمله من حقوق و التزامات، سواء كانت أصو لا أو نسخا أو صورا حسب تعبير المشرع الجزائري، و بعدها لم يبق هذا الدور تحتكره الورقة لوحدها فخاصمها في ذلك التطور التقني بظهور المستندات و السجلات الالكترونية و أصبحا يتقاسمان عبئ حفظ التصرفات القانونية، فإذا كان التاجر يمسك دفاتره التجارية فإنه لا يوجد أي مانع أن تصبح تلك السجلات الكترونية و تحفظ كل معاملة على أرشيف الكتروني يمكن العودة إليه في أي وقت و من أي مكان رغم الخصوصية التي يتميّز بها حتى و لو تعلق الأمر بالسر التجاري.

و تلزم قواعد غرفة التجارة الدولية أن يخصص أطراف المعاملة عبر الشبكات الالكترونية لمدة قانونية أو اتفاقية أو غيرها سجلا يقيد فيه كل واحد منهما معاملاته التجارية الالكترونية و أن يقوم بترتيبها و أن يحفظ على

---

[1]– الاستعانة بالتشفير لا يكون إلا باستعمال الميكنة التقنية يضاف إليها بعض البرامج الالكترونية في هذا النوع من المحررات، ويعرف على انه:" مجموعة الحروف والأرقام و الرموز و الإشارات التي تدل على معنى معين و تكون ثابتة على دعامة معينة"، د.فاروق محمد محمود الأباصيري، المرجع السالق، ص 41.

[2]- La loi n°96-659 du 26 juillet 1996, Le contrôle étroit de l'Etat sur toute fourniture de produits de chiffrement. ; Décrets n° 98-101 et n°98-102 du 24 février 1998, décrets n° 98-206 et 98-207 du 23 mars 1998, complétés par six arrêtés du 13 mars 1998 sur la cryptographie.

[3] – Matthieu BERGUIG., L'usurpation d'identité sur Internet, Mémoire de DESS، 2000/2001, Université Paris II (Panthéon – Assas).,p.07.

تسلسلها الرقمي زمنيا حسب ورودها أو خروجها عنه[1]، فإذا تحقق ما سبق أمكننا أن نكشف أي تعديل زيادة أو نقصا، ناهيك عن استعانة أطراف نفس المعاملة بسلطة التصديق الالكتروني، و أشار القانون النموذجي للأمم المتحدة و المتعلق بالتجارة الالكترونية للشروط القانونية التي يجب توفرها عند حفظ الوثيقة الالكترونية وهي:

أ- تيسير الإطلاع على المعلومات الواردة على نحو يتيح استخدامها في الرجوع إليها مستقبلا.

ب- الاحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشئت أو أرسلت أو استلمت به أو بشكل يمكن إثبات أنه يمثل بدقة المعلومات التي أنشأت أو أرسلت أو استلمت.

ج- الاحتفاظ بالمعلومات التي تمكن من استبانة منشأ رسالة البيانات و جهة وصولها و تاريخ و وقت إرسالها و استلامها.

د- لا ينسحب الالتزام بالاحتفاظ بالمستندات أو السجلات أو المعلومات وفقا للفقرة "01" على أية معلومات يكون الغرض الوحيد منها هو التمكين من إرسال الرسالة و استلامها"[2].

المبحث الثالث: الاعتراف بالكتابة الإلكترونية وتمييزها عن الكتابة التقليدية:

المطلب الأول: الاعتراف بالإثبات الالكتروني:

نعالجها من الاعتراف القانوني بالكتابة الالكترونية ثم الاعتراف الاستثنائي وأخيرا الاعتراف الاتفاقي[3].

الفرع الأول: التنظيم القانوني للكتابة الالكترونية:

مؤدى ذلك أن القانون يتدخل لتعديل قواعد الإثبات و يدرج ضمنها الإثبات بالكتابة الالكترونية كأحد وسائل الاستدلال على الحقوق، فالقانون إذن هو الذي يحدد الشروط التي يتعين توفرها في هذا الدليل و يُبين قوته و حجيته و يحدد كذلك دور و سلطة القاضي في تقدير الكتابة الالكترونية و توجيه و إدارة الدليل الالكتروني و على من يقع على عاتقه عبئ الإثبات[4].

---

[1]- المرجع نفسه، ص86.

[2] - Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation, 1996, Nations Unies, New York, 1997, المصدر : http://www.un.or.at/uncitral/fr-index.htm ; Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International, Rapport du groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente et unième session (New York, 18-28 février 1997), A/CN.9/437, 12 mars 1997 ; Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International, Rapport du groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente troisième session (New York, 29 juin-10 juillet 1998), A/CN.9/454, 21 août 1998.

أشار إليه لدى د.فاروق محمد أحمد الاباصيري، المرجع السابق، 77-78.، و كذلك:

A.CRUQUENAIRE, « L'identification sur Internet et les noms de domaine », J.T., N° 6000, 17 février 2001.,p.146.

[3]- Y.COOL, « Signature électronique et signature manuscrite », Cahiers du C.R.I.D, N° 16, Bruxelles, Bruylant, pp.73 et s.

[4] - *Précité.*

و منه نستوضح أنه يجب التمييز بين ثلاث مفاهيم و مبادئ أساسية في مجال الإثبات[1]، فبدايتها قبول الإثبات ثم قيمته القانونية و أخيرا حجيته في الإثبات. فبالنسبة للأول نقول " بقبول القاضي لعناصر الإثبات القانونية المرتبطة بالحق المتنازع عليه"[2] دون أن نقول بإلزام القاضي على الأخذ بعنصر من العناصر و إنما كلها، ففي المادة التجارية أو في المادة المدنية في سقف التصرفات التي لا تتجاوز قيمتها 100.000 دج يجوز الإثبات فيها بشهادة الشهودو إنما إذا حدث العكس و أن نصّ القانون على عدم قبول البينة إذا كنا بصدد الكتابة فيجب عندها مراعاة هذا الشرط[3]. إذا قبّل القانون ذلك الدليل فانه قيمته تتأكد دون القول بقناعة القاضي به[4] فهو الذي يقدر مدى استجابة الدليل لعناصره وشروطه، فإذا استجمعها الدليل كانت له حجيته الثبوتية التي يحددها القانون، فالكتابة العرفية التي تستجمع شرطا الكتابة و التوقيع تكون مطلقة إذا حررت من طرف ضابط عام ونسبية إذا كانت عرفية، فالحجية للكتابة الرسمية أمام تلك العرفية، وللعرفية أمام شهادة الشهود[5]، و هكذا الدواليك.

و نجد أهم القوانين المتعلقة بما سبق،القانون النموذجي للأمم المتحدة المتعلق بالتجارة الالكترونية لسنة 1996 من حيث التنظيم و السمو التشريعي، و التوجيه الأوروبي حول الإطار المشترك للتوقيع الالكتروني بتاريخ:19 جانفي 1999[6] ، اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية لسنة 2006، ثم قانون المعاملات الالكترونية لدولة الأردن رقم 85 لسنة 2001، و القانون المدني الفرنسي و الجزائري بداية من مادته 1316 وما يليها بالنسبة للأول[7] و المادة 323 مكرر و ما يليها بالنسبة للثاني، في غياب أي قواعد قانونية يبقى للقاضي نصيبا كبيرا للاجتهاد في حدود الشكلية الاتفاقية حول الكتابة و التوقيع الالكتروني أو في حدود الإثبات الحر و المقيد و حتى في نطاق الاعتراف استثناء.

الفرع الثاني: حجية الكتابة الالكترونية كاستثناء عن القواعد العامة:

نجد في غالبية التشريعات العالمية أنها تنص على استثناءات عن قواعدها القانونية خصوصا المدنية منها، إذا نظرنا إليها من هذه الزاوية نتمكن من الاستفادة من هذه الأنظمة الخاصة في التشريعات الوطنية عن طريق إدماج

---

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

[2] – M.ANTOINE, J.-F.BRAKELAND, M.ELOY,*précité,* p.55.

[3]– مواد القانون المدني و التجاري الجزائريين.

[4] - Y.COOL,*précité*,p.70.

[5] - كمثال على ما سبق حرية الإثبات في المواد التجارية،نفس القاعدة العمل بها.

[6] Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, J.O.C.E., L 13/12 à 20 du 19 janvier 2000.

[7]- Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000., *précité*., Décret no 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique.,

الكتابة و التوقيع الالكترونيين كاستثناءات عن القواعد العامة و مثالها من بينها المادة 333 مدني جزائري[1]، أي أننا بصدد كتابة الكترونية لم يقابلها تنظيم قانوني خاص بها فلما لا ندرجها ضمن أحكام هذه المادة و القول بأنها تندرج ضمن التصرفات الجائز إثباتها بكل الطرق بما فيها شهادة الشهود، أو كأن نتوسع في مبدأ الثبوت كتابة على نحو نشرع في إثبات الحق المدعى به في بدايته ليستكمل في مرحلة أخرى بشهادة الشهود أو حتى بتوجيه اليمين الحاسمة للمدعى عليه و تكون المادة 326 مكرر 01 التي تنص على مبدأ الثبوت بالكتابة لتشمل الكتابة الالكترونية أكثر نطاقا و اتساعا لتشمل البينة الالكترونية،[2]،كما لنا أن نتوسع في المبدأ المتعلق بالمانع من صنع الدليل أو الاستحالة من صنع الدليل[3] أين يعفي القانون المكلف بالإثبات كتابة إذا وجد حائل أو أو مانع من تقديمه[4]، هذا المانع الذي تحيط به بهظروف خارجية تحول دون تهيئة الدليل يكون للقاضي فيها سلطة سلطة تقديرية كالوديعة الاضطرارية وإن كان القضاء متشددا فيها إذ يشترط "الاستحالة الحقيقية ليس مجرد صعوبة فقط"[5].

أما فيما يتعلق بمبدأ الثبوت بالكتابة، فيقصد به كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال[6]، و بالتفسير الموسع لهذا المبدأ نجده ينطبق على كل محرر أو تبادل للمعلومات والبيانات الالكترونية لم تكن موقعة ولم تؤخذ على أنها عقدا عرفيا[7] كالبريد الالكتروني والطلبيات الالكترونية. فهذه الرسائل الالكترونية غير الموقعة نجدها من صنع من يتمسك بها ضده، لهذا تدخل بعض الفقهاء و أشار إلى أن رفض أحد الخصوم الاستجابة للاستدعاء الموجه إليه من الطرف الآخر، أو رفضه الإجابة عن سؤال معين أو تخلفه عن المثول أمام القضاء يعد بمثابة مبدأ ثبوت بالكتابة[8].

---

[1]- تنص المادة 333 مدني جزائري على أنه:" في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 1000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز البينة في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك"، يقابلها المرسوم الفرنسي533-80 المؤرخ ب:1980/07/15 المحدد للقيمة ب:5000 فرنك فرنسي.

[2]- تنص المادة 326 مكرر 01 على أنه:" يعتبر تقييد العقد الوارد في السجلات العمومية إلا كبداية للإثبات بالكتابة ويجب لذلك:

01- أن يثبت انه تم فقد جميع أصول الموثق للسنة التي يبدوا انه تم تحرير العقد خلالها، أو أن يثبت أن فقدان أصل هذا العقد قد كان نتيجة حادث خاص... ."

[3] - Y.COOL, *précité*,p.74.

[4]- يرى الدكتور محمد حسنين منصور أن تلك الاستحالة نوعان: مادية ومعنوية، المرجع السابق، ص 146، أما Y.Cool يرى بإضافة نوع ثالث هو الاستحالة الناجمة عن بعض التصرفات ، المرجع نفسه، نقلا عن:

M.FONATAINE, « La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles », in La preuve, colloque U.C.L., 1987, p.18.

[5] - M.ANTOINE, D.GOBERT, « Piste de réflexion pour une législation relative à la signature électronique et au régime des autorités de certification »,R.G.D.C.,1998,n°04, p.289.

[6]- المادة 12 مدني مصري و المادة 01/1347 مدني فرنسي.

[7]- د. أحمد الملا، "الاعتراف القانوني بالتوقيع الالكتروني"، ،ندوة التوقيع الالكتروني، النيابة العام لإمارة دبي، الإمارات العربية المتحدة، ماي 2001،ص 12.

[8] -Cass.Soc.R.16 oct.1991, JCP.1991.IV.p.439 نقلا عن

د.محمد حسام محمود لطفي، المرجع نفسه.

هذه الاستحالة المادية من إعداد كتابة الكترونية تمدد في هذا الفرض لتعفي المتمسك بها من إثبات التصرفات القانونية التي تمت عبر الشبكات الالكترونية، و من ثم يكونالقاضي أمام استحالة للحصول على سند كتابي كلما عرض عليه نزاع متصل بالعقود التجارية الالكترونية[1]،و تطبيق هذا المبدأ يرمي بظلاله ليشمل الاستحالة الناجمة عن بعض التصرفات الذي يستند على قاعدة شهيرة في القضاء الفرنسي" عند الاستحالة لا يلتزم أحد بالكتابة"[2]، فقد تباع تذاكر العروض بأسعار باهظة عبر الشبكات الالكترونية أو حجز الأماكن من أجل الوجبات الغذائية التي يفوق قيمتها النصاب القانوني المطلوب المشترط للكتابة[3]، فالإزعاج و العراقيل و الإجراءات الطويلة تجعل من الأفراد يحجمون عن تهيئة الدليل المسبق و من ثم تتفاوت فيها إجراءات تهيئة الدليل مما يجعله محل استبعاد من الأطراف.

يعتبر هذا المبدأ مقبول نظريا وفقهيا، إلا أنه عمليا يصعب تبنيه لأن التوسع في الاستثناءات يترتب عنه خلق قواعد جديدة ومن ثم يعد ذلك قلب لقواعد الإثبات و منه يستبعد التوسع في هذه الاستثناءات لكثرة و زيادة حجم المعاملات الالكترونية[4].

الفرع الثالث: حجية الكتابة الالكترونية بين الرضائية و القضاء:

تعرف:" مجموعة من الإجراءات و الكيفيات التي يجب على أطراف التعاقد إتباعها من أجل تبادل و إرسال و حفظ الوثائق المتعلقة بمعاملاتهم التجارية"[5]، و نجد أن الشركات و المؤسسة العملاقة لجأت لتبادل البيانات المعلوماتية على مستوى الشبكات المغلقة الخاصة بها تحكمها علاقات عقدية في دخول و تنظيم العلاقة و ما يصدر عن كل واحد عضو فيها لدى ولوجها و إنجاز المعاملات وإثباتها الشبكة[6]، و كانت البنوك الأكثر الأشخاص القانونية لجوء لها إلى يومنا هذا لما توفره الشبكات المغلقة من سلامة و أمن للمعاملات فضلا عن أنها من كشف كل من يقوم بدخول الشبكة و مهما كان الوقت و الساعة[7]، وإلى وقت قريب جدا، يتعذر تحقيق ما

---

[1] – د.محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص21، لدى:
André Lucas, Le droit de l'informatique, Themis/PUF,1987,N°.316,p.371

[2] – د.محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص 20.

[3]- Y.COOL,*précité*,p.75.

[4]- D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », in J.T., 6000ième, 17 février 2001, pp. 114 à 128.

[5]- «Procédures et de méthodes qui doivent être utilisées par les différents acteurs de la convention afin d'échanger, de transmettre et de conserver des documents d'affaires liés à la transaction », sans références.

[6] – وهي لمختصر: EDI ترجمتها:Echange de Documents Informatisés

[7]- مثالها الشبكات البنكية كشبكة SWIFT والشبكات الداخلية للمؤسسات كصناديق الضمان الاجتماعي الشبكات المغلقة كالانترانت، شبكة AUTOLINK و TYMNET ، و ASSURNET في قطاع التأمينات، ODETTE في قطاع السيارات، GALILEO وAMADEUS بالنسبة لوكالات السياحة.

سبق على مستوى الشبكات المفتوحة لإمكانية ولوجها من أشخاص غير جادين[1] لذا قيل بأنها الشكلية الالكترونية التي أوجدها مبدأ سلطان الإرادة لا سلطان القانون[2].

فإذا عقد الأطراف اتفاقات أولية حول التهيئة المسبقة للدليل و المعاملة الالكترونية تكون تلك المرحلة ثم تليها مرحلة عملية استخدام البيانات الالكترونية وتبادلها و الوثائق الالكترونية كطلبيات الشراء أو التحويل الالكتروني للأموال عبر الحسابات البنكية و حتى سحب الأموال من بنك لآخر و الفواتير[3]، و أوامر الشراء والتوريد و تسيير تسيير المخزونات كشبكة رونو الجزائر **Renault Algérie**، و تقترب لأن تكون مراسلات عادية بين الشركات و المؤسسات أو بين المقر الرئيسي للشركة و فروعها المختلفة و يتم إبرام كافة المعاملات التجارية المتعلقة بالصفقات التجارية والتعاقدات، أي أن العلاقات التجارية المتبادلة تؤطرها الاتفاقاتالمنجزة بين الأطراف، كما:" يمكن الاتفاق على أن الرسائل المتداولة فيما بينهما و التي تحمل في طياتها عملية، الإيجاب و القبول يجب أن تحدث على عدة مرات أو إعطاء رقم أو علامة معينة لكل رسالة"[4].

و يمكن أن نستدل بمثال آخر في إدراج شرط التحكيم بالعقد الأصلي متضمنا اتفاق الأطراف على قبول التحكيم الالكتروني في حل المنازعات[5]، أين يتم عرض النزاع على المواقع التحكيمية المتفق عليها سلفا ثم يليه تبادل المرافعات المكتوبة و تقديم عرائضهم ووثائقهم الكترونيا من دون حضور مادي للأطراف المتنازعة ليصدر في الأخير الحكم الكترونيا.

بمعنى، أن القضاء قبل صدور قوانين تنظم الكتابة الالكترونية أو في حال الاكتفاء بالاتفاقات وجد نفسه أمام معالجة قضايا في شكلها الالكتروني إلا أنها في تحديد طبيعتها تجد حجيتها في عقودها الموضوعية المنشأة أو المؤطرة لها، بمعنى أن قوة المحررات الالكترونية تجد حجيتها مستمدة من العقد الأصلي المبرم ماديا بين الأطراف، فالفصل في نزاع الكتروني يأتي منسجما مع الاتفاقات المبرمة، و من ثم يكون الاعتراف القضائي امتدادا للاتفاقات المبرمة من منطلق العقد شريعة المتعاقدين أو انطلاقا من عدم تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام مما يجوز الاتفاق على مخالفتها و على هذا المنوال كان موقف محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 02 ديسمبر

---

[1]- د.فاروق محمد أحمد الاباصيري، المرجع السابق، ص 80.

[2] Vincent GAUTRAIS, « Preuve et formalisme des contrats électroniques : l'exemple québécois »,1999., Disponible : www. crdp.umontreal.ca, et aussi sur : www.Juriscom.net, 22 mars 1999.

[3] – David G. MASSE, Le cadre juridique en droit civil québécois des transactions sur l'inforoute, Revue de droit de McGill, (1997) 42 R.D. McGill 403.,p.06.

[4]– د. فاروق محمد أحمد الاباصيري، المرجع السابق، ص70.

[5]– د.أحمد الملا، المرجع السابق، ص12.

– من بين محاكم التحكيم التجارية الالكترونية: CYBERTRIBUNAL تابعة لجامعة مونتريال بكندا، على الموقع: www.cybertribunal.org، يضاف إلى ذلك محكمة المنظمة العالمية للملكية الفكرية، تختص بمنازعات أسماء المواقع الالكترونية، الموقع:www.wipo.int/fr/arbit/acpruls .
لتفصيل أكثر: د.فاروق محمد أحمد الأباصيري، مرجع سابق، ص 39.

1997 والتي أعطت مفهوما واسعا للكتابة حيث يمكن أن تحويها و تحفظها أية دعامة[1]، وهو ما استقر عليه القضاء اعتبار الفاكس و مخرجات الوسائل التقنية ورقة عرفية أصلية من حيث الإثبات[2].

المطلب الثاني: التمييز بين التقليدية و الكتابة الالكترونية:

عرفت الكتابة التقليدية بأنها:" مجموعة من الحروف و الأرقام والرموز و الإشارات التي تدل على معنى معين و تكون ثابتة على دعامة قوية"[3]، و تلتها المادة 323 مكرر التي تعتبر الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، و كذا طريقة إرسالها، فأصبح لدينا نوعان من المحررات المكتوبة، أولى خطية على الدعامة المادية الورقية و الثانية الكترونية تحفظ على دعامة الكترونية و إن كان كليهما قابل لأن يطبع على ورق ذات مظهر مادي ، و من ثم كان أن تدخلت المادة 323 مكرر 01 أين الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات على الورقة، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها و أن تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها، المقصود منه "شبه معادلة قضائية بين الوثيقتين"[4].

الفرع الأول: شكل الوثيقة الالكترونية و تسليمها:

تتخذ الكتابة عدة أشكال غير محسوسة تختلف باختلاف نظام الاستغلال و البرنامج المستعمل في تحريره[5]، فهي فهي عبارة عن تمثيل رقمي للمعطيات مثل البطاقات و تحفظ تلك المعطيات على إحدى الوسائط الالكترونية المتعارف عليها، كالأقراص المضغوطة أو ذاكرة منقولة و حتى على شرائح بطاقات الدفع الالكتروني، فحسب المواد القانونية السابقة تعتبر بينة الكترونية بكل ما تحمله العبارة من دلالة كما تعارف الناس عليه في الكتابة على الورق

---

[1] – – د/ فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص 43.، كذلك محكمة استئناف Besançon ، لتفصيل أكثر: Jean-Luc Tagliamonte, "Confusion et suspicion autour des documents d'origine électronique", http://www.droit-technologie.org , 26 Février 2001 .

[2] – تمييز دبي في الطعن رقم 31.1996 جلسة 26 أكتوبر 1996، نقلا عن د.أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 24.

[3] – د/ فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص 41.

[4] – د/ مفلح القضاة،، المرجع السابق،ص 22، نفس الشيء استقرت عليه محكمة نامور و يضيف الأستاذ Didier Gobert:

Cette interprétation est défendue par un arrêt du tribunal civil de Namur du 25 juin 1990, R.R.D., 1992, pp. 60 et s. X. Thunis en conclut même que la « notion d'écrit signé peut s'interpréter assez largement étant donné l'imprécision ou l'ouverture providentielle des concepts fondamentaux, écrit et signature », . Didier Gobert, « La reconnaissance des échanges par la reconnaissance de la signature électronique : Condition d'existence des réseaux d'avocats" ; p.6. www.consultandtraining.com. *In* : X. THUNIS, Responsabilité du banquier et automatisation des paiements, Travaux de la Faculté de droit de Namur, P.U.N., 1996, p. 228 et les références citées aux notes 67 et 68.

Disponible aussi sur : Multimédia : Le cyberavocat, Formation permanente CUP, Volume XXIX, Liège-Namur, février 1999, pp. 163-191.

5– مثل البرامج التالية: Word, Excel, Acrobat

فالحجر فالجلد، و عليه ستحل ألفة بين الدليل الالكتروني و الدليل التقليدي إلى حد الارتباط بين الكتابة و السند أو الحامل الذي يدعمها[1] شريطة أن تحيل على أطرافها بطريقة تحقق أمنا كافيا يضمن سلامتها المادية، فقد قضي برفض مقررة تسريح عامل محفوظة على قرص مضغوط لإمكان تعديلها من الغير[2].

يتم تسليم و تسلُم المحررات الالكترونية سواء عن طريق الوسيط الالكتروني الذي يعتبر برنامجا الكترونيا بحيث يمكن أطراف العقد من نسخ كل معاملة يبرمونها أو قد يستلزم الأمر تدخل سلطة التوثيق الالكتروني الذي يشهد على كل معاملة تتم بينهما و يوثق عمليات تسلم أو عدم استلام الوثيقة[3].

و لنا عدة أمثلة في ذلك منها: المخالصات الالكترونية، وصول الرسالة، أما إذا لم يُرد عن البريد الالكتروني رسل جاز للمرسل طلب تأكيد الوصول من المرسل إليه، أو أن يرفق أطراف العقد الالكتروني توقيعاتهم المصورة ضوئيا مع تلك الرسائل إلا أن هناك من يخشى من استعمال هذه التقنية إذا ضاعت و اقترح قصرها على المحامين دون المتقاضين مثلا[4]، أما إذا اشترط التأكيد كما هو الحال في تأكيد الإيجاب أو القبول فللطرف صاحب المصلحة أن يطلب ذلك فان تعذر ذلك كانت تلك المراسلة محل إنكار منه[5] إضافة إلى ذلك الحالات التي تتطلب فيها القوانين التأكيد و التبليغ للمحررات فان ذلك الوضع مطلوب و مشترط في الفاكس و البريد الالكتروني إذ يجب أن يتم تأكيدهما ناهيك عن الإشارة الصريحة على ذلك في المحرر فضلا عن اعتياد أطراف العقد أو المعاملة على ذلك[6].

و يتشدد الفقه و القانون في عملية تسليم الوثائق الالكترونية المحفوظة و التعامل فيها لدى مختلف الجهات المصدرة لها احتراما لمبدأ الخصوصية[7]، و يقصد بها حماية البيانات من كل استعمال غير قانوني لها عبر تنظيم الوصول إليها و عدم السماح للأشخاص بتنفيذ إجراءات وتعديلات معينة على البيانات المحفوظة و تحديد مسئولية كل مستخدم لها. و هذا هو ما يفسر المفهوم الوسع للكتابة من دون البحث ما إذا كانت الكترونية أو

1- د. محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص15.

2- حكم صادر عن محكمة استئناف روان Rouen الفرنسية في 1996 بدون مراجع، نقلا:
Valérie SEDAILLAN, L'utilisation d'Internet à l'entreprise, http://62.161.196.163/lij/euroforum.html

3- د.مفلح القضاة،، الرجع السابق،ص24.

4- Laurent GUINOTTE et Dominique MOUGENOT,*précité*, p16.

5 Laurent GUINOTTE et Dominique MOUGENOT**,** « La loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication dans la procédure judicaire et extrajudiciaire, 19 janvier 2001 »; Disponible sur le site : http://www.droit-technologie.org.

6 Art.32 de la loi Bourgeois : « une communication, une notification ou un dépôt qui peuvent avoir lieu par lettre peuvent également avoir lieu valablement par télécopie ou par courrier électronique, pour autant que le destinataire indique un numéro de téléfax ou une adresse électronique ou les utilise régulièrement. ».

7- هذا ما نصت عليه المادة الأولى من قانون حماية المعلومات الخاصة لمقاطعة كيبك بنصها:"
1. La présente loi s'applique aux documents détenus par un organisme public dans l'exercice de ses fonctions, que leur conservation soit assurée par l'organisme public ou par un tiers. Elle s'applique quelle que soit la forme de ces documents: écrite, graphique, sonore, visuelle, informatisée ou autre.

تقليدية مدعمين ذلك برأي المحكمة الفيدرالية السويسرية على:" ضرورة الأخذ بعين الاعتبار الوسائل الحديثة في مجال الاتصال حيث يكون استلزام التوقيع أمرا نسبيا في مجال التجارة الدولية"[1].

الفرع الثاني: نسبة المحرر الالكتروني و تاريخ إصدار الوثيقة:

يكون المحرر الالكتروني مقبولا إذا حدد تحديدا كافيا حقوق و واجبات كل طرف فيه، و لا يتأتى ذلك إلا بمعرفة هوية أطرافه و اسم كل متدخل في إنشاءه على أن يضمنوه توقيعاتهم، لهذا اشترطت غالبية القوانين الوطنية أن يقوم الموثق بالتأكيد على ما سبق و أن يعيد تلاوتها على أطراف العقد حتى اعتبرت ما يلحق بالرسمية و يكفي تخلفها أن يبطل المحرر الرسمي ككل أو يتغير وضعه القانوني إلى محرر عرفي.

فيمكن الاعتماد على طرف ثالث لتثبيت ذلك في المعاملات الالكترونية[2] الذي يكون دوره التقليل من حالات النسيان أو السهو، أما في الوثيقة الورقية فيلاحظ أن التاريخ حجة على الأطراف والغير متى كان ثابتا إلا أنه توجد حالات لا يذكر فيها التاريخ على العقود العرفية فيرجع إلى المادة 328 مدني جزائري لتحديد له تاريخ ثابت[3]. ثم إن مختلف المعاملات التقليدية تعتمد على حواس الشخص لبيان هويته كالجنس و اللون، فيتحقق كل واحد من الآخر، بعكس الاتجاه السائد حاليا في المعاملات الالكترونية حيث يتدخل طرف محايد للقول بأن هذا الشخص هو فلان ثم ننتقل إلى مرحلة التفاوض على العقد و إبرامه الذي يؤكد بتوقيعات أطرافه، فكان لزاما إذن على محكمة النقض الفرنسية أنها تقضي بالتأكيد على سلامة القبول الصادرفي شكل كتابة الكترونية و لطالما أنه صدر صحيحا و كان مرئيا و مقروء و لم ينكره الشخص الذي ينسب إليه[4].

الفرع الثالث: أصول المحررات الالكترونية و نسخها:

لقد أثار البحث في أصول المحرر الالكتروني و نسخه اختلافا فقهيا كبيرا بين مؤيد ومعارض، ولتمييز الأصل عن الصور في مجال الإثبات بالكتابة الالكترونية فقد اقترح الاستعانة بالموثق الالكتروني الذي يحتفظ في أرشيفه الالكتروني بأصول الكحررات و يرسل نسخا الكترونية بعدد أطراف العقد، عندها يعتبر أصليا كل محرر تم تقديمه من قبله، ويتميز أصل المحرر الرسمي عن صورته أنه يحمل توقيعات ذوي الشأن و يصدر عن ضابط عام، علما أن

---

[1]– د.فاروق محمد الاباصيري، المرجع السابق، ص 43، لتفسير أكثر:
P.Y. GAUTIER, Le bouleversement du droit de la preuve : Vers un mode alternatif de conclusion des conventions, Les petites affiches, 07 février 2000, n°26,p05.

[2] –Thomas LIEUTENANT et Samuel MARIN, *précité*,p.01.

[3]– تنص المادة على انه:" لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن له تاريخ ثابت، و يكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء:
– من يوم تسجيله،
– من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام،
– من يوم التأشير عليه على يد ضابط مختص،
– أو من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء..."

[4]– نقض تجاري فرنسي 02 ديسمبر 1997، مجلة دالوز، ،1998 ص 192 نقلا عن: د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص.28.

الأصل في الإثبات، تكون لصورته الحجية القانونية الكافية بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل، أما إذا فقد السند الأصلي يستند على النسخ الرسمية، ومن هذا إذا قيد السند الرسمي في السجل الخاص به شكل بداية للإثبات بالكتابة، أما صوره فلا حجة لها في قانون الإثبات إلا بالمقدار الذي تهدي إلى الأصل إذا كان موجودا فيرجع إليه، فان كان غير ذلك فلا حجية لها لعدم اشتمالها تواقيع من صدرت منهم.

غير أن هذه الفكرة استبعدت نوعا ما بعد الاستعانة بالكمبيوتر الذي يعتمد على الأنظمة الالكترونية الرقمية الذي يمكن من النسخ أو التصوير بسهولة لم ُعدها من قبل، إذ هي تكرار تام للأصل، فما جدوى التحدث عن الكتابة الالكترونية و صورها؟.

لم يتطرق لا الفقه و لا القانون إلى تعريف أصول المحررات و اكتفيا بالتطرق لكيفيات حفظها و تنظيمها، فإذا كانت الأصلية كما تم الإشارة إليها آنفا، تصبغ على كل سند يحمل توقيع الأطراف و الشهود و توقيع الضابط العمومي، فالكتابة لا تفقد هذه الصفة لفقدان الأصول[1]، ذلك أنه يجب ألا نخلط بين الأصول و دعامتها أو السند الذي يحملها، فإذا كان ورقا حفظت مضمون العقد و إذا كانت الكترونية فالدعامة الالكترونية هي كذلك لها نفس الدور، إلا أن التوقيع الالكتروني هو الذي يكفل ذلك،" السائد في إمبراطورية الورق... تفكيرنا يتجه صوب اعتبار الكتابة على أول محرر ميزة لاعتباره أصليا، فمن الخطأ إذن القول بنسخ و صور المحررات الالكترونية كلما تعلق بنسخها و نقلها"[2]، فقد تنحصر و تتقلص حدود إمبراطورية الورق المنصوص عليها في المادة 325 مدني جزائري على أنه:" إذا كان أصل الورقة الرسمية موجودا فان صورتها الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل. وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين، فإذا وقع تنازع ففي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل".

غير أن غالبية القوانين لم تميز بين أصول المحررات الالكترونية و نسخها و اكتفت بالنص على تعداد للأنواع المحتملة التي يمكن أن تفرزها التجارة و المعاملات الالكترونية مهتدية في ذلك من الإرث الموجود في تركة المحررات التقليدية، غير أنه لتمييز الصور عن الأصول اقترح مشروع قانون مقاطعة **كيبك** أن يعتبر أصليا كل محرر الكتروني تم عرضه على الشخص المفترض تقديمه له أو متى تم إنشاءه في ظل إجراءات تضمن أصله و صحته من وقت إصداره إلى غاية تقديمه وعرضه على الغير[3].

المبحث الرابع: الشكلية الالكترونية:

[1] - D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique » , *précité*,p.127.

[2] – *Précité.*

[3]- المادة 07 من مشروع القانون المتعلق بالمعلوماتية بمقاطعة كيبك:

Avant-projet de loi sur la normalisation juridique des nouvelles technologies de l'information, déposé par M. David Cliche, Ministre délégué à l'autoroute de l'information et aux services gouvernementaux (Première session, trente-sixième législature)(« l'avant- projet de loi »), septembre 2000., Source : http://www.assnat.qc.ca /fra/publications/av-projets/00-fap01.htm

المطلب الأول: التوسع في نظام الإثبات الكتابي:

الفرع الأول: الشكلية الالكترونية:

تعرف الشكلية بأنها "التجسيد الخارجي للإرادة في لإحداث الأثر القانوني"، و الشكلية في القانون تأتي استثناء عن القواعد العامة في تقييد الأشخاص عند إبرام التصرفات القانونية، فقد تكون شكلية قانونية يفرضها المشرع كما قد تكون شكلية خاصة يتفق بشأنها الأفراد، فهل يستجيب ذلك لو قمنا بنقله و تطبيقه في بيئة التجار الالكترونية و المعاملات الحكومية و التوثيقية؟، أجاب المشرع الفرنسي على ذلك في نص المادة 1317 من القانون المدني الفرنسي[1] و أجاز أن تبرم العقود الرسمية الالكترونية إذا ما تم تحريرها و حفظها وفقا للشروط التي يحددها مجلس الدولة. و تكتسي تلك العقود صبغة الرسمية طبقا للمادة 1316 فقرة 04 إذا كانت صادرة عن ضابط عام[2]، و قد يصبح للموثق الالكتروني الذي حسب النصوص القانونية المتوفرة حاليا دورا آخرا غير الدور الذي لعبه فيما مضى بإصدار و تحرير العقود و حفظها إذا يمتد دوره إلى الإصدار و التحرير و مراقبة صحة الوثائق الالكترونية و يحفظ أصولها و يراقب حتى مكاتب التسجيل الالكتروني الإقليمية التي سيكون مشرفا عليها كما أقره العضو المقرر بمجلس الشيوخ الفرنسي في تقريره حول الإثبات بالوسائل التقنية الحديثة[3] رغم قيام المشرع الأوربي باستثناء تطبيقه الأوضاع الشكلية المنصوص عليها في التشريعات الداخلية للدول الأعضاء[4].

الفرع الثاني: وظائف الشكلية:

تظهر وظائف الشكلية على مستوى المعاملات و التجارة الالكترونية في عدة مواضع، و تأثر تعدادها وظائفها الشكلية الالكترونية تبعا لتقسيمات تلك المواضع التي حول الفقه إسقاطها على العقود الالكترونية[5]، هي:

1- Art.1317 du code civil français: « Il peut être «المقصود هنا العقود الرسمية» dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. ».
أما مرسوم مجلس الدولة لم يصدر بعد.
Art. 1316-4 : « La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte. Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

2 -D. Gobert et E. Montero. **«** L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique » , *précité*,,p. 119.

3– تقرير **جوليبوا Jolibois** السابق، ص32.

4– المادة 01 ف 02 من التوجيه الأوروبي رقم 93/1999 المتضمن للإطار المشترك للتوقيع الالكتروني والمؤرخ في 13 ديسمبر 1999.

5 - Lon L.FULLER, « Condition and form », (1941) 41, Columbia Law Review, 799-801., *In* : Vincent GAUTRAIS, « Les contrats en ligne dans la théorie générale », in Commerce électronique, Cahier de C.R.I.D, n°17., PP.115-118.

01- الوظيفة ترتبط بإثبات بالعقد و الاحتجاج بمضمونه[1].

02- الوظيفة الثانية، وهي أن يتدخل القانون من أجل رعاية مصالح المتعاقد، أي أنها وظيفة حمائية لأحد أحد الأطراف بوضع شروط ومواصفات خاصة بالتجارة الالكترونية و حماية للمستهلك.

03- الوظيفة الثالثة: تحدد هوية الطرف المتعاقد معه مستهلكا أو محترفا أو جهة حكومية تجنبا للأشخاصغير الجدّيين و النصابين و المحتالين.

04- الوظيفة الرابعة: متعلقة بتنشيط و تفعيل المعاملات التجارية الالكترونية عن طريق زيادة الثقة و الطمأنينة في نفوس المتعاملين[2].

05- أما الوظيفة الأخيرة متعلقة بالإشهاد على المعاملة الالكترونية، بما يعني إبرام العقد و تمامه[3].

المطلب الثاني: تنظيم الإثبات الإلكتروني:

يقع عبئ الإثبات في البحث عن تحديد عمن يتحمله من الخصوم، و الواقع أن إقامة الدليل الالكتروني على التصرفات القانونية الالكترونية يمثل أهمية كبرى يتعين على الخصم إقناع القاضي بها، و تنظيم عملية الإثبات الالكتروني يمكن أن تحل بطريقتين هما:

- إقامة تدرجا أو سلما لطرق الإثبات، و به أخذت مقاطعة **كيبك**[4].
- أو أن يترك الأمر للقاضي في تقدير الدليل بصريح المادة 1316 ف02 مدني فرنسي بنصها:" للقاضي في حال عدم وجود نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك، أن يقدر الدليل المكتوب أيا كانت الدعامة التي تحمله"[5]. أي أنه يترك للقاضي تقدير الدليل و ترجيح أكثرهم قوى ثبوتية.

إلا أنه يخشى من إطلاق يد القاضي فيتعسف في تقديره، ثم إنه إذا أخذنا بالطريقة الثانية يجب على المشرع أن يضع قيودا ترد على سلطة القاضي و تقيده حتى لا يحيد، ومن ثم يتحقق مبدأ حياد القاضي في الإثبات

---

[1]- د.مفلح القضاة، المرجع السابق، ص09.

[2] -Didier GOBERT, « Vers une discrimination de traitement entre la facture papier et la facture électronique ? », Cahier du Juriste, n° 4-5/2001, p01. Disponible sur : www.consultandtraining.com

[3] - Vincent GAUTRAIS, *précité*, www. crdp.umontreal.ca/

[4]- المقصود هنا بذلك تبيان درجة و قوة الدليل في الإثبات، بمعنى ترتيب للأدلة ذات الحجية المطلقة و المقيدة، ووضع ترتيب آخر يساوي بين الدليل الكتابي الحسي و الدليل الالكتروني، كحجية المحررات الرسمية أمام تلك العرفية أو الالكترونية، أو كتلك الحالة التي لا يجوز فيها البينة بشهادة الشهود إذا ما اشترطت الشكلية، لهذا فالقاضي يبحث عن الدليل الذي يساوي أو يجاوز الدليل المعروض أمامه.

[5] -Art. 1316-2. «Lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable, quel qu'en soit le support ».

تطبيقا لمبدأ حياد القاضي و استقلاليته في النزاع[1]، ولتقييد سلطة القاضي و الحد منها يتدخل القانون أو يقوم الأطراف بإبرام العقود للتهيئة المسبقة للدليل.

بين تدخل المشرع و اتفاقات الأطراف يترتب على ذلك أيضا أن تتقيد حرية الأطراف على النحو التالي:

- لا يمكن للأطراف الاتفاق على مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام إلا في الحدود التي يمكنهم ذلك، فليس لهم أن يبرموا عقد بيع العقار الكترونيا و ليس للموصي الخروج عن الرسمية...الخ.
- جواز إثبات عكس الدليل بدليل من نفس الدرجة أو أعلى منه.
- احترام مبدأ تساوي مصالح الأطراف في الاتفاق إذ يبطل كل اتفاق يتضمن شرطا فاسدا مع المستهلك[2].

الفرع الأول: منازعات الإثبات:

طفت إلى السطح منازعات متعلقة بالإثبات الالكتروني بعد المعادلة القانونية بين الكتابة الالكترونية و الكتابة التقليدية ، كالتأمين في إرسال البريد الالكتروني أو تبادلها أو كالإرسال المتتالي للبيانات الالكترونية، أو كتبادل رسالة بريدية برسالة الكترونية مضمونهما تبادل الإيجاب و القبول، فهل هي تسوية بين الدليلين؟.

لا شك أن لفظ المدعي يتجه صوب الشخص رافع الدعوى، أي هو الذي يدعي حقا و يقع عليه إثباته، و متى كان ذلك فانه يختلف عن المدعي في الإثبات، فالشخص الذي يدعي عكس الأوضاع الطبيعية هو المدعي في الإثبات بغض النظر عنه في ما إذا كان مدعيا أو مدعى عليه في الدعوى، لذلك فان الإجابة عن السؤال تكون أمام إحدى الفرضيات التالية:

أولا: يجب إثبات ما يساوي أو يتجاوز قوة الدليل الكتابي، هو فرض يتحقق معه فكرة التنظير و المعادلة القانونية بين الدليلين الالكتروني و الورقي[3]، فيمكننا أن نثبت عكس الدليل بآخر من نفس الدرجة أو أعلى دون البحث عن طبيعة الدعامة الورقية كانت أم الكترونية بنص المادة 2837 مدني مقاطعة **كيبك** التي تجعل من التصرفات القانونية تأخذ شكل المحررات الالكترونية[4] أو بناء على المادة 323 مكرر 01 مدني جزائري أو استجابة لنص المادة 1316 مدني فرنسي و حتى المادة 09 من اتفاقية استخدام الخطابات الالكترونية التي أشارت إلى أنه:" تنطبق هذه الاتفاقية على استخدام الالكترونية في سياق تكوين أو تنفيذ العقد بين أطراف تقع مقار عملها في دول مختلفة"، وتضيف المادة 2839 مدني مقاطعة **كيبك** القانون على إمكانية إثبات نقيض

---

[1] – Preuve et signature, sans références.

[2]-T. HASSLER, 16 juin 1999, « Preuve de l'existence d'un contrat et Internet : Brèves observations à propos de la loi », Disponible : http// : www.juriscom.net

[3] - D. GOBERT et E. MONTERO, **«** L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique »,*précité*, p.126.

[4] - Art.2837.C.c.Q :« Lorsque les données d'un acte juridique sont inscrites sur support informatique, le document reproduisant les données fait preuve de l'acte, s'il est intelligible et s'il présente des garanties suffisamment sérieuses pour qu'un puisse s'y fier ...».

العقد الالكتروني المتضمن للتصرف القانوني دون أن تحدد طبيعة هذا الأخير ما إذا كان عقدا مدنيا أو تجاريا أو مختلطا، علما أنه يمكن للقاضي السلطة التقديرية في ترجيح الدليل مقدرا الظروف المحيطة به[1].

ثانيا: يجب التفرقة بين التصرفات القانونية المحددة القيمة و غيرها، و هو عكس ما ذهب إليه مشرع مقاطعة **كيبك** الذي لم يضع نصابا أو سقفا معينا للتصرفات القانونية، فلو تم تجاوزها لا يمكن إثباتها بشهادة الشهود، أو في حال ما إذا كان بريدا الكترونيا أو سجلا الكترونيا على الحاسب الشخصي، فالمشرع الجزائري لا يرتب أثرا عليها إلا إذا كانت بريدا منزليا عاديا من خلال المادة 331 مدني بقولها:" لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه إلا في الحالتين الآتيتين:

-إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى دينا،

-إذا ذكر فيها صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الدفاتر والأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقا لمصلحته".

و عليه يشترط قيام هذا الدليل المكتوب في التصرفات التي لا تتجاوز 100.000 دج، فالمهم هنا، أنه لا يمكن أن نثبت نقيضها إلا بالكتابة، رغم أن المشرع الفرنسي أسدل عليها قانونية المحرر الإلكتروني ورتب عليها نفس الآثار كالكتابة التقليدية، و احتفظ بمبدأ الإثبات العكسي، يمكننا أن نثبت بشكل حر في المواد التجارية و التصرفات التي تقل عن 5000 فرنك فرنسي، ومقيدا في حالات أخرى وهي تجاوز التصرف للنصاب القانوني المحدد أو الشكلية القانونية.

مع الذكر أن مجموعة العمل**GIP** قد اقترحت على الحكومة الفرنسية أن تضع جدولا للأدلة الكتابية[2]،وقالت بعدم إمكانية دحض دليل كتابي تقليدي بآخر الكتروني.

الفرع الثاني: مجال الاستعانة بالكتابة الالكترونية:

لقد استبعدت عدة تشريعات من التطبيق أحكام قانون المعاملات الالكترونية بخصوص بعض الأحوال سيما منها المتعلقة بالنظام العام و الأحوال الشخصية و الشكلية رغم ما تمنحه وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات[3]، و أحسن مثال على ذلك اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية التي استبعدت عن نطاق تطبيقها:"

01- العقود المبرمة لأغراض شخصية أو عائلية أو منزلية،

02- أ/- المعاملات المتعلقة بتبادل خاضع للوائح التنظيمية.

ب/- معاملات النقد الأجنبي.

---

[1]- Art.2839.C.c.Q :« Le document reproduisant les données d'un acte juridique inscrites sur support informatique peut être contredit par tout moyen».

[2] – تقرير مجموعة العمل و البحوث حول المعلوماتية القانونية و أمن الشبكات، متوفر على:
www.gip.recherche-justice.fr/dossiers/preuve.htm

[3]- د.محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، القاهرة،1993،ص12.

ج/– نظم الدفع فيما بين المصارف أو اتفاقات الدفع فيما بين المصارف، أو نظم المقاصة و التسوية المتعلقة بالأوراق المالية أو غيرها من الأصول أو الصكوك المالية؛

د/– إحالة الحقوق الضمانية في بيع الأوراق المالية أو غيرها من الأصول أو الصكوك المالية المودعة لدى وسيط أو إقراضها أو إيداعها أو الاتفاق على إعادة شراءها.

03- لا تنطبق هذه الاتفاقية على السفاتج (الكمبيالات) أو السندات الإذنية أو بيانات الشحن أو سندات الشحن أو إيصالات المستودعات أو أي مستند قابل للإحالة أو صك يعطي حامله أو المستفيد منه حقا في المطالبة بتسليم بضاعة أو بدفع مبلغ من المال".

أ/ حرية الإثبات في المواد التجارية:

يقوم هذا المبدأ على تكريس المذهب الحرية الفردية الذي نادت به نظرية الإثبات الحر غير المقيد، و هي قاعدة تخرج التصرفات التجارية عن دائرة وجوب الإثبات الكتابة التقليدية فلو اشترطنا الكتابة كأصل عام فإن ذلك يتنافى مع تقوم عليه التجارة الالكترونية من سرعة و ثقة متبادلة فللتاجر خيار الإثبات في المواد التجارية متى كان الأطراف تاجرا أو كان العمل مختلطا بالنسبة إليه أين يتواجد الطرف المدني الغير التاجر، ففي هذه الحالة يستفيد الشخص المدني من هذه القاعدة و يتعامل الكترونيا معه، و من ثم أمكنه 'ثبات مخرجات الحاسب الآلي كتابة مطبوعة أو الكترونية كانت، من أمثلة ذلك سند الشحن الالكتروني، إنذار المدين في المواد التجارية، أو السجلات الالكترونية التي تحل محل دفتري اليومية و الجرد المنصوص عليها في المواد 09 10 و11 قانون تجاري بقولها:"مسك دفتر اليومية و دفتر الجرد بحسب التاريخ و بدون ترك بياض أو تغيير من أي نو ع كان أو نقل إلى الهامش"، كما نصت على نفس الشيء المادة :03 من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية بقولها:"يجوز للأطراف استبعاد سريان هذه الاتفاقية أو الخروج عن أي من أحكامها أو تغيير مفعوله".

ب/ المواد المدنية:

عكس القاعدة التجارية فإن الأطراف مقيدون بقاعدة الإثبات كتابة إذا تجاوزت قيمة تصرفاتهم 100.000دج أو في حالة الاتفاق على التبادل الإلكتروني للبيانات فلها حجية تعاقدية، إذ أن الاتفاقات الالكترونية اللاحقة و غير الموقعة تلزم الأطرافو تقيد القاضي، كالاتفاقات مع البنوك، الدخول النظام المعلوماتي للبنك و القيام بإجراءات السحب[1].

[1]– د.أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص44.

كما قد يلجا الأطراف إلى المعاملات الالكترونية التي لا تتجاوز قيمتها 100.000د.ج، إذ كل تصرف يقل عن هذه القيمة جاز إثباته بكل الطرق بما فيها شهادة الشهود و الكتابة الالكترونية مع توسعة هذا المبدأ ليشمل الكتابة الالكترونية.

د/ مبدأ الإثبات بالكتابة الالكترونية:

تقضي المادة 326 مكرر 01 :" يعتبر تقييد العقد الوارد في السجلات العمومية إلا كبداية الإثبات بالكتابة و يجب لذلك:

01- أن يثبت انه فقد جميع أصول الموثق للسنة التي يبدو أنه تم تحرير العقد خلالها، أو أن يثبت أن فقدان أصل هذا العقد قد كان نتيجة حادث خاص.

02- أن يكون فهرس قانوني لدى موثق، يبين فيه أن العقد قد حرر في نفس التاريخ.

وعندما يقبل الإثبات بالبينة باقتران هاتين الحالتين يصبح من الضروري الاستماع لمن كان شاهدا على العقد إن كان على قيد الحياة".

و يستند هذا الاستثناء عن القواعد العامة على وجود مبدأ الثبوت بالكتابة الذي من شأنه أن يجعل الحق المدعى به قريب الاحتمال، لهذا السبب يبرر الاكتفاء بأدلة أقل حجية من الكتابة، منها شهادة الشهود و القرائن لاستكمال قناعة القاضي به، و يعتبر كل من المشرع الجزائري و الفرنسي مبدأ الثبوت بالكتابة كل كتابة تصدر من الخصم، غير أن المشرع الجزائري يقر بهذا المبدأ لكنه يحصر نطاقه في المحررات الرسمية فقط دون غيرها مخالفا المشرع اللبناني الذي ذهب أبعد من ذلك في المادة 03/257 من قانون أصول المحاكمات المدنية التي تأتي حتى على أية "كتابة و لو خالية من التوقيع صادرة عن الخصم المحتج بها عليه أو عمن يمثله تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال"، وهو ما ينطبق على كل محرر أو كل تبادل للمعلومات و البيانات الكترونيا و لم يؤخذ على أنه عقدا عرفيا[1] كالبريد الالكتروني والطلبيات فهذه التصرفات القانونية المدونة كتابة وغير موقعة تعد من صنع من يتمسك بها ضده[2]، و يتضح أن مبدأ الإثبات كتابة أو بداءة البينة الخطية[3] كل كتابة لا تستجيب لشروط الدليل الكتابي صادرة عن الخصم.

الفرع الثالث:سلطة القاضي في منازعات الإثبات الالكتروني:

أعطى المشرع الفرنسي سلطة تقديرية للقاضي بنظر نزاعات الإثبات الكتابي و تقدير حجية كل دليل على حدى، بنصها على أنه:" تترك للقاضي سلطة فض منازعات الإثبات الكتابي عبر تقديره وترجيحه للسند الأقوى

[1]- د.أحمد الملا، المرجع، السابق، ص16.

[2] -Cass.Soc.R.16 oct.1991.JCP.1991 IV.p439. *In*:

د.حسام محمود لطفي، المرجع السباق،ص 14.

3- د.محمد حسن قاسم، الاثبات في المواد المدنية و التجارية، المكتبة القانونية، الدار الجامعية،ص229.

حجية سواء كانت الدعامة الكترونية أو ورقية"[1]، و قد حذى حذوه المشرع الجزائري في تعديل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد لسنة 2009 و منح القاضي سلطة تقديرية أوسع في إدارة الدليل و استكماله بنص المادة 27 :" يمكن للقاضي أن يأمر في الجلسة بحضور الخصوم شخصيا لتقديم توضيحات يراها ضرورية لحل النزاع.

كما يجوز له أن يأمر شفهيا، بإحضار أية وثيقة لنفس الغرض".

كرس المشرع الطابع التفسيري أو التكميلي لقواعد الإثبات من خلال المادة السابقة وهو مبدأ قضائي عالمي فيما عدا الشرط الاتفاقي التعسفي، غير أنه تكون تلك السلطة مقيدة كلما لجأ الأطراف للاتفاقات كالعقود المبرمة مع البنوك للسحب و الدفع الالكترونيين للأموال أو كتبادل المعلومات الالكتروني عبر الشبكات المغلقة. و تتقيد السلطة أكثر إذا اشترط المشرع أوضاعا قانونية معينة بحكم نص المادة 29 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري بقولها:"يكيّف القاضي الوقائع و التصرفات محل النزاع التكييف القانوني الصحيح، دون التقيد بتكييف الخصوم.

يفصل في النزاع وفقا للقواعد القانونية المطبقة عليه".

فلا يصح التزام متعهد بيع عقارات الكترونيا ثم يبيعه بعقد رسمي ورقي أمام موثق، ففي قضية الحال يكون التقدير للمحكمة في اعتبار الدليل الكتابي العادي بعد التأكد من شروطه، و له نفس الدور إذا قام شخص بإرسال القبول عبر الانترنت يختلف موضوعه عن موضوع العرض المقدم الكترونيا[2]، و يحل النزاع في الإرسال الالكتروني فالعقد لا يستغرق إلا ثوان في مواجهة المرسل عبر البريد العادي الذي يبقى لأيام[3].

المطلب الثالث: عوارض الإثبات بالكتابة الالكترونية:

يحتل الإثبات بالكتابة نطاقا واسعا في حياتنا اليومية و التي تسودها المحررات العرفية و المحررات الرسمية، الأولى تكتسي حجيتها من خلال الاعتراف بها من قبل ذوي الشأن أو من خلال المعاينة أو المضاهاة أو التحقيق بشهادة الشهود، في حين تكون الثانية، المحررات الرسمية، ذات حجية مطلقة فيما يعاينه و يتلقاه الضابط العمومي ما لم يطعن فيه بالتزوير، و من ثم تتوقف حجية الكتابة بالطعن فيها عن طريق الإنكار و التزوير و يتم التحقيق في ذلك بمضاهاة الخطوط و تحقيق المحرر العرفي بشهادة الشهود فالطعن بالتزوير.

الفرع الأول: المضاهاة:

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

[2] – D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique», *précité*, p.118.

[3] -*Précité*.

تنطبق المضاهاة على المحررات العرفية فقط التي نظمتها أحكام المواد من:164 إلى 174 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، فإذا أنكر أحد الخصوم التوقيع المنسوب إليه أو ادعى أنه لم يتعرف على خط أو توقيع الغير، جاز للقاضي أن يؤشر على الورقة المطعون فيها ثم يأمر بإجراء تحقيق في الخطوط أو المستندات أو الشهود أو بواسطة الخبرة الخطية و تطبق في ذلك أحوال الاستعانة بالخبرة. و تتم عملية المضاهاة بمقارنة الأوراق المؤشر عليها بما تحمله الوثائق الرسمية الأخرى من إمضاءات و خطوط و توقيعات المقبولة من الخصم،كما أنه لا يمكن أن يفصل القاضي بناء محرر عرفي أنكره أحد الخصوم خصوصا إذا كانت الورقة العرفية يتوقف عليها الفصل في موضوع النزاع، فللقاضي إذن إما أن يرجئ الفصل في الدعوى إلى غاية البت في الإنكار أو استبعاد و به أخذت المحكمة العليا[1]، فإذا ثبت بأن الورقة العرفية غير صحيحة استبعدت من الدعوى، أما إذا ثبت العكس فتطبق عليها أحكام المحرر الرسمي بخصوص الطعن بالتزوير.

و لا يمكن تطبيق فكرة الإنكار المطبقة على المحررات العرفية على مستوى المعاملات الالكترونية فلا يمكن للمتمسك به أن ينكر أن الكتابة الالكترونية أو التوقيع الالكتروني لأنهما لا يتركان أثرا ماديا. لذا من الفقهاء من يرى أنه يوجد بديلا للإنكار التقليدي[2] في الإنكار المنصب على المحررات الالكترونية يجب أولا أن يقوم صاحب المصلحة بإثبات سلامة وصحة إجراءات إنشاء الكتابة الالكترونية طبقا للمادة للمواد 323 مكرر و 323 مكرر 01 وبيان أن نظم معالجة البيانات و المعلومات سليمة، و عليه كذلك أن يقيم الدليل على سلامة وصحة إجراءات إنشاء التوقيع الالكتروني. و بعدها يشرع في إتباع إجراءات تأكيد المحرر الالكتروني عن طريق الخبرة الفنية مع إدراك العلاقة القائمة بين التوقيع الالكتروني والتصرف القانوني، ولذا لا يوجد ما يمنع في إجراء التحقيق بتعيين خبير في مثل هذه المجالات البالغة التركيب و التعقيد.

و يعتبر هذا الفرض صعب التحقيق على الطرف المتمسك به، و لتجنب ذلك يمكن وضع قرينة قانونية تتعلق بسلامة تحرير و إصدار الكتابة الالكترونية على أن يعتبرها المشرع قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس[3]، كما تبناها المشرع الفرنسي المادة 1316- 04، بمعنى آخر، يوجب الفقه على الطرف صاحب المصلحة في التمسك بحجية التوقيع الالكتروني أن يثبت سلامة إجراءات إنشاءه كسلامة نظام معالجة المعلومات و الجهاز المادي[4]، وصعب جدا تحقيق ذلك، و لتفادي تلك الصعوبة وضعت بعض التشريعات قرينة قانونية تتعلق بسلامة تلك الإجراءات و صحة التواقيع الالكترونية كما أسلفنا الذكر، هذه القرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس[5]

---

[1]– قرار الغرفة المدنية، المحكمة العليا في:1992/02/27، المجلة القضائية، العدد الثالث، ص 14 و ما يليها.

[2] – *Précité.*

[3] - Xavier Buffet DELMAS, « Mettre en place un système de signature électronique », in FREISHFIELDS BRUCKAUS DERINGER, Mai 2002,PP.1-3. Disponible sur: www.freshfields.com

[4] - D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique »,*précité*,PP.114 et 115.

[5] - Xavier Buffet DELMAS, *précité.*

بنص المادة نفسها على أنه: " يفترض سلامة الإجراء و صحته إلى غاية إثبات العكس إذا تعلق الأمر بالتوقيع و معرفة صاحبه و صحة العقد المرتبط به، مع مراعاة الشروط و الكيفيات التي يحددها مرسوم مجلس الدولة"[1].

إذا كان المنكر هو المستفيد من هذه القرينة، فإن تبني هذه القرينة في الأنظمة القانونية الوطنية يعتبر انقلابا جزئيا على النظام القانوني للعقود العرفية بدايتها أحكام المادة 327 مدني جزائري بنصها:" يعتبر العقد العرفي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر ذلك صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار، ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء هو لمن تلقوا منه هذا الحق".

أ/ شروط الإنكار:

يشترط في إنكار المحررات العرفية ما يشترط في المضاهاة في حالة ما إذا تم إنكار سلامة و إجراءات إنشاء التوقيع الالكتروني:

01 – أن يحصل الإنكار على التوقيع في الورقة العرفية ولم يسبق الاعتراف بها، أما بالنسبة للتوقيع الالكتروني فيتعلق الإنكار بسلامة إنشاءه.

02 – أن يكون الإنكار صريحا و لا يمكن أن ينسب لساكت قول كما قال فقهاء الشريعة الإسلامية، فلا يمكن الأخذ بالسكوت الضمني، إذ يجب أن ينفي الشخص صراحة ما ينسب إليه من خط أو توقيع، و ليس واجبا ذكر ما يؤيد الإنكار في الحالتين لسبب أن المنكر لا يقع عليه عبئ الإثبات، و مجرد التصريح بالانكار تأمر المحكمة بإجراء التحقيق في ذلك.

03 – أن تكون الورقة أو التوقيع الالكتروني منتج في الدعوى.

و لا يجوز للشخص الطعن في المحررات العرفية عن طريق الإنكار و إنما له الطعن بالتزوير في الحالات التالية:

- حالات التصديق على المحررات العرفية أو التواقيع من طرف موظف عام.
- المحررات المعترف بها في خصومات أخرى.
- المحررات التي يبدأ في مناقشة موضوعها، فالسكوت عن ذلك إقرار ضمني على عدم إنكارها.

ب/ شهادة الشهود:

يمكن للقاضي سماع الشهود المعنيين بكتابة المحرر العرفي أو توقيعه طبقا للمادة 166 قانون إجراءات مدنية و الادارية لإثبات صحة الورقة العرفية محل الإنكار، و المقصود بالشهود، كل شخص يكون قد حضر مجلس التعاقد أو كان شاهدا وقت تحرير الورقة العرفية لكونها واقعة مادية تتعلق بواقعة الإمضاء على أنه يكون مضمون الشهادة

[1] - Art.1316§04 : « … « Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée , l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. »

هو رؤية أو عدم رؤية المنكر، وهو يوقع الورقة أو أنه يخطّها بيده، ولا تقبل شهادة في موضوع وبيانات الورقة فالأمر يتعلق بوجودها من عدمها.

الفرع الثاني: الطعن بالتزوير:

تقوم فكرة الادعاء بالتزوير على المنازعة في صحة المحرر الرسمي أو المحرر العرفي و التي لا تكون إلا به، ويقصد بهذا الأخير التغيير في حقيقة المحرر بقصد الغش و الاحتيال بتغيير مضمونه أو محتواه من أحد أطراف المحرر بالتعديل سواء بالإزالة أو الزيادة، ويعرف التزوير على أنه:" هو مجموعة الإجراءات التي يجب إتباعها لإثبات التزوير في الأوراق الرسمية أو لإثبات التزوير في أوراق عرفية ثبتت صحتها بعد الإنكار أو بعد الاعتراف بها ممن صدرت منه"[1]، أو هو الدعوى التي تكون غايتها إثبات تزييف أو تغيير عقد رسمي سبق تحريره أو إضافة معلومات إليه، و القصد منه وسيلة دفاع في الخصومة أمام الجهة التي تنظر الدعوى أين يمكن لصاحب المصلحة أن يتمسك به في صورة طلب عرضي فهو إدعاء فرعي بالتزوير طبقا للمادة 180 و ما يليها كما قد يكون ادعاء أصليا بالتزوير حسب المواد 186 و ما يليها من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.و عليه يقوم رئيس الجهة القضائية بتحديد مدة ثمانية أيام يلتزم خلالها المقدم لتلك الوثيقة لمعرفة موقفه عما إذا كان يرغب في استعمالها أم لا، فإذا صرح بامتناعه استبعدت الوثيقة الرسمية، و إذا كان موقفه عكس ذلك فللجهة القضائية أن تفصل بقرار نهائي إذا كان موضوع القرار ليس مرتبطا أساسا بالوثيقة المزورة، فضلا على أنه للجهة القضائية الناظرة في الدعوى أن تحكم بإرجاء الفصل في الدعوى إلى غاية البت في دعوى التزوير.

و يشترط في قبول دعوى التزوير أوضاع الادعاء بالتزوير بحسب ما إذا رفع طلبا أصليا أمام قلم كتاب ضبط المحكمة، وتأخذ في ذلك القواعد العامة في رفع الدعاوى، أما لو أبدي الادعاء كدفع فيثار في أية مرحلة تكون عليها الدعوى استثناءا غلق باب المرافعات كما يجوز الادعاء تزويرا لأول مرة أمام محكمة الاستئناف.

أما التزوير الذي يمس المحررات الالكترونية، لا تخرج عن فرض يتعلق بصحة التوقيع الإلكتروني إضافة إلى تمام و صحة الإجراءات الخاصة به،و أن العملية أو المعاملة الالكترونية ليست صادرة عن صاحب الشأن الذي لم يقم بعملية السحب و أن السند الورقي المطبوع عن الكمبيوتر ليس صادرا منه، و يمكن أن تتجسد هذه الحالة في الفروض التالية:

- أن يكون التلاعب من جهة البنك بواسطة أحد موظفيه، على أساس عدم معرفة للرقم السري غير العميل والبنك.
- أن يفقد صاحب الحساب لبطاقة السحب و معها شهادة المصادقة الالكترونية.

و في كل الحالات العميل لا ينكر أنه صاحب الرقم و التوقيع و إنما الإنكار يتقيد بواقعة السحب التي لم يقم بها لتعلقها بالفقدان وهذا ما يتفق و ظاهرة فقد الختم كدلالة على التوقيع، ويقول الدكتور محمد المرسي زهرة: " فقد

[1]– د.أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص107.

يعترف الشخص المنسوب إليه التوقيع بأن بصمة الختم الموقع بها على الورقة هي بصم ختمه هو، لكنه ينكر بأنه هو الذي قام بالتوقيع بنفسه، تماما كمن يقر بأن الرقم السري المستخدم في السحب هو رقمه و أن البطاقة هي بطاقته، لكنه ينكر حصول السحب منه شخصيا، و سبب المشكلة- في الحالتين- أن الرقم كالختم تماما، يمكن أن ينفصل عنه"[1].

الفصل الثاني:

التوقيع الالكتروني

تجمع غالبية الفقهاء بأنه لا يوجد تعريف جامع للتوقيع التقليدي رغم أنه حجر الزاوية في الإثبات الكتابي، و يعتبر التوقيع شرطا أساسيا للمحررات الرسمية و العرفية حتى نقول بإرادة الشخص في الالتزام، فهو علامة مميزة للشخص عن بقية أقرانه بقصد الالتزام بما ورد في المحرر، ونظرا لتلك الأهمية اعتبره الفقه عنصرا جوهريا في المحررات، و لطالما بقي التوقيع ظاهرة اجتماعية يتم وضعه على الورقة فيصبحان شيئا واحدا، ليظل لمدة أطول على الورق لا يزول بمرور الزمن، أما في مجال التجارة الالكترونية فقد تدخل المشرع ليؤسس لأنواع جديدة من التواقيع بعد التطور التكنولوجي الذي عرفته وسائل الاتصال الحديثة يهدي مباشرة للشخص المُوقع بطريقة تتلاءم وهذه البيئة الجديدة التي يشكل فيها كل شخص قانوني رقما بدونه لا يعرف و لا يعرف إلا من كان يحمل توقيعا الكترونيا و إذا عرف كان لزاما على كل طرف في العقد أن يوجد لنفسه توقيعا الكترونيا بداية من الموجب إلى القابل فالوسيط، و عندها يكون لكل شخص توقيع و كل توقيع يحدد الشخص المنسوب إليه. فما هو التوقيع الالكتروني؟ وما آليات استحداثه؟ و هل تكفل نفس وظائف التوقيع التقليدي؟ وكيف يتم ذلك؟.

[1]- د.محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص17.

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للتواقيع الالكترونية

لم يرد في نصوص المشرع الجزائري تعريفا للتوقيع العادي و اكتفى ببيان وظيفته التي توجز الصلة بين السند و صاحبه،و القانون المدني الجزائري نص في مادته 327 على أنه:" يعتبر العقد العرفي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما نسب إليه من خط و إمضاء..."، يضاف لها نص المادة 12 قانون إجراءات مدنية بذكرها أن العرائض ترفع إلى المحاكم مكتوبة وموقعة من المدعي أو موكله، ويعتبر التوقيع الوسيلة المتعارف عليها في التعبير عن الإرادة، و قد عبر أحد الأساتذة عن هذا بقوله أن:" القانون لا يفرض التوقيع إلا في مواضع خاصة رغم أنه بمثابة قاعدة عرفية أو قضائية"[1].

المطلب الأول: التوقيع اليدوي التقليدي

الفرع الأول: التعريف

يعرف بأنه علامة شخصية يضعها صاحبها على المحرر بما يفيد أن إرادته الجازمة إتجهت نحو الإقرار به و الالتزام بما ورد فيه، كما قيل بأنه:" علامة شخصية مكتوبة تمكن من تحديد الشخص الموقع تحديدا باتا و أن إرادته لا يشوبها أي غموض في قبول ما ورد في المحرر"[2]، فإذا صدر عن صاحبه فقد عرفته موسوعة:" اسم أو علامة شخصية توضع أسفل المحرر، النص...، تعين هوية الموقع الذي يلتزم بتنفيذ ما ورد في العقد"[3]، وعرفه الأستاذ**Christophe Devys** بأنه:" كل علامة توضع على سند تميز هوية وشخصية الموقع و تكشف عن إرادته بقبول التزامه بمضمون هذا السند و إقراره له"[4].

و يضيف الأستاذ لهذا التعريف شق ثاني بقوله:" فعل أو عملية التوقيع ذاتها، بمعنى وضع التوقيع على مستند يحتوي على معلومات معينة،...". والمعنى الأول، هو المقصود بالتوقيع في مجال الإثبات"[5].

و يتخذ التوقيع التقليدي شكل الختم أو بالبصمة أو الإمضاء أسفل المحرر، فإذا كان ختما **Griffe** في القانون الفرنسي المؤرخ في 16 جويلية 1966 فهو وسيلة آلية ميكانيكية لا تعتمد على الكتابة الخطية[6]، به توقع السفتجة به أو ورقة الشيك كما قد يرفق زيادة بالتوقيع بصمة تلبية للطرف المتحفظ من الطعون[7].

---

[1] – د.محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 10.

2- Alain BENSOUSSAN et autres : « La signature électronique, premières réflexions après la publication de la directive du 13 Décembre 1999 et la loi du 13 Mars 2000»,Gazette du palais, Juillet /Août 200, p1274.

[3]- « Nom ou marque personnelle qu'on appose en bas d'une œuvre , d'un texte, d'un document, etc., pour attester qu'on en est l'auteur, qu'on s'engage à exécuter un acte », Encyclopédie LAROUSSE,2002.

[4]– د.محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص40.

[5]– المرجع نفسه.

6- Art.110/ 08 du code de commerce : « Cette signature et apposée, Soit à la main, soit par tout procédé non manuscrit. ».

[7]– الطعن رقم 151سنة 28 ق جلسة 1963/10/31 ص 1006 نقلا عن د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 81.

أجمعت غالبية الفقه من التعريفات السابقة بأن يكون التوقيع كتابيا بوضعه إمضاء أو بصمة أو ختما، و أن يحيل على تحديد صاحبه و أن يدل على إرادة الموقع في الالتزام.فالإمضاء مخطوط يدوي يشمل الاسم و اللقب يختارهما الموقع لنفسه، أما البصمة فهي ما يتركه الإصبع على الورقة نادرا ما يتشابه فيها اثنان، و الختم هو الطبع الميكانيكي لتوقيع الشخص الطبيعي أو المعنوي و إن استبعد القضاء و المشرع الفرنسي النص ّ على هذا التنوع و اكتفيا بالجاري به عملا على أن الأشخاص العامة الفرنسية تختم بجانب توقيع الموظف، بعكس ما أخذ به فيما يتعلق بالأوراق التجارية في القانون المؤرخ في: 16 جويلية 1996 مجيزا أن توقع باليد أو أية وسيلة متاحة[1].

الفرع الثاني: عناصر التوقيع:

العنصر الأول: أن يكون شخصيا:

و جوهر شخصانية التوقيع في أن يقصره على صاحبه دون غيره لتمتد هذه الميزة للتوقيع الالكتروني و وليست حكرا على التوقيع المخطوط فقط، بل أكثر من ذلك فإن التوقيع يميز شخصية الموقع، و تبرز كذلك خصوصية التوقيع في أنه يمكن أن يكون بالاسم واللقب،كما قد يكون بالاسم الأول دون الكنية العائلية أو بحرفيهما الأولين أو بما يدل على القرابة أو النسب، يقبل كذلك فيه التوقيع بالاسم المستعار أو الشهرة فكل ما في الأمر أن تكون قاطعة الصلة بالموقع ودال عليه دلالة التوقيع المختزل المتعارف عليه في أوروبا بالأحرف الأولى للاسم واللقب كاملا، فإذا تعدد الملتزمون تعدد معه الموقعين،كالبيع و عقد الشركة الذي لا يكون حجة على الأشخاص الذين وقعوا لارتباطها بتوقيعات الأطراف الآخرين.

و يشترط في التوقيع إمضاء أن يكون بخط صاحبه و يستوي في الأمر أن يكون التوقيع بخط شخص غير أطراف المحرر متى كان هذا الشخص وكيلا و لا يجدي الأمر أن يكون التوكيل في التوقيع و إنما الوكيل يوقع بإمضائه على الورقة نيابة عن الموكل، و يبرر الفقه ذلك أن التوقيع حركة ذاتية لا يقوم بها إلا من ينسب إليه وهذه الصفة الشخصية لا تتوفر إلا في صاحبها[2]، إلا أنه يختلف الأمر عن ذلك ويعد توقيعا صادرا عن البائع لو كلف هذا الأخير شخصا بالتوقيع ختما أمامه و بموافقته. إن المشرع عند فرضه للتوقيع يكتفي بإحدى الطرق المعروفة التي يختارها الأطراف، ومن الاجتهادات القضائية المصرية التي تلحق التوقيع لمن صدر عنه و تقضي بشخصية التوقيع رغم اختلاف و تعدد أدوات الإمضاء ما يلي:

---

[1] -C.CAVALDA : « La validité de certaines signatures à la griffe d'éffets de commerce»,J.C.P. 1/1996,p.2034.

[2] -D .GOBERT et E. MONTERO,«Vers une discrimination de traitement entre la facture papier et la facture électronique ? »,Cahier du Juriste, n° 4-5/2001,p03.Disponible sur : www.consultandtraining.com.

لا قيمة قانونية للتوقيع إذا انتحل شخص اسم غيره في التوقيع أو استعمل ختم شخص آخر، فقالت محكمة النقض:"...يعتبر ذاك التوقيع واقعة مادية ومع ذلك لا يجوز إثباته بالبينة إلا بإثبات رضا الشخص – المقصود بالتوقيع- بالتعاقد ومطابقة إرادته مع إرادة المتعاقد الآخر...".

وفي اجتهاد آخر استقر قضاءها على أن الورقة الغير موقعة من أصحاب الشأن، فإنها لا تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة إلا تجاه الشخص الذي كتبها و وقعها هو أو من ينوبه[1]. أما القضاء الفرنسي فقد قبل التوقيع باسم مستعار أو بلقب ديني[2] أو استخدام أية إشارة أو علامة مقروءة ترتبط بموقعها[3].

العنصر الثاني: ديمومة التوقيع

وهذا الشرط يمكن أن يتحقق ووظيفة المحررات السابق الإشارة إليها المتعلقة بحفظ محتوى المحرر، بمعنى لا يزول التوقيع إلا بزوال الالتزام أو انقضاء الحق، هذه الاستمرارية تتعلق أساسا بوظيفتي التوقيع: تعيين صاحب التوقيع و تأكيد الالتزام بما ورد في العقد، فمتى استمر وجود التوقيع و الاحتفاظ به، تحققتا الوظيفتين.

الفرع الثاني: مكان و زمان التوقيع

البند أ/ مكان التوقيع:

يعتبر التوقيع شرطا جوهريا في المحررات العرفية لذا كان من اللازم أن يوضع في مكان يعبر صراحة على ما كتب في الوثيقة، ومن المتعارف عليه أنه يأخذ له مكانا أسفل المحرر بعد نهاية الكتابة، و لا جرم إذا كان هذا التوقيع على طول هامش الورقة إذ أن القانون لم يحدد أوضاعا محددة وخاصة يجب أن يوضع فيها التوقيع[4].كما هو الحال بالنسبة للتوقيع اليدوي البيومتري الذي يخصص له مكانا يجب أن يتقيد به و أن لا يخرج عنه لتعلق تلك المساحة الإلكترونية بوظائف المطابقة، بمعنى أن أي خروج عن قطر ها قد لا يوافقك الكمبيو تر في صحة هذا النوع من التواقيع الالكترونية.و تثور الصعوبة،إذا تعددت التواقيع بتعدد أوراق السند لنفس السبب أو مصدر نشوء الحق أو الالتزام؟، يكتفى هنا باتصال الورقة الأخيرة بسابقاتها حتى تشكل دليلا واحدا ومن ثم تنتج أثرها فمن غير اللازم تأن تتضمن توقيعا في كل صفحة و نجد أن للقاضي سلطة تقديرية في الموضوع.

أما فيما يخص الإضافات والتعديلات فقد علق على ذلك الدكتور محمد حسين منصور: " يدق الأمر في حالة وجود إضافات أو تعديلات أو تحشيرات أو حذف، ولا تثور صعوبة عند وجود توقيع خاص على مثل هذه الأمور، أما إذا لم يوجد سوى التوقيع العام في نهاية المحرر أو كان هناك توقيع على بعض التعديلات دون الآخر، فينبغي ترك الأمر لتقدير المحكمة على ضوء عدة اعتبارات أهمها: مدى انسجام هذه الأمور مع مضمون

---

[1]– د.أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 90.

[2]– نقض فرنسي، عريضة يوم: 20 أكتوبر 1908، القانون الخاص، 1910– 1–245، مشار اليه لدى: د.محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص43.

[3] - Cass., 7 janv. 1955, Pas., 1955, I, p. 456 ; In –D .GOBERT et E. MONTERO, «Vers une discrimination de traitement entre la facture papier et la facture électronique ? ».*précité*, p.5.

[4]– د.محمد حسين منصور، قانون الاثبات، المرجع السابق، ص 82.

المحرر، وعما إذا كانت موجودة إذا كانت موجودة في جميع نسخ المحرر، أو إذا كانت مكتوبة بخط من يحتج عليه بها، أو كان المحرر تحت يده"[1].

البند ب/زمان التوقيع:

يقترن زمان التوقيع بوقت تحرير الوثيقة أو السند، فالعبرة في تاريخ التوقيع المدون على العرائض القضائية من تاريخ تقييدها لدى قلم كتابة الضبط، ولذا لا يطرح إشكالا، إذ الحديث عن ذلك، يجرنا للحديث عن التوقيع على بياض علما أنه يتم البصم أو الإمضاء بعد تحرير المحرر، فلا مانع من التوقيع مقدما على ورقة بيضاء فارغة من أي محتوى لتسلم للشخص المؤتمن الذي يقوم بتحرير البيانات المتفق عليها كعقد بيع بين طرفين، فيوقع المشتري على ورقة بيضاء، ليأتمن البائع على كتابة البيانات المتعلقة بالبيع، أو كتسليم شيك من دون تحديد مبلغه. فما مدى مطابقة ما دون عليهما اتفق عليه؟.

في فرض هذا الحال، لا يستطيع الموقع إثبات عكس ما ورد في الورقة الموقعة على بياض إلا بالكتابة نزولا عند القاعدة القائلة بعدم جواز إثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة إلا بالكتابة، فإذا تم له ذلك عد الشخص المتلقي للورقة الموقعة على بياض خائنا للأمانة، و لا تسري آثار هذه الخيانة وعدم المطابقة في مواجهة الغير حسن النية الذي تعامل بدون علم بما وقع من مخالفة للاتفاق، فلا يضار الغير بخطأ الموقع.

يختلف الأمر لو تم الحصول على الورقة الموقعة على بياض دون تسليم أو تعامل مع الموقع كالاختلاس أو السرقة، فالإثبات في الجزائي قائم على مبدأ حرية الإثبات دون تقييد بطرق معينة، و لا يمكن للغير التمسك بالورقة تجاه الموقع حتى ولو كان حسن النية.

المطلب الثاني: مفهوم التوقيع الالكتروني:

تمتاز المحررات الالكترونية أو السجلات الالكترونية أو رسالة البيانات بأن غالبيتها يراد منها إثبات التصرفات القانونية كالعقود عن بعد،و ما تثيره هذه العقود من قوة ثبوتية على إعتبار أنها كتابة محررة على دعامة الكترونية، و ما يزيدمن قيمة و ضرورة توقيع المحررات الالكترونية أنها ذات بُعد عالمي و صبغة دولية لتبادل الإيجاب و القبول بين المتعاقدين المتباعدين.

الفرع الأول: تعريف التوقيع الالكتروني:

أصبح التوقيع العادي غير ملائم لانجاز عقود التجارة الالكترونية و إتمام العمليات المالية، فإلى وقت كان الشك و الريبة سائدين في المعاملات الالكترونية إلى أن تم اللجوء للتواقيع في شكلها الالكتروني[2] و استخدم في عدة مواضع من أجل ضمان مستخرجات الحاسب الآلي من أي تعرض أو اعتداء، فأصبح التوقيع الالكتروني شرطا

---

[1]– المرجع نفسه.

2– يفضل البعض هذه التسمية لأنها الفرق بين التوقيع العادي و التوقيع الالكتروني، د.ثروت عبد الحميد، التوقيع الالكتروني، دار النيل للطباعة و النشر، المنصورة، 2001، ص43.

ضروريا بحسب الحالات التي يتم الاستعانة به و لتبيان الأنظمة الالكترونية المعتمدة و التقنية المنتجة له، و اختلفت عنها التعاريف التي قدمها فقهاء القانون للتوقيع الالكتروني، فعرف بأنه التوقيع الذي يجب أن يتبع فيه إجراءات معينة للوصول إلى مقصد معروف[1]، أو هو :"ملف رقمي صغير يصدر عن إحدى الهيئات المتخصصة و المستقلة ومعترف بها من طرف الحكومة تماما- مثل نظام الشهر العقاري- وفي هذا الملف يتم تخزين الاسم و بعض المعلومات الهامة الأخرى مثل الرقم التسلسلي وتاريخ انتهاء الشهادة و مصدرها[2].

و قال أحد الفقهاء بأنه:" مجموعة من الإجراءات أو الوسائل التقنية التي يتيح استخدامها عن طريق الرموز أو الأرقام أو الشفرات لإخراج علامة مميزة لصاحب الرسالة المنقولة الكترونيا"[3]، في حين عرفته لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية بأنه:"عبارة عن مجموعة أرقام تمثل توقيعا على رسالة معينة، يحقق تعيين الشخص الموقع الذي يلتزم بما ورد بمحتوى المحرر"[4]. و ذهب جانب آخر من الفقه في القول أن التوقيع الالكتروني هو:" عبارة عن مجموعة من المعلومات مدرجة بشكل قانوني في رسالة بيانات أو مضافا عليها أو مرتبطا بها ارتباطا منطقيا تستخدم بتحديد هوية الموقع و إثبات موافقته على فحوى الرسالة، و تؤكد سلامتها" [5]، أو هو:"مجموعة من الإجراءات التقنية التي تسمح بتحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات و قبوله بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بمناسبته"[6].

أما المنظمات الدولية فقد انتهت إلى تعريف التوقيع الالكتروني وفقا لما اقتنعت به و بما يوفره من أمان الكتروني و قانوني وبما بذلته من جهود في توحيد قواعد الاعتراف الدولي بالتوقيع الالكتروني، و اجتهدت في وضع تعاريف للتواقيع الالكترونية، و كانت بدايتها في الخطوة الأولى التي حركت القوانين ذات الصلة التشريعية بصدور القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية **CNUDCI** لسنة 1996، وعرفت مادته السابعة التوقيع

1- د.محمد مرسي زهرة، حجية التوقيع الالكتروني، المرجع السابق، ص 136.

2- علاء نقشبندي، " التوقيع الالكتروني خطوة إلى الأمام"، جريدة الاتحاد، عدد يوم 2001/08/21، مشار إليه لدى د. عبد الفتاح بيومي، المرجع السابق، ص182.

3- د.أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 38.

4Art.02. « a)Le terme "signature électronique" désigne des données sous forme électronique contenues dans un message de données ou jointes ou logiquement associées audit message, pouvant être utilisées pour identifier le signataire dans le cadre du message de données == == et indiquer qu'il approuve l'information qui y est contenue », CNUDCI, rapport de la Commission des Nations Unies sur le droit commercial international sur les travaux de sa trente-quatrième session (Vienne du 25 juin au 13 juillet 2001). Le texte de la loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques a été adopté le 5 juillet 2001. , http://www.un.or.at/uncitral/fr-index.htm.

5- د.علي سيد قاسم:"بعض الجوانب القانونية للتوقيع الالكتروني"، مجلس الشعب، الأمانة العامة، البحوث البرلمانية، عدد 56، 2004، ص35.

6- د.حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرام عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2000، ص 43.

الالكتروني بأنه:" عندما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يستوفي ذلك الشرط بالنسبة إلى رسالة البيانات، إذا:

- أ/- استخدمت طريقة لتعيين هوية ذلك الشخص و التدليل على موافقة ذلك الشخص على المعلومات الواردة في رسالة البيانات،
- ب/- كانت تلك الطريقة جديرة التعويل عليها بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات، في ضوء كل الظروف، بما في ذلك أي اتفاق متصل بالأمر".

ركز هذا التعريف على ضرورة قيام التوقيع الالكتروني بنفس الوظائف التي حظيت للتوقيع التقليدي من كشف لهوية المتعاقدين الذين يرتبطون به بما ينسجم و الوثوق في الطريقة التي انشأ بها و المنصوص عليها في الفقرة (ب) من نفس المادة، غير أنه أغفل الشكل و الطرق و الإجراءات الواجب إتباعها لدى إخراجه، فالمجال متروك للدول التي ترغب في التصديق على القانون السابق، بعكس التوجيه الأوروبي الذي بين تلك الطرق و قدم تعريفا مزدوجا للتوقيع الالكتروني وكذلك فعل مشرع إمارة دبي، فقد ميزا بين التوقيع الالكتروني البسيط أو العادي و التوقيع الالكتروني المركب أو المحمي، فمن جهة عرفا بشكل عام- يقصد التوجيه الأوروبي- بقول المادة 02 فقرة 01:" بيانات الكترونية مرتبطة ببيانات أخرى تهدف إلى التصديق"[1]، أي أنه التوقيع الذي ينتج من خلال طريقة تقنية موثوق منها[2]، ومن جهة أخرى فقد أضاف تعريفا نوعيا ثانيا و وظيفيا خاصا لما يسمى التوقيع الالكتروني المحمي أو المركب والذي يبدو قد تم اقتباسه من أعمال لجنة التجارة الدولية التابع لهيئة الأمم المتحدة **CNUDCI**[3] بنص المادة02 فقرة 02 من التوجيه الأوروبي:

" يقصد بالتوقيع الالكتروني المحمي، كل توقيع استوفى للشروط التالية:

أ — أن يرتبط التوقيع بشخص الموقع حصرا.

ب — أن يسمح بتحديد هوية الشخص الموقع.

ج - أن يكون قد أنشأ بوسائل تبقى تحت رقابة الموقع الحصرية.

د - أن يرتبط التوقيع بالبيانات التي يحيل إليها على نحو يسمح بكشف كل تعديل لاحق عليها"[4].

1- ART.02 §01 : « une donnée sous forme électronique jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et servant de méthode d'authentification »..

2 - Alain BENSOUSSAN et autres,*précité*, p.1275.

[3] أنظر مثلا تقرير لجنة العمل للتجارة الالكترونية حول الدورة الثانية والثلاثون السابق الذكر، ص15.

[4] - Art.02§02 : « On entend par signature électronique avancée, une signature électronique qui satisfait

aux exigences suivantes :

a) être liée uniquement au signataire ;

b) permettre d'identifier le signataire ;

c) être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle

ونستدرك في هذا المقام، أن التوجيه الأوربي قد اتجه صوب التوسع في الأدوات التي يمكن أن تكون صالحة لإتمام التواقيع الالكترونية بهدف احتواء أكبر للوسائل التي يروها المتعاملين مرنة و كفيلة بتحقيق الثقة و تكفل أمنا في التوقيع، و استدرك قانون الأمم المتحدة **CNUDCI** الصادر في سنة 2001 ما سبق و نص على تعريف التوقيع الالكتروني بقوله في المادة 02 فقرة (أ):" البيانات الالكترونية الموجودة في رسالة البيانات و المرتبطة به منطقيا، و التي تستخدم للتحقق من شخصية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات".

و عرفته المادة الأولى من القانون الأردني للمعاملات الالكترونية رقم (85) لسنة 2001 على أنه: "البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها وتكون مدرجة بشكل الكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أي وسيلة أخرى مماثلة في رسالة معلومات أو مضافة عليها أو مرتبطة بها ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها ويميزه عن غيره من اجل توقيعه وبغرض الموافقة على مضمونه".

أما المادة الثانية فقرة 14 من قانون دبي للمعاملات الالكترونية رقم (02) لسنة 2002 على أنه:" توقيع مكون من حروف أو أرقام أو رموز أو صوت أو نظام معالجة ذي شكل الكتروني و ملحق أو مرتبط منطقيا برسالة الكترونية و ممهور بنية التوثيق أو اعتماد تلك الرسالة".

أما التعريف الثاني الذي جاء به المشرع الإماراتي فقد نص عليه في المادة 20 بما يلي:

" يعامل التوقيع على أنه توقيع الكتروني محمي إذا كان من الممكن التحقق من خلال تطبيق إجراءات توثيق محكمة، منصوص عليها في هذا القانون أو معقولة تجارياً ومتفق عليها بين الطرفين، من أن التوقيع الالكتروني كان في الوقت الذي تم فيه:

(أ) ينفرد به الشخص الذي استخدمه.

(ب) ومن الممكن أن يثبت هوية ذلك الشخص.

(ج) وان يكون تحت سيطرته التامة سواء بالنسبة لإنشائه أو وسيلة استعماله وقت التوقيع.

(د) ويرتبط بالرسالة الالكترونية ذات الصلة به أو بطريقة توفر تأكيداً يعول عليه حول سلامة التوقيع، بحيث إذا تم تغيير السجل الالكتروني فإن التوقيع الالكتروني يصبح غير محمي".

أما الولايات المتحدة الأمريكية فقد نص القانون الفدرالي على أنه:" أصوات، أو إشارات أو رموز، أو أي إجراء آخر يتصل منطقيا بنظام معالجة المعلومات الكترونيا،و يقترن بتعاقد أو مستند أو محرر، و يستخدمه الشخص قاصدا التوقيع على المحرر (المستند)"[1].

---

exclusif ;

et d) être liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable ».

1- د.أحمد شرف الدين، عقود التجارة الالكترونية: تكوين العقد و اثباته، المرجع السابق، ص 295، و د.ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 48.

و يختلف التوقيع الالكتروني عن التوقيع التقليدي في أن الأداة المستعملة في الحفاظ و الحفظ للبيانات العادية أو الالكترونية، و يتم إما على مستند ورقي أو على دعامة الكترونية، و يترتب عن هذه التعاريف العامة و الشاملة دلالة ضمنية على إمكانية وجود العديد من الوسائل التقنية لإنشاء التواقيع الالكترونية والتي يشترط فيها أن تضمن قيام التوقيع بوظائفه التقليدية، الحال أن هذه التقنية لا تقدم درجة أمن معلوماتية مقبولة قانونا إذ نجد أن التعاريف التي جاء بها التوجيه الأوروبي وقانون دبي للمعاملات الالكترونية تعتبر تعاريف شاملة للآليات المختلفة لإنتاج التوقيع الالكتروني من دون ترتيب أي اعتراف قانوني مقارنة بالمحررات المكتوبة و الموقعة يدويا، فضلا أن هذا التعريف التقني لا يتلاءم و التعريف الكلاسيكي للتوقيع مما يجعلنا نعتقد أن مؤدى عبارة بيانات تهدف للتصديق حسب تعبير المشرع الأوروبي وأنها تحمل ذات المعنى المقصود بمهر الوثيقة الالكترونية، مؤدى هذه العبارة هو التوثيق بما يتضمنه من حفظ للأصول و صحة البيانات إضافة إلى الموقع مقدم خدمة التوثيق مع بيان كامل لانتقال المعلومات والبيانات و أية عملية رقمية الكترونية في ذلك[1]، و بما أريد من وراء ذلك أن يوجد كل قانون لنفسه موضعا محايدا يحول دون تفضيله لطريقة أو وسيلة تقنية معينة للتوقيع الالكتروني[2]. إن تعداد شروط التوقيع الإلكتروني المتقدم أو المحمي تعد من الوظائف الأصلية للتوقيع، بمعنى أنها الأكثر أمنا من أي تعديل أو تزوير مقارنة بالتعريف العام لكن إذا ما اقترنت بالتشفير الأسمتري وهذا ما يستجيب مع تعريف المادة 02 فقرة 02 من التشريع الأوروبي و المادة 20من قانون دبي للمعاملات الالكترونية المتضمنتان للتوقيع الالكتروني المحمي.

و يلاحظ كذلك في نقطة أخرىأن كل من المشرعين أرادا أن يوجدا نوعا من المرونة في هذا الحياد التقني، كون التعريف الثاني جاء بما يسمى توقيعا الكترونيا محميا، الذي يعد الأكثر أمنا و مصداقية يتضمن جملة من الشروط التقنية تكون وظيفتها الكشف عن الموقع و تؤكد صدق البيانات، مما يتركنا نستنتج أنها التقنية الوحيدة للتوقيع الرقمي وحدها فقط تستجيب للنوع الثاني[3]. و بهذا الاختلاف الجوهري يتعمق الخلاف أكثر إلى غاية البحث في نوعية و شكل التوقيع، فالتوقيع التقليدي صوره محددة لا تخرج عن الإمضاء و البصمة و الختم، أما التوقيع الالكتروني فلا يقف عند صورتين فمجالها مفتوح وفقا للحياد التقني الذي قد يتيح صورا أخرى تتوقف على مدى تطور التقنية الالكترونية، ثم إن التوقيع الالكتروني هو عبارة عن أرقام و حروف و إشارات وغيرها من الرموز التي تدرج ضمن الالكترونيات و الرقميات، و عليه يكون التوقيع الالكتروني طريقة متطورة حديثة تستجيب للمعاملات الالكترونية و تستبعد التوقيع العادي إلا في حدود التوقيع العادي المنسوخ ضوئيا على دعامة الكترونيا.

---

[1] - M. ANTOINE et D .GOBERT, «La directive européenne sur la signature électronique : Vers la sécurisation des transactions sur l'Internet ?»,2000.,p.03. www.consultandtraining.com.

[2]- Valérie SEDAILLAN, « Preuve et signature électronique, »,*précité*.

[3]– هذا الحياد تم تأكيده عند عرض مشروع قانون التوقيع الالكتروني على البرلمان الفرنسي، أنظر:
Eric CAPRIOLI, « Le juge et la preuve électronique », 10 janvier 2000., www.Juriscom.net.

الفرع الثاني: التعريف الوظيفي للتوقيع الالكتروني:

من زاوية أخرى، نرى أن غالبية التشريعات التقليدية أو الجديدة احتفظت بتعريف التوقيع من خلال التطرق إليه من وظائفه، و بناء على ذلك ماثلت أغلبية التشريعات بين التوقيعين اليدوي و الالكتروني من حيث قيامهم بوظائفهم القانونية فيعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات على الورقة، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها و أن تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها، و بنص المادة 1316 فقرة 04 مدني فرنسي:" التوقيع الذي ينسب إلى صاحبه و يعبر عن رغبته في الالتزام"[1]. اتجهت نية المشرع الفرنسي إلى تحديد معنيين للتوقيع، الأول عضوي يتعلق بتحديد الشخص الموقع، و معنى وظيفي يتعلق بالتجسيد الخارجي للإرادة[2]، أما الفقرة الثانية من نفس المادة تسرد لنا الشروط التي يجب توفرها في التوقيع الالكتروني حتى نقول بمعادلته للتوقيع التقليدي بنصها:"ذلك التوقيع الناتج عن إتباع إجراءات آمنة و محددة و متصل بموضوع العقد المرتبط به"[3]، و يستخلص من هذه المادة أنها تستجيب لشرط المماثلة أو المعادلة بين التوقيعين اللذين جاء بهما التوجيه الأوروبي[4].

المطلب الثالث: الوظائف و الشروط القانونية للتوقيع الالكتروني

1 Art. 1316-4§ 01. –« La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte ».

2– من الفقه من يقول بوظائف التوقيع الالكتروني و يحددها في وظيفة تعيين الشخص الموقع و الثانية فهي التعبير عن الإرادة، د. حبيب الملا، ص 03.، و يوجد من ينادي بمعنيين للتوقيع(وظيفي و عضوي)، د. مفلح القضاة، المرجع السابق، 04.

3 – Art. 1316-4§ 02 : « Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. »

4- Art.05 de directive 1999/93 du Parlement Européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques :

1. Les états membres veillent à ce que les signatures électroniques avancées basées sur un certificat qualifié et créées par un dispositif sécurisé de création de signature:

a) répondent aux exigences légales d'une signature à l'égard de données électroniques de la même manière qu'une signature manuscrite répond à ces exigences à l'égard de données manuscrites ou imprimées sur papier.

Et b) soient recevables comme preuves en justice.

2. Les états membres veillent à ce que l'efficacité juridique et la recevabilité comme preuve en justice ne soient pas refusées à une signature électronique au seul motif que:

— la signature se présente sous forme électronique. ou qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié. Ou qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié délivré par un prestataire accrédité de service de certification. ou

— qu'elle n'est pas créée par un dispositif sécurisé de création de signature.

جاء في الوثيقة الأممية على أن الوظائف التي تؤديها التوقيعات الخطية لا تخرج عن: تحديد هوية الشخص و التأكيد على أن هذا الموقع قد أراد فعلا الالتزام بما ورد في المحرر، و قد أشارت نفس الوثيقة إلى أن التوقيع الالكتروني يمكن أن يؤدي أدوارا أخرى حسب طبيعة المستند الذي يحمله[1].

و يثور التساؤل حول فعالية التوقيع الالكتروني فيما إذا كان قابلا للاحتجاج به أم لا؟، فالتوقيع إذن ليس الإشارة التي تميز الشخص فقط عن بقية أقرنائه[2]، و إنما يمتد لأكثر من ذلك، لذا فدراسة الوظائف الأصيلة للتوقيع اليدوي تسمح لنا بتوسعتها لتشمل أخرى، فنص المادة 323 مكرر 01 قانون مدني احتفظ بهاتين الوظيفتين دون أن ينص عن بقية الشروط و الوظائف التي حددتها بقية التشريعات الوطنية منها المادة 06/ 02 من القانون النموذجي للتجارة الالكترونية.

و لما كان غالبية الفقهاء يميلون لاصطلاح وظائف التوقيع الالكتروني فإنها تشكل في ذات الوقت شروطه لأنها الأقرب في مفهوم المعاملة الالكترونية فهي شروط تقنية أحدثها التطور التكنولوجي و هي شروط قانونية مصدرها التشريع، لذلك، لدى بعض الفقه له وظيفتان أساسيتان أو مزدوج الوظيفة، فهو وسيلة حديثة لتحديد هوية صاحب التوقيع و يكشف لنا عن شخص الطرف الثاني في العقد ومن ناحية أخرى يثبت التعبير الخارجي والمادي عن الإرادة في الالتزام بما ورد في العقد أي رضاءه بما ورد فيه، هذا ما سيأتي إثباته من خلال آليات إنشاء التوقيع الالكتروني التي تسمح بتأدية ثلاث وظائف أساسية أخرى للتوقيع؛ أولاها ثبتت بداية من اكتشاف هذه التقنية ذاتها فقد اقترن وجود هذه الوظيفة الجديدة بوجود التوقيع وهي وظيفة الحفاظ على سلامة المحرر أو التصرف القانوني أثناء المعاملة عبر الشبكات الالكترونية أشار إليها تقرير مجلس الدولة الفرنسي حول الانترنت و الشبكات الرقمية[3]، أما الوظيفة الرابعة فهي التي تجعل من المحرر يبدو أصليا، كما سبق التحدث عن صور المحررات ثم وظيفة نفسية للتوقيع الالكتروني نتكلم عنها عندما نعلم أن لكل شخص بصمته الذي تحل أينما حل صاحبها، بمعنى الارتباط المادي الشبه كلي بين التوقيع و الموقع[4].

ثم إنه، توجد من الأنظمة القانونية ما يجب مراعاة الشروط التي تنص عنها من أجل ضمان تفعيل التوقيعات الالكترونية سيما المحمية منها،وهو أكدته المادة الثانية فقرة اثنان من التوجيه الأوربي المتعلق بالتواقيع الالكترونية بنصها على أنه:" يقصد بالتوقيع الالكتروني المحمي، كل توقيع استوفى للشروط التالية:

أ – أن يرتبط التوقيع بشخص الموقع حصرا.

---

[1]– الوثيقة رقم:A/CN.9/WG.IV/WP.71 المتعلقة بدورات التحضير للقانون النموذجي للتجارة الالكترونية لسنة 1996، قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية مع الدليل التشريعي 1996، البند29 و30، متوفر على: www.or.at/unictral.

[2]– د. محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 47.

[3] - Conseil d'Etat français sur l'Internet et les réseaux Numériques de 02 juillet 1998,p.80.

[4] – D. GOBERT et E. MONTERO, avril 2000, « La signature dans les contrats et les paiements électroniques: l'approche fonctionnelle »,p.08. Disponible sur : www.consultandtraining.com.

ب – أن يسمح بتحديد هوية الشخص الموقع.

ج - أن يكون قد أنشأ بوسائل تبقى تحت رقابة الموقع الحصرية.

د – أن يرتبط التوقيع بالبيانات التي يحيل إليها على نحو يسمح بكشف كل تعديل لاحق عليها"[1].

فإنه يجب مراعاة المادة 05 منه التي تحكم الآثار المتعلقة بالتواقيع الالكترونية، حيث تقتضي أن تتأكد الدول الأطراف في الاتحاد الأوربي على أن التوقيعات الالكترونية تعتمد في إنشاءها على شهادات الكترونية آمنة و أن هذه التواقيع يجب أن تكون قد استحدثت بموجب أداة أو وسائل آمنة موثوق منها تفي بالمتطلبات القانونية للتوقيع ذات الصلة بالبيانات الالكترونية المقبولة في الإثبات، كما يجب على الدول الأعضاء ألا ترفض حجية التوقيع الالكتروني و أن لا تستبعده لمجرد أنه يتخذ شكلا الكترونيا أو لأنه لا يعتمد على شهادة الكترونية مؤهلة صادرة عن سلطة توثيق الكتروني، أي أن المواد السابقة تقوم على مبدأ عدم التمييز بين التوقيعات الالكترونية، فإذا كان التوقيع الالكتروني هو البديل العملي عن التوقيع اليدوي فهل له نفس الوظائف من الناحية القانونية؟[2].

الفرع الأول: تحديد هوية صاحب التوقيع:

[1] - Art.02§02 : « On entend par signature électronique avancée, une signature électronique qui satisfait
aux exigences suivantes :
a) être liée uniquement au signataire ;
b) permettre d'identifier le signataire ;
c) être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif ; et
d) être liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable ».

[2]- ينتقد بعضا من الفقه منهم الأستاذ Etienne MONTERO صياغة هذه المادة من حيث أن فقرتها الأولى تطرقت أولا لحجية التوقيع الالكتروني المتقدم في الوقت الذي لا يوجد داعيا أو سببا لمعالجة مدى قابليته للإثبات في مرحلة ثانية ذلك أن هذه الأخيرة تعتبر شرطا من شروط الاعتراف القانوني به. فأجدى له طرح مدى قابلية كل نوع توقيع الكتروني كدليل إثبات ثم التطرق في مرحلة ثانية إلى حجية التوقيع الالكتروني المتقدم ومنه يمكن تفادي التطرق إلى مشكلة قبوله من دونها في حالة عدم المماثلة التي جاءت بها المادة 05 فقرة 02.
غير أنه ما يحسب لصالح المشرع الأوروبي، من خلال المادة 05 ف 02 المتضمنة لشرط عدم التمييز، أنه لا تطبق إلا بداية من تحقق تخلف شرط من شروط المماثلة أو المعادلة التي تتضمنها نفس المادة، إذ على الدول الأعضاء السهر على عدم رفض التوقيع الالكتروني المتقدم لسبب من الأسباب التي أوردتها الفقرة الثانية من المادة الخامسة، يفسر ذلك أنه شرط من شروط قبول التوقيع في الإثبات، وتفسر القابلية هنا كل ما يعتبره القاضي عنصر من عناصر الدليل المنصوص عليها في القانون مع مراعاة طبيعة النزاع المطروح مما يعني أن تحقق أحد تلك العناصر لا يعني بالضرورة أنه ملزم للقاضي إذ أنه غير ملزم إلا بفحص و دراسة تلك العناصر والشروط، و هذا ما يعد تطورا هاما في قواعد الإثبات إذا ما قورنت بالقواعد الكلاسيكية، بكلمة أخرى أن تحقق هذا الشرط الوارد في المادة 05 ف 02 يمكن للطرف صاحب المصلحة والمتمسك بهذا التوقيع أن يقنع القاضي بحجية هذا الأخير، و تجنبا لذلك حاول المشرع الأوروبي تدارك ذلك في الملحق الخاص بمقدمي خدمة التوثيق من خلال البند الأول من الملحق الثاني بنصه على إلزام هذا الطرف الثالث بأن يثبت على أنه أهل بالثقة في إصدار مثل هذه الشهادة الالكترونية.

يعتبر التوقيع علامة ذاتية ينبثق عن الموقع و امتدادا له و لشخصيته[1]، يقوم بالكشف عن صاحبه في الشبكات المفتوحة عندما يتعامل مع الغير الذي يكون مجهولا لديهم أو يكونون مجهولون لديه، عكس الشبكات المغلقة التي يكون فيها كل مُوقع معلوم للجهة التي تدير الشبكة و تقوم بمراقبتها على اعتبار أن كل واحد عضو تحكمه اتفاقية مع إدارة الشبكة،كما سبق الإشارة إلى أن أغلبية التشريعات لم تعرف التوقيع اليدوي إلى غاية تدخل محكمة النقض بتعريف مرن للتوقيع وقالت بأنه:" علامة يدوية تمكن الموصي من إظهار وتمييز شخصيته عن الغير..."[2].

ومن بين الحيل القانونية المعتمدة للكشف عن هوية الطرف يستعان بالتشفير الاسمتري ذو العلاقة الثلاثية، لموقع و سلطة التصديق الالكتروني و السند الالكتروني. تجسيدا لذلك، يقوم الشخص الذي يريد أن يوقع الكترونيا عليه بتقديم طلب إلى السلطة التوثيقية حتى تسلمه مفتاحا خاصا الذي يفترض فيه السرية، في الوقت ذاته تقوم هذه السلطة بإنشاء مفتاحا عاما يتبع بالمفتاح الخاص يحتكره الموقع دون غيره و يلحق به شهادة الكترونية، و بهذه الطريقة تتجسد فكرة العلامة و شخصية التوقيع الالكتروني و الرغبة في إرسال خطابا موقعا إلى المرسل إليه يجب أن يرفقه بالشهادة الالكترونية المسلمة من السلطة التوثيقية[3]، و كذلك جرى التعامل بها في المواقع الالكترونية بقصد الحصول على البريد الالكتروني عكس ما هو جار العمل به لدى مؤسسة **بريد الجزائر** التي تقيد الشخص في اختيار الرمز السري الذي يساعده على دخول الحساب البريدي الجاري للقيام بالسحوبات المالية. حيث يستعين المرسل بالمفتاح الخاص في كتابة الرسالة مما يشفر هذا الخطاب و يرسله، لدى استلامه من المرسل يقوم بفك شفرته اعتمادا على المفتاح العام للمرسل الذي يكون مرفقا بالخطاب، فإذا كانا المفتاحين ساريين تم حل الشيفرة والتأكد من الشخص مصدر الخطاب[4].و عليه اجمع الفقه على أن اشتراط تحديد الهوية الالكترونية كوظيفة من وظائف للتوقيع الالكتروني لكون الأخير مستوثق أكثر من التقليدي في شخصية المتعاقد فلا مجال للتملص و حتى الإنكار إذا كنا أمام سندات عادية.

و يساعدنا ما سبق على تحديد عدد الموقعين الذين بتعدادهم يتحدد عدد النسخ و عدد التوقيعات و أثر كل توقيع إذا نسب إليهم سجل الكتروني، كما يثبت درجة كفاءة الإجراءات الموثوق منها و القدرة على تتبع الشخص الذي يقوم بالنقر أو بإرسال البريد الالكتروني و يكون من الصعب على شخص أجنبي أن يقوم بالتوقيع دون إذن. كما يتيح أن تتساوى التواقيع مع الذين ينسب إليهم قولا و التزاما في العقد،فإذا كان العقد ملزم

---

[1]– د.محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص13.

[2] -"La signature… est la marque manuscrite par laquelle le testateur révèle habituellement sa personnalité aux tiers", *précité*,p.08.

[3] -– D. GOBERT et E. MONTERO, «La directive européenne sur la signature électronique : Vers la sécurisation des transactions sur l'internet », *précité*,p.09.

[4]– لدى إعداد القانون النموذجي للأمم المتحدة السابق الذكر عولج أمر الوظائف وهي كالتالي: تعيين هوية الشخص، المشاركة الواقعية للشخص في التوقيع، علاقة الموقع بالمحرر، لمراجعة أفضل انظرتقرير الأمم المتحدة في دورتها السادسة و الثلاثون السابق الذكر.

لجانب واحد فلا التزام على غيره، أو كوضع البطاقة الالكترونية و إتباع الإجراءات المتفق عليها مسبقا مع البنك بما فيها الرقم السري و مبلغ التحصيل يعد دليلا أن السحب قام به صاحب الحساب أو البطاقة. و فكيف يمكن نسبة المحرر إلى موقعه إذا تعددت المحررات؟[1].

أجابت المادة 02/22 من قانون إمارة دبي على أنه يجب:" أن يمارس عناية معقولة لضمان دقة و اكتمال كل ما يقدمه من بيانات و تصريحات جوهرية ذات صلة بالشهادة طيلة فترة سريانها..."، و أجاب الفقه بدوره على أن استخدام نظام ترميز عالي الأمان كاف لإرسال و تلقي ما نشاء من المحررات الالكترونية بأقل مخاطر أو أن نقوم بتأمين التكنولوجيا العالية لتأمين التوقيع[2]. بين كل الآراء السابقة، نجد أن التشفير اللامتماثل أو غير المتناسق الحل الأكثر ملائمة في حفظ التوقيع الالكتروني من أي تعديل في حقيقته و تأكيد فعاليته، إذ يضمن سلامته من حيث نسبته لصاحبه فتنعدم فيه احتمالات تزويره لكن متى تم إنشاءه وحفظه وفقا للمادة 02 من التوجيه الأوروبي حول الإطار المشترك للتوقيع الالكتروني و المادة 20 من القانون رقم المعاملات والتجارة الالكترونية الخاص بإمارة دبي التي تنص على أنه:

"يعامل التوقيع على انه توقيع الكتروني محمي إذا كان من الممكن التحقق من خلال تطبيق إجراءات توثيق محكمة، منصوص عليها في هذا القلون أو معقولة تجارياً ومتفق عليها بين الطرفين، من أن التوقيع الالكتروني كان في الوقت الذي تم فيه:

(أ) ينفرد به الشخص الذي استخدمه.

(ب) و من الممكن أن يثبت هوية ذلك الشخص.

(ج) وان يكون تحت سيطرته التامة سواء بالنسبة لإنشائه أو وسيلة استعماله وقت التوقيع.

(د) ويرتبط بالرسالة الالكترونية ذات الصلة به أو بطريقة توفر تأكيداً يعول عليه حول سلامة التوقيع، بحيث إذا تم تغيير السجل الالكتروني فإن التوقيع الالكتروني يصبح غير محمي"[3].

---

[1]- لتفصيل أكثر:

Laurent GUINOTTE, « La signature électronique après les lois du 20 octobre 2000 et du 9 juillet 2001 », J.T., n°6063,14 septembre 2002,pp.553 et S.

2- د.عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية، التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 45.

[3]- تمت مناقشة وظائف التوقيع الالكتروني حسب طبيعة السند الذي يحمل التوقيع فقد قيل انه يمكن أن يكون شاهدا على نية الطرف في الالتزام أو نيته في الارتباط بمستند قد كتبه شخص آخر أو كنية الموقع في الإقرار بتحريره لنص...، تقرير اليونسترال المتعلق بالقانون النموذجي للتجارة الالكترونية، ص34 بنصها على انه:

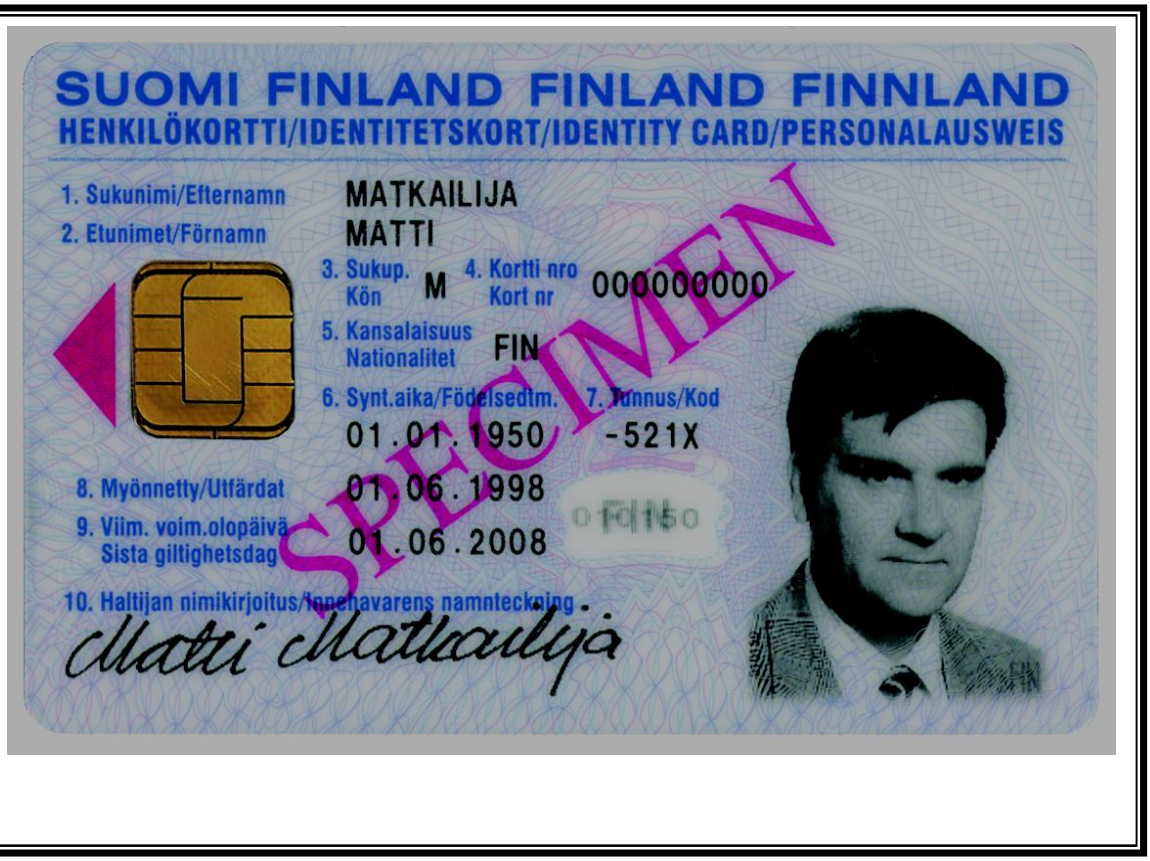
- La Commission propose le texte suivant aux États qui souhaiteraient étendre l'applicabilité des présentes Règles:

"Les présentes Règles s'appliquent lorsque des signatures électroniques sont utilisées, sauf dans les situations suivante: [...]."

** Le terme "commerciales" devrait être interprété au sens large, comme désignant toute relation d'ordre commercial qu'elle soit contractuelle ou non contractuelle. Les relations d'ordre commercial comprennent, sans s'y limiter, les transactions suivantes: fourniture ou échange de

يلاحظ هنا، أن رغم التقنية المتاحة إلا أنه لم تحل بعض الإشكالات المرتبطة بصاحب التوقيع الالكتروني و بقيت عالقة، كمحددات الهوية و أداء هذه الوظيفة (التحقق من هوية الموقع) بين التوقيع التقليدي و التوقيع الالكتروني، في العلاقات التعاقدية الكلاسيكية كان التأكد من الهوية أقل أهمية لا يثار إلا لاحقا في مسألة إثبات واقعة قانونية معينة، و إتضح و إن وقع نزاع تتدخل عدة عوامل لحسمه كالتعارف السابق لمجلس التعاقد بين الطرفين كالقرابة أو كتدخل السلطة العامة في إصدار بطاقات الهوية[1].

و يشكل إثبات الصفقات و إبرامها مع الأجانب أهم القضايا المطروحة، فهي لا تثار إلا في حالة الاعتراض عن تنفيذ الالتزام مما يستدعي التحقق من التوقيع حتى ينسب إلى صاحبه. لذا فالهوية الالكترونية هي اسم ولقب و توقيع و صورة و مكان ميلاد...، فهذه البطاقات يجب أن تحمل من البيانات ما يفي بالغرض خصوصا المفتاح العام و الخاص و الشهادة الالكترونية المنشأة علما أن الشبكات مفتوحة، يفترض الدراية المسبقة بهذا العالم الافتراضي إذ عادة ما يكون مدارا من شخص وحيد يمارس رقابته عليه كالغير المصادق الذي يسلم الشهادات الالكترونية ويضمن صحة و مطابقة التواقيع الالكترونية ومراقبة المعاملات الالكترونية. لذا بادر العديد من دول الاتحاد الأوربي بمبادرات فردية لأجل إقامة نظام الرقابة و التحقق من الشخصية، و التي كانت أهمها في دولة **بلجيكا** سنة 2003 و بها تمد كل مواطن ببطاقة الكترونية تحمل البيانات الخاصة به عليها صورته و توقيعه الخطي العادي و توقيعه الالكتروني، و توجد مبادرة **فنلندا** في استحداث بطاقة الكترونية و التي ركزت استصدارها على مستوى الخدمات الصحية و البطاقات الشخصية، و تطبيقها الصورة التالية:



[1] - *I*

أنموذج لبطاقة هوية الكترونية لدولة فنلندة

أما لو كانت الشبكات مغلقة فالانخراط فيها لإبرام التصرفات القانونية يفترض التسجيل السابق، بمعنى أن أصحاب التواقيع الالكترونية معروفون سلفا نتيجة إبرامهم للاتفاقات الإطار التي تحكم علاقاتهم التجارية، بدلا من ذلك، تظهر الانترنت بدون مراقبة تمكن من إبرام علاقات تعاقدية بين الأشخاص أغلبهم غير معروف للآخرين، في هذا المضمار تظهر الأهمية البالغة لوظيفة التوقيع الالكتروني في تحديد و تعيين الأفراد، الاستعانة بالتوقيع المشار إليه في المادة أعلاه والمادة01 الفقرة 02 من المرسوم الفرنسي[1] يفترض فيه الأمان و الثقة ولا وجود للشك و الريبة في شخصية الموقع،و بسبب وجود هذه الآليات العالية التقنية يمكننا أن نميز ونحدد هوية الشخص الالكترونية دون التعرض للأخطار لكون التوقيع الالكتروني يرتبط ارتباطا وثيقا بالشخص الموقع مما يندر أو يستحيل معها التزوير.

الفرع الثاني:التعبير عن الرضا

أسس لهذه الوظيفة تقرير مجلس الدولة الفرنسي سنة واعتبر أن:" التوقيع الذي يكشف عن الشخص الذي ينسب إليه ويجسد تعبيره عن الإرادة في الالتزام بما ورد في العقد"[2]، و لقد اعتبرت تكملة للوظيفة السابقة بحيث لا يمكن فصلهما عن بعض، و يتعين على الموقع أن يدل دلالة كافية أنه ارتضى التعاقد أو على أن إرادته اتجهت إلى الموافقة على السند الالكتروني أو رسالة البيانات بما احتوته، و يتأتى ذلك بالتصديق توقيعا في أسفل المحرر على ما ورد في العقد، أو أنه ينقر على الإرسال و إقراره بمضمون التصرف القانوني[3] أو إيقونة الموافقة و القبول إذعانا

[1]-Art. 01§ 02 de décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique **:**

" Signature électronique sécurisée " : une signature électronique qui satisfait, en outre, aux exigences suivantes :

- être propre au signataire ; - être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif ;

garantir avec l'acte auquel elle s'attache un lien tel que toute modification ultérieure de l'acte soit détectable ».

[2]– تقرير مجلس الدولة الفرنسي السابق، ص88.

3– القاضي وسيم شفيق الحجار، الإثبات الالكتروني، المنشورات الحقوقية، بيروت، 2002، ص139.

للعقد، و المستقر عليه قضاء أن التوقيع بيد من ينسب إليه الإمضاء أو الختم أو البصمة [1]، ويكون مباشرا على المحرر، في ذات السياق يطرح أحد المختصين في قانون المعلوماتية مثالا حول عقد ملكية فكرية، فالمؤلف الذي يرغب التعاقد مع طرف ثان يغري هذا الأخير ليوقع العقد و هو يعلم مسبقا مدى أهمية تحريك اليد على ورق- يعني التوقيع- نفس الشيء يقدره الطرف الثاني بالتزامه القانوني وقت التوقيع[2]، عكس ذلك على مستوى الشبكات الالكترونية التي تتيح مجالات كثيرة للتعاقد مجرد لحظات فقط ويثبت الالتزام بدون شكليات ولا أوضاعا قانونية يشترطها القانون لسريان التصرف القانوني. كل هذه المقتضيات الهدف منها رفع كل التباس أو شك في علاقة الموقع بما ورد في العقد،و يستخلص رضا الموقع من الشكليات و الإجراءات التي يتبعها من وضع الأرقام السرية و النقر على الأيقونات الملائمة للتعاقد أو إرسال رسالة البيانات التي تحفظ نسخة لديه و أخرى لدى سلطة التصديق الالكتروني ثم ترسل النسخة الثالثة للمرسل إليه، فالتوقيع لا يلزم إلا من التزم بمحتوى التصرف القانوني، كإبرام العقود الملزمة لجانب واحد،مثل الإقرار بدين أو ما يفيد ببراءة الذمة، أو كتوقيع فاتورة الكترونيا أو التصريح الالكتروني بالمعاملات حتى يعلم نسبة الضرائب و الرسوم، فكل هذه الإجراءات إذا استخدمت لا يعلمها غير حائزها، فإذا استخدمت رغب في الالتزام[3].

و استقر الفقه على أن على المحررات العرفية تمهر بالتوقيع أسفل الصفحة و إن كان لا يشكل ذلك شرطا من شروط صحته، ومن أهم الأمثلة التي تعبر بصدق عن ارتباط الموقع بالمحرر التشفير الذي يحول المحرر الالكتروني إلى أرقام رياضية لا يمكن فهمها أو قراءتها إلا بالمفتاح الخاص الذي يتسلمه العميل المُوقع من إحدى الهيئات المتخصصة بالتصديق الالكتروني، فإدخال العميل للرقم السري الخاص بالسحب الآلي للأموال يشكل قرينة قاطعة على إتمام إجراءات السحب شخصيا، فان لم يحدث ذلك يتوقع وجود اعتراض مسبق و قبلي من قبل الموقع الذي يكون قد أضاع الرقم، فهو ملزم ببذل عناية معقولة لحفظ الحساب أو لإشعار جهة التصديق الالكتروني بأنه تعرض للشبهة التي نصت عليها المادة 08 فقرة 01/ب/02من قانون لجنة الأمم المتحدة للتوقيعات الالكترونية بنصها على أن:" كون الظروف المعروفة لدى الموقع تؤدي إلى نشوء احتمال قوي بتعرض بيانات إنشاء التوقيع لما يثير الشبهة"، كما أن الطابع الكتابي اليدوي لم يصبح شرطا ضروريا في هذا المفهوم الجديد للتوقيع إذ كان ذلك مرتبط بوظيفة الورق كدعامة مفضلة لدى المتعاقدين، أما بعد ظهور التوقيع الالكتروني لم يبق مجال للكتابة الخطية استثناء من ذلك ما تعلق باستخدام الخصائص الفيزيولوجية للإنسان كالبصمة الالكترونية و التوقيع اليدوي المصور رغم أن اعتماد فكرة توقيع الشخص دليل قيامه بالعملية الالكترونية صعب جدا في غياب و كيل عنه. لذا نجد أهمية التوقيع تتجلى في تحقيقه لوظائفه المألوفة ويحقق الأمن القانوني للأطراف لضمان حقوقهم والثقة فيه " و

1 – D. GOBERT et E. MONTERO, «La directive européenne sur la signature électronique : Vers la sécurisation des transactions sur l'Internet »,*précité*, p.10

[2]- *Précité.*

[3]– د.نجوى أبو هيبة، التوقيع الالكتروني، تعريفه، مدى حجيته في الإثبات، دار النهضة العربية، 2002، ص80.

القدرة على تفادي التعييبات و التعديات التقنية و محاولات الغش و التزوير"[1]، يضاف إليها تأثر القوانين بهذه الوظيفة و قامت بتغيير حتى المصطلحات القانونية وتطوير بعض المفاهيم التقليدية بما فعله المشرع الفرنسي في المادة الخامسة من القانون 2000/230 المعدل للقانون المدني الفرنسي التي تنص على حلول عبارة " بنفسه" محل و مكان عبارة " بيده"، ويشكل هذا تأكيد على التعبير الشخصي عن الرضا و عدم تقيد التوقيع باليد أو بالأعضاء الجسدية للإنسان فقط.

الفرع الثالث: حفظ صحة السند

و هو شرط ضروري يؤكد مسألة مهمة وضرورية جدا وهي أن يحقق التوقيع ارتباطا بين التوقيع والمعلومات التي يحيل عليها وحفظ التوقيع لمحتوى السند الذي يحمله أو يرفق به[2]، فقد سبق و أن عهد بهذه الوظيفة محفوظة حصريا للدعامة الورقية التي كانت تستجيب لوحدها دون غيرها لهذا الشرط، فصنفها المشرع من أدلة الإثبات المطلقة لا يمكن الطعن فيه إلا تزويرا، غير أن هذه الوظيفة تنحصر على مستوى الشبكات الالكترونية و تتغير وظيفة حفظ و تمام صحة السند من الورقة إلى التوقيع الالكتروني وأمن الشبكة المعلوماتي[3].

الفرع الرابع: منح المحرر صفة السند الأصلي[4]

تنظم غالبية التشريعات المحررات و أنواعها و تبين كيفية إصدار الأصول المحررات و تسليم نسخها، ثم تطرقنا إلى أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى أصول و نسخ المحررات العرفية إلا فيما ارتبط بالأوراق التجارية و نظائرها، غير أن هذا لا يمكن نقله و نسخه على الانترنت و المعاملات الالكترونيةبحكم أن كل صورة أو نسخ للمحرر الكترونيا عدت أصلا و أن كل تكرار لها تعتبر أصلا وبها أخذ المصري الذي منح المحررات الإلكترونية الصادرة عن الفاكس والتلكس والميكروفيلم وأية وسيلة إلكترونية مماثلة ذات القوة القانونية للمحررات التقليدية متى توفر فيها عنصر الاستعجال، و لم تصبح فكرة الأصل و الصور ضرورية بمفهوم المادة 325 مدني جزائري بنصها:"

---

[1]– د.حبيب الملا، المرجع السابق، ص 12.

2– د .عبيدات لورنس محمد، إثبات المحرر الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ،2005 ، ص 131.

[3] – D. GOBERT et E. MONTERO, «La directive européenne sur la signature électronique : Vers la sécurisation des transactions sur l'internet »,*précité*,p.12.

[4]– سبقت الإشارة أن الفضل في إيجاد و تطوير التوقيع الالكتروني يرجع للبنوك، فهي أول من استعمله في التعريف بهوية بعضها، وذلك في أوامر الدفع التي يأمر بها العملاء، يحرر البنك برقية أو أمرا الكترونيا عبر شبكته الداخلية إلى البنك المسحوب عليه يطلب منه وضع أو تحويل قيمة معينة من المال، مع ذكر البيانات الشخصية للعميل و رقم الحساب ثم يوقع موظف البنك ذلك إما الكترونيا بوضع رقم الهوية الخاصة بتلك الوكالة أو بوضع مفتاح مشفر على البرقية، إذ تطبِّق فيه الخوارزميات الرياضية على الرسالة لتوليد توقيعا يمثِّل صحة ملفاً كاملاً أو رسالة وتتشكل البيانات الناتجة عن التوقيع الإلكتروني للرسالة، ويتكوَّن هذا الإمضاء للرسالة من بيانات وأرقام معروفة مسبقا لدى البنك المرسل إليه البرقية و تأخذ من الرسالة المحوّلة للتأكد منها ويستطيع هذا التوقيع تمييز الرسالة الأصلية و يجعل ممكنا التعرف عليها بدقة وعلى البنك المرسل، حتى إن أي تغيير في ذلك الترقيم سيفضي إلى رفض الأمر.

" إذا كان أصل الورقة الرسمية موجودا، فان صورتها الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل.

وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين، فإذا وقع تنازع ففي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل".

فإذا قام الموقع بإرسال رسالة فإنها تعتبر أصلية، و في حال اعتبرناها أصلية جاز لنا أن ندرجها في خانة الأدلة القابلة للاستكمال في حدود مبدأ الثبوت كتابة الوارد في المادة 326 مكرر 01،و بالرجوع إلى السجل الالكتروني لدى الموثق الالكتروني[1]أو إلى السجل الالكتروني الحامل للتواقيع الالكترونية أو السجل الخاص[2]بتقييد كل المعاملات الالكترونية على مستوى موقع السلطة التوثيقية الذي نصت علية المادة (33) من قانون إمارة دبي:

" السجل الالكتروني الحامل توقيع الكتروني: يعتبر السجل الالكتروني أو أي جزء منه يحمل توقيعا الكترونيا موثقا سجلا موثقا بكامله أو فيما يتعلق بذلك الجزء، حسب واقع الحال، إذا تم التوقيع خلال مدة سريان شهادة توثيق معتمدة ومطابقته مع رمز التعريف المبين في تلك الشهادة".

كما نشير إلى أن التوقيع الالكتروني هو الذي يصبغ على المحرر الالكتروني صفة الأصل، فتعدد التواقيع على سندات متعددة اعتبرت كلها أصلية مستقلة عن الأخرى دون التّقيد بأي دعامة تحملها، لذا فإن مراجعة الأصول في حال نزاع لمطابقتها مع الصور أو التحدث كذلك عن مراجعة فهارس السجلات لدى الموثق عند التطرق لمبدأ الإثبات كتابة يؤدي بنا للبحث في شروط حفظ تلك الأصول الكترونيا وهذا ما أثير عند التطرق للأرشيف الالكتروني و مدى أمن وسرية ما تم حفظه الكترونيا بالساعة و التاريخ[3].

المبحث الثاني: النظام القانوني للتوقيع الالكتروني

نعرج على تعريفه وبعدها نطاق التعامل به.

---

[1]- المادة 326 مكرر 01:" يعتبر تقييد العقد الوارد في السجلات العمومية إلا كبداية للإثبات بالكتابة ويجب لذلك:
01- أن يثبت أنه فقد جميع أصول الموثق للسنة التي يبدو أنه تم تحرير العقد خلالها، أو أن يثبت أن فقدان أصل العقد كان نتيجة حادث خاص.
02- أن يكون فهرس قانوني لدى الموثق، يبين فيه أن العقد قد حرر في نفس التاريخ...."

[2]- تعرفه الماد الأولى فقرة 08من قانون الإمارات العربية للمعاملات الالكترونية السجل الالكتروني:" القيد أو العقد أو رسالة المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل الكترونية". نفس الشيء ذهب إليه المشرع الأوروبي في الملحق الثاني من التوجيه السابق الذكر:

Annexe II point i de la directive européenne :
« Enregistrer toutes les informations pertinentes concernant un certificat qualifié pendant le délai utile, en particulier pour pouvoir fournir une preuve de la certification en justice. Ces enregistrements peuvent être effectués par des moyens électroniques ».

[3]- لتفصيل أكثر في الأرشيف الالكتروني أنظر:
Sabine LIPOVETSKY et autrs, «L'archivage des documents dématérialisés » , 16.01.2002,http://www.legalbiznext.com/

المطلب الأول: حجية التوقيع الالكتروني

تعتبر الخطوة الأولى التي قام بها المشرع الأوربي أهم الخطوات التي سارها باتجاه إضفاء الصبغة القانونية على التواقيع الالكترونية و الاعتراف لها بالحجية و القيمة القانونية، وحتى يبلغ هذا الهدف المسطر بدأ التوجيه بتعريف التوقيع الالكتروني ثم قام بإرساء آثاره القانونية لينتهي في الأخير إلى تمكين الأشخاص الاعتبارية العامة من التواقيع الالكترونية و بالشروط التي حددها و لم يفرضها على الأشخاص العادية، كما تطرق إلى نطاق تطبيقه باستثناء الأوضاع الشكلية الذي وضعها جانبا في الوقت الذي يشجع الدول الأعضاء على تكريسه في مختلف مناحي الحياة اليومية، كما استثنى أحكامه من التطبيق على الشبكات الالكترونية المغلقة احتراما لمبدأ الحرية التعاقدية الذي يحكم هذه الشبكات.

الفرع الأول: الاعتراف التوقيع الالكتروني:

يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة قواعد الإثبات في المواد التجارية، و يجوز لهم كذلك أن يتفقوا على أن يكون الإثبات في المادة المدنية بكافة الطرق المتاحة قانونا، و يقتصر مجال الاتفاق على القواعد الموضوعية دون الإجرائية لارتباطها بعبء الإثبات وتوزيعه و لعدم تعلقها بالنظام العام، و يتم الاتفاق على ذلك برسم الحدود بوضوح و في حدود الأدلة القابلة للإثبات حسب موضوع وطبيعة النزاع التي قد تؤدي إلى حرمان أحد طرفي العقد من حقه في الإثبات سيما في عقود الإذعان التي تحرم المستهلك الطرف الضعيف من الإثبات، و منها جاز الاتفاق على مخالفة القواعد الموضوعية رغم الفترة الطويلة التي مرت على قواعد الإثباتو لم تعدل إلا بمناسبة تبني وسائل الاتصال الحديثة، ومنها جاء نص المادة 05 من القانون النموذجي لعام 2001 لتنص صراحة على حرية الأطراف في اختيار القواعد الضرورية لإبرام عقودهم، رغم أنه سبقها إلى ذلك اتفاقات الأفراد على مستوى الشبكات المغلقة في تنظيم و إدارة علاقاتهم أو لوضع قواعد اتفاقية تحكمهم في غياب التشريعات المناسبة و التي تنظم علاقاتهم[1]، و يستفيدون من المفهوم الواسع لمبدأ الإثبات الحر في المواد التجارية و الاستعانة بحرية الإثبات المقيدة في نصوص القانون المدني التي تقل عن نصاب قيمي معين كنص المادة 333 مدني جزائري.
غير أن سلطة الأطراف في إبرام اتفاقات التوقيع الالكتروني قد تصطدم بالشروط الفنية المتعلقة بأمن و سلامة تعاملاتهم وتوقيعاتهم[2]، كاعتماد نوعا من الرسائل الالكترونية أو كاعتماد نوعا معينا من البرامجالمعلوماتية كتأكيد هذا التوقيع بعد رجوع إشعار العلم بالوصول بمراسلة ثانية تفيد المطابقة بين التوقيع السابق و التوقيع اللاحق[3]. و أخذ القضاء الفرنسي بالتوقيع الالكتروني الاتفاقي في حدود مبدأ حرية الإثبات الذي أيدته محكمة النقض

[1]- M.AMEGE,« La signature électronique fragilise-t-elle le contrat », 2001. www.lexana.com
[2]–د.فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص 81.
[3]– المرجع نفسه.

الفرنسية وقالت بأنه يحيل على أطراف المحرر الالكتروني و هيالتي كانت سببا في نشوء قاعدة قانونية[1] تبناها المشرع الفرنسي لاحقا في المادة 1316-01[2]، و" تخضع حقوق الأطراف لحرية التصرف فيها، وكل تصرف يرد عليها يجوز إثباته اتفاقا... فهذا الإجراء الحديث- التوقيع الالكتروني- يقدم نفس الضمانات التي يقدمها التوقيع اليدوي و الذي يبقى سريا لا يعلمه سوى حائز البطاقة..."[3].

الفرع الثاني: نطاق التعامل بالتوقيع الالكتروني:

أولا: حدود الاستعانة بالتوقيع الالكتروني:

تسري القاعدة الفقهية أن لكل قانون نطاق سريان مكاني و زماني، و لقد استثنت غالبية التشريعات المتعلقة بالمعاملات الالكترونية نفسها من بعض الأوضاع و الأحوال التي تمس بالنظام للدولة والشكليات القانونية التي تتطلبها التشريعات الوطنية[4]، و نفس المبدأ تبناه القانون النموذجي للأمم المتحدة الذي قيده في النشاط التجاري دون أن يشكل امتدادا قانونيا لقانون حماية المستهلك، وقالت اللجنة التحضيرية له السابقة الذكر بضرورة الأخذ في نطاق تطبيقه بالمفهوم الموسع للتجارة[5]، أما المشرع الإماراتي فقد نص في المادة 05 منه على أنه يطبق على اتفاقات الأفراد التجارية والتواقيع الالكترونية ذات العلاقة بالمعاملات و التجارة الالكترونية.

---

[1]- Cass. fr. (com.), 2 décembre 1997, J.C.P., G, 1998., *In*,D. Gobert et E. Montero,« L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique »,*précité*,p.124.

[2] – من خلال المرسوم 2000/230 حول التوقيع الالكتروني المؤرخ: 14 مارس2000، ج ر62، ص3 968.، ونصها بالفرنسية:

Art. 1316-1civil français : « L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ».

[3] – نقض مدني فرنسي، الدائرة الأولى في نوفمبر 1989، نشرة أحكام النقض، ج 01، رقم 342، أو دالوز 1990 مع تعليق C.Gavalda، مشار إليه لدى د.مفلح القضاة، المرجع السابق، ص 05.، مشار إليه كذلك لدى د.محمد السعيد رشدي، ص 52 و 53.

[4] - Art. 01§02 : « Elle ne couvre pas les aspects liés à la conclusion et à la validité des contrats ou d'autres obligations légales lorsque des exigences d'ordre formel sont prescrites par la législation nationale ou communautaire; elle ne porte pas non plus atteinte aux règles et limites régissant l'utilisation de documents qui figurent dans la législation nationale ou communautaire ».

[5] -Art. 01 de la loi de la CNUDCI adopté le 5 juillet 2001 :

Article premier : « Champ d'application: La présente Loi s'applique lorsque des signatures électroniques sont utilisées dans le contexte d'activités commerciales. Elle ne se substitue à aucune règle de droit visant à protéger le consommateur ».

وقد اقترحت اللجنة التحضيرية لقواعده في صياغته المفصلة بالفرنسية:

"La présente Loi s'applique lorsque des signatures électroniques sont utilisées, sauf dans les situations suivantes : [...]."

Le terme "commerciales" devrait être interprété au sens large, comme désignant toute relation d'ordre commercial qu'elle soit contractuelle ou non contractuelle. Les relations d'ordre commercial comprennent, sans s'y limiter, les transactions suivantes: fourniture ou échange de marchandises ou de services; accord de distribution; représentation commerciale; affacturage; crédit-bail; construction d'usines; services consultatifs; ingénierie; licence; investissement;

أما فقرتها الثانية نصت فقد استثنت من أحكامها على ما يلي:

أ) العقود والمستندات والوثائق التي تنظم وفقا لتشريعات خاصة بشكل معين أو تتم بإجراءات محددة ومنها[1]:

– مواد الأحوال الشخصية من زواج و طلاق و ارث و حتى الوصايا.

– الوثائق التي تتطلب مصادقة من كاتب العدل كالصيغ التنفيذية.

– المعاملات التي تتعلق ببيع وشراء الأموال غير المنقولة والتصرف فيها وتأجيرها لمدد تزيد على عشر سنوات وتسجيل أية حقوق أخرى متعلقة بها.

– السندات القابلة للتداول.

– سندات ملكية الأموال غير المنقولة.

و إذا تعلق الأمر بالتعامل في السندات الاسمية نجد أن الأمر قد فرغ منه لأنها يتم تدولها بشكلية معينة فرضها القانون حتى تنقل حيازتها من شخص لشخص آخر، و عليه فالمقصود هنا السندات التجارية القابلة للتداول بالمناولة اليدوية و تخضع للقانون التجاري و تقوم على مبدأ أن الحيازة في المنقول سند الملكية.

أما المادة 10 فهي تنص على أنه:

"إذا اشترط القانون وجود توقيع على مستند أو نص على ترتيب نتائج معينة في غياب ذلك، فان التوقيع الالكتروني الذي يعول عليه في إطار المعنى الوارد في المادة (20) من هذا القانون يستوفي ذلك الشرط. يجوز لأي شخص أن يستخدم أي شكل من أشكال التوثيق الالكتروني، إلا إذا نص القانون بغير ذلك".

ثانيا: توقيع الأشخاص الاعتبارية العامة:

تجيز المادة 03/02 من التوجيه الأوربي للشخص الطبيعي أو المعنوي الحائز لأداة توقيع الكتروني خاصة به أن يقوم بالتوقيع أو يتم التوقيع بالنيابة عنه على الرسالة الالكترونية باستخدام هذه الأداة[2]، و المقصد من هذا، أن القانون لم يمنع الأشخاص الاعتبارية خصوصا العامة والحكومية من الحصول على التواقيع الالكترونية، و وسع من دائرة الموقعين الكترونيا، و هذا ما أكدته اللجنة القانونية الأوروبية أمام البرلمان الأوروبي[3] بأنه يمكن تأجير و استفادة تلك الأشخاص من المفاتيح الالكترونية و الشهادات الملحقة بها، وبناء على ذلك يمكن لها أن تبرم من العقود الالكترونية ما تشاءبشروط كتلك التي حددها قانون دبي للمعاملات الالكترونية.

---

financement; opération bancaire; assurance; accord d'exploitation ou concession; coentreprise et autres formes de coopération industrielle ou commerciale; transport de marchandises... ».

[1]– نفس المبدأ طرحه التوجيه الأوروبي في مادته الثانية.

[2] - Art. 02§03 de directive européen : «Signataire», toute personne qui détient un dispositif de création de signature et qui agit soit pour son propre compte, soit pour celui d'une entité ou personne physique ou morale qu'elle représente ».

[3] –COM(97)503: « Vers un cadre européen pour les signatures numériques et le chiffrement : assurer la sécurité et la confiance dans la communication électronique », Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des Régions, 8 octobre1997.

حيث نجده قد أتاح للجهات الحكومية من الاستخدام المدني للسجلات و التوقيعات الالكترونية و قبول إيداع و استصدار المستندات الالكترونية تمهيدا لنظام الحكومة الالكترونية، كما لم يشمل هذا النص كل الأعمال الإدارية و إنما اكتفى بقبول إيداع أو تقديم المستندات أو إنشائها أو الاحتفاظ بها في شكل سجلات الكترونية و إصدار أي إذن أو ترخيص أو قرار أو موافقة في شكل سجلات الكترونية أو قبول الرسوم أو أية مدفوعات أخرى. ونصت المادة 01/27 و02 من قانون دبي للمعاملات الالكترونية:

" إذا قررت أية دائرة أو جهة تابعة للحكومة تنفيذ أي من المهام المذكورة في الفقرة (أ) من هذه المادة فيجوز لها عندئذ أن تحدد: (أ) الطريقة أو الشكل الذي سيتم بواسطته إنشاء أو إيداع أو حفظ أو تقديم أو إصدار تلك السجلات الالكترونية.

(ب) الطريقة والأسلوب والكيفية والإجراءات التي يتم بها طرح العطاءات واستلام المناقصات، وإنجاز المشتريات الحكومية.

(ج) نوع التوقيع الالكتروني المطلوب بما في ذلك اشتراط أن يستخدم المرسل توقيعا رقمياً أو توقيعاً الكترونياً محمياً آخر.

(د) الطريقة والشكل الذي سيتم بها تثبيت ذلك التوقيع على السجل الالكتروني والمعيار الذي يجب أن يستوفيه مزود خدمات التصديق الذي يقدم له المستند للحفظ أو الإيداع.

(هـ) عمليات وإجراءات الرقابة المناسبة للتأكد من سلامة وامن وسرية السجلات الالكترونية أو المدفوعات أو الرسوم.

(و)أية خصائص أو شروط أو أحكام أخرى محددة حالياً لإرسال المستندات الورقية، إذا كان ذلك مطلوباً فيما يتعلق بالسجلات الالكترونية الخاصة بالمدفوعات والرسوم"[1].

أما أوربيا فلم نجد غير المشرع البلجيكي[2] الذي أجاز لكل شخص من أن يحصل على شهادة الكترونية من سلطة التصديق الالكتروني، و أفرد استثناء على الجمعيات و الأحزاب السياسية، رغم أنه لا يوجد ما يبرر هذا الموقف من منع هذه الأشخاص من الاستعانة بالعديد من هذه الشهادات و استعمالها في مختلف أنشطتهم اليومية[3].

المطلب الثاني: مجال التوقيع الالكتروني و صوره

[1]– المادة 27 من قانون دبي للمعاملات الالكترونية.

[2] – القانون البلجيكي ل 29 سبتمبر 2001 المحدد للإطار القانوني التوقيع الالكتروني وخدمة التوثيق الالكتروني.

[3] - Didier GOBERT, « Cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification : analyse de la loi du 9 juillet 2001 »,Disponible sur: www.consultandtraining.com.

تظهر أهمية التوقيع الالكتروني في استعمالاته و استخداماته البنكية و المصرفية أين يقوم العميل بإدخال بطاقة الدفع ثم يليها بتشكيل رقمه السري، فهذا الفرض الذي كان سائدا أولا على مستوى البنوك تعددت صوره إلى أن أصبحت كثيرة و كلها تصب في خانة واحدة ترمي إلى تأكيد هوية المتعامل و تجسيد إرادته فيما يقوم به من معاملات و حصرية الرقم الخاص به، ثم توسعت استخداماته على مختلف الشبكات الالكترونية السلكية و اللاسلكية فأتاح توسيع دائرة التعامل به لفعاليته التي وفرت الأمن المعلوماتي و القانوني.

الفرع الأول: مجالات التوقيع الالكتروني

اختلفت آليات التوقيع الالكتروني تبعا لاختلاف التكنولوجيا المستخدمة أو ما قد تحدثه مستقبلا، و غالبية التشريعات الوطنية المتعلقة بالتواقيع الالكترونية بما فيها المشرع الجزائري نجدها قد جاءت بتعريفات شاملة ثم تأتي بتعريف خاص بالتوقيع الالكتروني المحمي فقط، فصور التوقيع الالكتروني بالرجوع إلى القوانين و ما تنص عليه نجد نوعان له هما: التوقيع الالكتروني بشرطيه وفقا للمادة 323 مكرر 01، أو هو التوقيع الالكتروني المحمي بتعبير المادة 02/02 من التوجيه الأوربي المتعلق بالتواقيع الالكترونية و لمادة 20 من قانون إمارة دبي بشروطه الأربع، و بين النوع الأول و النوع الثاني تختلف أشكال و صور و تطبيقات التوقيع الالكتروني و من ثم لزمت لجنة الأمم المتحدة للتجارة الالكترونية مبدأ الحياد المعلوماتي الذي جاء به قانون اليونسترال بشأن التوقيعات الالكترونية في الجلسة العامة رقم 85[1]،و كل التعريفات السابقة جاءت تعريفات تقنية محايدة لم تتبنى أداة توقيع محددة أو آلية معينة تستند إليها حتى اصطلح على ذلك بالحياد.

الفرع الثاني: صور التوقيع الالكتروني و أشكاله:

كل التعريفات السابقة جاءت تعريفات تقنية محايدة لم تتبنى أداة توقيع محددة أو آلية معينة تستند إليها، بحيث توسعت التعريفات الشاملة دون تخصيص صورة أو شكلا معينا لما سبق فتكون عندها عدة آليات لإنتاجه[2] فرغم كل هذا التعدد فإن درجة الأمن المعلوماتي تختلف تبعا لذلك، و ترك المجال واسعا لما تفرزه التقنية من أشكال جديدة يتم اعتمادها كمشرع إمارة دبي بنصه في المادة 10 فقرة 02 من القانون رقم (2) لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الالكترونية في حدود إمارة دبي:" يجوز لأي شخص أن يستخدم أي شكل من أشكال التوثيق الالكتروني، إلا إذا نص القانون بغير ذلك".

و إذا أشرنا سابقا إلى أن التوقيع التقليدي يؤخذ بأنه حركة ميكانيكية لليد سواء كان إمضاءا أو ختما أو بصمة، فهذه صوره، و أن الأصل فيه الكتابة المادية، و يحفظ المميزات الشخصية للُموقع، من الفقه من يقول:" أن مثل هذا القول غير دقيق، فالتوقيع و أن كان بالفعل نتاج لحركة اليد، إلا أن القانون حدد شكل هذه الحركة: إمضاء أو ختم أو بصمة، ومن ثم، لا يعتد القانون بأي شكل آخر حتى ولو كان بحركة اليد، هذا بالإضافة إلى

1- دليل اليونسترال بشأن التواقيع الالكترونية و الملحق الخاص به بتاريخ: 2001/12/12.
2-د.مفلح القضاة، المرجع السابق، ص 17.

أن التوقيع التقليدي يحمل، أيا كان شكله، أحد الخواص الشخصية للموقع: اسمه ولقبه في حالة الإمضاء و الختم، و ملامح " جزء" من جسده في حالة التوقيع بالبصمة"[1]، و على هذا المنوال سار المشرع المدني الفرنسي في المادة 1326 الذي عدل عن كلمة" بيده" ليحل محلها " بنفسه"[2].

الصورة الأولى:التوقيع الرقمي

و هو عبارة عن أرقام مطبوعة، يتم الحصول عليها عن طريق التشفير عن طريق تحويل المحرر المكتوب و التوقيع الوارد عليه من حالته العادية إلى معادلة رياضية باستخدام مفتاح سري لوغاريتمي يضمن بجانب وظائفه التقليدية وظيفة حفظ سرية المعاملة الالكترونية، و يسمح كذلك بتغيير المستند الالكتروني من صورة مقروءة و مفهومة إلى صورة غير مفهومة و غير مقروءة و لا يكون كذلك إلا لأطرافه المرسل- الموقع و المرسل إليه، أي أن هذا الأخير وحده و بمقدوره فقط إعادة هذه المعاملة اللوغارتمية إلى صورتها الأصلية لأنه يمتلك المفتاح الخاص، فالشخص المالك لمفتاح التشفير هو وحده دون غيره الذي يمكنه حله و فكه باستخدام التشفير[3]. يعتمد التشفير على نظام المفتاح الواحد الذي يكون معلوما لطرفي المعاملة ونفس المفتاح يحمله أطراف رسالة البيانات، و إن كان نظام المفتاح الواحد لا يقدم نفس الضمانات التي يقدمها نظام المفتاح المزدوج، أحدهما المفتاح العام و الثاني المفتاح الخاص[4]، ذي مفتاح عام معروف لدى العامة فهو تشفير متماثل (أسمتري) دون أن يمكن من فكه من قبل الغير لتبنيه فكرة نظام هندسي عكسي، أما المفتاح الخاص فهو خاص بمتلقي الرسالة فقط لذا يلزم الأمر استعمال المفتاحين للتعرف على شخص المتعاقد و التأكد من سلامة رضاه،

و آلية التشفير تقتضي تدخل برنامج كمبيوتر و طرف ثالث يسمى الغير مقدم الخدمة و هو مكلف بالتصديق الالكتروني، حيث يثبت علاقة الطرفين و هو من يقوم بتشفير العملية الالكترونية، و يشهد على التبادل الالكتروني للبيانات، حتى قيل بأن التشفير :"تغيير في شكل البيانات عن طريق تحويلها إلى رموز و إشارات لحماية هذه البيانات من إطلاع الغير عليها أو من تعديلها أو تغييرها"[5].

و يقوم المحترف بعرض لسلعته عبر الإنترنت في شكل رسالة معلومات، فلكل مشتر أن يطلع على مضمون تلك الرسالة إلا أنه ليس له أن يجري عليها أي تعديل لعدم امتلاكه المفتاح الخاص الموجود لدى المحترف، فإن تطابق الإيجاب بالقبول كان للمشتري فرصة للتوقيع عليها الكترونيا باستخدام مفتاحه الخاص الذي لا يعلمه حتى

---

[1]- د. محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص15.

[2] - Art.05 de la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique : « A l'article 1326 du code civil, les mots : «de sa main» sont remplacés par les mots : «par lui-même»,précitée.,p.3968.

[3]- د.ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص62، د.حسن عبد الباسط جميعي،إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عبر الانترنت، دار النهضة العربية، طبعة 2000، ص42،

[4] - H.BITAN : « La signature électronique : comment la technique répond-elle aux exigences de la loi»,Gazette du palais, Juillet –Août 2000, p.1280.

[5]- هدى حامد قشقوش:" الحماية الجنائية للتوقيع الالكتروني"، مؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة و القانون، الامارات العربية المتحدة، 1-3 ماي 2003، الجزء الثاني،ص590.

المحترف الذي ليس له إجراء أي تعديل به و يقوم برنامج التشفير بترميزها و تتحول إلى رسالة رقمية التي يعاد إرسالها أي إرسال العقد مرفقا بتوقيعه في ملف رقمي خاص، و يمكن قراءة هذه الرسالة من المرسل إليه بعد فك الشفرة باستعمال المفتاح العام للمرسل المرفق بالرسالة الالكترونية وله أن يتأكد منه عبر جهات التوثيق الالكتروني[1]،و بعد فك شفرة رسالة البيانات تتحول الأخيرة من صورتها الرقمية إلى صورتها الأصلية المفهومة و المقروءة كما حدده المشرع الفرنسي في الملحق المرفق بالمرسوم رقم:1999/200 المتعلق بتحديد الوسائل و الأصناف التشفيرية الخدماتية المعفاة من الشكليات المسبقة المؤرخ في 19 مارس 1999[2]، و بهذه الطريقة يستخدم المرسل المفتاح الخاص به لتوقيع الرسالة الالكترونية و يشفرها ثم يقوم بإرسالها للمرسل إليه الذي يتأكد من صحة التوقيع الالكتروني، و من ثم فالتوقيع الرقمي يحقق أمنا معلوماتيا عال جدا يزيد الثقة في الاستعانة به، فهو يحقق:

1) – التأكيد على هوية الطرف المتعاقد معه و يثبت هويته الالكترونية،و التوقيع الالكتروني الأكثر ضمانة وأمنا في تحديد هوية الشخص. و أن الرسالة الموقعة منسوبة إليه فلا يمكنه إنكارها.و التوقيع الالكتروني المشفر دليل على الحقيقة بدرجة أكثر من التوقيع التقليدي لدرجة أن من الفقه من تنبأ بمستقبل غامض له[3] .

2) – يحقق الارتباط بين العقد الالكتروني و شخص الموقع عليه و يؤكد على سلامة رضا الشخص المتعاقد معه، و أن إرادته قد اتجهت فعلا صوب الالتزام بالعقد الالكتروني و قبوله به. أي أن التوقيع الالكتروني الرقمي أكثر دلالة على إقرار بما ورد في العقد الالكتروني.

3) – يضمن حصرية المحرر و عدم قابليته للتعديل أو التدخل في تغييره.

4) – يساهم في تحقيق سرية معلوماتية للمحررات الالكترونية حيث لا يمكن الاطلاع على رسالة البيانات إلا من طرفيها.

و لضمان النتائج السابقة في عملية التشفير الخاصة بالتوقيع الالكترونية فإن الحاجة ملحة لتدخل طرفا ثالثا في عقود التجارة الالكترونية يكون محل الثقة بين المتعاملين الالكترونيين، بحيث تكون هيئة أو جهة أو سلطة مختصة بتوثيق الكتابة الالكترونية و مخولة بتسجيل التواقيع الالكترونية، و تقدم شهادات الكترونية موثقة تؤكد صلاحية التواقيع الالكترونية.

وقد نشرت المنظمة العربية للتنمية الإدارية دراسة بينت فيها استخدامات التوقيع الالكتروني المرفق بنظام التوقيع المشفر بأسلوب المفتاح العام المزدوج ذلك على النحو التالي:

1– د.ابراهيم الدسوقي، توثيق التعاملات الالكتروني، المرجع السابق، ص 185.

2- Décret n° : 99/2000du 17 Mars 1999 définissant les catégories de moyens et prestations de cryptologie dispensées de toute formalité préalable, J.O. du 19 Mars 1999.

3- D .GOBERT et E. MONTERO, «La directive européenne sur la signature électronique : Vers la sécurisation des transactions sur l'Internet », *précité*, p.04.

" – يقوم المرسل بوضع بصمة وعلامة خاصة و يتم تشفير هذه البصمة أو العلامة الخاصة باستخدام المفتاح الخاص للمرسل.

– يقوم المرسل بتشفير الرسالة باستخدام المفتاح العام للمرسل إليه.

– يتم إرسال الرسالة باستخدام شبكات مفتوحة.

– يقوم المرسل إليه بفك شفرة الرسالة باستخدام المفتاح الخاص به و بالتالي يستطيع قراءة الرسالة.

– يقوم المرسل إليه بفك بصمة المرسل منه باستخدام المفتاح العام للمرسل منه و التأكد من شخصية المرسل منه.

– يتضح من هذا الأسلوب أن هناك درجتين من التشفير، الدرجة الأولى للتوقيع الخاص بالمرسل منه أو البصمة وتتم باستخدام مفتاحه الخاص ويتم فكها في آخر مرحلة باستخدام مفتاحه العام، وبذلك فهي خاصة بتحديد شخصية المرسل منه و لا يمكن أن يحدث فيها أي التباس حيث يتم تشفيرها بالمفتاح الخاص للشخص.

– الدرجة الثانية من التشفير و الخاصة بالرسالة و التي تتم لمحتوى الرسالة بالإضافة إلى التوقيع {بعد تشفيره بالمفتاح الخاص للمرسل منه} وهذه تتم بالمفتاح العام للمرسل إليه[1]".

كما اقترح البعض أن يحوز الشخص اثنين من المفاتيح الخاصة عوضا عن حيازته لمفتاح واحد، فالمفتاح الواحد يمكنه من عمليتين في آن واحد هما: التوقيع و التشفير، أما نظام المفتاحين الخاصين فإنهما يتيحان في مقام أول من أن يقوم حائزهما من توقيع الرسالة أولا ثم يتم تشفيرهما بالثاني، فيتحقق بذلك أقصى درجات الأمن المعلوماتي، فإذا تم التمكن من المفتاح الخاص الواحد فإنه يتمكن بذلك من التعديل في التوقيع و رسالة البيانات[2].

نجد أن هذا التوقيع هو الأقرب و الملائم لإبرام عقود التجارة الالكترونية و إن كان يتميز ببعض من التعقيد في إجراءاته و تشكيله و لتعدد تقنياته، بيد أنه يجب عدم الخلط بين تشفير التوقيع الالكتروني و تشفير رسالة البيانات، فكليهما قابل للتشفير، و يختلفان في أن تشفير رسالة البيانات يشملها كلها و بأكملها بما فيها التوقيع الالكتروني، أما تشفير التوقيع الالكتروني فلا يمتد لغيره و يقصر عليه وحده، فيمكن أن يكون التوقيع الالكتروني مشفرا و الرسالة الالكترونية المرفق بها غير ذلك[3]، و بين الحالتين السابقتين نجده يحقق هدف التوقيع اليدوي من حيث الكشف عن شخصية من ينسب إليه، ثم إنه تتباين درجة الثقة و الأمن بما هو معتمد من إجراءات و تقنيات التي نجدها في تطور مستمر بقصد البحث عن أحسن الحلول بما يضمن الحفاظ على العقود الالكترونية.

الصورة الثانية:استعمال البطاقة المقترنة بالرقم السري و التوقيع الالكتروني

1– رأفت رضوان، مرجع سابق، ص 90–91.

2 -E.CAPRIOLI : « Sécurité et confiance dans le commerce électronique» ,J.C.P. Ed. G, 1998, n°25,p.1123.

3- *Précité.*

غالبا ما نجد أن البطاقات الحديثة و البطاقات الالكترونية البلاستكية و البطاقات الممغنطة مرتبطة برقم سري و ذاكرة الكترونية يتم استعمالهما بغية تحقيق الهدف من حيازتها، ثم تأتي مرحلة توقيع المعاملات الالكترونية بنفس الطريقة باستخدام جملة من الإجراءات و الحروف و الأرقام لتحديد شخصية الموقع و التي تكون معلومة له فقط و للجهة التي منحته إياها[1]، و تسمى هذه الطريقة **PIN** أي رقم التعريف الشخصي. و انتشر استعمال التوقيع السري أو التوقيع الكودي في المعاملات المصرفية و البنكية مع العملاء أين تعمل البنوك على تنظيم عملية الإثبات اتفاقيا بينها و بين العميل، كأن تنص على إقرار العميل بصحة المعلومات الواردة في الشريط الورقي الذي يسحب بعد كل عملية مصرفية، أي أن التوقيعات بهذا المفهوم تخضع إلى عقود سابقة معروفة لكلا الطرفين عن طريق استعمال البطاقة و الرقم السري الذي يمكن القيام بالتحويل الالكتروني للأموال و القيام بالمخالصات الكترونيا كما تعتبر وسيلة وفاء عند تنفيذ الالتزام الوارد على المشتري بدفع الثمن[2].

و في الواقع العملي نجد عدة صور لهذه البطاقات كالفيزا كارد و الماستر كارد[3]،تحفظ في ذاكرتها كل عملية الكترونية يقوم بها الموقع في أي موقع من العالم و تعمل على نظامين أساسين نظام المعاملة غير الفورية **Off Line** و نظام المعاملة الفورية **On-line**.

1- د.إبراهيم الدسوقي أبو الليل، توثيق المعاملات الالكترونية، المرجع السابق، ص1853.

2 - Personal Identification Number/Numéro d'identification personnel

قدم الأستاذ عبد الفتاح بيومي عرضا عن استصدار التوقيع الالكتروني بمعرفة البطاقة و الرقم السري الخاص بها:" يتم بداية الإجراء بطلب من العميل متضمنا لبعض البيانات... ثم تدخل على الحاسب الآلي خلال مدة زمنية معينة وتسجل على أشرطة ممغنطة عددا من الأرقام السرية بالعدد البطاقات التي قدمت طلباتها، بمعنى أن الرقم السري لكل بطاقة هو مجموع البيانات التي قدمت في وقت معين، وليس صاحب الرقم السري فقط، ثم تأتي مرحلة طباعة الرقم السري على مغلفات محكمة حتى أن مشغل الكمبيوتر نفسه لا يظهر له الرقم السري... و لدى بعض البنوك يطلب من العميل تكوين الرقم السري الخاص به.

وبعد ذلك يرسل الشريط الممغنط المحتوى على البيانات لقسم إصدار البطاقات التي ترسل بعد ذلك إلى الفرع المختص و يتم برمجة الحاسب الآلي ببيانات البطاقة حتى يستجيب لها عندما يستخدمها العميل. أما عندما تتم عملية السحب تدون البيانات على ثلاث أنواع من الممزجات من شريط ورقي موجود خلف جهاز السحب، و أسطوانة ممغنطة موجودة في المركز الرئيسي للبنك ومستخرج ورقي في الحاسب الرئيسي يوزع على كافة الفروع"، عبد الفتاح بيومي، مرجع سابق، ص 190 و191.

3-تختلف بطاقات الفيزا كارد الى ثلاث أقسام أساسية:

- بطاقة الفيزا فضية: بطاقة ائتمانية يحصل من خلالها العميل على ما يحتاج اليه من السلع و الخدمات في صقف ائتمان منخفض لا يجب تجاوزه.
- بطاقة الفيزا الذهبية: بطاقة ائتمانية عالية تمكن حاملها من كل الامتيازات و الخدمات التي تقدمها مؤسسة فيزا كارد من اقتناء السلع و الخدمات، بالاضافة إلى الحجوزات السفريات و الرحلات و الفنادق.
- بطاقة الفيزا الالكترونية: بطاقة الكترونية للصرف المالي الدولي الفوري، تسهل للعميل من ابرام العقود التجارية الالكترونية الدولية.

كما تصدر الأمركان إكسبرس بطاقات ثلاث بطاقات مختلفة هي: بطاقة الأمركان إكسبرس الذهبية، و بطاقة الأمركان إكسبرس الماسية، بطاقة الأمركان إكسبرس الخضراء.

د.نجوى أبو هيبة، التوقيع الالكتروني، دار النهضة العربية، ص49، د.الصديق محمد الأمين:"بطاقات الائتمان"، مؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة و القانون، غرفة تجارة و صناعة دبي، 10-12 ماي 2003، الجزء الثاني، 641.

في النظام الأول يتم تسجيل العملية على الشريحة الممغنطة و لا يتم تسجيل المعاملة على حساب العميل إلا بعد نهاية دوام العمل، أما نظام العمل الفوري فهو يعمل على مستوى مركز المعلومات الرئيسي،و فيه يعرف فورا وضع العميل بعد تمام العملية، مع إمكانية حفظ العملية على الشرط الممغنط. و تبعا لهذا التنوع تختلف بطاقات الائتمان بحسب الغرض من استعمالها فقد نجد بطاقات صرف من الأجهزة الآلية التي لا تسمح بسحب الأموال ما لم يكن للعميل رصيد في حسابه، في حين نجد بطاقات الوفاء التي تصدر بغرض تمكين العميل من دفع مستحقات السلع التي يحصل عليها أو للوفاء نظير الخدمات التي يتلقاها. و رغم ما سبق، نجد أن بطاقات الائتمان تمنح حاملها فرصة الحصو ل على الائتمان من البنك مصدرها حيث يتولى الأخير سداد و دفع الثمن المقابل للخدمات و السلع على أن يقوم العميل بتسديد حقوق البنك خلال آجال معينة، لذا تظهر أهمية الرقم السري أو الكودي، لذلكعدّ الرقم السري من الخصوصيات التي يجب على العميل الحفاظ عليه وهذا ما تبنته محكمة باريس التجارية بأنه:" يعفى الحامل من المسئولية عن الاستعمال غير المشروع للبطاقة بواسطة الغير منذ لحظة إخطاره للبنك المصدر ....، لا يعفى من المسؤولية عن العمليات المنفذة لدى التجار الذين قاموا بتسليم السلع بناء على الصك المسروق..."[1]، وما اقره القضاء الفرنسي في الاتفاق على الاحتجاج بالشكل الالكتروني للتوقيع ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في تقريرها السنوي عام 1989 أشارت من خلاله إلى أن :" التوقيع الذي يتم بتلك الإجراءات الحديثة التوقيع المعلوماتي يقدم الأمان و الضمان و الثقة التي يقدمها التوقيع الخطي، بل قد يفوقه بكثير من حيث أن الرقم السري للبطاقة البنكية لا يعرفه إلا صاحبها"[2].

و نجد أن البطاقات الممغنطة إما ثنائية الأطراف بين العميل و المحترف أين تتم عملية السحب النقدي بينهما أو ثلاثية الأطراف و هم: البنك و العميل حامل البطاقة و الطرف الثالث الذي يكون التاجر أو البائع، بحيث يستخدم العميل بطاقته لتمام العقد الالكتروني عند اقتناءه السلع و الخدمات من المحلات التجارية العادية أو الالكترونية[3]. و أضيف لهذا النوع التوقيع الالكتروني الديناميكي أو الحركي[4]،و يتلخص بقيام صاحب التوقيع ومن بيته بإدارة حسابه لدى البنك ومن على حاسبه الشخصي، فيوقع على أوامر الدفع الالكتروني في معاملات التعاقد عن بعد، ما يميز هذا التوقيع انه يعتمد على آلة صغيرة الحجم تثبت على الوحدة المركزية للكمبيوتر.

1- مشار إليه لدى د. جميل عبد الباقي، الحماية الجنائية لبطاقات الائتمان الممغنطة، دراسة تطبيقية في القضاء الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص،173. نقلا عن الدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني للتجارة الالكترونية، الكتاب الأول، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص195.

2- بدون مراجع، مشار إليه لدى: الدكتور محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص54.

3- د.حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت، المرجع السابق، ص 35.

4- د.مفلح القضاة، المرجع السابق، ص17.

و تقوم إجراءات التوقيع بداية عند توقيع الاتفاق الأولي بين البنك و العميل، ثم تنحصر إجراءاته على عمليات السحب بالطريقة التالية:

01- يقوم العميل بإدخال البطاقة الالكترونية التي تحمل بداخلها البيانات الخاصة بالعميل و البنك.

02- إدخال الرقم السري.

03- ملئ النموذج الالكتروني بالمبلغ المطلوب و إصدار الأمر بالسحب أو بالسداد بالضغط على زر أو أيقونة الموافقة ليكتمل بعدها التعبير عن الإرادة و يتم الوفاء بالمبلغ المطلوب[1].

04-في حالة استخدام البطاقة للسداد، يمُرر البائع البطاقة عبر الجهاز المتصل بالبنك ليتأكد من صلاحية الرصيد و كفايته فيتم التحويل الالكتروني للأموال من حساب العميل إلى حساب التاجر في نفس البنك أو مع بنك آخر يتعامل مع مصرف العميل[2]. فالإجراءات المتفق عليه سابقا بين العميل و البنك تشكل العناصر المركبة لأكثر من آلية و ميكانزم واحد، فالآلية الأولى للترخيص بالدخول إلى النظام الآلي ثم آلية التوقيع التي تسمح لهذا الأخير ليس فقط للقيام بوظائفه التقليدية[3]، و إنما يجسد الحالات التقليدية التي يكرسها التوقيع اليدوي.بمعنى أن، الأوضاع التقليدية في تعاملنا مع المصارف التي يشترط فيها التوقيع كإمضاء صك بنكي الذي يعبر عن شخصية الموقع و يؤدي الوظائف المخولة له. فالتوقيع على صك للوفاء بقيمة خدمة متلقاة يقابله قيام العميل بإجراءين متتاليين يقوم بهما في جهاز السحب الآلي، و كليهما يحددان شخصية الموقع و يثبت رضى العميل. و لقد اعتادت البنوك على برمجة آلات السحب الآلي تمكن العميل من ثلاث محاولات لإدخال رقمه الصحيح، فان لم يقم بذلك بشكل صحيح تسحب منه البطاقة آليا، فقد تنتحل شخصية صاحب البطاقة فلا يرتبط كذلك التوقيع بمن ينسب إليه إذا تمت سرقته أو إضاعته.

فالشريط الممغنط الملحق بالبطاقة و الورقة المطبوعة بعد عملية السحب الذي يسلم للعميل لاحقا يشعره بتمام العملية و يسجلان تمام المعاملة لكنه لا يحتو ي على أي أثر للتوقيع مما يعني أن لا البطاقة ولا الرقم السري يمكن يتخذا شكل التوقيع الالكتروني، لذا يعد توقيعا الكترونيا كل إتباع لإجراءات متفق عليها مسبقا بين العميل و البنك بإدخال البطاقة إلى النظام البنكي و تركيب الرقم السري، و حجية هذا التوقيع هو حجية العقد الاتجاه الأصلي المحرر على ورق، و مثال كذلك المادة 11 من عقد الحامل لبطاقة **فيزا بنك VISA BANK** للبنك الأهلي المصري على أنه:" على حامل البطاقة أن يبذل قصارى جهده لضمان سلامة البطاقة، فإذا فقدت البطاقة

1- راجع: د.فياض القضاة:"مسؤولية البنوك الناتجة عن استخدام الكمبيوتر كوسيلة وفاء"، مؤتمر القانون و الكمبيوتر و الانترنت، كلية الشريعة و القانون، الإمارات العربية المتحدة، 01-03 ماي 2000.

2- د.ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص57.

3- D .GOBERT et E. MONTERO, «La directive européenne sur la signature électronique : Vers la sécurisation des transactions sur l'Internet »,*précité*, p. 05.

أو سرقت يكون مسئولا مسئولية مطلقة تجاه البنك عن النتائج المترتبة عن إساءة استعمال البطاقة بواسطته أو بواسطة الغير، وعلى حامل البطاقة المفقودة أن يخطر البنك على الفور..."[1].

و يتم إثبات عملية السحب عن طريق: أولا، شريط ورقي يثبت القيام بالعملية بالتاريخ و الساعة و المبلغ المسحوب و الرصيد المتبقي[2]، أما الثاني، شريط ورقي ثاني خلف جهاز السحب الآلي، و أخيرا، تسجيل العملية على البطاقة الالكترونية و الذاكرة المركزية للبنك.[3]

ما يميزها في أنها تنعدم معها حالات القرصنة و الاختراق و التلاعب بها، بمعنى أنها مبرمجة على فسادها التلقائي لمجرد المحاولة لاختراقها و تصبح منتهية الصلاحية مما يحتم على حاملها مراجعة البنك، و تشبه هذه العملية سابقتها في الاتفاق المسبق بين العميل و البنك و لم تجد البنوك حتى الآن خلافا يذكر مع العملاء أو نزاعا عن العمليات[4]. و أن استخدام البطاقة من طرف الغير هو فرض نادر على نحو إذا فقدت أو سرقت فللعميل أن يتقي انعكاساتها من الاستخدام الغير مشروع عن طريق إبلاغ البنك.

و لقد عُرض القضاء الفرنسي إشكال مدى حجية التوقيع الالكتروني بالبطاقات الالكترونية، و اعترف لها بالحجية القانونية الكاملة في الوقت الذي يعتبر الفقه استعمال بطاقات السحب تطبيقات للتوقيع الالكتروني[5]، و من ثم يلحق بالمحرر الكتابي.

الصورة الثالثة: التوقيع بالقلم الالكتروني و التوقيع اليدوي الالكتروني

التوقيع بالقلم الالكتروني من الطرق الحديثة التي تعتمد على قيام الشخص بالتوقيع على شاشة الكمبيوتر باستعمال قلم خاص بذلك، و لعل هذه التقنية تطوير لفكرة التوقيع اليدوي الالكتروني التي تقوم أساس التوقيع العادي للشخص على دعامة ورقية مادية ثم يليها تصوير نسخ توقيعه الخطي ضوئيا **Scanner** و تحفظ الصورة كإحدى البيانات الالكترونية على جهاز الحاسب الآلي كملفات: **WINDOWS** أو **MAC** أو **ACROBAT** و التي تكون قابلة للتشفير كما سبق الإشارة إليه في التوقيع الرقمي، يرجع إليه كلما أراد الموقع ذلك.

أما طريقة حفظ التوقيع بالقلم الالكتروني، فإنه بعد قيام الشخص بالتوقيع على شاشة الكمبيوتر، يأخذ هذا الأخير بالتقاط صورة التوقيع ليتمحفظها بذاكرة الكمبيوتر ليقوم من جديد باستحضارها لمقارنتها و مضاهاتها كلما أرسل مستند الكتروني موقع بخطه، ويتم التحقق و التأكد من صحة التوقيع بالاستناد إلى حركة القلم الالكتروني و الانحناءات و الالتواءات و التقعرات التي يتخذها[6].

1- د.عبد الفتاح بيومي، المرجع السابق، ص195.
2- د.حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق،ص 37.
3- د.محمد مرسي زهرة، مدى حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات، المرجع السابق، ص96.
4- المرجع نفسه.
5- د.ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص100.
6 -Eric CAPRIOLI, « Le juge et la preuve électronique »,*précité.*

و هذه الفكرة قابلة التطبيق على الأطقم الحرفية لأنظمة الاستغلال و يشكل كل طاقم حرفي 256 مكان حرفي، و عن طريق برامج الكمبيوتر يمكن إنتاج طاقما شخصيا مرفق برقم سري لحمايته[1] فتجتمع هنا صورتي التوقيع الرقمي التوقيع بالقلم الالكتروني و التوقيع اليدوي الالكتروني يمكن حفظها و حملها على أية واسطة الكترونية متحركة غير ثابتة يستعين و يتم طبعه على المحررات الورقية و يظهر مكتوبا كأنه أصل خطي.

تجد هذه الصورة لها تطبيقات على شبكات الانترنت كـ: الانترانت **INTRANET** و شبكات الاكسترانت **EXTRANET** لتبادل البيانات و السجلات الكترونيا.

بقدر ما يقدمه هذا النو ع من ثقة و أمان في التعامل بقدر ما يفوق في الصعوبة تزوير التوقيع على المحررات الورقية، فمقارنة بسيطة جدا بين التوقيع بالقلم الالكتروني و نسخة التوقيع باليد تسهل اكتشف التزوير إذ يكفي الحصول على نسخة أو نموذجا منه ليعاد إنتاجه مما يشكل مخاطرة في حد ذاته، بقدر ما بسيط نجده سهل التقليد و من ثم لا تتمتع بدرجة عالية من الأمان المعلوماتي التي تتطلبها بيئة التجارة الالكترونية، فلا يمكن الوثوق في العلاقة بين التوقيع و صاحبه فلا يمكن الاعتداد به و القول بانطباق المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري أو المادة 02/02 من التوجيه الأوربي.

الصورة الرابعة: التوقيع البيومتري

و هي تسمية ممتدة للعلم الذي يهتم بالخواص المميزة لكل شخص، و لدراسة تلك الخواص نعتمد على علم البيومترلوجي الذي يدرس علم حساب الاحتمالات الكائنات البشرية من حيث الأعمار التي يمكن أن تعيشها،

و استخدام الخواص السلوكية و الجسدية للكائن الحي لتمييزه و تحديد هويته و خواصه الذاتية، و من ثم يقدم الإمضاء البيومتري يقوم على حقيقة علمية تميز صفات الشخص الذاتية بالنظر إلى أقرنائه، و من أهم تلك الخصائص الفردية و الصفات الجسدية التي تجد تطبيقا لها بصمة الإصبع و قزحية العين و نبرة الصوت و ملامح الوجه البشري[2]، و يتم أخذ صورة للشخص و صفاته الجسدية ثم تخزن في الذاكرة المركزية المعلوماتية أين يتم استحضارها خلال "05" خمسة ثوان أو أقل منها، بمعنى أنه خلال تلك الثوان يقوم بقياس مدى مطابقة هذا التوقيع بذلك المحفوظ في ذاكرته، و هذه التقنية سائدة الانتشار عبر المطارات و الجهات الإدارية و القضائية في البحث عن المجرمين، و تم الاستعانة بها لكونها تتوفر على شرطي الكتابة الالكترونية التي تحدد شخصية صاحبها و تنسب المحرر إليه.

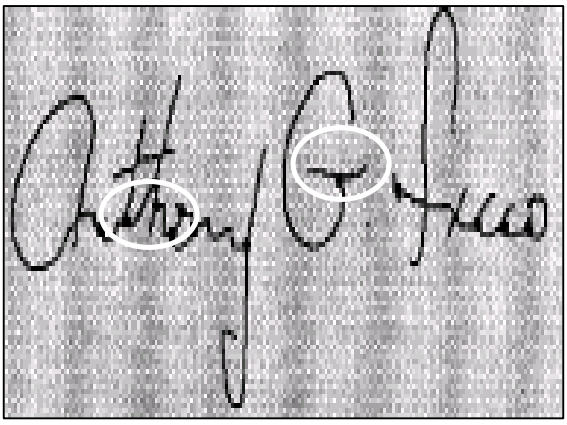
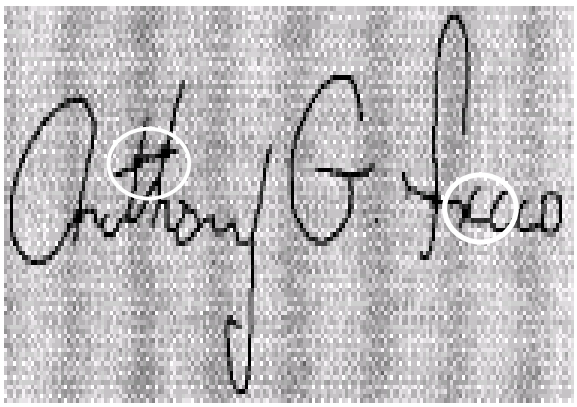
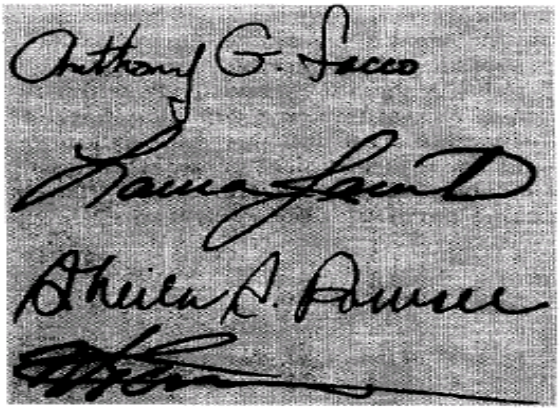
كما أن هذا التوقيع البيومتري يعتمد على أنظمة التشفير الذي يقوم بوظيفتين أساسيتين أولى تتعلق بالتقاط التوقيع و الثانية بالتأكد من صحته وسلامته و لا يتحقق ذلك إلا بالخواص الذاتية للشخص التي تختلف عن بقية الأشخاص، فهو وسيلة موثوق بها لقدرته على القيام بوظائفه مما يبرر إمكانية استخدامه للتوقيع على عقود التجارة الالكترونية.

1- د.مفلح القضاة، المرجع السابق، ص 18.
2- د.محمد حسام محمود لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الالكترونية، المرجع السابق، ص 25.

رغم ما يحققه هذا التوقيع من دقة و أمان إلا أنه ليس بمنأى عن القرصنة و التزوير المعلوماتي، فيمكن أن نسجل النبرة الصوتية و نعيد نشرها و نسخها و يمكن تقليد بصمة العين بإنتاج عدسات مماثلة[1]، كما أن هذه التقنية لا تزال قيد التطوير و التحسن نظرا لبطئ إجراءاتها و تكلفتها المادية الكبيرة، فضلا عن ذلك أن التوقيع البيومتري يؤخذ كصورة لتسجل على ذاكرة القرص الصلب لجهاز الكمبيوتر مما يمكن من نسخها ونقلها وحتى قرصنتها الكترونيا[2].

و التحدث عن مساوئ التوقيع البيومتري لا يعني خلوها من المزايا والمحاسن، إذ تتيح هذه التقنية دقة و أمان و ثقة، كون أن التوقيع الالكتروني في هذه الصورة لا يقلل من شأنه فإمكانية التزوير تبقى قائمة و واردة شأنها شأن سائر التواقيع العادية أو الالكترونية التي تكون بحاجة مستمرة لتأمين احتياجاتها التقنية عبر الانترنت.

نموذج تطبيقي للتوقيع اليدوي:

ملاحظات: يتضمّن كلا التوقيعين انحناءات و حلقات و خطوط أفقية و عمودية.
عملية أو محاولة خاطئة للتقليد.
إنّ الحلقات و انحناءات التوقيع تنتزع من الصّورة الهيكلية للتّوقيع و تستعمل في المكان و العلامةالمكوّنة و الموصلة بالأرشيف الالكتروني.

المصدر : http://www.itu.int/ITU-D/e-strategy/

1- [illegible]
و ال[illegible]
2- أ.عادل محمود شرف و عبد الله إسماعيل عبد الله:"ضمانات الأمن و التأمين على شبكة الانترنت"، مؤتمر القانون و الكمبيوتر و الانترنت، الإمارات العربية المتحدة، 01-03 ماي 2000.

المطلب الثالث: التشفير الالكتروني

تعتبر مرحلة التصديق على التوقيع الالكتروني أهم مراحل تحرير العقد الالكتروني و أخطرها، فهي مرحلة إثبات العقد وبيان صحة ما ورد من بيانات تتضمن للحقوق و الواجبات الموزعة على كل طرف، كما أنها تسمح بالتأكد من نسبة التوقيع لصاحبه و أنه فعلا يلتزم بما يرد فيه، و بالتوثيق الالكتروني نتعرف على حصرية التوقيع الالكتروني و مدى تعديله أو تحريف رسالة البيانات الالكترونية. و شبكة الانترنت قبل أن تزدهر بالشكل الذي هي عليه الآن كانت تعاني من نقص كبير في توفير الأمن المعلوماتي، و سبب هذا التهديد التطور المستمر لوسائل الاتصال الحديثة[1]، و لما كان للمستندات الالكترونية الأهمية البالغة على المستوى القانوني و التجاري فإنه تم التدخل لمنع تلك الخروقات و المساس ببيانات الشركات الموضوعة على مستوى الشبكات و التلاعب بها.

و هذا ما أكدته عدة تشريعات بهذا الخصوص منها قانون اليونسترال بشأن التواقيع الالكترونية لسنة 2001 فيما يتعلق بتنسيق قواعد الاعتراف بالتواقيع الالكترونية و تقديم طرق تقييم محايدة تكنولوجيا للوصول إلى ما إذا كانت تقنيات التوقيع الالكتروني موثوق فيها. نفس الاتجاه سار عليه المشرع الأوربي في التوجيه المتعلق بالإطار المشترك للتواقيع الالكترونية الذي أكد على حماية العقود الالكترونية و حماية وسائل الدفع و التحويلات الالكترونية للأموال سيما ما تضمنته ملاحق هذا القانون[2].

رغم اختلاف التشريعات فيما توفره من أمان قانوني إلا أن كلها تصب في ضمان مصداقية أوسع للمواقع الالكترونية، و منع عبث القراصنة بأطراف التعاقد الالكتروني، و تحمي بوسائل أفضل المستهلك من الإغراءات الالكترونية و الإعلانات التجارية الكاذبة، فقد أعلنت الحكومة الأمريكية[3] عن ضبطها لعدة مواقع الكترونية تحمل إعلانات مزيفة على أنها تبيع أدوية ذات استطبابات ساحرة تشفي حتى من الأمراض المستعصية[4]، فضلا عن

1- د.طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت، المنشورات الحقوقية، بيروت، ص240.

2 -« L'annexe III couvre les exigences relatives aux dispositifs sécurisés de création de signature pour garantir les fonctionnalités des signatures électroniques avancées; elle ne couvre pas l'intégralité du cadre d'utilisation de ces dispositifs; pour le bon fonctionnement du marché intérieur, il est nécessaire que la Commission et les États membres agissent rapidement pour permettre la désignation des organismes chargés d'évaluer la conformité des dispositifs sécurisés de création de signature avec l'annexe III; les besoins du marché exigent que l'évaluation de conformité soit effectuée en temps opportun et de manière efficace; » Directive 93/99.

3- د.جميل عبد الباقي الصغير، الانترنت و القانون الجنائي، الأحكام الموضوعية للجرائم المتعلقة بالانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص22.

4- نصت المادة 1/C/101 من قانون التوقيع الالكتروني الفيدرالي بأنه إذا كان القانون الواجب التطبيق على العقد يشترط أن يتم تبادل البيانات مع المستهلكين كتابة فلا يجوز مخالفة هذا الحكم القانوني عن طريق الكتابة الالكترونية إلا إذا وافق المستهلك على ذلك، و للمستهلك له أن يطلب الاطلاع على المستندات التي يتم تبادلها بالطرق القانونية.

حماية طرفي السداد الالكتروني من حيث تحديد المدين المكلف بالدفع والدائن المستفيد من تحويل الوفاء الالكتروني[1].

من أهم وسائل قرصنة و اختراق التوقيع الالكتروني التجسس على البيانات التي يدخلها أصحاب المفاتيح الخاصة، أو كإدخال برنامج خاص أو فيروس حاسب آلي، و اعتمد الفقه على استعمال التقنية المبنية على الكتابة السرية أو المشفرة، و أدت الحاجة الملحة لهذا الأخيرة إلى التطبيق الواسع له بإشراك جهات التصديق الالكتروني التي تكون الطرف الثالث الذي يتحقق من الوجود الفعلي للمفاتيح و يُصدر الشهادات الالكترونية التي مصاحبة لحاملها.

الفرع الأول: تعريف وتطور التشفير

يعتبر تشفير و أمن الرسالة الالكترونية أهم صور تجسيد الحماية الالكترونية للمعلومات و البيانات، وازدادت الأهمية البالغة لنظام التشفير لدى حماية المعلومات على مستوى الشبكات الافتراضية، و إلى غاية اللحظة يعد أحسن تقنية ترمي لتحقيق ما سبق، و لعل هذا السبب الذي يجعله محل طلب متزايد عليه و على أنظمة الحماية و السلامة الالكترونية و جدر ان الحماية، و هو عبارة عن نظام برمجي أو تقني حديث وجد له مكانا في المجالات العسكرية كإحدى أهم وسائل التمويه و أهمها استخدامه من قبل الألمان[2] فكانت ردة فعل الحلفاء أن ابتكروا أجهزة أكثر دقة في فك الشفرة الألمانية[3].و بظهور المعلوماتية و تطبيقاتها أصبح فك الشفرة يعهد به للكمبيوتر الذي يحرز تقدما واسعا في تشفير السندات الالكترونية، فما المقصود بالتشفير؟.

أولا: تعريف

تأتي أنظمة التشفير على رأس وسائل الحماية و الأدوات المبتكرة لتوفير الأمن و السلامة المعلوماتية، و إذا كان التشفير ينمي على طريقة لا تمكن الغير من قراءة رسالة البيانات الالكترونية وتقابلها كذلك مهارة أخرى تتعلق بفكها و رد الرموز إلى أصلها بعد معاينتها[4]، لذا نجد أن التشفير جملة من الأدوات الفنية و التقنية التي تؤدي وظيفة حماية المعلومات و تأمينها خصوصيتها و تجعلها سرية عن طريق استعمال المفاتيح.

أما تأصيل بداية الاستعانة بالتشفير في العصور القديمة، فقد شفرت الرسائل لتقرأ على رؤوس العبيد، إذ يحلق الرأس بداية و يكتب عليه الرسالة ثم ينتظر نمو شعره لتقرأ الرسالة من جديد بحلق شعره بعد نموه، و تطورت الفكرة لتسع الكتابة بالحبر السري مع الإبقاء على مبدأ السرية[5].

1-القاضي وسيم شفيق الحجار، الإثبات الالكتروني، المنشورات الحقوقية، بيروت، 2002، ص 41.

2- سميت الآلة الكهربائية لفك الشفرة بـــ: ENGIMA.

3- من أهم تلك الآلات: COLOSSUS و BOMBE.

4- د.طوني ميشال عيسى، خصوصية التعاقد في المعلوماتية، المنشورات الحقوقية، بيروت، ص198.

5-حيث عرفت طريقة الاستبدال المخصصة لـــ: جول سيزار Jules César و هي تقوم على فكرة تغيير أحرف الرسالة المراد بعثها بأحرف أخرى بحيث يكون ترتيب هذه الأخيرة في الرتبة الثالثة التي تلي كل حرف في الرسالة الأولى كمثال على ذلك كتابة العبارة المبعثرة على النحو التالي: « M H V X L V Y D L Q T X H X U » تصب، Je suis vainqueur. » ، و توجد طريقة أخرى مشهورة قائمة على تغيير ترتيب أحرف الرسالة عن طريق

و عرفه مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري بأنه:" تغيير في شكل البيانات عن طريق تحويلها إلى رموز أو إشارات لحماية هذه البيانات من إطلاع الغير عليها أو من تعديلها أو تغييرها"[1].

وعرفت المادة السادسة من القانون البريطاني للاتصالات الالكترونية لسنة 2000 خدمة دعم الشفرة و ليس التشفير بأنها:"

01- في مفهوم هذا القسم فان الاصطلاح خدمات دعم الشفرة يعنى أي خدمة تقدم لمرسلي و مستقبلي الاتصالات الالكترونية أو لهؤلاء الذين يخزنون البيانات الالكترونية و المصممة لتسهيل استخدام تقنيات للأغراض الآتية:

أ/- ضمان أن تكون هذه الاتصالات أو البيانات من الممكن الدخول إليها أو أن توضع في شكل مفهوم و بمعرفة أشخاص بعينهم أو،

ب/- ضمان أنه يمكن التأكد من صحة و سلامة هذه الاتصالات أو البيانات.

02- لا تتضمن الإشارة في هذا القسم من شروط تقديم خدمات دعم الشفرة، الإشارة إلى توريد أو أي حق في استخدام برامج الكمبيوتر، فيما عدا أن يكون التوريد مدمجا ضمن توريد دعم الشفرة، و غير المتضمنة في مثل هذا التوريد".

أما المادة 02 فقرة05 من القانون التونسي للتجارة و المبادلات الالكترونية فتشير بأنه:"استعمال رموز أو إشارات غير متداولة تصبح بمقتضاها المعلومات المرغوب تحريرها أو إرسالها غير قابلة للفهم من قبل الغير أو استعمال رموز أو إشارات لا يمكن الوصول إلى المعلومة بدونها".و عرف القانون الفرنسي المتعلق بتنظيم الاتصالات خدمة التشفير كما يلي:" كل خدمة تهدف تبعا لاتفاقات سرية إلى تحويل معلومات أو إشارات غامضة غير مقروءة لدى الغير، أو لإنجاز عمليات تكون مرتبطة ارتباطا عكسيا مع عمليات أخرى استنادا إلى وسائل مادية أو منطقية معدة لهذا الغرض"[2].

ثانيا: الضوابط و القيود الواردة على التشفير

تتحفظ الدول من استخدام الأفراد للتشفير الالكتروني لأسباب عسكرية و أخرى سياسية لها اعتبارات الدفاع الوطني، فكل الأمر أن مزايا التشفير أكثر من مساوئه، فليست الغاية من إبرام العقد الالكتروني ارتكاب جرائم

استعمال دائرة، وتحاط بشريط من جلد رقيق للكتابة ثم يكتب طوليا على الجلد، ولفافة تكون متبوعة بأحرف غير متلاصقة، ولا يمكن قراءة الرسالة إلا بإحاطتها باللفافة و التي تكون لها نفس القطر مع الرسالة، مشار إليه لدى:
A .BENSOUSSAN et Y. Le ROUX, Cryptologie et signature électronique aspects juridiques, France, Hermes Science, 1999. p.14.

1- د. عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع، السابق، ص204.

2- Art.17 de la loi 90- 117 sur la réglementation des télécommunications modifiée par loi n° 96-659 du juillet 1996 : « Toutes prestations visant à transformer à l'aide de conventions secrètes ou signaux clairs en informations ou signaux clairs en information ou signaux inintelligibles pour des tiers, ou à réaliser l'opération inverse, grâce à des moyens matériels ou logiciels conçus à cet effet ».

الحق العام، بل الهدف منه توفير قسطا من الأمان في المعاملات. إن القوانين المتعلقة بالتشفير تسن لوضع توازنا بين وظائف الدولة و الأمن العام و الضرورة الملحة لاستعماله في المعاملات الالكترونية، و تزداد قيمة التشفير في حجم المفتاح المستخدم، و يستخدم النظام القياسي لتشفير البيانات المتكون من 56 بايت **Bit** و كل بايت يشكل 08 أحرف، و هذا ما يأخذ وقتا طويلا جدا حتى يتمكن الكمبيوتر من معرفة المفتاح من دون الحاجة إلى تدخل وسيط ثالث أو شركة متخصصة في ذلك، فإذا كان الحد الأدنى المتعارف عليه هو طول الأعداد الأولية المقدر بـ: 256 بايت، فقد ينصح بمستويات أعلى كأن تكون 512 أو 1024 بايت، و للجزم قطعا يتم الاستعانة بالمفاتيح ذات طوله 2056 بايت التي تستنفذ كل العمليات الحسابية الرياضية الموجودة حاليا و هو المفتاح غير القابل للاختراق حاليا[1]. أما حدود الاستعانة بالتشفير الالكتروني فقد وضعت معالمها التشريعات الدولية و الوطنية في حدود الحاجة للتشفير، نرتبها حسب أهميتها التشريعية، و هي:

ففي فرنسا بين ّ المشرع الفرنسي شروط التعامل بالتشفير و قيد أطراف العقد الالكتروني ببعض الإجراءات اللازمة الإتباع، و بناء على القانون 2001/616 المؤرخ في: 2001/07/11، فقد أجاز تصدير وسائل التشفير في حدود الحاجة لتأمين سرية رسالة البيانات في حدود الحجم المفتاحي 128 بايت صادر عن هيئة رسمية، إذا كان من أجل:

- 01- استعمال وسيلة أو خدمة التشفير لأغراض شخصية أو جماعية و حتى عمومية.
- 02- توريد وسيلة أو خدمة التشفير و تتعلق بالبيوع و الإيجار و الخدمات المجانية.
-03- استيراد وسيلة أو خدمة التشفير متى تعلق الأمر بالتعاون مع دولة ليست عضو في المجموعة الأوروبية و لا طرفا في الاتفاقية المنشأة للفضاء الاقتصادي الأوروبي.
- 04- التصدير نحو الدول ليست عضو في المجموعة الأوروبية ولا في الاتفاقية المنشأة.

أما دوليا، فقد كانت بدايتها بإبرام اتفاقية **WASSENAAR** لسنة 1996 بشأن الرقابة المفروضة على تصدير الأسلحة التقليدية و التقنيات و المواد ذات الاستعمال المزدوج، فهي تؤسس للقواعد الأساسية لتنظيم المنتجات التشفيرية، و عدلت سنة 1998 لتخفف من القيود و لتسمح للأفراد باستعمال التشفير ذي 64

1- بعد شيوع الاختراقات الحاصلة على المواقع الالكترونية، ضع سلما لتحديد مستويات الاختراق أو الهجوم المعلوماتي يتكون من ستة مستويات هي:

01- المستوى الأول للهجوم، أو هو قنبلة الصندوق التي يصاحبها إعاقة النظام عم التشغيل.
02- المستوى الثاني للهجوم، وفيه يمكن أن الدخول إلى نظام المعلومات لأجهزة الكمبيوتر مع إمكان قراءة ملفات الشخص و نسخها من دون إذن صاحبها.
03- المستوى الثالث للهجوم، اختراق المواقع الالكترونية من دون رخصة.
04- المستوى الرابع للهجوم، الاختراق و قراءة الملفات الشخصية.
05- المستوى الخامس للهجوم،نقل و نسخ الملفات السرية.
06- اختراق النظام مع فتح منفذ للدخول إلى النظام بأكمله و العبث به.

راجع: منير محمد الجهيني و ممدوح محمد الجهيني، أمن المعلومات الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006،26 و ما يليها.

بايت. و أما الضوابط و إن اختلفت من تشريع لآخر، فقد يكون القيد هو منع تكاثر و إنتاج قدرات تشفيرية تشكل خطرا على الأمن و الدفاع، أو هو تقديم مستوى عال من الأمن و السرية بما يسمح من ضمان المعلومات و سرية البيانات، و يكون القيد الأول هو حالتي المادة 28 ف 01 بند أ[1]، الحالة الأولى: تتعلق بالعمليات التشفيرية الالكترونية المعفاة من أي قيود أو شكلية إجرائية معينة أو إدارية متى كان الهدف هو صدق المراسلة أو كتأكيد مصدرها فهنا لا يستلزم شيئا في حدود تشفير كلمة السر أو المرور أو رمز الهوية دون ضمان لسرية المعلومة ذاتها.

أما الحالة الثانية، حالة ما إذا كان نظام التشفير يهدف إلى ضمان سرية المعلومة ذاتها، بمعنى إذا تعلق الأمر بتشفير الرسالة ذاتها، ففي هذه الحالة يجب أن تكون المفاتيح أقل أو تساوي 128 بايت[2]، و تكون أكثر عندما تقدم الخدمة من طرف هيئات معتمدة.

و يوجد قيد آخر يتعلق بإجراءات الحصول على رخصة منتجات الشفرة أو هو قيد تصدير أنواع معينة من التشفير، فيتعلق بالحالات التي يشترط فيها التصريح نزولا عند المادة 28 فقرة 02 بند 01، إذ يجب أن يصرح بكل توريد أو استيراد للوسيلة أو الخدمة إلى دولة ليست من المجموعة الأورو بية، و يشترط كذلك التصريح في حالة ما التصدير إذا كانت تلك الوسيلة لا تضمن سرية المعلومات.

كما يشترط كذلك أن تتم كل هذه الإجراءات و التصاريح أمام الوزير الفرنسي الأول. أما الضابط الثالث، و هو الذي يتعلق بالعمليات التي يشترط فيها الرخصة بمقتضى نفس المادة فقرة 01 بند "ب" و الفقرة 02 بند" أ "، حيث يجب رفع الطلب المتضمن للرخصة مسبقا لدى الوزير الأول و ذلك في الحالات التالية:

- استعمال وسيلة أو خدمة التشفير من أجل وظيفة السرية.
- استعمال مفاتيح لا تدار من هيئة معتمدة.
- في حالة توريد و استيراد الخدمة من دولة ليست عضو في المجموعة الأوروبية و نفس الشيء إذا تم تصديرها.

الفرع الثاني:نظم التشفير

يقوم التشفير على نظامين أساسيين،هما:

01- نظام المفتاح المتماثل

[1]- الملحق المرفق بالقانون الفرنسي رقم:1999/200 المتعلق بتحديد الوسائل و الأصناف التشفيرية الخدماتية المعفاة من الشكليات المسبقة المؤرخ في 19 مارس 1999، ج ر يوم 19 مارس 1999.

[2]- كل 01 بايت « 01 Bit » يساوي 08 أحرف.

يقصد به أن يستعين طرفي العقد الالكتروني بمفتاح تماثليمُكن المرسل و المرسل إليه من نفس المفتاح لتشفير العملية و لفك رموزها، حيث يجب أن يعلم الطرفين مسبقا بالمفتاح المشترك، و يستعان في هذه الطريقة بالعديد من الأرقام الكثيرة التي تثير التعقيد و تجعل من الصعوبة بمكان قابليتها للتزوير.

02- نظام المفتاح العام

ويقوم على فكرة الهندسة العكسية و يعتمد فيها على مفتاحان أو نظام المفتاح المزدوج، الأول عام معلوم من لدى العامة يمكنهم من استخدامه،و الثاني خاص لا يعرفه إلا صاحبه أي أنه شخصي، وتوجد العديد من طرق الحمايةو الأمن المعلوماتي كطريقةالتعريف الشخصي، عزل الشبكات الخاصة، الاتصال من طرف واحد، اللجوء إلى الغير المكلف بالتوثيق الالكتروني أو ما يسمى بالغير و استخدام جدران عزل النار أو الجدار الناري[1].

وتتم عملية الإرسال كما يلي:

- كتابة الرسالة ثم تشفيرها باستخدام المفتاح العام، وترسل إلى الشخص المطلوب.
- يقوم إرسال الرسالة المشفرة إما وفقا لاتفاقات سرية أو عن طريق طرف ثالث معتمد.
- يتلقى المرسل إليه الرسالة و بالاستعانة بمفتاحه الخاص يمكنه أن يحل الشفرة وقراءتها واستعادة شكلها الأصلي.

الفصل الثالث: التوثيق الالكتروني ومنازعات المعاملات الالكترونية

لقد سمحت بيئة التجارة الالكترونية للأشخاص القانونية بالتبادل السريع للمعلومات و البيانات في أي نقطة من العالم بقصد إبرام العقود الالكترونية، وتعتبر سلطات التصديق الالكتروني أهم شخص موثوق فيه يقوم بتسجيل و توثيق تلك العقود و المعاملات الالكترونية عن طريق ما تصدره من شهادات الكترونية التي يعتبرها البعض وسيلة إثبات لأن التطور السريع الذي عرفته التقنية أظهرها كمهنة جديدة جديرة بالثقة، و تقوم فكرة المصادقة على استخدام كلمات المرور أو الرموز التي تشير إلى الوقت و التاريخ، كما أن تدخل طرفا ثالثا في عملية التعاقد الالكتروني هو تطبيق سليم لتوثيق السجلات الالكترونية في حد ذاتها، و هي عملية ليست في مواجهة تطبيق قاعدة عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه[2]، و جعلت مستعملي الانترنت يثقون في التعامل على الشبكات الافتراضية، مما خلق طرفا ثالثا في هذا التعامل الالكتروني سمي بالغير المصادق أو الموثق واضعا تلك التقنية المتطورة في خدمة العملاء و التي تنتج التوقيع الالكتروني. أمام هذا الوضع تدخل المشرع

[1]- د. عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، 215 و 216.

[2]- M. ANTOINE, D. GOBERT et A. SALAÜN, « Le développement du commerce électronique : les nouveaux métiers de la confiance » *in* : Droit des technologies de l'information Regards prospectifs », Cahiers du CRID, n° 16, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 3-32, at.03.

الأوروبي بالتوجيه الأوروبي في 13 ديسمبر 1999 المتعلق بالإطار المشترك للتوقيع الالكتروني و الذي وضع نظاما لتلك الخدمة والذي ادخل في القانون الداخلي الفرنسي بداية من 13 مارس2000[1].

المبحث الأول: جهات التوثيق الالكتروني

إن تدخل سلطة التصديق الالكتروني أمر ضروري لإصباغ الجدوى الحقيقية للتوقيع الالكتروني، لذلك فتحديد الجهة التي تضبط هوية الشخص الالكترونية أمر ضروري، و بالتالي البحث في الثقة و الأمان لدى أطراف العقد الذين لم يسبق لهما الالتقاء الفعلي و لم يقيما علاقات قبلية، و لكي تقوم تلك هذه الثقة في سلطة التصديق الالكتروني يجب البحث في تعريفها و بيان عملها و سلطتها.

المطلب الأول:ماهية سلطة التوثيق الالكتروني ومهامها

كما أن تعريف التوثيق جديد نسبيا و هو اشتقاق من فعل وثق ويعني: القرار أو التحديد أو التأكيد و الوضوح[2]، غير أن المفهوم الاصطلاحي القانوني فيقصد به:" إجراء يقوم به طرف ثالث تتوفر فيه الشروط القانونية لتأمين و تأكيد منتوج أو خدمة معينة"[3].

الفرع الأول: تعريف سلطة التوثيق الالكتروني

تنشأ هذه السلطة بناء على تدخل الدولة بإستحداث سلطة عمومية تتولى مهام التوثيق أو بعد تكليف شخص خاص و بالتالي تكون جهة التوثيق سلطة خاصة[4].

و عرفت جهة المصادقة الالكترونية بأنها:" عملية تستخدم في تأكيد هوية شخص أو سلامة معلومات معينة، و بالنسبة لأية رسالة تتضمن المصادقة التأكد من مصدرها، و أنه لم يطرأ عليها أي تعديل أو لم يتم استبدالها أثناء نقلها"[5]. و لا يزال مفهوم التوثيق الالكتروني يكتنفه الكثير من الغموض لحداثته، فهو يتشكل من مجموعة من القواعد المحددة لشروط قبول الشهادات الالكترونية.

كما تم تعريفها في المادة 11/02 من التوجيه الأوربي بشأن التوقيعات الالكترونية بأن:"مقدم خدمة المصادقة يعني الجهة أو شخص قانوني طبيعي أو اعتباري يصدر الشهادات و يقدم خدمات ذات الصلة بالتواقيع الالكترونية"[6].

1- Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil et La loi n° 2000-230 du 13 mars 2000.

2 -Encyclopédie Larousse.,CD-ROM, 2002.

3 - B. BRUN, « Nature et impacts juridiques de la certification dans le commerce électronique sur Internet », mars 2000,P.06., http://www.lex-electronica.org

4 -E.CAPRIOLI , "Sécurité et confiance dans le commerce électronique »,*précité*,p.1123.

5- القاضي وسيم الحجار، المرجع السابق، ص 212.

6 - Art.02§11 : «Prestataire de service de certification», toute entité ou personne physique ou morale qui délivre des certificats ou fournit d'autres services liés aux signatures électroniques».

و عرفتها المادة 02 فقرة هـ من قانون اليونسترال بشأن التواقيع الالكتروني لعام بأنها:" مقدم خدمات تصديق يعني شخصا يصدر الشهادات و يجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الالكترونية". رغم أن هذه التعاريف لا تعبر عن حقيقة التوثيق الالكتروني[1]، فقد قصد بالخدمات المرتبطة بالتوقيع الالكتروني تلك التقنيات التي تحفظ الأرشيف و السجلات الالكترونية و تأريخ المعاملة و خدمات النشر و الخصوصية و خدمات الإشهار و الاستشارة[2].

أما المادة الفصل الثاني من القانون التونسي رقم:83 لسنة 2000 بخصوص المبادلات و التجارة الالكترونية فقد حددت مضمون خدمات المصادقة الالكترونية بأنه:" كل شخص طبيعي أو معنوي يحدث و يسلم و يتصرف في شهادات المصادقة و يسدى خدمات أخرى ذات علاقة بالإمضاء الالكتروني"، أما المادة 02 من قانون رقم:02 لسنة 2002 بشأن المعاملات و التجارة الالكترونية فنصت:" أي شخص أو جهة معتمدة أو معترف بها تقوم بإصدار شهادات تصديق الكترونية أو أية خدمات أو مهمات متعلقة بها و بالتوقيع الالكتروني".

يستفاد من النصوص السابقة أن هذا الشخص الثالث عبارة عن سلطة أو جهة يكون الهدف من إنشائها تلبية حاجة طرفي العقد الالكتروني إلى توثيق معاملتهم الالكترونية، و نجده جهة مستقلة و محايدة تسعى لتوثيق المعاملات الالكترونية،و يتم تدخله بناء على طلب شخص أو أكثر بهدف إنشاء و حفظ و إثبات السجلات الالكترونية، و أن تصدر تلك الجهات شهادات الكترونية تثبت وجود معلومات[3]،و بين أن تكون تلك الجهات عمومية أو خاصة لها وجود حاليا و تقدم خدماتها بشكل واسع على الانترنت كشركة **VERISIGN**و **ARINIC** و **MTRUST** .

و يستفاد كذلك أن مضمون مقدمي خدمات التوثيق أوسع من فكرة سلطة التصديق الالكتروني،فهي التي تسلم الشهادات و تتلقى طلبات التصريح بممارسة التوثيق الالكتروني، ولهذا يوجد ارتباط بين السلطة وهذا التصريح، فكل رغبة في فحص هذا الطلب يقيد يطلب معلل و مسبب، و تقوم بإصدار الشهادات الرقمية الفردية التي تحيل على هوية صاحبها، كما لا يجوز لهذه الجهات التوثيق توقيف نشاطها أو الاندماج مع جهة أخرى دون تصريح سابق، و وجود هذه الجهات يؤدي إلى:

01- دعم الثقة و الأمان بين المتعاقدين عبر شبكة الانترنت.

02- إمكانية إثبات العقود التجارية الالكترونية.

1- Thierry PIETTE-COUDOL, « Certification électronique : pratique et modélisation», www.ebetobe.com/ texteece.htm, 1999.

2 - Art.02§ 12) «produit de signature électronique», tout produit matériel ou logiciel, ou élément spécifique de ce produit destiné à être utilisé par un prestataire de service de certification pour la fourniture de services de signature électronique ou destiné à être utilisé pour la création ou la vérification de signatures électroniques;

[3]- د.طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت، ص205.

وعليه يمكن للسلطة التوثيقية أن تصادق توثيقا على المعاملة الالكترونية كالخبير الذي يقوم في المحاسبة و الجباية بإيداع التقرير السنوي أو كالتصريح الضريبي للشركات التجارية، أو كتبني فكرة تبادل المرافعات المكتوبة في المواد المدنية والتجارية الكترونيا[1]، فيجب عند هذا الوضع التأكد من توفر عناصر و شروط التوثيق وقت إنشاء الموقع مع مراعاة ما يشترطه دفتر الشروط أو رخصة التوثيق الالكتروني من شروط تقنية لاعتماد و ممارسة نشاط التوثيق أو في وجود طالب التوثيق و أهليته القانونية و اختصاص الموثق الالكتروني[2].

الفرع الثاني: مهام سلطات التوثيق الالكتروني

ينوط بجهات التوثيق الالكتروني عدة أدوار لا تخرج عن تحقيق وظائف التوقيع الالكتروني و الإشهاد على لحظة إبرام العقد الالكتروني و إصدار الشهادات و المفاتيح الالكترونية، فلا تقتصر مهام هذه السلطة على التأريخ للمعاملات الالكترونية أو الاستشارات أو حتى وضع آليات إصدار الفواتير الالكترونية. وتعتبر مهاما أساسية ما يلي:

أولا: التحقق من هوية الشخص الالكترونية و إثبات نسبة السند إليه

من بين أهم التزامات سلطة التصديق الالكتروني قيامها بالتحقق من هوية الأشخاص الموقعة الكترونيا، فبدايتها تقوم على إصدار شهادة توثيق الكتروني تتضمن إقرارا على إنتاجها للتوقيع الالكتروني الذي يكون صالحا لإبرام العقود، و بناء على تلك الشهادة تصرح سلطة التوثيق الالكترونية بأن التوقيع الالكتروني قد نشأ صحيحا و أنه ينسب للشخص الذي يحيل عليه[3]، أي أن سلطة التوثيق تصادق على رسالة البيانات بوصفها جهة محايدة مما يؤكد علاقة المُوقع بالتوقيع و هي عناية مقبولة للقول بصحة الشهادة الالكترونية خلال مدة صلاحيتها مما يستتبع أن يكون شخص الموقع كامل الأهلية القانونية.

و إذا كانت المعلومات الالكترونية ذات خصائص الكترونية في شكل نصوص أو رموز أو أصوات أو رسوم أو صور أو برامج حاسب آلي أو غيرها من قواعد البيانات[4]، فهذه المعلومات تعتمد أساسا على نظم معلوماتية تهدف لإنشاء أو استخراج أو إرسال أو استلام أو تخزين أو عرض أو معالجة المعلومات و الرسائل الكترونيا، لهذا يعتبر الموثق الالكتروني موردا للمعلومات سيما ذات العلاقة بالعقود، فعدت من قبيل المعلومات التي ينقلها الكترونيا ويقدمها للعميل أو للطرف الذي يريد التحقق من صحة التوقيع بالرجوع إلى الشهادة الالكترونية. و تلتزم جهة التوثيق الالكتروني إنشاء سجل الكتروني لشهادات التوثيق الالكتروني يكون قابلا للاطلاع عليه من

---

[1]– التعليمة المطبقة على الأطراف المتقاضية الصادرة عن المحكمة الابتدائية الأوروبية الصادرة بتاريخ:14 مارس 2002.

[2]- B. BRUN,*précité*, p.17.

[3]– د.سعيد السيد قنديل، التوقيع الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2004، ص90.

[4] المادة الأولى من القانون السابق لإمارة دبي.

قبل الغير بصفة مستمرة مع بيان الشهادة الالكترونية و تاريخ وقف نفاذها مع مراعاة مبدأ الخصوصية المنصوص عليها في البند 24 من التوجيه الأوربي المتعلق بالتواقيع الالكترونية[1].

أي، يقع على عاتق سلطة التوثيق الالكتروني الالتزام بالحفاظ على سرية البيانات الالكترونية و أسرار الأفراد و الشركات التجارية الخاصة على الأقل في حدود نص المادة 08 من التوجيه الأوربي المتعلق بالتواقيع الالكترونية، و تسهر الدول الأعضاء على أن يلتزم مقدمي خدمات التصديق على الحفاظ على المعطيات الشخصية في حدود ما يشترطه القانون في إصدارها[2].

كما تتولى نفس الجهة البحث في التبادل الالكتروني بين أطرافه وسلامته و صحته و أن التبادل بعيد عن القرصنة و الاحتيال، فضلا على أنها صاحبة الاختصاص في تعقب و تتبع المواقع المشبوهة و المواقع التجارية المضللة[3] و تقوم بالتحذير منها كما تقوم بتأكيد جدواها و فحص جديتها في إبرام العقود الالكترونية و مراجعة المعلومات المرتبطة بها. و هو التزام يقع على كاهل سلطة التصديق الالكتروني بالتمعن في مطابقة المعلومات لحقيقة حاملها[4].

ثانيا: التأكيد على لحظة إبرام العقد

وفيه يتم تحديد وقت انعقاد العقد الالكتروني، و ليس ذلك شرطا لإثبات التصرف القانوني رغم أن تحديده يكتسي أهمية بالغة لبدأ سريان آثاره القانونية[5]، كالآثار المترتبة عن التحويل الالكتروني للأموال فتحديد لحظة تحويله له علاقة مباشرة مع إفلاس أحد أطرافه فلا نملك أن نتصرف في تلك الأموال[6].

ثالثا:إصدار الشهادات و المفاتيح الالكترونية

سبق و أن أشرنا إلى أن جهات التوثيق الالكترونية تعتمد في مجمل خدماتها على التشفير المرفق بالمفتاح العام و المفتاح الخاص، و بالتالي فهذه الجهة التوثيقية الالكترونية تتكفل بالتحقق من مدى مطابقته و صلاحيته[7]، بعد بعد التحقق من ذلك تحرر إشهادا بذلك، و لنفس الجهة أن تعيد التحقق في ذلك و من جديد، كما يمكن لنفس

---

1 – 24 de directive 99/93 :« pour accroître la confiance des utilisateurs dans les communications et le commerce électroniques, il est nécessaire que les prestataires de service de certification respectent la législation sur la protection des données et qu'ils respectent la vie privée;

2- Art.08 de directive 99/93 : « 1. Les États membres veillent à ce que les prestataires de service de certification et les organismes nationaux responsables de l'accréditation ou du contrôle satisfassent aux exigences prévues par la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données »

3– د.إبراهيم الدسوقي أبو الليل، توثيق التعاملات الالكترونية، المرجع السابق.

4 - Annexe IV p.c du directive : « a) les données utilisées pour vérifier la signature correspondent aux données affichées à l'intention du vérificateur ».

5 - Valérie SEDALLIAN, "Preuve et signature électronique", *précité*.

6– د.فياض القضاة، المرجع السابق، ص21.

7 - Valérie SEDALLIAN, "Preuve et signature électronique", *précité*.

الجهة أن تطابق المعلومات أو تقوم بإضافات جديدة تخص بعض الصفات الخصوصية أو كتضمينها سلطة الشخص في الشركة بالنسبة للأشخاص الاعتبارية.

و لا يعني ذلك فرصة لاستبعاد مسؤوليتها بخصوص تقصيرها في عدم التأكيد أو عدم صحة الشهادات الحاملة للمفاتيح أو التواقيع الالكترونية بنص المادة 01/24 من قانون إمارة دبيالذي حددّ مسئولية مزود خدمات التصديق في المادة 01/24. و من التشريعات من يجعل تسليم نسخة من الشهادة الالكترونية التزاما قائما في ذمة المصادق الالكتروني حتى يتسنى لحاملها من التأكد من صحة بياناتها ومدى صلاحيتها، ومنه تصبح ملزمة له في حال ما إذا تعامل بها علما أن وقت تسليمها هو وقت تسجيلها الكترونيا، أما فيما يتعلق بالإذن فيكون مسبقا و لو كان ضمنيا[1] من طرف صاحب الشهادة فينحصر في مدى تسجيله في الدليل الالكتروني الذي يعتبر استعلاميا لا غير.

رغم ذلك فقد تثار إشكالية الشهادة الالكترونية الأجنبية في كيفية ممارسة أو تنفيذ تلك الالتزامات التي يشترط فيها أن تكون مطابقة للقانون الوطني أو على الأقل لا تتعارض معه، مع العلم أن الشهادات الالكترونية تصدر عن جهات وطنية مختلفة معتمدة لها صلاحية مراجعة الوثيقة الالكترونية و مراجعة التوقيع الرقمي الذي تصدره لطالب توثيق التوقيع ثم يتم إصدار المفتاح الخاص الذي لا يستعمل إلا من جهاز حاسوبي واحد فقط، أي أن لنفس الجهة الرد على البريد الالكتروني الذي يطلب فيها تأكيد أو نفي صحة التوقيع الالكتروني.

و يتم الرد ببيان رمز التعريف المعتمد و البيانات ذات الصلة بصاحبها الصادرة عن جهة مرخصة أو معتمدة أو صادرة عن جهة مرخصة من سلطة مختصة في دولة أخرى ومعترف بها، حيث يحاط علما كل شخص بأن توقيعه الالكتروني يعادل توقيعه التقليدي مع بيان استخدام الأنظمة و الإمكانيات التي تضمن الثقة و الأمن و أنها تطبق إجراءات أمن سرية جديرة بالطمأنينة التي تمكن الاحتجاج بشهادة الكترونية أمام قاضي إلمراتي مهما كانت دولة إصدار الشهادة وكل ما اشترط الحد الأدنى من درجة الوثوق وفق لقانون الإمارة[2].

و تختلف الشهادات و المفاتيح باختلاف الأغراض التي لأجلها استصدرت، فمنها ما يستصدر للمواطنين ومنها ما يتعلق بالإدارات أو بممارسة تجارة وغيرها، كما يمكن للشخص المعنوي إصدار الشهادات الالكترونية تتساوى

---

[1] - Art. 08 § 02 du directive :

« Les états membres veillent à ce qu'un prestataire de service de certification qui délivre des certificats à l'intention du public ne puisse recueillir des données personnelles que directement auprès de la personne concernée ou avec le consentement explicite de celle-ci et uniquement dans la mesure où cela est nécessaire à la délivrance et à la conservation du certificat. Les données ne peuvent être recueillies ni traitées à d'autres finssent le consentement explicite de la personne intéressée.

[2] - المادة 26 فقرة 02 :" تعتبر الشهادات التي يصدرها مزودو خدمات التصديق الأجانب، كشهادات صادرة من مزودي خدمات التصديق الذين يعملون بموجب هذا القانون، إذا كانت ممارسات مزودي خدمات التصديق الأجانب ذات مستوى من الوثوق يوازي على الأقل المستوى الذي تتطلبه المادة (24) من مزودي خدمات التصديق العاملين بموجب هذا القانون، ومع الأخذ بالاعتبار المعايير الدولية المعترف بها".

وعدد التفويضات في الاختصاص، و نضيف حالة أخرى تتعلق بإمكانية تسليم الشخص العديد من الشهادات و بأسماء مختلفة[1] هذا ما يفهم ضمنيا من المادة 24 فقرة 06 بند "أ" و "ب" بقولها : "

على الرغم من أحكام الفقرتين (2)، (3) السابقتين:

(أ) يجوز للأطراف في المعاملات التجارية والمعاملات الأخرى أن يحددوا وجوب استخدام مزودي خدمات تصديق معينيين أو فئة معينة منهم أو فئة معينة من الشهادات فيما يتصل بالرسائل أو التوقيعات الالكترونية المقدمة لهم.

(ب) وفي الحالات التي يتفق فيها الأطراف فيما بينهم على استخدام أنواع معينة من التوقيعات الالكترونية أو الشهادات فإن ذلك الاتفاق يعتبر كافياً لأغراض الاعتراف المتبادل بين الاختصاصات القضائية المختلفة للدول، شريطة ألا يكون مثل هذا الاتفاق غير مشروع وفقاً لأحكام القوانين المطبقة في الإمارة ".

رابعا:سلطة إلغاء و العدول عن الشهادة

تحتوي الشهادة الالكترونية على جملة من البيانات التي يجب توفرها من اسم و لقب الموقع و تاريخ إصدارها،...الخ،و عادة ما تنتهي صلاحية الشهادة الالكترونية بحلول أجل صلاحيتها أو بإشعار من حائزها كما لو تم قرصنتها أو بطلب تلقائي من حاملها، ويقدم الطلب عن طريق البريد الالكتروني مرفقا بالتوقيع الرقمي الخاص به، و يشير ملحق التوجيه الأوربي بشأن التواقيع الالكترونية إلى الإلغاء الفوري مما يوحي بأهميته في المعاملات الالكترونية[2]، و يوجد أربع حالات يمكن من خلالها لسلطة التوثيق الالكتروني من أن تراقب و تباشر إجراءات إلغاء الشهادة الالكترونية[3]:

---

[1] - *Précité*.

2- Annexe II, « b) assurer le fonctionnement d'un service d'annuaire rapide et sûr et d'un service de révocation sûr et immédiat .

c) veiller à ce que la date et l'heure d'émission et de révocation d'un certificat puissent être déterminées avec précision;

d) vérifier, par des moyens appropriés et conformes au droit national, l'identité et, le cas échéant, les qualités spécifiques de la personne à laquelle un certificat qualifié est délivré;

e) employer du personnel ayant les connaissances spécifiques, l'expérience et les qualifications nécessaires à la fourniture des services et, en particulier, des compétences au niveau de la gestion, des connaissances spécialisées en technologie des signatures électroniques et une bonne pratique des procédures de sécurité appropriées; ils dovient également appliquer des procédures et méthodes administratives et de gestion qui soient adaptées et conformes à des normes reconnues;

f) utiliser des systèmes et des produits fiables qui sont protégés contre les modifications et qui assurent la sécurité technique et cryptographique des fonctions qu'ils assument;

g) prendre des mesures contre la contrefaçon des certificats et, dans les cas où le prestataire de service de certification génère des données afférentes à la création de signature, garantir la confidentialité au cours du processus de génération de ces données; ».

3 -P*récité*.

01- **الحالة الأولى**: إصدار شهادة الكترونية بناء على بيانات مزورة أو خاطئة تناقض مبادئ الثقة المفترضة في الموثق. وهي حالة اختراق المعلومات والبيانات المتعلقة بإنشاء التوقيع الالكتروني، مع الإشارة أن المشرع الأوربي لم يقم مسؤولية سلطة التوثيق الالكتروني جراء عدم الرقابة الدورية و المستمرة للبيانات المرفقة بالشهادات و المفاتيح الالكترونية، إذ يكفي رقابة سبقية وحيدة قبل تسليمها، غير أن جهة التوثيق الالكتروني ملزمة بمراعاة ذلك إذا تم تبليغها بتعديل في البيانات كما لو تم تغيير الممثل القانوني للشخص الاعتباري أو تبليغها بإيقاع حكم الحجر على صاحب الشهادة أو أنه قد أشهر إفلاسه، و أن يمارس عناية معقولة لضمان دقة واكتمال كل ما يقدمه من بيانات جوهرية ذات صلة بالشهادة أو مدرجة فيها طيلة سريانها[1]،و إلا طبقت المادة 24 من قانون إمارة دبي بقولها:"

"إذا حدثت أية أضرار نتيجة لعدم صحة الشهادة أو نتيجة لأي عيب فيها، يكون مزود خدمات التصديق مسئولاً عن الخسائر التي يتكبدها:

(أ) كل طرف تعاقد مع مزود خدمات التصديق حول تقديم الشهادة.

(ب) أي شخص اعتمد بصورة معقولة على الشهادة التي أصدرها مزود خدمات التصديق".

02- الحالة الثانية: وهي الرقابة المفروضة من طرف السلطة القضائية، و تأتي أحكامها في الملحق الأول من الأحكام المتعلقة بالشهادات و خدمات التصديق الالكتروني[2]، بمعنى أنه في حالة ما إذا قامت جهات الرقابة على سلطات التصديق الالكتروني بتسجيل ملاحظات حول عدم احترامها للقانون أو شروط إصدار الشهادات الالكترونية، جاز لهذه الجهات الرقابية من أن توجه إنذارا لتصحيح الشهادة خلال مواعيد و أجال محددة و إلا أمر القضاء بذلك على أن يبلغ ذوي الشأن بعدم مطابقة شهاداتهم الالكترونية للقانون.

03- **الحالة الثالثة**:عندما يتوقف الموثق الالكتروني أو مقدم خدمة التوثيق لمهامه و نقل نفس المهام لموثق الكتروني آخر.

04- **الحالة الرابعة**:فقد الشخص لأهليته القانونية أو حُلّ الشخص الاعتباري و إن كان يثار إشكال مرتبط بدمج الشركات فهل تبقى كل شركة محتفظة بشهادتها الالكترونية أم لا؟.

---

[1]- المادة 24 فقرة ب من قانون دبي المعاملات الالكترونية.

2 -Annexe I sur l'éxigences concernant les certificats qualifiés.

يرجح الفقه أن في هذه الحالة نكون أمام تعديل جزئي للشهادة الالكترونية بما يبين الطبيعة القانونية الجديدة لهذا الشخص الاعتباري و إن كان يفضل الأمر استصدار شهادات الكترونية جديدة تفاديا للغموض و اللبس الذي قد يحيط بها.

خامسا: الكشف على دولية الشهادات الالكترونية وحجية التوثيق الأجنبي

و تقوم على اعتبار أن للشهادات الالكترونية التي تصدرها هيئات التصديق الأجنبية لها نفس الحجية في الإثبات المقررة لنظيرتها الوطنية، أي أن المقصد من ذلك هو إتاحة مستوى مكافئا يمكن التعويل عليه، و تمتاز التجارة الالكترونية بأنها ذات طابع دولي يتجاوز الحدود الجغرافية مما استدعى الأمر أن تتجاوز مهام سلطات التصديق الالكترونية تلك الحدود و توثق وتشهد بصحة البيانات المتبادلة و حجية التواقيع الالكترونية مهما كانت دولة تواجدها و ممارسة اختصاصها، ومن التشريعات الوطنية ما نصت على قبول الشهادات الالكترونية التي تصدر في الخارج على حالها كما هي لسبب المماثلة القانونية و تطبيقا لفكرة التنظير القانوني السابق الإشارة إليها في حكم المادة 06 من قانون اليونسترال النموذجي بشأن التواقيع الالكترونية لسنة 2001 حيثما يشترط القانون أن يكون المقدم مستوفيا لشروط رسالة البيانات إذا استخدم توقيعا الكترونيا موثوق به بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله تلك رسالة، في ضوء كل الظروف بما فيها أي اتفاق ذي صلة، أو هي المعاملة القانونية المتكافئة لتكنولوجيا التوقيع التي تتبع صوب الاعتراف بالشهادات و التواقيع الالكترونية الأجنبية، فإذا كانت الشهادة الالكترونية المنشأة للتوقيع سارية المفعول فلا عبرة إذن للموقع الجغرافي الذي تصدر فيه الشهادة أو ينشأ أو يستخدم فيه التوقيع الالكتروني وحتى إذا تعلق الأمر بمكان تلقي القبول أو علم الموقع، كما يكون للشهادة التي تصدر خارج الدولة صاحبة الاختصاص الإقليمي النفاذ القانوني نفسه الذي للشهادة التي تصدرها في داخل نفس الدولة أي إتاحة تكافؤ في الثقة و مصداقية التوثيق الالكتروني شريطة أن تستجيب تلك الشهادات الالكترونية للمعايير الدولية المعروفة.

و من الدول ما تضع قيودا وشروطا ترد على الاحتجاج بتلك الشهادات كاشتراط قيودا إضافية للقول بالثقة المنوطة في جهة التوثيق و التصديق الالكترونية كأن يتصرف بثقة في حدود البيانات الالكترونية التي لديه عن أصحابها و التي تبين هويتهم و أنه يسيطر سيطرة تامة على أداة التوقيع أو كأن تشترط وسائل و تقنيات معينة و إجراءات معلوماتية إضافية تتيح الكشف عن أي تزوير أو غش في الشهادات الالكترونية و إلغائها في الوقت المناسب، أو كالتشريعات التي تشترط جملة من الشروط القانونية لإصدار التواقيع الالكترونية المحمية، فإذا أردنا

الاحتجاج بها لزمنا أن نبحث في تلك الشروط في الدولة الوطنية و تلك الأجنبية، و التي يكون مثالها تطبيق أحكام المادة 20 من قانون إمارة دبي[1] و المادة من التوجيه الأوروبي[2].

ونجد اختلافا بينهما من حيث أن الشهادات الالكترونية المحمية تصدر عن جهات توثيق الكتروني داخل الدولة و المقصود من ذلك نفاذها داخل نفس الدولة، و لا يمنع ذلك سلطات التوثيق الالكتروني الأجنبية من إصدار نفس الشهادات الالكترونية من تطبيقها في إقليم نفس الدولة، إذ إعمالا لنفس المادتين السابقتين فللشهادات الالكترونية نفس الآثار القانونية بما يحقق المعادلة القانونية السابق الإشارة إليه، فهل نفس القواعد تطبق في حال ضياعها الشهادة الالكترونية أو قرصنتها؟

إن دولية الشهادات الالكترونية لا تخرج عن الحالات التالية:

الحالة الأولى: و هي حالة استجابة جهة التوثيق الالكتروني لشروط الثقة و التوثيق المطلوبة قانونا أو الشروط القياسية المتعارف عليها دوليا لإصدار الشهادات الالكترونية و المفاتيح المشفرة، فحتى لو لم يقدم الموثق الالكتروني طلب اعتماده بالخارج فكلها نافذة قانونا، و إن كانت غالبية تلك الشروط تقنية أكثر منها قانونية.

حسب المواد 24 و 26 من القانون الإماراتي –دبي– و الملحق الثاني من التوجيه الأوروبي، غير أنه أضافت المادة 26 فقرة 03 ما يلي:" يجوز الاعتراف بالتوقيعات التي تستوفي شروط القوانين الخاصة بدولة أخرى، واعتبارها في

---

[1]– المادة 26 فقرة من قانون دبي للمعاملات الالكترونية:" تعتبر الشهادات التي يصدرها مزودو خدمات التصديق الأجانب، كشهادات صادرة من مزودي خدمات التصديق الذين يعملون بموجب هذا القانون، إذا كانت ممارسات مزودي خدمات التصديق الأجانب ذات مستوى من الوثوق يوازي على الأقل المستوى الذي تتطلبه المادة (24) من مزودي خدمات التصديق العاملين بموجب هذا القانون، ومع الأخذ بالاعتبار المعايير الدولية المعترف بها. (3) يجوز الاعتراف بالتوقيعات التي تستوفي شروط القوانين الخاصة بدولة أخرى، واعتبارها في مستوى التوقيعات الصادرة وفقاً لأحكام هذا القانون، إذا اشترطت قوانين الدولة الأخرى مستوى من الاعتماد على التوقيعات يوازي على الأقل المستوى الذي يشترطه هذا القانون لتلك التوقعات".

[2] - Article 5 directive 99/93 sur les signatures électroniques : « Effets juridiques des signatures électroniques ;

1. Les États membres veillent à ce que les signatures électroniques avancées basées sur un certificat qualifié et créées par un dispositif sécurisé de création de signature: ==

== a) répondent aux exigences légales d'une signature à l'égard de données électroniques de la même manière qu'une signature manuscrite répond à ces exigences à l'égard de données manuscrites ou imprimées sur papier, et

b) soient recevables comme preuves en justice.

2. Les États membres veillent à ce que l'efficacité juridique et la recevabilité comme preuve en justice ne soient pas refusées à une signature électronique au seul motif que:

— la signature se présente sous forme électronique ; ou

— qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié ; ou

— qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié délivré par un prestataire accrédité de service de certification ; ou

— qu'elle n'est pas créée par un dispositif sécurisé de création de signature. »

مستوى التوقيعات الصادرة وفقاً لأحكام هذا القانون، إذا اشترطت قوانين الدولة الأخرى مستوى من الاعتماد على التوقيعات يوازي على الأقل المستوى الذي يشترطه هذا القانون لتلك التوقيعات".

أما الحالة الثانية، و هي الحالة التي يقدم في مقدم خدمة التوثيق الالكتروني طلب اعتماده في الخارج لدى دولة أجنبية غير الدولة المنتمي إليها، أي أنه يطلب الاعتراف ما يصدره من شهادات، فهنا يجب على هذا الموثق الالكتروني أن يحترم دفتر شروط الذي تضعه تلك الدولة بخصوص منتجات التوثيق الالكتروني و أن يتكيّف مع قانونها الوطني و أن يخضع في نشاطاته لرقابة تلك الدولة،و بها أخذ المشرع البلجيكي في المادة 16 من قانون التاسع جويلية 2001 و التوجيه الأوروبي[1].

في حين نجد أن **الحالة الثالثة و الأخيرة،** و التي تقوم على مبدأ الاتفاق بين الدول أو أطراف المعاملة أو العقد التجاري الالكتروني حول استخدام التواقيع و الشهادات الالكترونية التي تصدر في دولة ما[2]، فهنا يجب مراعاة هذا الاتفاق و إبلاء اعتبار لها كما حددته المادة 05/12 من قانون اليونسترال النموذجي بشأن التواقيع الالكترونية و التي تستثني ما ورد منها في الفقرات 02 و 03 و 04 بالقول أنه إذا اتفقت الأطراف فيما بينهما على استخدام أنواع معينة من التوقيعات الالكترونية أو الشهادات، يعين الاعتراف بذلك الاتفاق باعتباره كفيل لأغراض الاعتراف عبر الحدود ما لم يكن من شأن ذلك الاتفاق أن يكون غير صحيح أو غير ساري المفعول بمقتضى القانون المنطبق.

سادسا: السهر على احترام قواعد حماية المستهلك وقواعد الملكية الفكرية

يعد مستهلكا في نطاق التجارة الالكترونية كل شخص يستخدم الوسائط الرقمية، و العلاقة التي تربط المستهلك و الموثق الالكتروني تكون في الاستفادة من خدمة التوثيق أو التعامل فيما يصب على التأكيد على هوية

---

[1] – « Les états membres veillent à ce que les certificats délivrés à titre de certificats qualifiés à l'intention du public par un prestataire de service de certification établi dans un pays tiers soient reconnus équivalents, sur le plan juridique, aux certificats délivrés par un prestataire de service de certification établi dans la Communauté:

a) si le prestataire de service de certification remplit les conditions visées dans la présente directive et a été accrédité dans le cadre d'un régime volontaire d'accréditation établi dans un état membre **ou**

b) si un prestataire de service de certification établi dans la Communauté, qui satisfait aux exigences visées dans la présente directive, garantit le certificat.

[2] – هذا ما ذهبت إليه المادة 07 فقرة من التوجيه الأوروبي بقولها:

« Afin de faciliter les services de certification internationaux avec des pays tiers et la reconnaissance juridique des signatures électroniques avancées émanant de pays tiers, la Commission fait, le cas échéant, des propositions visant à la mise en œuvre effective de normes et d'accords internationaux applicables aux services de certification. En particulier et si besoin est, elle soumet des propositions au Conseil concernant des mandats appropriés de négociation d'accords bilatéraux et multilatéraux avec des pays tiers et des organisations internationales. Le Conseil statue à la majorité qualifiée ».

الطرف المتعاقد معه رغم عدم استصدار هذا الأخير للشهادة الالكترونية، فمن المهام المكفولة لهذه الجهة تقديم النصح و المشورة و المعلومة وبيان مصداقية المواقع الالكترونية و إثبات وجودها، الإعلام المناسب فيما يخص الاسم وطبيعة وحدود نشاطه وحجم القيم المالية التي يمكن تبادلها أو كالإعلام الكافي بحقيقة الشهادات كأن لا يقر بسريان التواقيع بعد نهاية مدة صلاحية الشهادة المنشأة له، و حماية للمستهلك تشترط غالبية الدول لدى اعتماد الموثق الالكتروني أن يستجيب طلبه لمعيار الهيئة الدولية للمواصفات و القياسية **ISO** بقياس معتمد رقم **X.509**[1]، لتقرير مدى احترامها نص المادة 18فقرة 02 من قانون دبي للمعاملات الالكترونية بما يلي:"

لأغراض هذه المادة والمادة (20) من هذا القانون، ولتقرير ما إذا كانت إجراءات التوثيق المحكمة معقولة تجارياً، ينظر لتلك الإجراءات والظروف التجارية في وقت استخدامها بما في ذلك: (أ) طبيعة المعاملة.

(ب) معرفة ومهارة الأطراف.

(ج) حجم المعاملات المماثلة التي قام بها أي من الطرفين أو كلاهما (د) وجود إجراءات بديلة.

(هـ) تكلفة الإجراءات البديلة.

(و) الإجراءات المستخدمة عموماً لأنواع مماثلة من المعاملات".

و" التقنية الحديثة لأي نظام معلوماتي في نطاق التجريب و التطبيق و أن يصاحبها نظم حماية خاصة"[2].

كما وضع المشرع المصري في قانون التواقيع الالكترونية فصلا بعنوان " حماية المستهلك"، ونص على:

– وضع الأسس و الشروط الخاصة بالإعلان الالكتروني عن السلع و الخدمات

– عدم جواز الاحتفاظ لأي جهة بأي بيانات شخصية أو مصرفية خاصة بأحد العملاء، إلا خلال المدة التي تقتضيها طبيعة هذه المعاملة.

– إبطال كل الشروط التعسفية المتعلقة بإعفاء بائع السلعة أو مقدم الخدمة من المسؤولية[3].

المطلب الثاني: الشهادات الالكترونية[4]:

[1]– رأفت رضوان، المرجع السابق، ص101.

[2]– د.عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص278.

[3]–. المرجع نفسه.

[4]- يجب عدم الخلط بين مفهوم حيازة الشهادة و البيانات المتعلقة بإنشاء التوقيع إذ أن هذه الأخيرة مسجلة على دعامة مادية، و مثالها البطاقة الذكية La carte à puce أما حائز الشهادة فهو حائز كذلك للبيانات و المعطيات المسجلة فليس من الضروري أن يحوز هذه الأخيرة، هذا ما يختلف و الشخص الاعتباري الذي يحوز الشهادة لكن واقعيا لا يضع يده على البيانات المتعلقة بإنشاء التوقيع و تلك المتعلقة البطاقة الذكية و لا حتى استعمالها في التوقيع، غير أن هذا متاح للأشخاص الطبيعية المؤهلة لتمثيل الشركة. إذن، هو واضع اليد على تلك البيانات.
تنطبق الحقوق و الالتزامات على حامل الشهادة لا على واضع اليد على الشهادة، بيد أن هذا الأخير لا يتصرف في منأى عن المادة 08 من قانون إمارة دبي و المادة 08 فقرة من التوجيه الأوروبي فهي تلزم كل مقدم خدمة التوثيق أن يضع سجلا ببيان اسمي لكل شخص طبيعي و صفته القانونية التي يمثل بها الشخص الاعتباري و الذي يستعمل التوقيع المرتبط بالشهادة، فأي معاملة الكترونية تتم باسمه يمكن من معرفة الشخص الطبيعي القائم بذلك.

نصت المادة 09/02 من التوجيه الأوربي بخصوص التواقيع الالكترونية على أنه ينصرف مضمون الشهادة إلى الشهادة الالكترونية التي تحيل على البيانات المتعلقة بتوقيع الشخص و تؤكد هويته[1]، أما الشهادة المحمية أو المؤهلة أو المتقدمة فهي الشهادة التي تستجيب للشروط الموضوعية المحددة في الملحق الأول من التوجيه الأوربي، و أنها تصدر عن مقدم خدمة التوثيق الالكتروني التي تتوفر فيه شروط الملحق الثاني، و من ثم فالتوجيه الأوربي يميز بين الشهادة التي تعتبر إقرارا الكترونيا أو الإشهاد الالكتروني و بين الشهادة الالكترونية التي تمنحها سلطة التصديق الالكتروني و تحمل الوصف و التأكيد على هوية التوقيع.

فهي إذن حسب القانون التونسي المحرر الالكتروني الذي يكون ممهورا بالتوقيع الالكتروني الذي يرتبط بالشخص الذي أصدره و يشهد بصحة بياناته"[2]، و عرفها القانون النموذجي للتواقيع الالكتروني:" تعني رسالة البيانات أو سجلا آخر يؤكد الارتباط بين الموقع و بيانات إنشاءه التوقيع"[3]، وبذات المعنى قال الفقه بأنه مستند الكتروني يتم توقيعه بتدخل طرف ثالث يسمى سلطة التصديق الالكتروني تؤكد صحة البيانات المرتبطة به[4]، و يجب على مقدم التوثيق التأكد من شخصية الموقع و صفة و أهلية من تسلم إليه الشهادة فضلا على أن يتحقق من البيانات التي تحملها الشهادة الالكترونية، وهنا يُقدم على القيام بدورين:

01- البحث في هوية الشخص بكافة معالمها.

02- التأكيد و التحقق من المعطيات الالكترونية التي تحملها الشهادة.

الفرع الأول: مشتملات الشهادة الالكترونية

لكي تكون الشهادة الالكترونية ذات قيمة قانونية و معلوماتية يجب أن تشتمل على مجموعة من البيانات التي تجعلها تكتسي الثقة و تبعث على سلامتها، وهذه البيانات محددة في الملحق الأول من التوجيه الأوربي[5].

---

1 - Art.02§9) «certificat», une attestation électronique qui lie des données afférentes à la vérification de signature à une personne et confirme l'identité de cette personne ».

2- Article 2 §03 : « Au sens de la présente loi on entend par : ==

==Le certificat électronique : le document électronique sécurisé par la signature électronique de la personne qui l'a émis et qui atteste après constat la véracité de son contenu », La loi relative aux échanges et aux commerce électronique, Journal Officiel de la République tunisienne n°64 du 11 août 2000, pages 1887 à 1892.

3- المادة 02 فقرة (ب).

4- أ.ضياء أمين مشيمش، التوقيع الالكتروني، المنشورات الحقوقية، بيروت، ص 174.

5 - Exigences concernant les certificats qualifiés

Tout certificat qualifié doit comporter:

a) une mention indiquant que le certificat est délivré à titre de certificat qualifié;

b) l'identification du prestataire de service de certification ainsi que le pays dans lequel il est établi;

c) le nom du signataire ou un pseudonyme qui est identifié comme tel;

d) la possibilité d'inclure, le cas échéant, une qualité spécifique du signataire, en fonction de l'usage auquel le certificat est destiné;

e) des données afférentes à la vérification de signature qui correspondent aux données pour la création de signature sous

le contrôle du signataire;

f) l'indication du début et de la fin de la période de validité du certificat;

تقابل المادة السابقة المادة 03/20 من قانون دبي[1]، و هي[2]:

01- الإشارة الصريحة إلى طبيعة الشهادة الالكترونية، لهذا نجد التوقيع قد استمد صفته" المحمي" استنادا إلى طبيعة الشهادة المتضمنة له و هذه الصفة تزيد فيه الأمان القانوني و الطمأنينة النفسية لأطراف العقد الالكتروني.

02- تحديد الجهة التي أصدرت الشهادة الالكترونية و دولة إقامته لتتحدد معها جنسيته.

03- اسم الموقع الفعلي أو كنيته أو اسمه المستعار،ذكر ميزة أو خصوصية تميز الموقع عند الضرورة بحسب الحاجة من إصدار الشهادة الالكترونية.

04- تعيين المفتاح العام تعيينا دقيقا يحقق الرغبة في أن التوقيع قد أنشأ باستخدام المفتاح الخاص الذي يوجد تحت السيطرة الحصرية للموقع.

05- ذكر مدة صلاحية الشهادة الالكترونية من تحديد لتاريخ سريانها إلى غاية تاريخ نهاية صلاحيتها.

06- الرقم الخاص بالشهادة الالكترونية.

07- التوقيع الالكتروني المحمي لمقدم خدمة التوثيق الالكتروني.

08- ذكر القيود و الضوابط الواردة على الشهادة و حدود استعمالها عند الاقتضاء.

09- تحديد قيمة الصفقة التي يجب مراعاتها عند استخدام الشهادة الالكترونية.

غير أنه يلاحظ أن المادة 12 من قانون اليونسترال لسنة 2001 نص على أن:

"لدى تقرير ما إذا كانت الشهادة الالكترونية أو التوقيع الالكتروني ساري المفعول قانونيا، أو مدى كونهما كذلك، لا يولى أي اعتبار لما يلي:

(أ)- الموقع الجغرافي الذي تصدر فيه الشهادة أو ينشأ أو يستخدم فيه التوقيع الالكتروني.

(ب)- الموقع الجغرافي لمكان عمل المصدر أو الموقع".

إضافة إلى ما سبق، يمكن للأطراف في حدود مبدأ سلطان الإرادة وفي حدود الاعتراف الاتفاقي بالتواقيع الالكترونية أن يختارا قانونا نافذا ليحكم وينظم التوقيع الالكتروني، و إذا تحققت الشروط القانونية للشهادات و

---

g) le code d'identité du certificat;
h) la signature électronique avancée du prestataire de service de certification qui délivre le certificat;
i) les limites à l'utilisation du certificat, le cas échéant et
j) les limites à la valeur des transactions pour lesquelles le certificat peut être utilisé, le cas échéant ».

1- المادة 20 فقرة 03) يجب أن تحدد الشهادة ما يلي: (أ) هوية مزود خدمات التصديق.
(ب) أن الشخص المعينة هويته في الشهادة لديه السيطرة في الوقت المعني على أداة التوقيع المشار إليها في الشهادة.
(ج) أن أداة التوقيع كانت سارية المفعول في أو قبل تاريخ إصدار الشهادة.
(د) ما إذا كانت هناك أية قيود على الغرض أو القيمة التي يجوز أن تستخدم من اجلها أداة التوقيع أو الشهادة.
(ه) ما إذا كانت هناك أية قيود على نطاق أو مدى المسئولية التي قبلها مزود خدمات التصديق تجاه أي شخص.

2 - H.BITAN : « La signature électronique :comment la technique répond elle aux exigences de la loi», G.P, Juillet/Août 2000, p.1602.

التواقيع الالكترونية فلا اعتبار عندئذلكان صدورهما[1]. و يلزم أن تذكر إجباريا البيانات المنصوص عنها، حيث لا غنى عنها في أية شهادة الكترونية وهي: الاسم و المفتاح العام و التوقيع الالكتروني على الصفقة و مدة الصلاحية التي عادة تتراوح بين سنة و سنتين و هي الفترة المقررة في قيام سلطة التصديق الالكتروني بتشفير رسائل المشترك و التوقيع الالكتروني[2]، و إغفال الاسم يغير من نظامها القانوني الذي يعتبرها مجرد شهادة عادية كما لا ترتب آثارها المقررة كشهادة محمية، كما أن إغفال الاسم مع ذكر رقم أو رمز الشهادة أو بيان الكتروني قليل الأهمية لا يؤدي بها إلى ما سبق ذكره[3]، و تبقى مسئولية الغير المصادق قائمة عن إهماله في تدوين البيانات الكافية[4]، أما بقية البيانات الاختيارية لا يترتب عن عدم ذكرها بطلان أو عدم صلاحية الشهادة للهدف الذي أنشأت من أجله[5].

الفرع الثاني: إجراءات الحصول على الشهادة الالكترونية

تتم إجراءات الحصول على الشهادة الالكترونية موثقة للتوقيع الالكتروني بما يلي:

– تقديم طلب مكتوب وموقع من صاحب الشأن يتضمن توثيق توقيع الكتروني و عادة ما يكون هذا الطلب مجسدا في استمارة تملأ وتوقع.

– التحقق من البيانات ومطابقتها لهوية طالبها.

– إصدار الشهادة و متضمنة للمفتاحين العام والخاص.

– للتأكد من صلاحية المفتاحين يقوم الموقع بتجريبها عن طريق مفتاحه العام الذي يشفر به رسالة معلومات و يوقعها بمفتاحه الخاص.

– إعادة رسالة المعلومات إلى المرسل على نحو يتم التأكد من قيام أجهزة المصادق بمراجعة البيانات المدونة و مطابقتها مع التوقيع الالكتروني لإثبات صحته[6].

بعد اكتمال الملف يسلم الموثق الالكتروني شهادة لطالبها و ليس له أن يرفض إصدارها له، و تبرأ ذمته متى أثبت أن البيانات المقدمة من الطالب محل ريبة وشك أو أن الطالب مسبوق بإهماله للشهادات أو أنه متسببا في اختراق و القرصنة الالكترونية، و له أن يعترض على الشهادة بعد إصدارها وتسجيلها بعد ظهور عدم جدية

---

[1]– مادة 26 فقرة 01" لتقرير ما إذا كانت الشهادة أو التوقيع الالكتروني نافذاً قانوناً، لا يتعين ايلاء الاعتبار إلى المكان الذي صدرت الشهادة أو التوقيع الالكتروني".

2– ضياء أمين مشيمش، التوقيع الالكتروني، المنشورات الحقوقية، بيروت، ص176.

[3]- H.BITAN, *précité*,p.25.

[4] - Les prestataires de service de certification doivent:

a) faire la preuve qu'ils sont suffisamment fiables pour fournir des services de certification ».

5– د.سعيد السيد قنديل، التوقيع الالكتروني، دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية، 2004،ص91.

6– جريدة الإتحاد الإماراتية، كيف تتعامل بأمان مع البريد الالكتروني"، العدد 9144، بتاريخ: 2001/08/2، مشار إليه لدى د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 187.

البيانات المقدمة وله " أن يمارس عناية مقبولة لضمان دقة البيانات"[1]، كما نشير إلى أن الشهادات الالكترونية تحمل في طياتها رسائل تشير إلى مفتاح و أن هذا المفتاح لهذا الشخص، و يمكن التصديق على سلطة التصديق بسلطة أعلى منها كما لو كانت هيكلتها من مكاتب تسجيل تعلوها سلطة تصديق الكتروني كما هو الحال بالنسبة لفرنسا، و بالتالي تزيد هذه السلطة الأعلى في الثقة و التعامل التجاري.ففي المجال المصرفي أنشئ نظام سمي بنظام **IDENTRUS** و هو نظام مصادقة لمعرفة البنك المشارك من بقية البنوك في تحديد العلاقة بين العميل و المصرف و السيطرة على تلك السحوبات، فهي تتحقق من هوية العملاء المشتركين و تصادق على هوية التجار الموثوق بهم على الانترنت.

الفرع الثالث:أنواع الشهادات الالكترونية

تختلف الشهادات الالكترونية باختلاف الغرض الذي تعد من أجله، فإذا تحدثنا عن الشهادة الالكترونية و الشهادة الالكترونية المحمية[2]، فانه توجد شهادات أخرى منها[3]:

01- شهادة التأريخ الحقيقي، و هي توثق المعاملة بالتاريخ و اليوم و الساعة ووقت التوقيع، حيث يقوم صاحب الرسالة الالكترونية بإرسالها إلى هذه الجهة التوثيقية بعد توقيعها، ثم تقوم جهة التوثيق بتسجيلها و توقيعها من جهتها ثم تعيدها إلى مرسلها.

02- شهادة الرخصة أو الإذن: توثق لبيانات صاحب التوقيع كمؤهلاته و محل إقامته.

03- شهادة البيان أو الإثبات: أي توثق و تثبت و تشهد بصحة واقعة معينة.

كما يكمن الفرق بين الشهادات السابقة و بين الشهادة الالكترونية المحمية،أن الأولى التصدر بناء على رخصة مسبقة إذ بمجرد اعتماد الموثق الالكتروني له أن يصدر ما يشاء منها، في حين أن الشهادة الالكترونية المحمية بالإضافة الاعتماد المسبق لجهة التصديق الالكتروني يجب الحصول على رخصة مسبقة تأذن لمقدم الخدمة من أن إصدارها بنص المادة الثانية التي تعرف الشهادة الالكترونية[4] و التي يفهم ذلك من سياقها إضافة إلى المادة 34 من القانون السابق الذكر التي جاءت بإشارة صريحة لذلك بنصها على أنه:

تكون شهادة التوثيق التي تبين رمز التعريف معتمدة في الحالات التالية:

أ) صادرة عن جهة مرخصة أو معتمدة.

ب) صادرة عن جهة مرخصة من سلطة مختصة في دولة أخرى ومعترف بها.

ج) صادرة عن دائرة حكومية أو مؤسسة أو هيئة مفوضية قانونا بذلك.

---

1 - Didier GOBERT, « Cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification : analyse de la loi du 9 juillet 2001 », www.consultandtraining.com.

2 -E.CAPRIOLI : « Le juge et la preuve électronique», *précité.*

3- د.عايض راشد عايض المري، مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في اثبات العقود التجارية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1998، ص344.

4- المادة الثانية :" شهادة التوثيق: الشهادة التي تصدر عن جهة مختصة مرخصة أو معتمدة لإثبات نسبة توقيع الكتروني إلى شخص معين استنادا إلى إجراءات توثيق معتمدة".

د) صادرة عن جهة وافق أطراف المعاملة على اعتمادها".

الفرع الرابع:حفظ الوثيقة و الشهادة الالكترونية

ترتكز مهام الموثق الأساسية في حفظ أصول المحررات و تسليم نسخ عنها للأطراف، و لما كان نفس المبدأ يرتضى الحفاظ عليه على مستوى الشبكات الالكتروني فانه يكون لزاما على جهة التصديق الالكتروني أن تحتفظ بأرشيف خاص بمعاملاتها و الشهادات الالكترونية التي تسلمها و تقوم بإنشائها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل الكترونية على أي وسيط الكتروني مهما كانت مميزاته، كما تلتزم بإتاحة كل طريقة أو وسيلة ممكنة لاسترجاع السجلات الالكترونية و قراءتها و فهمها، مؤداه أنه في حالة نشوب نزاع تكون سلطات التصديق قادرة على إظهار الشهادة و المستند الالكتروني و إعادة نسخه من الأرشيف طوال مدة التقادم الخاصة بالتصرف القانوني[1]، و لتحقيق عملية الحفظ يتطلب الأمر توفر شرطين هامين هما:

01- توفير الضوابط اللازمة للحفاظ عن البيانات المدونة من التلف أو من أي تعديل بالزيادة أو النقصان قد يلحق بها[2].

02- الديمومة و الاستمرارية على نحو كمثلص ّ عليه المشرع الفرنسي في المادة 1348 من القانون المدني في اعتباره أنه كل نقل أو نسخ للملفات الالكترونية لا يتلف و لا يمحو أصل المحرر الالكتروني و كل ما ينقض ذلك يكون غير قابل للإصلاح[3].

و يختفي هذا المفهوم عند التحدث عن الملحق المرفق بالتوجيه الأوروبي[4] و المادة الثامنة من قانون المعاملات الالكترونية الأردني اللذين حددا شروط السجل الالكتروني، و تنص المادة الثامنة على أنه:

"أ) يستمد السجل الالكتروني أثره القانوني ويكون له صفة النسخة الأصلية إذا توافرت فيه مجتمعة الشروط التالية:

---

1 -Alain BENSOUSSAN : « Le commerce électronique, aspects juridiques», *précité*,p.51.

2 -Valérie SEDAILLAN, « L'utilisation d'Internet à l'entreprise », *précité* .

3 - Art. 1348 Les règles ci-dessus reçoivent encore exception lorsque l'obligation est née d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit, ou lorsque l'une des parties, soit n'a pas eu la possibilité matérielle ou morale de se procurer une preuve littérale de l'acte juridique, soit a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure.

Elles reçoivent aussi exception lorsqu'une partie ou le dépositaire n'a pas conservé le titre original et présente une copie qui en est la reproduction non seulement fidèle mais aussi durable. Est réputée durable toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support.

4 - Annexe II,P I et j :

« i) enregistrer toutes les informations pertinentes concernant un certificat qualifié pendant le délai utile, en particulier

pour pouvoir fournir une preuve de la certification en justice. Ces enregistrements peuvent être effectués par des

moyens électroniques;

j) ne pas stocker ni copier les données afférentes à la création de signature de la personne à laquelle le prestataire de

service de certification a fourni des services de gestion de clés ».

1. أن تكون المعلومات الواردة في ذلك السجل قابلة للاحتفاظ بها وتخزينها بحيث يمكن في أي وقت الرجوع إليها.
2. إمكانية الاحتفاظ بالسجل الالكتروني بالشكل الذي تم به إنشاؤه أو إرساله أو تسلمه أو بأي شكل يسهل به إثبات دقة المعلومات التي وردت فيه عند إنشائه أو إرساله أو تسلمه.
3. دلالة المعلومات الواردة في السجل على من ينشاه أو يتسلمه وتاريخ ووقت إرساله وتسلمه.

ب) لا تطبق الشروط الواردة في الفقرة (أ) من هذه المادة على المعلومات المرافقة للسجل التي يكون القصد منها تسهيل إرساله وتسلمه.

ج) يجوز للمنشئ أو المرسل إليه إثبات الشروط الواردة في الفقرة (أ) من هذه المادة بواسطة الغير".

تعددت مستويات الأمن المعلوماتي تبعا لطبيعة النشاط الممارس، فإذا كان النشاط الممارس من قبل الجهة التوثيقية يتعلق بالمعاملات الالكترونية المالية يتطلب مقاييس و إجراءات أمنية أكثر حزما و حرصا من موقع توثيق آخر لا يتعدى دوره أن يكون تبادل للبيانات أو لمعاملات الكترونية قليلة القيمة والاعتبار. إذ لا يقتصر الأمر على المعاملات القليلة القيمة بقدر ما يتعدى الأمر إلى استعمال تلك الوثائق والبيانات الالكترونية في غير محلها مما ينجم عنه ضرر قد لا تتحدد قيمته.التحدث عن أمن الشبكات التوثيقية جعل من المشرع إمارة دبي يضع آليات لرقابة الموقع وعملها في طوق آمن من خلال المادة 25 من القانون السابق الذكر التي تحدد وظيفة المراقب بوضع قواعد لتنظيم وترخيص عمل مزودي خدمات التصديق[1].

و يستفاد كذلك، من أنه للأخذ في الحسبان بمعيار الديمومة يجب التسجيل الدائم و النهائي و الواضح للشهادة الالكترونية الذي لن تتعرض للتلف من دون ترك أثر، و تنطبق على هذا الوضع تطبيق معيار أفنور **AFNOR** الذي يعتمد على تقنية الاسطوانات الضوئية التي تتميز بعدم الإتلاف و المحو لضمان حفظ و نزاهة التسجيلات المعلوماتية، لذا عدّ أنه إذا استعمل معيارا تقنيا معينا من قبّل المختصين فانه يعتبر قرينة متعلقة بالأمن و الأمان[2]، يضاف إلى هذا، أن من التشريعات ما تشترط أن يصادق الغير على تاريخ إصدار الشهادة و تاريخ نهاية سريانها وحتى تاريخ العدول عن الشهادة بإرادة صاحبها، على أن لا ينسى المصادق تضمين صلاحية سريانها في أعلى و

[1]- المادة 25 من القانون رقم 02 لإمارة دبي " يضع المراقب قواعد لتنظيم وترخيص عمل مزودي خدمات التصديق الذين يعملون في الأمارة ويرفعها للرئيس لاعتمادها، بما في ذلك ما يلي" ــ أنشطة مزودي خدمات التصديق، ويشمل ذلك طريقة ومكان وأسلوب الحصول على أعمالهم وجذب الجمهور لها. ــ المعايير والقواعد التي يتعين على مزودي خدمات التصديق المحافظة عليها وإتباعها في أعمالهم.؛ ــ تحديد المعايير المناسبة فيما يتعلق بمؤهلات وخبرة مقدمي خدمات الترخيص وتدريب موظفيهم. ــ تحديد شروط إدارة الأعمال التي يقوم بها مزود خدمات التصديق. ــ تحديد التفاصيل التي يجب تدوينها في الحسابات التي يحتفظ بها مزودو خدمات التصديق. ــ المؤهلات الواجب توافرها في مدقق حسابات مزودي خدمات التصديق. ــ وضع اللوائح اللازمة لتنظيم التفتيش والتدقيق في أعمال مزودي خدمات التصديق. ــ شروط إنشاء وتنظيم أي نظام الكتروني بواسطة مزود خدمات تصديق، سواء بمفرده أو بالاشتراك مع مزودي خدمات تصديق آخرين، وفرض وتغيير تلك الشروط أو القيود التي يراها المراقب ملائمة.

2 -Alain BENSOUSSAN : « Le commerce électronique, aspects juridiques», *précité*,p.57.

أسفل الشهادة[1]، التحدث عن الفقرة الثالثة من المادة الثامنة تقتضي وجود نظام معلوماتي آمن حتى يتسنى للموقع الدخول إلى قاعدة البيانات و يتحقق البحث السهل للشهادة المرغوب فيها،و يجب توفر شروط ثلاث وهي [2]:

01 –التحديد الحصري للأشخاص المخول لهم التعديل في البيانات واستعمال التوقيع و الشهادة الالكترونيين، كممثل الشخص الاعتباري، أو في حالة التفويض المشار اليهما سابقا.

02 – حالة تبادل المعلومات الالكترونية و الرغبة في التعاقد الكترونيا يمكن التحقق من التوقيع الالكتروني المحمي من صدق الشهادة الالكترونية المحمية وفقا للملحق الخاص بالتوجيه{ الملحق الأول، بند H} و المادة (21)فقرة (1) من قانون إمارة دبي.

"يحق للشخص أن يعتمد على التوقيع الالكتروني أو الشهادة الالكترونية إلى المدى الذي يكون فيه مثل ذلك الاعتماد معقولاً .

عندما يكون التوقيع الالكتروني معززاً بشهادة، فإن الطرف الذي يعتمد على ذلك التوقيع يتحمل نتائج إخفاقه في اتخاذ الخطوات المعقولة اللازمة للتأكد من صحة ونفاذ الشهادة، وما إذا كانت معلقة أو ملغاة ومن مراعاة أية قيود فيما يتعلق بتلك الشهادة".

03– عدم فتح المجال للعامة من الدخول إلى الدليل الالكتروني لمجرد أن صاحب الشهادة راغب في التعاقد بقصد الإطلاع على محتوى الدليل وهذا ما يتعارض و مبدأ الخصوصية لأنه دخول غير مرخص لقواعد البيانات[3]، بمعنى أن القانون يضع قيودا إجرائية على الطرف الثاني المتعامل مع الموقع بتقييده في البحث الحصري على الشخص الموقع صاحب الشهادة فقط وذلك بالإشارة إلى المراجع المرفقة بالشهادة أو التوقيع و التي تشكل دلالة على صاحبها كرقمها التسلسلي أو عن طريق البريد الالكتروني ومنه لا يكون المجال مفتوحا لولوج الدليل إلا في حدود تلك الشهادة و صاحبها[4].

المبحث الثاني: النظام القانوني لسلطات التوثيق الالكتروني

1 Annexe 01, P.f du directive : « f) l'indication du début et de la fin de la période de validité du certificat ».

2 -Didier Gobert, *précité,* PP.23 et 24.

[3]– د. محمد عبد المحسن المقاطع، حماية الحياة الخاصة و ضماناتها في مواجهة الحاسوب، الكويت، منشورات جامعة الكويت، دار السلالم للطباعة و النشر، طبعة 1992، ص 69.

[4]- يمكن أن تحفظ الوثائق الورقية في شكل الكتروني كما تن تداوله و العمل به في مصلح الحالة المدنية لبلدية سيدي أمحمد بالجزائر العاصمة أين تم تصويرها ضوئيا و حفظها على دعامات الكترونية، تثار هنا صعوبة تقنية للاحتفاظ بها لمدة 30 سنة، لتفصيل أكثر أنظر:

Le rapport de la commission 4 sur le droit de la preuve rédigé dans le cadre du projet e-Justice (M. DEMOULIN, D. GOBERT, C. LAZARO et O. LEROUX, sous la direction du professeur Y. POULLET, rapport final sur le droit de la preuve, projet e-Justice, disponible à l'adresse suivante : http://www.droit.fundp.ac.be/e-justice/default.htm).

تخلق سلطة المصادقة الالكترونية بشهادتها التي تمنحها الثقة و المصداقية و تبث الطمأنينة في نفسية المتعاقدين الالكترونيين، و لا يتأتى ذلك إلا من وجود شبكة الكترونية و برامج معلوماتية آمنة تضمن سلامة العقد الالكتروني من العبث و التزوير و تؤمن عملية التوقيع الالكتروني وتُفعل حمايتها، غير أن ذلك لا يعني أن السلطة الالكترونية لا تواجه مشاكل أو لا يصيبها فشلا في الحصول على هوية صاحب المفتاح العام أو أنها ضعيفة تقنيا في الإحالة بين الشهادة وحائزها أو في توظيف أشخاص غير مؤهلين، أو أنها غير قادرة على حفظ السجلات الالكترونية لأنها غير قادرة أو أنها مهنة جديدة تأخذ وقتا في تأمين المعاملات[1].

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لمقدم خدمة التوثيق الالكتروني و هيكلته

نصت المادة 03 من القانون التجاري أن وكالات و مكاتب الأعمال مهما كان هدفها تعتبر أشخاصا تجارية بحسب الشكل، و هذا ما يقابله أن مقدم خدمة التوثيق الالكتروني يقارب أن يكون الدور الذي يلعبه هو دور الموثق طبقا لقانون التوثيق 01/88 من قانون التوثيق[2]، و تشير عدة تشريعات وطنية إلى اعتبار أن سلطة المصادقة الالكترونية تاجرة في منتجاتها الالكترونية سواء أكانت سلطة عمومية أو شخص اعتباري مهما كان، فإذا أخذنا العقد التي يربطها بالعميل على أنه عقد تأمين طبقا للمادة 619 مدني:"عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن"، فمقاولة التأمين مهما كان موضوعها تأمين للسيارات أو تأمين المعاملات بغض النظر على نوعها أو طبيعتها المادية أو المعنوية[3]، و من هذا يتمتع بالأهلية القانونية كل مقدم خدمة التوثيق الالكتروني في إنجاز تلك النشاطات المرفقة به[4] و إسنادها لهيئات التصديق المتخصصة ذات الجزة في مجال التوثيق و المعلوماتية، و لسلطة المصادقة الالكترونية أن تختار اسم أو علامة أو شعار للعمل به شريطة احترام المعايير القياسية و القانونية كأن يتعلق الأمر بحماية المستهلك أو حماية البيانات الشخصية لطبيعتها الخصوصية[5]، مثلما نص مشرع إمارة دبي في المادة 19 بما يلي:

1- د.طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت، المرجع السابق، ص206.

2- القانون رقم: 14/88 المؤرخ في: 03 ماي 1988، ج.ر:18.

3- د.سميحة القليوني، القانون التجاري، العقود التجارية، وسائل الدفع الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2005، ص109.

4 -Jimmy Lewis, «Certifying Authorities Must Build Trust », PC Week, vol. 15, n° 26, 29 juin1998, page 107.*In*: B. BRUN,*précité*., p.15.

5- نفس الشرط قيدت به مادة (18):"إذا تم بطريقة صحيحة تطبيق إجراءات توثيق محكمة، منصوص عليها في القانون أو معقولة تجارياً ومتفق عليها بين الطرفين، على سجل الكتروني للتحقق من انه لم يتم تغييره منذ وقت معين من الزمن، فإن هذا السجل يعامل كسجل الكتروني محمي منذ ذلك الوقت إلى الوقت الذي تم فيه التحقق. (2) لأغراض هذه المادة والمادة (20) من هذا القانون، ولتقرير ما إذا كانت إجراءات التوثيق المحكمة معقولة تجارياً، ينظر لتلك الإجراءات والظروف التجارية في وقت استخدامها بما في ذلك: (أ) طبيعة المعاملة. (ب) معرفة ومهارة الأطراف. (ج) حجم المعاملات المماثلة التي قام بها أي من الطرفين أو كلاهما (د) وجود إجراءات بديلة. (ه) تكلفة الإجراءات البديلة. (و) الإجراءات المستخدمة عموماً لأنواع مماثلة من المعاملات".

" إذا تم بطريقة صحيحة تطبيق إجراءات توثيق محكمة، منصوص عليها في القانون أو معقولة تجارياً ومتفق عليها بين الطرفين، على سجل الكتروني للتحقق من أنه لم يتم تغييره منذ وقت معين من الزمن، فإن هذا السجل يعامل كسجل الكتروني محمي منذ ذلك الوقت إلى الوقت الذي تم فيه التحقق.

(2) لأغراض هذه المادة والمادة (20) من هذا القانون، ولتقرير ما إذا كانت إجراءات التوثيق المحكمة معقولة تجارياً، ينظر لتلك الإجراءات والظروف التجارية في وقت استخدامها بما في ذلك: (أ) طبيعة المعاملة.

(ب) معرفة ومهارة الأطراف.

(ج) حجم المعاملات المماثلة التي قام بها أي من الطرفين أو كلاهما.

(د) وجود إجراءات بديلة.

(هـ) تكلفة الإجراءات البديلة.

(و) الإجراءات المستخدمة عموماً لأنواع مماثلة من المعاملات".

الفرع الأول: اسم النطاق لجهة التصديق الالكتروني

تباشر جهة التصديق الالكتروني مهامها بعد أن تعتمد اسما لها، و بهذا الاسم تقدم عروضهاو خدماتها، و عادة ما يرتبط الاسم بالأشخاص القانونية و يقترن بالمجال الذي يمارسه الموثق الالكتروني، و يتجلى ذلك على أن المواقع الالكترونية تحتل حيزا أو مكانا افتراضيا يسمى مجالا وفيه يمارس الموثق لاختصاصه وعمله مرفق موقع خاص بها و يدخل في عناصر العلامة و التسمية التجارية و الاستدلال عليه[1]. و العلامة أو التسمية داخل هذه البيئة الافتراضية لا تتيح استعمالا ثانيا بالطريقة التي يسترق فيها شعار أو علامة المؤسسة في حالتها العادية و استعمالها من الغير سيء النية.

و لسلطة التصديق أن تمارس نشاطها باسم نطاق مستعار و أن تستصدر لها شهادة الكترونية تثبت ذلك كما هو منصوص عليه في المادة 08 فقرة 03 من التوجيه الأوروبي[2]، لكن بتوفر شرطين،هما: أن يحيل هذا الاسم المستعار عن هوية مقدم خدمة التوثيق الالكتروني دون أن يكون ملزما بعرض هذه التسمية المستعارة بنص البند ج من الملحق الأول المرفق بالتوجيه الأوروبي المتعلق بالتوقيع الالكتروني بخصوص الشهادات الالكترونية المحمية أو المتقدمة، في حين أن الشرط الثاني يتأسس في الحفظ و التسجيل للبيانات الالكترونية.

---

[1]– ومثال ذلك المواقع التالية الخاصة بخدمة التوثيق الالكتروني:

CertCo , http://www.certco.com/
VeriSign, http://digitalid.verisign.com/
Infrastructure à clés publiques du gouvernement du Canada,
http://www.cse.dnd.ca/cse/francais/gov.html
BelSign (Belgique & Luxembourg), http://www.kpmg.com.au/certauth.html

[2] - Art 08§ 03 : « 3. Sans préjudice des effets juridiques donnés aux pseudonymes par la législation nationale, les états membres ne peuvent empêcher le prestataire de service de certification d'indiquer dans le certificat un pseudonyme au lieu du nom du signataire.

بهذا الاسم سبق الإشارة لدى التطرق للتوقيع الالكتروني المبنى على نظام التشفير الأسيمتري أن إنشاءه يمكن أن يستدعي الأمر تدخل طرفا ثالثا يتولى إصداره ويكون شاهدا على المعاملات التي يبرمها حامل الشهادة الالكترونية التي يصدرها، بمعنى أن مفاتيح التشفير التي يستعان بها في التوقيع الالكتروني تحتاج إلى مصدر و معتمد لها ويقوم كذلك بإدارتها، هذا التدخل كفيل للقيام به من الغير المصادق[1] أو الغير الموثق أو ما يصطلح عليه بمزود خدمة التوقيع أو جهة التصديق الالكتروني.

و من ثم، فان الإشهار الكافي للعلامة يكون بتوفير المعلومات اللازمة للأطراف المعتمدة على خدمات التصديق بنص المادة 25 فقرة 06 و الفقرة 12 من قانون إمارة دبي السابق الذكر بقولها: " تحديد محتويات وتوزيع المواد والإعلانات المكتوبة أو المطبوعة أو المرئية والتي يجوز أن يوزعها أو يستخدمها أي شخص فيما يتعلق بأية شهادة أو مفتاح رقمي.

الطريقة التي يدير بها حامل الترخيص معاملاته مع عملائه، وكذلك عند تعارض مصالحه مع مصالحهم، و واجباته تجاههم فيما يتصل بالشهادات الرقمية".

الفرع الثاني:هيكلة مقدم خدمات التصديق الالكتروني[2]

---

[1]- تسمية أطلقها الدكتور حبيب الملا، المرجع السابق، ص06.

[2]- "يمكن لهذه السلطة أن تتجسد في شكل ثلاث هيئات: سلطة تسجيل مركزية يمكن أن تختص بما سبق ذكره، هيئة ثانية و تسمى سلطة تسجيل قد تقوم فقط بالتحقق من هوية الموقع و حامل الشهادة و التصديق على المعاملة الالكترونية من دون أن تصدر الشهادات الالكترونية. أما الهيئة الثالثة فهي سلطة التسجيل اللامركزية وعادة ما تكون لها علاقة مباشرة مع الموقع أو الزبائن، و قد تميزت باللامركزية في اختصاصها بوظائف ترجع للسلطة المركزية للتسجيل، و عادة ما تكون قرية من مراكز عرض خدمة التوثيق أو المراكز التجارية، تهدف أساسا إلى تلقي طلبات إصدار الشهادات الالكترونية و التحقق من هوية طالب الشهادة أو تأكيد شخصية وهوية حاملها في المبادلات الالكترونية ونفس الشيء يقال في حالة العدول عن الشهادات.

تحدثنا فيما سبق عن تعريف هذه الخدمة ودورها في المجتمع المعلوماتي، سيما الثقة التي توضع فيها فيما يتعلق إصدار المفاتيح التماثلية أو غيرها من الأنشطة التوثيقية، هذا جعلها محل توحيد تشريعي لتنظيمها و احاطتها بأطر قانونية تنظم عملها، ولعل حماية الحياة الخاصة من أهم الأطر التي يجب أن يتقيد مقدم خدمة التوثيق بنص المادة 08 من التوجيه الأوروبي[2]، فهذا الأخير لا يمكنه أن يصدر شهادة الكترونية ما لم يأذن له صاحب الشأن، وان تم ذلك فهو ملزم بالتأكد يقينا من هذا الطالب للشهادة و يتبين من حقيقته الشخصية بما في ذلك حفظها وتسجيلها للاستعانة بها لدى كل طلب، إضافة إلى ذلك يجب أن يسجل كل البيانات في مدونة الكترونية تحتوي أسماء وألقاب حاملي الشهادات يضاف إلى ذلك أسماء ممثلي الأشخاص الاعتبارية مع وضع دليل خاص بالشهادات المستخرجة، على أن تحفظ الشهادات المحمية لمدة 30 سنة حسب المادة الملحق الثاني من قانون بلجيكا. و يتقيد في ذلك بالمعلومات الشخصية ذات العلاقة باستصدار الشهادة وحفظها دون أن تمتد إلى المعلومات الأخرى كأن يضمن الشهادة، الشهادات الشرفية المتحصل عنها أو كأن يدرج في الشهادة رقم بطاقة الضمان الاجتماعي أو النشاطات الثانوية لهذا الشخص وغيرها من الحالات الأخرى التي لا ترتبط بسبب إنشاءها، فان تم ذلك يشترط الموافقة الشخصية لصاحب المصلحة".

تختلف هيكلة هيئات التوثيق الالكتروني من دولة إلى أخرى، فمن الدول ما تكتفي بهيكلة واحدة و تتبعها تسمية واحدة كأن يصطلح على أنها سلطة المصادقة الالكترونية و منها من قال بأنها مقدم الخدمة الالكترونية، غير أحسن هيكلة ما أتى بها المشرع الفرنسي في تقسيمها إلى مكاتب تسجيل محلية و سلطة تصديق عليا تشرف على هذه المكاتب.

أولا: سلطة التصديق الالكتروني

وحددها الملحق الثاني من التوجيه الأوربي المتعلق بالتواقيع الالكترونية، و هي السلطة العليا التي تضمن للجمهور بالولوج لسجلات المكاتب الالكترونية بما فيها الفهارس و السجلات المتضمنة للشهادات المنشأة للمفاتيح العامة، والعمل في حالة الريبة والشك على العدول عن تلك الشهادات، و هي التي تحسم النزاعات بتدخلها لإثبات المعاملة، تشرف على المفتاحين العام والخاص و التحقق من التواقيع الالكترونية و التأكيد على صحتها و سريانها. وتقابلها في التشريع التونسي الوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية، وفي فرنسا سلطة التوثيق و تتفرع عنها سلطة التسجيل وتشرف عليها تقنيا المصلحة المركزية لأمن أنظمة الإعلام الآلي تطابق في مدى استجابة كل هيئة للمقاييس و المواصفات القانونية، أو تعيين مراقبا لخدمات التصديق الالكتروني كما نص عليه تشريع إمارة دبي، علما أنه التشريع الوحيد الذي يعتبر هذا المكلف موظفا عاما.

و ُ تسهل هذه السلطة عملية التعاقد لا سيما لأطرافها،إضافة إلى ذلك:

. أن توفر وسيلة للموقعين تمكنهم من تقديم إشعار بأن أداة التوقيع قد تعرضت لما يثير الشبهة، و أن يضمن توفر خدمة إلغاء التوقيع يمكن استخدامها في الوقت المناسب.

. أنستخدم في أداء خدماته نظماً وإجراءات وموارد بشرية جديرة بالثقة.

– منح التراخيص لممارسة النشاط وتصديق ومراقبة أنشطة مزودي خدمات التصديق والإشراف عليها.

– وضع قواعد تنظيم وترخيص عمل مزودي خدمات التصديق واعتمادها، بما في ذلك طلبات تراخيص أو تجديد تراخيص مزودي خدمات التصديق وممثليهم المفوضين والأمور المتعلقة بذلك.

– تحديد مواصفات و المقاييس القانونية للمنظومة التي بموجبها يتم إحداث الإمضاء و التدقيق و المعايير والقواعد التي يتعين على مزودي خدمات التصديق المحافظة عليها وإتباعها في أعمالهم.

– إبرام الاتفاقات الدولية بقصد الاعتراف المتبادل للتواقيع و الشهادات الالكترونية.

– رقابة أنشطة مزودي خدمات التصديق، ويشمل ذلك طريقة ومكان وأسلوب الحصول على أعمالهم وجذب الجمهور لها.

– تحديد شروط إدارة الأعمال التي يقوم بها مزود خدمات التصديق و تحديد شكل ومحتوى أية شهادة أو مفتاح رقمي.

– تحديد الطريقة التي يدير بها حامل الترخيص معاملاته مع عملائه، وكذلك عند تعارض مصالحه مع مصالحهم، و واجباته تجاههم فيما يتصل بالشهادات الرقمية، إضافة إلى إصدار و تسليم و حفظ شهادات المصادقة الالكترونية الخاصة بالأعوان العموميين المرخص لهم للقيام بالتعامل و التبادل الالكتروني.

. التقرير ما إذا كانت أية نظم أو إجراءات أو موارد بشرية جديرة بالثقة للأغراض التي من أجلها تم استحدثت المكاتب، منها:

. الموارد المالية والبشرية بما في ذلك توافر الموجودات داخل منطقة الاختصاص.

. مدى الثقة في أجهزة وبرامج الحاسب الآلي.

. توفر المعلومات الخاصة بالموقعين المحددين في الشهادات، وكذلك توفير المعلومات للأطراف المعتمدة على خدمات التصديق.

. انتظام ومدى مراجعة الحسابات من جانب جهة مستقلة.

. مدى خضوع مزود خدمات التصديق للاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية.

. مدى التناقض بين القانون المطبق على أعمال مزود خدمات التصديق و القوانين الوطنية[1].

ثانيا: سلطة التسجيل

و هي عبارة عن أشخاص قانونية طبيعية أو اعتبارية تواجه الجمهور في تلقي طلباته للحصول على الشهادات و إن كان قد تتداخل في ممارسة مهامها مع سلطة التصديق الالكتروني، مؤسسات أو مكاتب عامة أو تجارية غير إدارية تتمتع بالشخصية المعنوية يحكمها في غالبية التشريعات القانون التجاري[2]، و يمكن إجمال اختصاصاتها فيما يلي:

. أن تتصرف وفقاً للبيانات التي يقدمها بخصوص ممارساته.

. أن تمارس عناية معقولة لضمان دقة واكتمال كل ما يقدم من بيانات جوهرية ذات صلة بالشهادة أو مدرجة فيها طيلة سريانها.

. تتحقق من الطريقة المستخدمة في تعيين هوية الموقع.

. تراعي وجود أية قيود على الغرض أو القيمة التي يجوز أن تستخدم من اجلها أداة التوقيع.

. تراعي ما إذا كانت أداة التوقيع صحيحة ولم تتعرض لما يثير الشبهة، أو ما إذا كان هناك وسيلة مناسبة للإبلاغ عن الإلغاء.

المطلب الثاني:التنازع القانوني و القضائي في المعاملات الالكترونية:

[1]– المادة 24 من قانون إمارة دبي للمعاملات الالكترونية.

[2]– أما فيما يتعلق الاعتماد فيجب المرور على هيئة الاعتماد الفرنسية و يسبق ذلك التزكية التقنية من طرف المصلحة المركزية السابقة الذكر، متى تدخلت هذه المصلحة إيجابا اعتمد الغير المصادق كمخبر لفترة مرحلية تخصص كمرحلة تجريبية للخدمة.

يثير الطابع الدولي للعقد الالكتروني عدة مشكلات متصلة بتنازع القوانين و الاختصاص القضائي الدولي في ولاية المنازعات، ومن أهم الحلول المقترحة في حل مشكلة القانون الواجب التطبيق هو الاستعانة بسلطان الإرادة للقول باختيار القانون المطبق على النزاع، فخضوع العقد الالكتروني لمبدأ قانون الإرادة من المبادئ الهامة في القانون الدولي الخاص، و تتجلى أهميته و تتعمق أكثر في ازدياد حجم التجارة الالكترونية التي ازدهرت بشكل لم يسبق له مثيل مما أصبحت الحاجة إلى فكرة التحكيم تزداد إلحاحا في معالجة و تسوية النزاعات القائمة لكونها تتلاءم مع مستجدات التجارة الالكترونية، فإذا تصفحنا المواقع الالكترونية نتساءل عن تواجدها و مكان ممارسة المحترف لتجارته الالكترونية، فيتصل بمنازعات التجار التي تقع في دائرة اختصاص محكمة مكان النشاط التجاري أو الحرفة، و يصعب الربط أو تحديد الأماكن على مستوى الانترنت التي تتعدى حتى الاختصاص الإقليمي و الوطني، و لحل المنازعات الالكترونية يرجع إلى الاتفاق لعقد الاختصاص.

فمن البعض من يختار القوانين الوطنية بما يستتبع اختيار جهات القضاء العادي و البعض الآخر يستعين بجهات القضاء الحر كالتحكيم حيث "يقدم التحكيم التجاري الالكتروني مميزات غير موجودة في التحكيم العادي ألا و هي أنه لا يستلزم انتقال الأفراد المتخاصمة إلى مكان بعيد عن محل إقامتهما. إذ أن استماع المحكمة إلى المتخاصمين لا يستلزم التواجد المادي لكليهما و إنما يمكن أن يتم من خلال المحادثات التليفونية و الاتصالات التي تتم عبر الأقمار الصناعية.كما أن الوصول إلى الحكم في النزاع يكون أسرع وذلك لسهولة و سرعة تقديم الأوراق و المستندات المطلوبة من خلال البريد الالكتروني أو من خلال الاتصال المباشر بالخبراء على عنوانهم الالكتروني أو بتبادل الحديث معهم من خلال شبكة الويب".[1]

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على المعاملات الالكترونية

لا تتأثر المعاملة الالكترونية بالقانون الواجب التطبيق إذا تعلق الأمر بأطرافه الذين يكونون من دولة واحدة إذ يطبق قانون الدولة مباشرة، و نظرا لكون العقود التجارية الالكترونية تتسم غالبيتها بالطابع الدولي فإنه تشمل دائما عنصرا أجنبيا لتثور مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق، وبذلك تكون تلك العقود بعيدة عن قواعد القانون الدولي الخاص فهي لا تنسجم مع قواعد الإسناد العادية مضافا لها أن عقود التجارة الالكترونية لها قوانينها الخاصة، فضلا عن ذلك تطبيق مبدأ إقليمية القوانين التي يصعب تطبيقها على شبكات الانترنت لأن هذا المبدأ وضع ليحكم الاختصاص القضائي و القانوني في إطار جغرافية الدولة القطرية سياسيا و إقليميا و اقتصاديا، فلذا تأكد أن قواعد الاختصاص القضائي و القانوني لم تصبح كافية و منسجمة مع تطور المعاملات الالكترونية

[1]– د. فاروق أحمد محمد الأباصيري، المرجع السابق، ص 39. و في نفس النطاق يشير من الفقهاء الفرنسيين بما يلي:
« La possibilité pour les individus de déterminer, dans un contrat, la juridiction compétente à régler leurs litiges et les normes de fond qui régiront leurs rapports présente de nombreux avantages, par rapport aux mécanismes traditionnels de règlement des différends, lorsque des conflits se développent dans les espaces électroniques. [... Devant les problèmes de juridiction soulevés par les environnements électroniques, le contrat semble être une panacée. », Pierre Trudel, France Abran, Karim Benyekhlef, Sophie Hein, Droit du Cyberespace, Montréal, Les Éditions Thémis, 1997, p. 4-53. *In* : B. BRUN, *précité*, p.18.

ذات المعطيات الالكترونية الخاصة التي تتقاسمها عدة قوانين من قانون حماية المستهلك إلى قانون التجارة الالكترونية إلى قواعد التواقيع الالكترونية و قوانين الخصوصية و المالية وغيرها[1].

فإذا كانت القاعدة العامة هي القول بخضوع العقد من حيث شكله إلى قانون مكان إبرامه **Locus regit actum** و إن كان أصبح الوضع مختلفا فقد أصبح يتم الأخذ من حيث الشكل إذا استوفى العقد لشروط القانون المنصوص عليها في إحدى الدول موطن أحد المتعاقدين طبقا للمادة 02/09 من معاهدة روما المؤرخة في 1980/06/08، و بقي الشك يقبع في مكانه بخصوص تطبيق هذه المدة على عقود التجارة الالكترونية، فهي تخضع لقواعد إثبات خاصة، فلقد أصبحت تدخل في مضمون الشكل بالمفهوم القانوني الوسيلة الالكترونية التي يتم بها نقل المحررات و الشهادات الالكترونية[2].

و لقد تبنى الفقه عدة حلول يهدف من وراءها البحث عن القانون الواجب التطبيق على موضوع المعاملات الالكترونية، فمن الحلول المقترحة توحيد القواعد الموضوعية للمعاملات الالكترونية و كل ذلك من أجل وضع تنظيم خاص بها **Lex Electronica** [3]، و مثالها القانون النموذجي للأمم المتحدة الخاص بالتجارة الالكترونية أو القانون النموذجي بشأن التواقيع الالكترونية أو كالتوجيه الأوربي المتعلق بالتجارة الالكترونية و الآخر المتعلق بالتواقيع الالكترونية، فقد تم صياغتها عن طريق سلطة دولية وفقا للعقود التجارية الدولية **UNIDROIT** أو **INCOTERMS**.

كما نجد حلا آخر في العقود النموذجية التي تعاظم دورها في الآونة الأخيرة و أصبحت تكرس لأعراف و عادات التجارة الدولية فاتجهت غالبية الغرف التجارية المهنية إلى إعداد قواعد نموذجية تتضمن للعديد من العادات الجاري العمل بها كالتي تبرم بين الموردين و المستخدمين[4] أو قواعد السلوك الموحدة لتبادل البيانات التجارية باستخدام الإرسال الالكتروني **UNICID** أو كالاتفاق الأوربي النموذجي للتبادل الالكتروني للبيانات **TEDIS**.

أما بخصوص قواعد السلوك أو الأعراف التجارية، التي تعتبر كذلك من أهم مصادر القواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية، و هي تقوم على وضع قواعد سلوك دنيا تشكل الحد الأدنى من المبادئ و الأحكام التي يجب مراعاتها من قبل المتعاملين في التجارة الالكترونية، و نجد لنا أمثلة في عدم استخدام الكمبيوتر في القرصنة و الاحتيال و إلحاق الضرر بالآخرين أو تقليد مصنفات في إطار الملكية الفكرية...الخ[5].

---

[1]– د.أبو العلا على النمر، مقدمة في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، 1999، ص106.

[2] -Cyril BLAISE, *précité*,p.35.

3– د.فاروق الأباصيري، المرجع السابق، ص279.

4–د.عادل أبو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، 2004،

5– د.أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص65.

في حين أن الأعراف، يعتبرها البعض من بين المصادر القانونية ذات الأهمية القانونية الكبيرة جدا بمحتواها الذي ساهم في إنشاءه عدة متعاملين الكترونيين من خلال ما استقر عليه ممارساتها المهنية في بيئة الانترنت، كما أن العرف يتلاءم مع مقتضيات التطور السريع الذي تتميز به الانترنت.

و لعل أهم الحلول المقترحة احترام رغبة طرفي العقد في اختيار القانون الواجب التطبيق يتم اختياره عند إبرام العقد أو لدى تنفيذه، و من ثم يشكل فعلا عنصرا قانونيا آمنا لأطراف العقد الالكتروني لإدراكهم السابق عن القانون المطبق في حال نشوء نزاع متعلق بالعقد.كما هو الحال بالنسبة للعقود الاستهلاكية فهي عادة توجب إخضاع العقد إلى قانون معين و يكفينا مثلا الحق في العدول السابق دراسته و هي مدة أسبوع كامل طبقا لنص المادة 05 من اتفاقية روما لسنة 1980، فالتعاقد مع المستهلك يجب أن يخضع إلى قانون محل إقامة المستهلك. غير أنه و في حال عدم وجود اتفاق بشأن تحديد القانون المطبق، فما هو القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية؟.

يرجح في حالة ما إذا أغفل أطراف المعاملة الالكترونية اختيار القانون المطبق على العقد و المنازعات الناشئة بخصوصه، أن يطبق قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين و إلا طبق قانون الدولة التي أبرم فيها العقد، أما معاهدة روما فيخضع العقد إلى القانون الأكثر ارتباطا و صلة بالعقد، و أن القانون الأكثر صلة بالعقد هو قانون موطن المتعاقد المدين بالأداء أو الوفاء، أما معاهدة لاهاي لسنة 1955 المتعلقة ببيع المنقول فتأخذ بموطن البائع المعتاد أو المكان الذي يوجد فيه مكان ممارسة النشاط و مقر المؤسسة، كما نص على ذلك القانون المدني الجزائري في مادته 19 حيث تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه، كما يمكن أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية.

الفرع الثاني: الاختصاص القضائي و الاتفاقي بنظر المنازعات

من المعلوم أن الهدف من إبرام العقد هو التنفيذ الطوعي و الاختياري له، إلا أن ذلك قد لا يتحقق إذا رفض المدين التنفيذ، و يتعين عندها أن يقوم الدائن بالتنفيذ عن طريق تمكينه من القوة الملزمة للعقد حتى يرغم المدين بتنفيذ التزامه، و معنى هذا أن التنفيذ الجبري يتطلب تدخل السلطة القضائية مما يتعين معها البحث عن المحكمة المختصة و صاحبة الولاية بنظر النزاع.ومتى تضمنت الدعوى عنصرا أجنبيا سواء بجنسية أحد الأطراف أو كأن تتضمن حقا موجودا بالخارج فإنه يترتب معها تحريك قواعد الاختصاص القضائي الدولي ومنه البحث عن الدولة التي تختص محاكمها بنظر النزاع، و حسب المادة 32 فقرة 06 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري فإنه تختص الأقطاب المتخصصة المنعقدة في بعض المحاكم بالنظر دون سواها في المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية...الخ، أو هو ما يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، و في حالة لم يتحقق ما سبق يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية

المشتركة أو يطبق قانون محل إبرام العقد. وتسري قواعد الاختصاص و الإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى و تباشر فيها الإجراءات طبقا للمادة 21 مكرر من القانون المدني كما لو كان موضوع الطلب تدبير مؤقت أو تحفظي.

كما يمكن أن تنظر المحاكم الجزائرية الدعاوى التي يكون طرفها أجنبي حتى و لو لم يكن مقيما في الجزائر بخصوص تنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري، كما تختص المحاكم الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها أجنبي في بلد أجنبي مع جزائريين[1]، و نفس الشيء يقال في اختصاص المحاكم الجزائرية على الجزائريين الذين يبرمون عقودا و التزامات في بلد أجنبي حتى ولو كان مع أجنبي[2].

و يجوز الاتفاق على تحديد المحكمة المختصة بنظر عقود التجارة الالكترونية و عقد الاختصاص لمحاكم دولة ما أو أن يدرج في العقد شرط تحكيمي يخرج الاختصاص عن الجهات القضائية الحكومية. بمعنى أنه يمكن لطرفي المعاملة الالكترونية أن يعقدا الاختصاص القضائي لمحكمة معينة بعقد صريح يثبت ما سبق ولا يعني هذا أنه لا يمكن قبول الاختصاص الضمني في حال ما إذا رفعت دعوى أمام محكمة غير مختصة و أن مثول المدعى عليه أمام المحكمة وعدم إثارته لعدم الاختصاص المحلي يعد قبولا ضمنيا بذلك. و:" أما القبول الصريح، فيعني وجود شرط مكتوب، و يقصد بالكتابة في مجال العقود الالكترونية. الكتابة الالكترونية. وقد أدخل مجلس الاتحاد الأوربي، تعديلا على المادة 17من معاهدة بروكسل، لتتلاءم مع طبيعة العقد الالكتروني، فاعتبر، في حكم الكتابة، كل ما ينقل بالطريقة الالكترونية، و يمكن الاحتفاظ به ...، يمكن اعتبار شرط اختيار الاختصاص القضائي صحيحا، إذا جرى تأكيده بموجب رسالة الكترونية، على أن تحفظ هذه الرسالة، في ذاكرة جهاز المتعاقد، على نحو يسمح بالاطلاع عليها فيما بعد. أما طبع الرسالة على سند ورقي، و الاحتفاظ بها، فلا يعتبر سندا كافيا"[3].

أكثر من هذا، من الفقه من يرى أن ضرورة تطبيق القواعد الخاصة للمعاملات الالكترونية بداية من العقد الذي يكون المستهلك طرفا فيه الذي يجب أن يحاط بأكبر قدر ممكن من الحماية بتقرير المحكمة موطن إقامته إذ هو المبادر في التعاقد ببحثه المتواصل عبر الشبكات الالكترونية عن السلع و الخدمات، كما أنه هو الطرف المذعن و الضعيف في معادلة العقد الالكتروني الذي قد يكون فيه المحترف مستقرا بآخر و أقاصي العالم، فخلاف محكمة إقامته، نجدها غير ملائمة[4]، و بذات النص أخذ المشرع الفرنسي في المادة 01/46 من قانون الإجراءات المدنية

1- المادة 41من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري.

2- المادة 42 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري.

3- القاضي الياس ناصيف، المرجع السابق، ص315.

4- أحمد عبد الكريم سلامة:" حماية المستهلك في العقود الدولية الالكترونية وفق مناهج القانون الدولي الخاص"، مؤتمر الجزانب القانونية و الأمنية للعمليات الالكترونية، مركز البحوث و الدراسات بأكاديمية شرطة دبي، 26-27 أفريل 2003.

الفرنسي:" يمكن للمدعي، في مجال العقود الدولية، أن يقيم الدعوى أمام المحكمة التي يقع في دائرتها تسليم الشيء المبيع، أو أداء الخدمة"[1].

"و لا يثير تحديد موطن المدعى عليه أية صعوبة إذا كان الأمر يتعلق بواقعة لا تتأثر بأي حال من الأحوال بالوسيلة الالكترونية للتعاقد. إلا أن الصعوبة تكمن فيما يتعلق بتحديد مكان تنفيذ العقد، و بصورة أكثر تحديدا، عندما يتم هذا التنفيذ عبر شبكات الانترنت، إذ في هذا الفرض يكون الاعتداد بالمكان الذي أرسلت منه الخدمة، حيث تنفذ بالضغط على زر الإرسال للجهاز. ومن ثم ينعقد الاختصاص للمحكمة التي يوجد في دائرتها هذا الجهاز. و يمكن، كحل آخر، الاعتداد بوصول الخدمة إلى صاحبها، فينعقد الاختصاص عندئذ، للمحكمة التي يوجد في دائرتها جهاز المتعاقد الآخر.

و قد أخذ المجلس الأوربي بهذا الحل الأخير، عندما أجرى تعديلا بتاريخ 2000/12/22 على اتفاقية بروكسل، التي أخذت في الاعتبار طبيعة العقد الالكتروني"[2].

و إذا كانت تجوز الوساطة فيما يجوز الصلح، فحكم المادة 994 يمكن أن يمتد ليحكم نزاع الأطراف في العقود الالكترونية، بمعنى أنه يمكن للأطراف أن يختاروا طرفا محايدا أو أن يعين لهم القاضي هذا الطرف الثالث من أجل تلقي وجهة نظر كل واحد منهم و محاولة التوفيق بينهم لتمكينهم من إيجاد حل للنزاع، ولقد كان ثمة مؤسسات تقوم بمهام الوساطة في حل المنازعات من بينها: مؤسسة **Le cyber tribunal** التي أنشأتها جامعة مونتريال سنة 1995 للوساطة بين التجار و المستهلكين و في قضايا التقنية الحديثة و التجارة الالكترونية[3].

لكن، ظهر كذلك التحكيم الالكتروني في مجال العقود الالكترونية لتمتعه بالقوة الملزمة بالنسبة للطرف الذي يطلبه عكس الوساطة التي يمكن العدول عنها في أي مرحلة تكون عليها الدعوى، ثم إن التحكيم مجال استثنائي

1- القاضي الياس ناصيف، المرجع السابق، ص319.

2- القاضي الياس ناصيف، المرجع السابق، ص319.

و نصت على نفس المضمون المادة 17 من التوجيه الأوربي المتعلق بالتجارة الالكترونية و التي أوصت الدول الأعضاء على تشجيع وسائل و طرق حل النزاعات البديلة بعيدة عن الجهات القضائية الحكومية و باستخدام الوسائل الالكترونية،

Article 17, « **Règlement extrajudiciaire des litiges**

1. Les états membres veillent à ce que, en cas de désaccord entre un prestataire de services de la société de l'information et le destinataire du service, leur législation ne fasse pas obstacle à l'utilisation des mécanismes de règlement extrajudiciaire le règlement des différends, disponibles dans le droit national, compris par des moyens électroniques appropriés.

3. Les états membres encouragent les organes de règlement extrajudiciaire des litiges à communiquer à la Commission les décisions importantes qu'ils prennent en matière de services de la société de l'information ainsi que toute autre information sur les pratiques, les us ou les coutumes relatifs au commerce électronique ».

3- القاضي الياس ناصيف، المرجع السابق، ص316. ويضيف مؤسسات أخرى للوساطة منها:

- On line ombuds office.
- Center for technology and dispute resolution.

لطرفي العقد الالكتروني يمكن اللجوء إليه لحل الخلافات المحتملة يتم النص عليه[1]، كما أنه يشكل بديلا لحل الناشئة عن علاقات الأفراد الوطنية و الدولية أو المرتبطة بمصالح التجارة الدولية[2] بتكليف شخص ثالث محايد، و بمقتضاه يلتزم الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات التي تثور بينهم أو التي من المحتمل نشوئها عن طريق التحكيم ، فإذا كان شرطا تحكيميا،فهو حسب المادة 1007 من القانون الإجراءات المدنية و الإدارية:" الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم"، أما اتفاق التحكيم بتعريف المادة 1011:" اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوءه على التحكيم".

و التحكيم الالكتروني:" عبارة عن نظام قضائي من نوع خاص يتفق بموجبه الأطراف على إحالة النزاع و بشكل اختياري إلى طرف محايد (مقدم خدمة التسوية الالكترونية) لتعيين شخص ثالث أو عدة أشخاص (هيئة التحكيم الالكترونية) لتسوية النزاع باستخدام وسائل الاتصال الحديثة وفقا لقواعد تنظيمية ملائمة لموضوع النزاع و أسلوب التسوية، وذلك لإصدار حكم ملزم للأطراف"[3].

و أحسن تطبيق للفكرة السابقة هي التحكيم المعجل التي ظهرت عام 1998، بمعنى تحكيم أكثر فعالية و سرعة في الفصل لا تتجاوز مدته الشهر الواحد، و تملأ الاستمارة الالكترونية المهيأة لهذا الغرض و إرساله، ثم يليه تبليغ الطرف الثاني[4].

و إذا كان يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي يملك مطلق التصرف فيها، يتم وفقا لقواعد معدة مسبقا و مستمدة من قواعد غرف التجارة الدولية أو القواعد التي تضعها لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية، و بناء عليها تم إرساء عدة مؤسسات لحل المنازعات المرتبطة بالتجارة الالكترونية، ومن بينها: **Cyber Tribunal** أو **Virtual Magistrate**، و في فرنسا أنشأت الهيئة التحكيمية **IRIS** لتسوية المنازعات

1- د.أحمد الصاوي، أنظمة التحكيم الدولية، الطبعة الثانية، 2004، ص 48.

2- حدد القضاء الفرنسي مضمون مصالح التجارة الدولية بـ:" وجود معاملة اقتصادية تتطلب حركة أو تداول للأموال أو الخدمات أو الدفع عبر الحدود"، كما قيل بأنها المد و الجزر للقيم و الخدمات التي تتجاوز الحدود، د.أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 2001، ص 65، و قد أخذ بها المشرع الجزائري في المادة 1039 من قانون الاجراءات المدنية بقولها:" يعد التحكيم دوليا، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".

3-د.سامي عبد الباقي، التحكيم التجاري الالكتروني، دار النهضة العربية، 2004، ص 19، د.حفيظة الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن التحكيم، دار الفكر الجامعي، 1998، ص14، انظر كذلك محمد أبو العينين:" مقدمة في حسم منازعات التجارة الالكترونية في الدول العربية و دور المنظمات و المؤسسات المختلفة"، مؤتمر التجارة الالكترونية، جامعة الدول العربية، 20-22 نوفمبر 2000.

4- محمد ابراهيم أبو هيجاء، التحكيم بواسطة الانترنت، دار الثقافة، الأردن،2002، ص58.

الالكترونية الصغيرة و المتوسطة[1]، و مركز الوساطة و التحكيم التابع للمنظمة العالمية للملكية الفكرية[2] لحماية المصنفات الرقمية و الالكترونية و برامج الكمبيوتر و أسماء المجال للمواقع الالكترونية...الخ.

و من هذا يتضح أن التحكيم لا يختلف عن التحكيم التقليدي في مضمونه، و يتم عبر وسائل الكترونية، أي أن تسوية النزاع عبر شبكة الانترنت تتم من دون الحضور المادي لأطراف التحكيم، كما يليه القيام بكل أو بعض الإجراءات الكترونيا، و يحدد مجازا الموقع الالكتروني لمؤسسة التحكيم كمقر لانعقاد هيئة التحكيم التي تتلقى المذكرات و العرائض عبر البريد الالكتروني تصل إلى غاية الاستعانة بغرف المحادثة الفورية أو الاتصال بنظام المحاضرة عن بعد لمناقشة جوانب القضايا التحكيمية[3].

1 - Imaginons un réseau Internet plus solidaire.

2- موقعها الالكتروني:www.wipo.org

3- د.محمد نور شحاتة:"الوفاء الالكتروني"، مؤتمر التجارة الالكترونية، مركز الدراسات القضائية، وزارة العدل المصرية، القاهرة، 18-19 ماي 2002، ص32.

خاتمة

لقد خلصنا من هذه الدراسة المتواضعة أن نطرق باب أحد الموضوعات حداثة و هو **خصوصية التعاقد الالكتروني**، و التجارة و المعاملات الالكترونية طفت للسطح أواخر القرض الماضي و بداية القرن الحالي لتفرض نفسها بقوة على مختلف أصعدة و مناحي حياتنا اليومية، و لأنها تعترضها عدة مشكلات فقد اخترنا الموضوع السابق كعنوان للبحث الحالي، حيث أن انتشار التعاقد الالكتروني و توسعه يتوقف على الأمن و الأمان التقني و الوسائل الالكترونية المتاحة و المستعملة، بمعنى يشترط استعمال تقنيات و آليات تكنولوجية عالية و معايير محددة لإبرام العقد الالكتروني، معايير أخرى تضبط إنشاء و إدارة و رقابة جهات التوثيق الالكتروني المحايدة لتضمن سلامة تبادل ونقل البيانات الالكترونية، كما تستوقفنا فكرة تبني المشرعين للمعاملات الالكترونية، حيث أن هذه التصرفات القانونية الجديدة استوجبت الاعتراف التشريعي و الاتفاقي و القضائي بها في العديد من الدول.

و نظرا لأن العقد في حلته الالكترونية الجديدة و الخصائص المميزة له، تبين لنا فعلا الفارق الموجود بينه و بقية العقود الأخرى التي تبرم بوسائل و طرق تقليدية مادية و بطيئة، و يكمن هذا الفارق في الطابع غير المحسوس له، أين يستخدم الوسائط الالكترونية كدعامة أساسية لحفظه و إثبات وجوده أين لا يتواجد أطراف العقد في مجلس عقد واحد، ثم أن لهذا الغياب المادي للمتعاقدين و محل العقد يجعلنا نتساءل و نحاول البحث عن حجية البيانات المتبادلة و نفاذ العقود المبرمة، فقد يتعرض المستهلك أو المحترف للخداع لعدم معاينة السلعة أو الخدمة، و هي الوقفة التي ردّ عليها المجتمع الدولي حيث توالت التشريعات و القوانين الوطنية و الأممية التي تحكم المعاملات الالكترونية و نقل البيانات الالكترونية وتبادلها.

و استقرئنا كذلك الصلة و التلاحم الوثيق الموجود بين شبكة الانترنت و التجارة الالكترونية و البرامج المعلوماتية التي تضمن هذه اللحمة و العلاقة بينهما، فلا اتصال بدون شبكة الكترونية و لا شبكة الكترونية دون تنصيب برامج حاسوبية يجري العمل بها و عليها، و تحقق هذه العلاقة الثلاثية، يلقي الضوء على هذه الظاهرة الاجتماعية التي احتلت العالم بأسره و أصبحت الحياة لا تخلوا من مرادفات الاستعمال اليومي للكمبيوتر و الانترنت التي هي في نفس الوقت ليس ملكا لأحد و خلقت مجتمعا للمعرفة و المعلوماتية.

كما لاحظنا بصدد هذه الدراسة أن المشكلة لم تحل في الجزائر، رغم أننا كنّا السباقين لعلوم الكمبيوتر، فلم نجد ذكرا لها و لعلاجها إلا ما سبق البحث عنه بداية من المرسوم التنفيذي 403/90 المؤرخ في: 1990/12/15 المتضمن لتقديم خدمة البريد الالكتروني أو اتفاقية الجزائر و شركة **Western Union** للتحويل الالكتروني للأموال لسنة 2001 أو المادتين المعدلتين من القانون المدني بما يعترف فقط بالكتابة الالكترونية و التوقيع الالكتروني دون تفصيل أو بيان في ذلك، أما المشرع الجنائي فاكتفى بتجريم كل مساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات في المادة 394 مكرر و ما يليها من قانون العقوبات الجزائري، و الملاحظ هنا، القصور في تنظيم

المعاملات الالكترونية و القصور التام في حماية المستهلك في التعاقد عن بعد، لذا قمنا بالتطرق للمشكلة من خلال القانون و الفقه و القضاء الأجنبي سيما الفرنسي منه.

ومن خلال استعراضنا السابق، أوضحنا الخصوصية التي تميز عقد التجارة الالكترونية، فقد بحثنا في جواز التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الالكترونية، و أن القواعد العامة في القانون المدني مكنت الإرادة من أن تأخذ شكلا الكترونيا أو لونا الكترونيا حسب الفقيه فانس قوتري[1] ولكن متى تحققت شروط صحة الإرادة و كذا التعبير عنها وصلاحية السكوت فيها؛ فيما إذا كان قبولا أو رفضا ناظرين في ذلك إلى طبيعة التعامل بين المتعاقدين و احترام العرف التجاري القائم و التعامل السابق بينهما، كما قلنا بتأثير البيئة الافتراضية على الرضا و سلامته وفقا للشروط المحددة.

و بينّا خصوصية الإيجاب الالكتروني الذي يعتد به قانونا، فهو يتميز باستخدام الوسيط الالكتروني على شبكة الانترنت، فهو العرض الموجه إلى الجمهور، و هو الإيجاب بالمعنى القانوني للكلمة، و هو كذلك، يشكل دعوة للتعاقد إذا تم عرض السلع و الخدمات للجمهور الالكتروني من دون تبيان الأسعار و الشروط الجوهرية للتعاقد. بمعنى، هو ليس إيجابا.

يقابل الإيجاب، القبول.الذي تناولنا بحثا في ماهيته و مواضع التعبير عنه، عبر البريد الالكتروني و الضغط موافقة على زر الموافقة و حتى عن طريق عقود فض العبوة و التحميل الالكتروني عن بعد، أو عقود المواقع وواجهات المحلات الالكترونية، فهي إذن، تعاقد مع المستهلك الذي له الحق في العدول عن قبوله الالكتروني في الحدود التي رسمها القانون و خروجا عن القواعد العامة، أين مكنته مختلف التشريعات من أن فرصة واسعة حتى يحكم على السلعة التي بشأنها يتعاقد، خلال أجل مسمى.

وفي نفس الإطار، تطرقنا للنيابة القانونية في عقود التجارة و المعاملات الالكترونية، فقد أجازت مختلف التشريعات أن يحل الشخص محل الشخص الحكمي في التوقيع الالكتروني نيابة عنه، كما أجازت نفس القوانين الوكالة في التعاقد الالكتروني عبر الوسطاء الالكترونيين، كالتعاقد بين حامل التوقيع الالكتروني و جهاز الكمبيوتر أو عن طريق المواقع الالكترونية صاحبة الاختصاص، فالعبرة فيها أن الإرادة المطلوبة في العقد الالكتروني توفرت مسبقا من خلال برمجة الكمبيوتر و تهيئته مسبقا للتعامل في مثل هذه الأوضاع.

يضاف إلى ما سبق، توجد خصوصية أخرى للتعاقد الالكتروني، فالعقد الالكتروني يكون بين حاضرين زمنيا و بين غائبين مكانيا في العقود الفورية أو على الخط، و يكون تعاقد بين غائبين في العقود غير الفورية.

و تكمن الخصوصية في زمان إبرام العقد الالكتروني، حيث يختلف وقت انعقاده بالبريد الالكتروني عن بقية وسائل التعاقد الاليكتروني، ففي البريد الالكتروني الراجح ينعقد بنظرية العلم به و إن قيل بدونها و تفضيل تطبيق نظرية

1 - Vincent GAUTRAIS: « La couleur du consentement électronique ».p.01. Disponible sur : http://www2.droit.umontreal.ca/cours/Ecommerce/accueil.htm

وصول القبول من دون البحث فيما إذا اطلع عليها الموجب أم لا، فالعقد ينعقد عند اللحظة التي تصل فيها الرسالة الالكترونية، في حين نجد أن وسائل التعاقد الأخرى تتيح لنا التعاقد من اللحظة التي يقوم فيها القابل بالضغط على أيقونة القبول أو كتابة أية عبارة يكون مضمونها القبول.

أما الخصوصية ذات الصلة بمكان انعقاد العقد، فيختلف وضعها من قانون للآخر وفقا لطبيعة المعاملة أو وفقا لعقود البيوع الدولية أو وفقا لأحكام قواعد الانكوتيرمز أو قواعد التجارة الدولية أو القوانين النموذجية. فقد أخذت القوانين النموذجية الصادرة لجنة الأمم المتحدة للتجارة بالمكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، أو 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. وإذا لم يعين الطرف مقر العمل و كان أكثر من مقر عمل واحد،كان مقر العمل،لأغراض التجارة الدولية و الاتفاقيات الدولية ذات الشأن، هو المقر الأوثق صلة بالعقد المعني، مع ايلاء اعتبار للظروف التي كانت الأطراف على علم بها أو تتوقعها في أي وقت قبل إبرام العقد أو عند إبرامه.و يؤ خذ بمحل إقامته المعتاد إذا لم يكن للشخص الطبيعي مقر عمل معروف.

أما توثيق الإرادة وتصرفات الأطراف القانونية، فهي الأخرى تمتاز بطبيعة ذات خصوصية تميزها عن التوثيق بمفهومه التقليدي، و درسنا ماهيتها و أهميتها من خلال الكتابة الالكترونية و شروطها و متطلباتها القانونية، كما أشرنا كيفية إنشاء البيانات و المعلومات أو حفظها و إرسالها، و قدرنا بأنها تأخذ حكم الأوراق التجارية إذا استجابت لشروط المواد من 09 إلى 18 من القانون التجاري الجزائري، فالمشرع و إن اشترط ذلك فالهدف توثيق المعلومات بطريقة تضمن سلامتها و حفظها و استرجاعها لدى كل طلب عندما يقتضي الأمر، و بحثنا في إرفاقها بالتوقيع الالكتروني و أنه يؤكد على أن الرسالة الالكترونية قد جاءت من مصدرها و أنها لم يقم أحد باعتراضها و أن التوقيع الالكتروني يستجيب لشروط المادة 323 مكرر مدني جزائري و للتوجيه الأوربي المتعلق بالتواقيع الالكترونية و يتطابق مع أحكام القانون النموذجي للتوقيع الالكتروني لسنة 2001.

إن التحدث عن العقود الالكترونية يجرنا للحديث على أنه في الغالب عقد يتجاوز الحدود الوطنية، و البحث في القانون الذي يحكمها و القضاء الذي تنعقد ولايته بنظرها، و من ثم فمن الخصوصية القول بتحرير العقد الالكتروني عن أحكام القوانين، فهي غير كافية لوحدها لحكمه و لحل النزاعات التي يثيرها، فكان لزاما أن نجد قواعد قانونية تتلاءم مع هذا المولود الجديد و إيجاد نظام قانوني عالمي أو جهوي جديد مع مراعاة العادات و الأعراف التجارية الدولية و الوطنية و المحلية على شاكلة القانون النموذجي أو التشريع الأوربي.

و قد توصلنا إلى عدة نتائج أهمها:

- إن التجارة الالكترونية بخصوصيتها الافتراضية غير المادية تحكمها القواعد العامة التقليدية، و يستتبع هذا تعديلها بما يستجيب لهذه البيئة الجديدة التي تتفق و طبيعتها التي تسمح بإجراء المعاملات الالكترونية و

إبرام العقود عن بعد عن طريق الوسائط الالكترونية المختلفة، فلا بد أن تنظم هذه الإعمال الالكترونية بقوانين تتفق معها فل ظل معاملات آمنة و مضمونة.

- في العقود الالكترونية، تتسم بعنصر التفاعلية بين أطراف العقد، أي:" الاحتمالات المخولة لمستخدم البرنامج المعلوماتي ليتحكم بنفسه في التدفق المعلوماتي المقدم له و المعروض عليه، من خلال محتوى ثري من معلومات مضغوطة في شكل رقمي بواسطة قدرات لا محدودة للوسائط الالكترونية"[1]، و يترتب عن هذا إمكانية الدفع الفوري و تنفيذ العقد فوريا إذا تعلق الأمر بعقود الخدمات.
- أنه تثور صعوبة في أن يتحكم رجال القانون في التقنيات ذات الصلة بالمعاملات التجارية الالكترونية، بمعنى أنه محدودية المعرفة الكافية بالشبكات الالكترونية و المعاملات الالكترونية مما ينبغي معها القول على ضرورة تكيّف رجالات القانون مع هذه التقنية الجديدة ليسهل التعامل معها.
- يعتبر عقد البيع المبرم عبر البيع من عقود المساومة في بعض الأحوال و من عقود الإذعان في أحوال أخرى، ففي الحال الأول يمكن لأطراف العقد التفاوض حول مقتضياته، و في الحال الثاني يمكن أن يكون محتكرا للسلعة أو الخدمة.
- أن المعاملات الالكترونية لا تخضع لسيطرة أية جهة أو دولة مما يحتم تضافر الجهود الدولية لتوحيد أحكام تنظيم المعاملات الالكترونية و ضمان إمكانية سريان الأنشطة الرقمية و إضفاء الحجية القانونية على المحررات الالكترونية.
- أنه حان الوقت للمشرع الجزائري أن يسارع و يتدخل بعد الغياب الطويل الذي أخّر الجزائر في الاندماج في المجتمع الدولي و مجتمع المعرفة، ويقوم بإصدار القوانين الملائمة و الكافية لإنشاء بيئة الكترونية آمنة، كما أن دوره مطلوب بإلحاح ليواجه التطور التقني المستمر.

تم بحمد بالله و عونه.

المراجع:
أولا: الكتب:
باللغة العربية:

[1]- د.أسامة أحمد بدر، الوسائط المتعددة بين الواقع و القانون، المرجع السابق، ص95.

- د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2002.
- د.مدحت رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية، دار النهضة العربية.
- أ. رأفت رضوان، عالم التجارة الالكترونية، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 1999.
- د.عزة العطار، التجارة الالكترونية بين البناء و التطبيق، الأكاديمية العربية للعلوم و التكنولوجيا و النقل البحري، منشأة المعارف.
- د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1981.
- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، جزء 01، مصادر الالتزام، مجلد 01، العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 03،1981.
- د.فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الالكترونية، دار النهضة العربية، 2003.
- د.محمد حسين منصور، أحكام البيع، مطبعة الانتصار، الإسكندرية،2002.
- د.محمد حسين منصور، المسئولية الإلكترونية،دار الجامعة الجديدة،2003.
- د.الياس نصيف، العقد الالكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006.
- د.أسامة أبو حسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، دار النهضة العربية،2000.
- د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2006.
- د.أسامة أحمد بدر، الوسائط المتعددة بين الواقع و القانون، دار النهضة العربية.
- علي بولحية بن بوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك، الجزائر، دار الهدى، 2000.
- د.حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزامات: مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، 1995.
- د. علي سيد قاسم، قانون الأعمال (وسائل الائتمان التجاري و أدوات الدفع)، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2000.
- د. محي الدين عكاشة، حقوق المؤلف، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- د.محمد السعدي رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة مع التركيز على البيع بواسطة التلفزيون، مطبوعات جامعة الكويت، 1998.
- محمود عبد المعطي الخيال، التعاقد عن طريق الانترنت، مطبعة النسر الذهبي،2000.
- د.نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، دراسة المبادئ العامة في القانون المدني، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر و التوزيع،الطبعة الأولى.
- د.شحاتة غريب شلقامي، التعاقد الالكتروني في التشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2008.
- د.محمد حسام محمود لطفي، عقود خدمات المعلومات، عقود خدمات المعلومات، القاهرة 1994.
- د. محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية القانونية في مجال شبكة الانترنت، دار النهضة العربية، 2002.
- د.عمر محمد يونس، أشهر المبادئ المتعلقة بالانترنت لدى القضاء الأمريكي، بدون ناشر، 2004.
- د.ايمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الالكتروني و إثباته، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2008.
- د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء السابع، مجلد 01، العقود الواردة على العمل، المقاولة و الوكالة و الوديعة و الحراسة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 1989.
- د.أسامة عبد الله فايد، الحماية الجنائية للحياة الخاصة و بنوك المعلومات دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 1992.
- د.عفيفي كامل عفيفي، جرائم الكمبيوتر و حقوق المؤلف و المصنفات الفنية،الطبعة الثانية.
- المعجم الوسيط، الجزء الأول، مجمع اللغة العربية.
- د.محمد حسين منصور، قانون الإثبات، الإسكندرية، الدار الجامعية الجديدة، طبعة 2002.
- د. محمد السعيد رشدي، حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات، دار النسر الذهبي، عابدين، مصر.
- د.الغوثي بن ملحة، قواعد وطرق الإثبات و مباشرتها في النظام القانوني الجزائري، طبعة أولى 2001،الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر.
- د.أحمد شرف الدين، عقود التجارة الالكترونية: تكوين العقد و إثباته، دروس لطلبة القانون الخاص و التجارة الدولية،2001.
- د.محمد نصر الدين زغلول، الإرادة في العمل القانوني.د.حسن حسين البراوي، عقد تقديم المشورة، دار النهضة العربية، القاهرة.
- د.عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد و الإرادة المنفردة، طبعة 1984.
- د.جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.

- د.محمد شكري سرور، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، دراسة في قانون التجارة الدولي،1988.
- منير الجهيني و ممدوح الجهيني، بروتوكولات و قوانين الانترنت، دار الفكر الجامعي، مصر ، 2005.
- أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الإنترنت،المكتبة القانونية، الدار العلمية الدولية، ودار الثقافة، الأردن.
- د.محمد حسام محمود لطفي، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود و إبرامها، طبعة 1992، القاهرة.
- د.أحمد عبد الكريم سلامة، مصادر الالتزام، الكتاب الأول، مكتبة عين شمس، القاهرة، 1984.
- د.أحمد شرف الدين، الايجاب و القبول في التعاقد الالكتروني و تسوية منازعاته.
- د.عبد الرزاق حسن فرج، دور السكوت في التصرفات القانونية، دراسة مقارنة، مطبعة المدني، القاهرة، 1980.
- د.محمد عبد الحميد البيه، مشكلتان متعلقتان بالقبول: السكوت و الاذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985.
- سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، طبعة 2000.
- منير ممدوح الجنبيهي و ممدوح محمد الجنبيهي، أمن المعلومات الالكترونية، دار الفكر الجامعي، 2006، الإسكندرية.
- د.وحيد الدين سوار، القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، جزء أول، دمشق، 1991.
- د.أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، 1996.
- د.محمد لبيب شنب، الوجيز في مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، 1999.
- د.حسام الأهواني، النظرية العامة للالتزام، جزء 01، المجلد الأول، المصادر الارادية للالتزام، الطبعة الثالثة.
- د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة(منقحة)، 1981.
- د.عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.
- د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، العقود التي ترد على الملكية، البيع و المقايضة،دار النهضة العربية، الطبعة الثانية المنقحة، 1986.
- د. أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الانترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2002.
- د.حسام عيسى،نقل التكنولوجيا، دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية، دار المستقبل العربي، القاهرة، 1988.
- د.محمود الكيلاني،عقود التجارة الدوليةفي مجال نقل التكنولوجيا، القاهرة، 1988.
- د.هشام فريد رستم، قانون العقوبات و مخاطر تقنية المعلومات، مكتبة الآلات الكاتبة، أسيوط، ط1995.
- د. أسامة أبو الحسن مجاهد، فكرة الالتزام الرئيسي في العقد و أثرها على اتفاقات المسؤولية،دار الكتب القانونية، 1999.
- د.محمود عبد الرحمان محمد، الاستغلال و الغبن في العقود، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1997.
- د.عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، دار الفكر الجامعي، مصر، 2005.
- د.ممدوح محمد خيري هاشم، مشكلات البيع الالكتروني عن طريق الانترنت في القانون المدني، دار النهضة العربية، 2000.
- د.حسن عبد الباسط جميعي، عقود برامج الحاسب اللآلي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1998، ص 131.
- حازم الصمادي، المسؤولية في العمليات المصرفية الالكترونية، دار وائل للنشر و التوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2003.
- منير الجهيني و ممدوح الجهيني،البنوك الالكترونية، دار الفكر الجامعي، مصر،
- د.ابراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، دراسة مقارنة متعمقة في الشريعة الاسلامية و القوانين الوضعية، مطبوعات الجامعية، 2003.
- د.سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، نظرية العقد و الارادة المنفردة، الطبعة الرابعة، 1987.
- د.عبد الفتاح عبد الباقي،نظرية العقد و الارادة المنفردة، بدون مراجع.
- د.محمد عبد الظاهر حسين، الدعاوى المتعلقة بعقد البيع، شروطها و آثارها و مواعيد سقوطها،دار النهضة العربية، 1994.
- د.محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري، الطبعة الثالثة، 1978.

- د. حمدي عبد الرحمان، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية.
- د.حسام الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المجلد الأول، المصادر الارادية للالتزام، الطبعة الثالثة، 2000.
- د.محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الفرنسي، الطبعة الثالثة، 1987، ص 77.
- د.عبد الودود يحي، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، المصادر: أحكام و الاثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
- د.محمد محمود حسام لطفي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، القاهرة، 2002.
- د.فايز عبد الرحمان الكندري:"التعاقد عبر الشبكات في القانون الكويتي"، مؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة و القانون، الامارات العربية المتحدة، 10 ماي 2003، غرفة تجارة وصناعة دبي، الجزء الثاني.
- د.محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، دار الجامعة الجديدة للنشر،الاسكندرية، 2005.
- د.محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبرالانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- د.محمد السيد خيال، التعاقد عن طريق التلفزيون، مطبعة النسر الذهبي، 2000.
- محمود السيد عبد المعطي خيال، الانترنت و بعض الجوانب القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- د.عبد الفضيل محمد أحمد، الاعلان عن المنتجات و الخدمات من الوجهة القانونية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1991، ص1991.
- د.عباس العبودي، التعاقد عبر وسائل التصال الفوري و حجيتها في الاثبات المدني،دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 1998.
- د. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني للتجارة الالكترونية، الكتاب الأول، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.
- د.عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، مصر، 1992.
- د.صالح ناصر العتيبي، دور الشروط الجوهرية و الثانوية في العلاقة العقدية، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2001.
- د.عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، مصادر الالتزام،
- د.يزيد أنيس نصير:"الارتباط بين الايجاب و القبول في القانون الأردني المقارن"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 24، العدد 03، سبتمبر 2003.
- د.فاروق محمد محمود الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر،2002.
- د.عبد جمعة موسى الربيعي و فؤاد العلواني، الأحكام العامة في التفاوض، التعاقد عبر الأنترنت، عقود البيوع التجارية على وفق أحكام الانكوتيرمز لعام 2000،بيت الحكمة، بغداد، العراق، طبعة أولى،2003.
- د.حمد الله محمد حمد الله،حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، طار الفكر العربي، 1997.
- د.سميحة القليوبي، الأوراق التجارية، طبعة ثالثة،1999.
- د.شريف محمد غنام، مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيةتر في النقل الالكتروني للنقود،دارالجامعة الجديدة،مصر، 2006.
- د.الياس حداد، السندات التجارية في القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية،1989، الجزائر.
- د.هاني دويدار، الوفاء بالأوراق التجارية المعالجة الكترونيا، دار الجامعة الجديدة.
- د.رأفت محمد حسام لطفي، الاطار القانوني للمعاملات الالكترونية، دراسة في قواعد الاثبات في المواد المدنية و التجارية مع اشارة الى خاصة لبعض قوانين البلدان العربية،القاهرة، 2002.
- د.حمدي عبد العظيم، غسيل الأموال في مصر و العالم، 1998.
- د.صابر عبد العزيز سلامة، العقد الالكتروني، 2005.
- د.محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، 2006.
- د.محمد بهجت عبد الله قايد، الأوراق التجارية الالكترونية، دار النهضة العربية.
- د.نبيل محمد أحمد صبيح:"بعض الجوانب القانونية لبطاقات الوفاء و الائتمان المصرفية،مجلة الحقوق، العدد الأول، العدد السابع و العشرون، مارس 2003، جامعة الكويت.
- د.عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية، 1994.

- د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء السابع، مجلد 01، العقود الواردة على العمل، المقاولة و الوكالة و الوديعة و الحراسة.
- د.محمود عبد المعطي الخيال، المسئولية عن فعل المنتجات المعيبة و مخاطر التقدم، دار النهضة العربية، 1998.
- د.حسن عبد الباسط جميعي، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2000.
- د.علي محمد قاسم، بيع المزايدة في الفقه الاسلامي و القانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، 2002.
- د.عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الاداري و تطبيقاتها في الكويت، مطبوعات وحدة التأليف و الترجمة و النشر لكلية الحقوق، جامعة الكويت، الطبعة الأولى، 1998.
- د.عبد الفتاح بيومي، النظام القانوني لحماية الحكومة الالكترونية، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، 2003، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية.
- د.محمد حسين منصور، قانون الإثبات، الإسكندرية، الدار الجامعية الجديدة، طبعة 2002.
- د.عادل حسن علي، الإثبات في المواد المدنية، مصر، مكتبة زهراء الشرق, 1996.
- د.أحمد أبو الوفاء، الإثبات في المواد المدنية و التجارية،بيروت،الدار الجامعية، 1983.
- د.محمد حسام محمود لطفي، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود و إبرامها، طبعة 1992.
- د. محمد السعيد رشدي، حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات، دار النسر الذهبي، عابدين مصر.
- د.محمد حسن قاسم، الاثبات في المواد المدنية و التجارية، المكتبة القانونية، الدار الجامعية.
- د.ثروت عبد الحميد، التوقيع الالكتروني، دار النيل للطباعة و النشر، المنصورة، 2001.
- د.محمد حسام محمود لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الالكترونية، القاهرة، 2002.
- أ.عادل محمود مشرف و عبد الله إسماعيل عبد الله:"ضمانات الأمن و التأمين على شبكة الانترنت"، مؤتمر القانون و الكمبيوتر و الانترنت، الإمارات العربية المتحدة، 01-03 ماي 2000.
- د.طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت، المنشورات الحقوقية، بيروت، ص240.
- د.جميل عبد الباقي الصغير، الانترنت و القانون الجنائي، الأحكام الموضوعية للجرائم المتعلقة بالانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- القاضي وسيم شفيق الحجار، الإثبات الالكتروني، المنشورات الحقوقية، بيروت، 2002.
- د.طوني ميشال عيسى، خصوصية التعاقد في المعلوماتية، المنشورات الحقوقية، بيروت.
- ضياء أمين مشيمش، التوقيع الالكتروني، المنشورات الحقوقية، بيروت.
- د.سعيد السيد قنديل، التوقيع الالكتروني، دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية، 2004.
- د.عايض راشد عايض المري، مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1998.
- د. محمد عبد المحسن المقاطع، حماية الحياة الخاصة و ضماناتها في مواجهة الحاسوب، الكويت، منشورات جامعة الكويت، دار السلالم للطباعة و النشر، طبعة 1992.
- د.سميحة القليوني، القانون التجاري، العقود التجارية، وسائل الدفع الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2005.
- د.أبو العلا على النمر، مقدمة في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، 1999.
- د.أحمد الصاوي، أنظمة التحكيم الدولية، الطبعة الثانية، 2004.
- د.أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 2001.
- د.سامي عبد الباقي، التحكيم التجاري الالكتروني، دار النهضة العربية، 2004.
- د.حفيظة الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن التحكيم، دار الفكر الجامعي، 1998.
- محمد ابراهيم أبو هيجاء، التحكيم بواسطة الانترنت، دار الثقافة، الأردن،2002.
- عدنان السرحان و نوري خاطر، شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)،طبعة 1997.
- د.رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام،دار المطبوعات الجامعية،
- د.عبد الفتاح عبد الباقي،نظرية العقد و الارادة المنفردة، بدون مراجع.
- سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، طبعة 2006.
- د.أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزا في القانون المدني المصري، مكتبة عبد الله وهبه.
- د.اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مكتبة عبد الله وهبه، 1968.

- د.حسام الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الاول، المجلد الأول، المصادر الارادية للالتزام، الطبعة الثالثة،2000.
- د.حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرام عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2000.
- د.عادل أبو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، 2004.

المجلات و الدوريات:
باللغة العربية:

- أ.رامول خالد، "حجية العقد الرسمي"، مجلة الموثق، العدد 04، ديسمبر2001.
- د.مدحت رمضان، "التحقيق الابتدائي و التوقيع الالكتروني"،ندوة التوقيع الالكتروني، النيابة العام لإمارة دبي، الإمارات العربية المتحدة، ماي 2001،ص 04، متوفر www.dubaibpp.co.ae.
- د. مفلح القضاة، "حجية التوقيع الالكتروني في القانون المقارن"، ندوة التوقيع الالكتروني، النيابة العام لإمارة دبي، الإمارات العربية المتحدة، ماي 2001،ص 04، متوفر www.dubaibpp.co.ae.
- د.محمد المرسي زهرة، «عناصر الدليل الكتابي التقليدي في ظل القوانين النافذة و مدى تطبيقها على الدليل الالكتروني"، "،ندوة التوقيع الالكتروني، النيابة العام لإمارة دبي، الإمارات العربية المتحدة، ماي 2001، متوفر www.dubaibpp.co.ae.
- د. أحمد الملا، "الاعتراف القانوني بالتوقيع الالكتروني"، ،ندوة التوقيع الالكتروني، النيابة العام لإمارة دبي، الإمارات العربية المتحدة، ماي 2001.
- علاء نقشبندي، " التوقيع الالكتروني خطوة إلى الأمام"، جريدة الاتحاد، عدد يوم 2001/08/21.
- .علي سيد قاسم:"بعض الجوانب القانونية للتوقيع الالكتروني"، مجلس الشعب، الأمانة العامة، البحوث البرلمانية، عدد 56، 2004.
- هدى حامد قشقوش:" الحماية الجنائية للتوقيع الالكتروني"، مؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة و القانون، الامارات العربية المتحدة، 1-3 ماي 2003، الجزء الثاني.
- د.الصديق محمد الأمين: "بطاقات الائتمان"، مؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة و القانون، غرفة تجارة و صناعة دبي، 10-12 ماي 2003، الجزء الثاني.
- د.فياض القضاة:"مسؤولية البنوك الناتجة عن استخدام الكمبيوتر كوسيلة وفاء"، مؤتمر القانون و الكمبيوتر و الانترنت، كلية الشريعة و القانون، الإمارات العربية المتحدة، 01-03 ماي 2000.
- د.عطا عبد العاطي السنباطي:" الإثبات في العقود الالكترونية"، مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة و القانون، الإمارات العربية المتحدة، الجزء الأول، 10 -12 ماي 2003.
- جريدة الإتحاد الإماراتية، كيف تتعامل بأمان مع البريد الالكتروني"، العدد 9144، بتاريخ: 2001/08/2.
- أحمد عبد الكريم سلامة:"حماية المستهلك في العقود الدولية الالكترونية وفق مناهج القانون الدولي الخاص"، مؤتمر الجزانب القانونية و الأمنية للعمليات الالكترونية، مركز البحوث و الدراسات بأكاديمية شرطة دبي، 26-27 أفريل 2003.
- محمد أبو العينين:" مقدمة في حسم منازعات التجارة الالكترونية في الدول العربية و دور المنظمات و المؤسسات المختلفة"، مؤتمر التجارة الالكترونية، جامعة الدول العربية، 20-22 نوفمبر 2000.
- د.محمد نور شحاتة:"الوفاء الالكتروني"، مؤتمر التجارة الالكترونية، مركز الدراسات القضائية، وزارة العدل المصرية، القاهرة، 18-19 ماي 2002. - د.حسام الدين الأهواني: "حماية حقوق الملكية الفكرية في مجال الإنترنت"، الملكية الفكرية، المؤتمر العالمي الأول حول الملكية الفكرية، جامعة اليرموك، الأردن، 10-11-تموز 2000.
- - د.رامي محمد علوان، "التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني"، مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة 36، 2002.
- د.داود الباز،"المناقصة الالكترونية وسيلة لاختيار المتعاقد مع الإدارة"، حلقة نقاش حول مشروع قانون التجارة الالكترونية الكويتي، 2005/05/04، مجلة الحقوق، ملحق العدد 03، السنة 29، سبتمبر 2005، الكويت.
- د.أحمد السعيد الزقرد:"حق المشتري في اعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون"،مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 19ن العدد 03، سبتمبر 1995.
- د. حمد عبد الرحمان الملحم:"نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها"، مجلة الحقوق جامعة الكويت،السنة السادسة عشر، العدد الأول و الثاني، مارس-جويلية 1992.

باللغة الفرنسية:

-Y.POULLET, Le droit des contrats informatiques, Cahier de CRID, Larcier, 1983.
-A.LUCAS, Le droit de l'informatique, Thémis, 1987.
-M.Antoine, J.-F.Brakeland, M.Eloy, Droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information, Cahiers du CRID, N°07, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1991.
-A.HOLLANDE, contrats informatique et télématiques, Delmas, 1992.
-Olivier ITEANU, L'Internet et le droit, Aspects juridiques du commerce électroniques, Ed.Eyrolles, 1996.
- Pierre TRUDEL, France ABRAN, Karim BENYEKHLEF, Sophie Hein, Droit du Cyberespace, Montréal, Les Éditions Thémis, 1997.
−Lionel COSTES, Transactions en ligne, paiement électronique, galeries marchandes virtuelles, Bulletin d'actualité, Lamy, droit de l'informatique, N° 97, Nov.1997.
- Beaure D'Augéres GAILLAUME et autres, Paiment numérique sur Internet, Etat de l'art, aspects juridiques et impact sur les métiers, Thomson Publishing,1997.
-Alain BENSOUSSAN, Internet aspects juridiques, Ed.02., Hermes, Paris 1998.
- Lamy, Droit de l'informatique et des réseaux, 1998.
-M. TENREIRO, « Conclusion » dans Commission européenne, Direction générale de la santé et de la protection des consommateur, La Directive « clauses abusives », cinq ans après. Évaluation et perspectives pour l'avenir, Conférence de Bruxelles, juillet 1999, 215, Disponible sur : http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/unfa_cont_term/ uct04_en.pdf.
- Multimédia : Le cyberavocat, Formation permanente CUP, Volume XXIX, Liège-Namur, février 1999.
- P.Y. GAUTIER, Le bouleversement du droit de la preuve : Vers un mode alternatif de conclusion des conventions, Les petites affiches, 07 février 2000, n°26.
- Lionel BOCHURBERG, Internet et commerce électronique,Delmas, Paris, 2001.
- Encyclopédie LAROUSSE,2002.
-Collar DATILLEUL , les contrats d'informatique, le droit contemporain, des contrats, sous la direction de L-CADIET, Economica.
-Pierre-Paul LEMYRE, Le guide juridique du commerçant électronique, Sans références.
- Pièrre DESPREZ et Vincent FAUCHAUX, Les contrats relatifs à la vente et à l'achat d'espace publicitaire sur Internet, Légipresse, Mars, 1997.Sans Références.

التشريعات و مشاريع القوانين و القرارات و الأحكام القضائية:

باللغة العربية:

- القانون النموذجي للأمم المتحدة لسنة 2001 المتعلق بالتواقيع الالكترونية.
- اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية، قرار الجمعية العامة A/RES/60/21 المتخذ بالدورة 60، بتاريخ: 09 ديسمبر 2005.
- وثيقة اليونسترال بالغة العربية رقم: A/CN.9/WG.IV/WP.95، أما اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية، قرار الجمعية العامة A/RES/60/21 المتخذ بالدورة 60، بتاريخ: 09 ديسمبر 2005.
- الوثيقة رقم:A/CN.9/WG.IV/WP.71 المتعلقة بدورات التحضير للقانون النموذجي للتجارة الالكترونية لسنة 1996، قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية مع الدليل التشريعي 1996، البند29 و30، متوفر على: www.or.at/unictral.
- اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية و انفاذها (نيويورك، 10 جوان 1958).
- اتفاقية فترة التقادم في البيع الدولي للبضائع(نيويورك، 14 جوان 1974 و البروتوكول الملحق بها فيينا 11 أفريل 1980).
- اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود البيع الدولي للبضائع (فيينا 11 أفريل 1980).
- اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بمسؤولية متعهدي خدمات المحطات النهائية للنقل في التجارة الدولية(19 أفريل 1991).

- اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة و خطابات الاعتماد الضامنة(نيويورك 11 ديسمبر 1995).
- اتفاقية الأمم المتحدة لاحالة المستحقات في التجارة الدولية(12 ديسمبر 2001).
- قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.
- القانون رقم 01/05 المؤرخ في 06 فبراير 2005المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحته.
- القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم بالقانون رقم: 10/05 المؤرخ في 20 جويلية 2005، الجريدة الرسمية رقم 44.
- القانون التجاري الجزائري.
- الأمر 11/03 المؤرخ في 26 أوت 2003 و المتعلق بالنقد و القرض.
- المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في: 2002/07/24 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر رقم: 52 بتاريخ: 28 جويلية 2002، ص 03، و قد لحق هذا المرسوم تعديلين هامين هما: الأول بموجب المرسوم الرئاسي 301/03 بتاريخ: 2003/09/11،ج.ر رقم:55، بتاريخ: 2003/11/14، ص06، ثم لحقه تعديل ثاني بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 338/08، بتاريخ: 2008/10/26، ج.ر رقم: 62 بتاريخ: 2008/11/09، ص 06.
- المرسوم التنفيذي رقم: 403/90 المؤرخ في: 1990/12/15 المتضمن الشروع في تقديم خدمة البريد الالكتروني للجمهور، ج.ر 55، ص 1752و 1753.
- القانون رقم 02-2002 المتعلق المعاملات والتجارة الالكترونية، الصادر بدبي بتاريخ دبي بتاريخ 12 فبراير 2002م الموافق 30 ذي القعدة 1422، جريدة البيان ليوم السبت 4 ذو الحجة 1422 هـ الموافق 16 فبراير 2002، المصدر عن موقع : http://www.albayan.co.ae.
- قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001.
- اتفاقية التحويل الالكتروني للأموالWESTERN UNION بين الجزائرو الشركة السابقة، نفذت عن طريق التعليمة الوزارية للبريد والمواصلات المتعلقة بالكيفيات المحاسبية المطبقة على الدفوع المنجزة لحساب خدمة التحويل السريع للأموال عن طريق:" وسترن يونيو- WESTERN UNION"، المؤرخ في 17 ماي 2001، النشرة الرسمية للبريد والمواصلات 335 G، فهرس: CR II م م م/ م ف م، م01، لسنة 2001. وكذلك مشروع تعليمة متعلقة بالتحويل الالكتروني للأموال« TEF » ، بلا رقم مرجع، صادرة عن المديرية الجهوية للبريد و المواصلات بسطيف، في ماي 2001.
- قضاء النقض في المواد المدنية، الجزء الثاني، المجلد الأول
- - نقض مدني مصري، 23 جانفي 2001، مجلة المحاماة المصرية، العدد 02، 2002.
- تقرير المركز تطوير الخدمة المصرفية:"بطاقات الائتمان المصرفية و التكييف الشرعي المعمول به في بيت التمويل الكويتي"، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، العدد الرابع، الجزء الاول، 1992.
- فتوى رقم:1022 بتاريخ:2000/04/11، لدى: المرجع التشريعي لعقود الأشغال العامة، وزارة الأشغال العامة الكويتية، الجزء الثاني، المجلد الثاني.

بالفرنسية:

-Instruction de la Banque d'Algérie n° :64/94 du 28 Septembre 1994 portant la normalisation de la carte bancaire.
-La loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation, 1996, Nations Unies, New York, 1997. http://www.un.or.at/uncitral/fr-index.htm.
-Recommandation européenne du 30 Juillet 1997, J.O.C.E, n° : L208,1997.
- F.J. PANDIER," Initiation à l'Internet juridique", Rapport de l'O.C.D.E, Paris, Litec, 1998.
- La directive 95/46 du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.
-La directive 1996/9 du 11 mars 1996 sur la protection juridique des bases de données ; La directive 1991/250 du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateurs.
-Directive 97/7CE du Parlement Européen et du Conseil, du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, JOCE n° L 144, du 4 juin 1997.
-La directive 1999/44/CE du 26 Mai 1999 sur la publicité ou l'étiquetage.

-Directive 1999/93 du Parlement Européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, J.O.C.E, L.13 du : 19 Janvier 2000.
-La directive n° 2000/31 du 8 juin 2000 sur le commerce électronique, J.O.C.E, L.178/1 du : du :07 Juillet 2000.
-La Directive européenne n°: CE : 7/97 du 20 mai 1997 sur les contrats conclus à distance, J.O.C.E, L 144 du 4 Juin 1997.
-Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (J.O. L 178 du 17 juillet 2000).
- La directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (dispositions relatives au contournement des mesures techniques de protection et d'identification des œuvres et à l'exception de copie technique).
-La loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques 2001.
-La loi de finance française pour l'année 1990.
-La loi de la consommation n° 95-96 du 1er février 1995.
- La loi n°96-659 du 26 juillet 1996, Le contrôle étroit de l'Etat sur toute fourniture de produits de chiffrement.
- Décrets n° 98-101 et n°98-102 du 24 février 1998, décrets n° 98-206 et 98-207 du 23 mars 1998, complétés par six arrêtés du 13 mars 1998 sur la cryptographie.
-Décret n° : 99/68 du 02 Février 1999 relatif à la mise en ligne des formulaires administratives, J.O.R.F.29 du 29 02 Février 1999.
- Décrets n° 98-101 et n°98-102 du 24 février 1998, décrets n° 98-206 et 98-207 du 23 mars 1998, complétés par six arrêtés du 13 mars 1998 sur la cryptographie.
-Décret n° : 99/2000du 17 Mars 1999 définissant les catégories de moyens et prestations de cryptologie dispensées de toute formalité préalable, J.O. du 19 Mars 1999.
-Loi n°: 2000/642 du 10 Juillet 2000 portant la réglementation des ventes volontaires de meubles aux enchères public.,J.O.R.F. n° 159 du 10 Juillet 2000.
La loi n° : 2000/230 du 13 Mars 2000 portant l'adaptation du droit de la preuve aux nouvelles technologies de l'information et relative à la signature électronique., J.O., no 62, 14 mars 2000.
-Décret no 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique J.O. Numéro 77 du 31 Mars 2001.
-La loi Belge du 19 Septembre 2001 sur un cadre juridique des signatures électroniques.
- La loi française n° 2004-275 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

التقارير و الرسائل الجامعية و الأحكام القضائية:

- Yves GUYON : « Rapport sur les problèmes juridiques actuels en matière des cartes de paiement »,Les cartes de paiements, 1980.
- N.KHATER, La protection juridique du logiciel par la propriété intellectuelle dans les pays de la langue arabe, thèse,Nantes, 1995.
-Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris, Pour un contrat-type de commerce électronique, Rapport de J.P.SAILLARD, adopté en 27 Mars 1997, Disponible sur : www.ccip.fr.
-COM(97)503 : « Vers un cadre européen pour les signatures numériques et le chiffrement : assurer la sécurité et la confiance dans la communication électronique», Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des Régions, 8 octobre1997.
-Ch.TORRES, L'Internet et la vente aux consommateurs, Thèse du Doctorat, Université de Paris X- Nanterre, 1999.

- Mémoire, D.E.A. de Droit Public des Affaires, Université de Paris X, Nanterre, 13 septembre, 2001.
- Rapport du Conseil d'Etat français, « Mettre en œuvres les télé-procédures dans la juridiction administrative », 2003.
-Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des Régions, 8 octobre1997.
-Conseil d'Etat français, Rapport sur l'Internet et les réseaux Numériques de 02 juillet 1998.
- Recommandation de la CE n ° : 97/489 du : 30 Juillet 1997, J.O.C.E du 02 Août 1997.
- La Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International, Rapport du groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente et unième session (New York, 18-28 février 1997), A/CN.9/437, 12 mars 1997.
- Rapport du Conseil d'Etat français sur l'Internet et les réseaux Numériques de 02 juillet 1998.
- C.N.U.D.C.I., Rapport du groupe de travail sur le commerce électronique relatif aux travaux de sa trente-troisième session (New York, 29 juin-10 juillet 1998), A/CN.9/454, 21 août 1998. http://www.un.or.at/uncitral/fr-index.htm.
- La Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International, Rapport du groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente troisième session (New York, 29 juin-10 juillet 1998), A/CN.9/454, 21 août 1998.
- Rapport de l'Union européen sur : « clauses abusives» cinq ans après, 1-3 Juillet 1999.
-Rapport du travail du groupe GIP, Disponible sur : www.gip.recherche-justice.fr/dossiers/preuve.htm.
-Jean Pièrre VIERLING, "La sécurisation des ventes aux enchères sur Internet: l'encadrement légal doit être stabilisé par des solutions techniques", Rapport, Chambre de Commerce et d'industrie de Paris, 06 Juillet 2000.
- Rapport de la Commission des Nations Unies sur le droit commercial international sur les travaux de sa trente-quatrième session (Vienne du 25 juin au 13 juillet 2001). Le texte de la loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques a été adopté le 5 juillet 2001. , http://www.un.or.at/uncitral/fr-index.htm.
- Le rapport de la commission 4 sur le droit de la preuve rédigé dans le cadre du projet e-Justice (M. DEMOULIN, D. GOBERT, C. LAZARO et O. LEROUX, sous la direction du professeur Y. POULLET, rapport final sur le droit de la preuve, projet e-Justice, disponible à l'adresse suivante : http://www.droit.fundp.ac.be/e-justice/default.htm).
-X.THUNIS, La responsabilité du banquier et automatisation des paiements, thèse deu Doctorat, Montpellier, 1994.
-Cyril Blaise, Le commerce électronique entre profésionnels en réseau ouvert (Internet), DEA, Fac. de Droit, Univ. de Paris V, 1996/1997.Disponible sur : http://www.eridia.com/cblaise.
- Ch.TORRES, L'Internet et la vente aux consommateurs, Thèse du Doctorat, Université de Paris X- Nanterre, 1999.
- F. ALTENBOURGER, Les enchères électroniques en droit privé, thèse Paris II, 2004.
Cass.Civ.1ère, 29 Nov.1978, n°78, Bulletin civile, 01

المراجع المتخصصة:

بالفرنسية:

- J.CHESTIN, « les liens de dol dans la formation du contrat et de l'obligation précontractuelle de renseignement », note de cass.Civ., 3ème chambre, 03 Fev.1981, Dalloz jurisprudence.
-E.CAPRIOLI et R. SORIEUL : « Le commerce électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales, J.D.I.,1997.
-V.GAUTRAIS, G. LEFEBVER et K.BENYAKHLEF : « Droit de commerce électronique : l'émergence de la lex-electronica », R.D.A.I ,1997, n°05.
- Olivier ITEANU : « Les contrats de commerce électroniques », Droit et Patrimoine, n°55, Déc.1997.

- Lionel COSTES : « Aperçu sur le droit de commerce électronique aux Etats-Unis, Droit et patrimoine », n°55, Décembre 1997.
- La revue Semaine Juridique, « Entreprise et affaires », n° 41 du 08 Octobre 1998.
-E.CAPRIOLI et R. SORIEUL : « Le commerce électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales ».
-T. HASSLER, 16 juin 1999, « Preuve de l'existence d'un contrat et Internet : Brèves observations à propos de la loi », Disponible : http// : www.juriscom.net
-Danielle CARNEROLI et Priscilla DE LOCHI : « Vers les convergence fixe-mobile dans le secteur des télécommunications », Cahiers du C.R.I.D, N° 16, Bruxelles, Bruylant.
-T.VERBIEST et E.WERY : « La responsabilité des fournisseurs de services Internet : derniers développements jurisprudentiels »,Journal des tribunaux., n°6000, 17 février 2001.
- Laurent GUINOTTE et Dominique MOUGENOT, « La loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication dans la procédure judicaire et extrajudiciaire », 19 janvier 2001; Disponible sur le site : http://www.droit-technologie.org.
- D. GOBERT et E. MONTERO. « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », Journal des tribunaux., n°6000, 17 février 2001.
- Santiago CAVANILLAS MUGICA : « Les contrats en ligne dans la théorie générale du contrat : le regard d'un juriste de droit civil », Commerce électronique, Cahier de C.R.I.D, n°17.
-Didier GOBERT, « Cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification : analyse de la loi du 9 juillet 2001 », Disponible sur : www.consultandtraining.com.
-Luc GRYNBAUM," La directive de commerce électronique ou l'inquiétant retour de l'individualisme juridique", La semaine juridique, n°: 12, 2001.
-Axel LEFEBVRE et Etienne MONTERO, "Informatique et droit: Vers une subvention de l'ordre juridique? ", Droit des technologies de l'information: Regards et perspectifs, Cahier du C.R.I.D, n°16, Bruylant, Bruxelles, 1999.
- Xavier Linant De BELLEFONDS: "De l'expérience des Etat Unis aux perspectives françaises, Aspects juridiques et fiscaux: Le problématique française", Colloque du 13.04.1998,Gazette de Palais, Mai 1998.
- Thomas LIEUTENANT et Samuel MARIN, « Archivage et horodatage de documents électroniques », C.R.I.D et publication de Facultés Universitaires Notre-dame de la Paix, Mai 1997.
-G.PAISANT : « La loi du 06 Janvier 1988 sur les opérations de vente à distance et le télé-achat», JCP,1988-2.
−Thomas Lieutenant et Samuel Marin, « Archivage et horodatage de documents électroniques », C.R.I.D et publication de Facultés Universitaires Notre-dame de la Paix, Mai 1997.
- Quentin VAN DAELE : « La fiscalité indirecte des transactions électroniques », Commerce électronique, Cahier de C.R.I.D, n°17.
-Didier GOBERT, «Vers une discrimination de traitement entre la facture papier et la facture électronique ?»,Cahier du Juriste, n° 4-5/2001. Disponible sur: www.consultandtraining.com.
- G.ARIRA : « Les mutations de la carte bancaire », revue :Banque, N°09/1999.
- Eyal CHEVIKA : « Du déclin de la négociabilité des instruments de paiement et de crédit», Dalloz, Cahier droit des affaires,n° 16,Nov.2000.
- Lucas DE LEYSSAC : « Le paiement en ligne »,J.C.P, Ed.G,2002.
- M.VASSEUR : « Paiement électronique, aspects juridiques »,JCP,1985.
- D.SKY : « Aspects juridiques du mouvement électronique du fonds»., Sans références.
- Julien Le Clainche : «Le paiement en ligne». Disponible sur : www.droit-ntic.com.
- M.VASSEUR : « Paiement électronique, aspects juridiques »,JCP, 1985.
- J.PRIDEAUX : « Les cartes des années 2000», Revue de la Banque, n°584, 09.1997.
-W. JEANDIDIER : «Les truquages et usages frauduleux des cartes magnétiques », J.C.P, Edition E, n°3229, 1986.

-D.RIPERT et R.REBLOT, Groupe de Carte Bancaire, Traité de droit commercial, T.2.Ed.13.,1991.
-M.VASSEUR : « Paiement électronique, aspects juridiques »,JCP, 1985.
-F.J.CREDOT et P.BOUTEILLER : « Le cadre juridique des paiements par carte bancaire », Revue Droit et patrimoine, 1995.
-Tribunal Commercial de Paris, 02 Septembre 1997, Revue Banque et Droit, n° : 57,1998.
- S. GAUDET et R. KOURI, « Contrats entre non-présents et contrats entre présents : y a-t-il une différence? »,1989,20, R.D.U.S.
-« Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits », Journées d'études Poitiers, 14 et 15 Mai 1998,PUF, 1998.
- B. MISSE, « Vente aux enchères et Internet » ; disponible sur : www.journaldunet.com.
- Frédéric OLIVIER : « La prise en compte des enchères électroniques par la loi 200/624 du : 10 Juillet 2000 », La semaine juridique, Ed. générale,15/11/2002.
-Pierre BREESE : «Guide juridique de l'Internet et du commerce électronique », sur Internet sans références.
- Chambre nationale française des commissaires priseurs , Société NART SAS et NART Inc, 03 Mai 2000, Lamy, Droit de l'informatique, Bulletin d'actualité,n° :125.
-Christane FERAL : « Cyber droit à l'épreuve de l'Internet», Dalloz, 2ème Ed.2001.
-D.Gobert et E. Montero, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », in J.T., 6000ième, 17 février 2001.
-Valérie SEDALLIAN, "Preuve et signature électronique", Juriscom.net, 9 mai 2000., http://www.internet-juridique.net/ou http://www.internet-juridique.net/
-Matthieu BERGUIG., L'usurpation d'identité sur Internet, Mémoire de DESS: 2000/2001, Université Paris II (Panthéon – Assas).
-A.CRUQUENAIRE, « L'identification sur Internet et les noms de domaine », J.T., N° 6000, 17 février 2001.
- Y.Cool, « Signature électronique et signature manuscrite », Cahiers du C.R.I.D, N° 16, Bruxelles, Bruylant.
-M.ANTOINE, D.GOBERT, « Piste de réflexion pour une législation relative à la signature électronique et au régime des autorités de certification »,R.G.D.C., n°04,1998.
-D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », J.T., 6000ième, 17 février 2001.
-Vincent GAUTRAIS, « Preuve et formalisme des contrats électroniques : l'exemple québécois »,1999, www. crdp.umontreal.ca et www.Juriscom.net, 22 mars 1999.
- David G. MASSE, « Le cadre juridique en droit civil québécois des transactions sur l'inforoute », Revue de droit de McGill, (1997) 42 R.D. McGill 403.
-Jean-Luc TAGLIAMONTE, "Confusion et suspicion autour des documents d'origine électronique", http://www.droit-technologie.org , 26 Février 2001 .
- Didier GOBERT : « La reconnaissance des échanges par la reconnaissance de la signature électronique : Condition d'existence des réseaux d'avocats »,06p. www.consultandtraining.com
-X. THUNIS, « Responsabilité du banquier et automatisation des paiements, Travaux de la Faculté de droit de Namur », P.U.N., 1996.
-Valérie SEDAILLAN, « L'utilisation d'Internet à l'entreprise », http://62.161.196.163/lij/euroforum.html
- Laurent GUINOTTE et Dominique MOUGENOT : « La loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication dans la procédure judicaire et extrajudiciaire », 19 janvier 2001; Disponible sur le site : http://www.droit-technologie.org.
-Thomas Lieutenant et Samuel Marin, « Archivage et horodatage de documents électroniques », C.R.I.D et publication de Facultés Universitaires Notre-dame de la Paix, Mai 1997.

- Vincent GAUTRAIS, « Les contrats en ligne dans la théorie générale », in Commerce électronique, Cahier de C.R.I.D, n°17.
-Didier GOBERT, « Vers une discrimination de traitement entre la facture papier et la facture électronique ? », Cahier du Juriste, n° 4-5/2001, p01.Disponible sur : www.consultandtraining.com
- Preuve et signature, sans références.
-T. HASSLER, 16 juin 1999, « Preuve de l'existence d'un contrat et Internet : Brèves observations à propos de la loi », Disponible : http// : www.juriscom.net.
- Xavier Buffet DELMAS, « Mettre en place un système de signature électronique », in FREISHFIELDS BRUCKAUS DERINGER, Mai 2002,PP.1-3. Disponible sur: www.freshfields.com.
-Alain BENSOUSSAN et autres : « La signature électronique, premières réflexions après la publication de la directive du 13 Décembre 1999 et la loi du 13 Mars 2000»,Gazette du palais, Juillet /Août 2000.
-C.CAVALDA : « La validité de certaines signatures à la griffe d'éffets de commerce»,J.C.P. 1/1996.
- D .GOBERT et E. MONTERO,«Vers une discrimination de traitement entre la facture papier et la facture électronique ? »,Cahier du Juriste, n° 4-5/2001,p03.Disponible sur : www.consultandtraining.com.
- M. ANTOINE et D .GOBERT, «La directive européenne sur la signature électronique : Vers la sécurisation des transactions sur l'Internet ?»,2000. www.consultandtraining.com.
Eric CAPRIOLI, « Le juge et la preuve électronique », 10 janvier 2000., www.Juriscom.net.
− D. GOBERT et E. MONTERO, avril 2000, « La signature dans les contrats et les paiements électroniques: l'approche fonctionnelle ». Disponible sur : www.consultandtraining.com.
- Laurent GUINOTTE, « La signature électronique après les lois du 20 octobre 2000 et du 9 juillet 2001 », J.T., n°6063,14 septembre 2002.
-Sabine LIPOVETSKY et autres, «L'archivage des documents dématérialisés », 16.01.2002,, http://www.legalbiznext.com/
-M.AMEGE,« La signature électronique fragilise-t-elle le contrat », 2001. www.lexana.com.
- Didier GOBERT, « Cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification : analyse de la loi du 9 juillet 2001 »,Disponible sur: www.consultandtraining.com.
- H.BITAN : « La signature électronique : comment la technique répond-elle aux exigences de la loi»,Gazette du palais, Juillet –Août 2000.
-E.CAPRIOLI : « Sécurité et confiance dans le commerce électronique» ,J.C.P. Ed. G, 1998, n°25.
-A .BENSOUSSAN et Y. Le ROUX, Cryptologie et signature électronique aspects juridiques, France, Hermes Science, 1999.
- M. ANTOINE, D. GOBERT et A. SALAÜN, « Le développement du commerce électronique : les nouveaux métiers de la confiance », Droit des technologies de l'information Regards prospectifs, Cahiers du CRID, n° 16, Bruxelles, Bruylant, 1999.
- B. BRUN, « Nature et impacts juridiques de la certification dans le commerce électronique sur Internet », mars 2000,P.06., http://www.lex-electronica.org.
-H.BITAN : « La signature électronique :comment la technique répond elle aux exigences de la loi», G.P, Juillet/Août 2000.
- Didier GOBERT, « Cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification : analyse de la loi du 9 juillet 2001 », www.consultandtraining.com/
-Vincent GAUTRAIS: « La couleur du consentement électronique »,Disponible sur : http://www2.droit.umontreal.ca/cours/Ecommerce/accueil.htm

الفهرس:

الموضوع	الصفحة
مقدمة	01

الفصل التمهيدي:ماهية العقد الالكتروني	05
المبحث الأول: تعريف العقد الالكتروني و خصائصه	05
المطلب الأول: تعريف التجارة الالكترونية و العقد الالكتروني	06
الفرع الأول: تعريف التجارة الالكترونية	06
أولا: تعريف الفقه	06
ثانيا: تعريف القانون	06
الفرع الثاني: وسائل و أجزاء التجارة الالكترونية:	08
الفرع الثالث:أنواع التجارة الالكترونية	09
المطلب الثاني: مفهوم العقد الالكتروني	09
الفرع الأول: تعريف العقد الالكتروني	09
أولا: تعريف الفقه	10
ثانيا: تعريف القانون	10
الفرع الثاني: خصائص و سمات العقد الالكتروني	11
– أ– إبرام العقد الالكتروني عن بعد من دون الحضور المادي لأطرافه	12
–ب– تحقق الإذعان	13
ج– الاستعانة بالوسائط الالكترونية في إبرام العقد الالكتروني	15
د– الطابع التجاري و الاستهلاكي لعقود التجارة الالكترونية	16
و– دولية العقد الالكتروني:	16
هـ– الوفاء	16
ث– إثبات العقد الالكتروني و تنفيذه	18
ع– العقد الالكتروني و ارتباطه بالحق في العدول	18
المطلب الثالث: تمييز العقد الالكتروني عن بعض العقود الأخرى	19
الفرع01 – تمييز العقد الالكتروني من حيث طريقة إبرامه	19
أ/– التعاقد الالكتروني و العقد بمفهومه التقليدي	19
ب/– التعاقد الالكتروني والتعاقد بالهاتف	19
ج/– التعاقد الالكتروني والتعاقد بالتلفزيون	20
الفرع02– تمييز العقود الالكترونية عبر الشبكات عن بقية العقود الالكترونية:	21
V. عقد الاشتراك أو الدخول إلى شبكة الانترنت	22
VI. عقد خدمة الخط الساخن	23

VI. عقد إنشاء المتجر الافتراضي	23
عقد الإيواء (عقد الإيجارالمعلوماتي)	24
المبحث الثاني: وسائل إبرام العقد الالكتروني	25
المطلب الأول: التبادل الالكتروني للبيانات	25
الفرع الأول: المجالات التجارية و المدنية التي يغطيها التبادل الالكتروني للبيانات	28
الفرع الثاني:تقييم نظم التبادل الالكتروني للبيانات	28
أولا- مزايا عمليات نظم التبادل الالكتروني للبيانات	29
ثانيا- سلبيات عمليات نظم التبادل الالكتروني للبيانات	29
المطلب الثاني: القيمة القانونية لرسائل البيانات	30
الفرع الأول: حجية رسائل البيانات في التشريعات الدولية	31
الفرع الثاني: مشروعية الاتفاق حول التبادل الالكتروني للبيانات	32
الفرع الثالث: إسناد الرسالة الالكترونية	34
الفرع الرابع: الإقرار أو وصل باستلام الرسالة الالكترونية	36
بند 1: اشتراطات شكل الإقرار بالاستلام	37
بند 2:وقت ومكان استلام الإقرار	37
بند 3: آثار تلقي المنشئ للإقرار:	38
المطلب الثالث: التفاوض الالكتروني	38
الفرع الأول: عناصر التفاوض	39
بند 01- دراسة الجدوى	39
بند02- دفتر الشروط	40
بند03- العروض و اختيار مقدم الخدمة	40
الفرع الثاني:التفاوض و مبدأ حسن النية	40
بند 01- الالتزام بالتعاون	41
بند 02- الالتزام بالإعلام	42
بند 03- الالتزام بالتحذير و التبصير و النصح	42
الباب الأول: إبرام العقد الالكتروني	44
الفصل الأول: التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الالكترونية و التفاوض حول العقد	44
المبحث الأول: التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الالكترونية	45
المطلب الأول: التعبير عن الإرادة باستخدام الوسائط الالكترونية و صوره	45
الفرع الأول: صور و طرق التعبير الالكتروني عن الإرادة	46
أ: التعبير عن الإرادة عبر البريد الالكتروني:	46

ب: التعبير عن الإرادة عبر المواقع الالكترونية	48
ج: التعبير عن الإرادة عبر المحادثة الالكترونية و المشاهدة عبر الإنترنت	50
د: السكوت كطريقة للتعبير عن الإرادة في عقود التجارة الالكترونية	51
الفرع الثاني: أهلية أطراف التعبير الالكتروني و وسائل التحقق منها	53
بند 01: أهلية أطراف التعبير الالكتروني	53
بند 02: وسائل التحقق من الأهلية في عقود التجارة الالكترونية	54
بند 03: توقيع الأشخاص الاعتبارية العامة و شكل التعبير عن الإرادة	55
الفرع الثالث:التعبير عن الإرادة و محل العقد	56
بند01–وجود الشيء أو الخدمة:	56
بند02–وجوب تعيين المحل	57
بند03–مشروعية المحل في عقود التجارة الالكترونية	58
المطلب الثاني:صحة التراضي في العقود الالكترونية	59
الفرع الأول: التدليس	59
الفرع الثاني:عيب الغبن	63
الفرع الثالث: الإكراه	64
الفرع الرابع: الغلط	65
المطلب الثالث:التعبير عن الإرادة و النيابة القانونية في المعاملات الالكترونية	68
الفرع الأول: تعريف الوكيل الالكتروني	68
الفرع الثاني: شكل الوكيل الالكتروني و ضرورة توافر نية التعاقد	69
الفرع الثالث: مشروعية التعاقد و الأنظمة الالكترونية	69
الفرع الرابع: مسؤولية الوكيل الالكتروني	70
الفرع الخامس: النيابة في التعاقد	71
المبحث الثاني: الإيجاب الالكتروني	72
المطلب الأول: ماهية الإيجاب الالكتروني	73
الفرع الأول: تعريف الإيجاب الالكتروني	73
الفرع الثاني: عناصر الإيجاب الالكتروني	74
الفرع الثالث: خصائص الإيجاب الالكتروني	75
ث–الإيجاب الالكتروني يتم عن بعد	76
ج– الإيجاب الالكتروني يتم عبر وسيط الكتروني	77
ح– دولية الإيجاب الالكتروني	77
الفرع الرابع: التفرقة بين الإيجاب و الإعلان	78

المطلب الثاني:شكل و نطاق الإيجاب الالكتروني	79
الفرع الأول: شكل الإيجاب	79
الفرع الثاني: النطاق المكاني للإيجاب	80
الفرع الثالث:سقوط الإيجاب	81
المبحث الثاني: القبول	82
المطلب الأول: ماهية القبول الالكتروني	82
الفرع الأول: تعريف القبول	82
الفرع الثاني: شروط القبول	83
الفرع الثالث:طرق التعبير عن القبول الالكتروني	83
الفرع الرابع: صلاحية السكوت للتعبير عن القبول	85
المطلب الثاني:زمان و مكان إبرام العقد الالكتروني	86
الفرع الأول:زمان إبرام عقد التجارة الالكترونية	86
01- نظرية إعلان القبول	87
02 – نظرية تصدير القبول	87
03 – نظرية وصول القبول	88
04 – نظرية العلم بالقبول	88
الفرع الثاني: تأثير حق العدول على تاريخ إبرام العقد الالكتروني و تمديد سريانها	90
01- تأثير حق العدول على تاريخ إبرام العقد الالكتروني	90
02- تمديد و تجديد سريان عقود المعلوماتية	91
الفرع الثالث: مكان إبرام عقد التجارة الالكترونية	92
الفصل الثاني: تنفيذ العقد الالكتروني و قواعد حماية المستهلك	95
المبحث الأول: تنفيذ العقد الالكتروني	95
المطلب الأول: مضمون الالتزام بالتسليم	95
الفرع الأول: خصوصية التسليم في عقود التجارة الالكترونية	95
الفرع الثاني: ميعاد و زمن التسليم	96
الفرع الثالث: مكان التسليم	97
الفرع الرابع: التسليم في مكان الوصول المحدد في عقود البيوع الدولية وفقا لأحكام قواعد الانكوتيرمز لعام 2000	97
06- العقد DAF	98
07- العقد DES	98
08- العقد DEP	98

09- أما العقود DDU	99
10- عقد DDP	99
الفرع الخامس: استبدال وثائق النقل إلى مكان الوصول بالرسائل الالكترونية:	99
المطلب الثاني:الشروط التعسفية و شرط الزوايا الأربع	100
الفرع الأول: تعريف التعسف في القانون	100
الفرع الثاني: مضمون منع التعسف في العقود الالكترونية	102
الفرع الثالث: شرط الزوايا الأربع	102
المبحث الثاني: دفع الثمن و الوفاء الالكتروني	102
المطلب الأول: الالتزام بالدفع الالكتروني أو عبر الشبكات	104
الفرع الأول: أحكام الوفاء	104
الفرع الثاني: أهمية الدفع الالكتروني	104
الفرع الثالث:خصائص الدفع الالكتروني	105
الفرع الرابع:النقل و التحويل الالكتروني للنقود	106
المطلب الثاني: نظم الدفع التجارية الالكترونية	107
الفرع الأول: مشتملات الدفع الالكتروني	107
الفرع الثاني: الإطار القانوني لوسائل الدفع الالكترونية	108
المطلب الثالث: أنواع البطاقات و الأهمية في استخدامها	110
الفرع الأول: تقسيمات بطاقات الائتمان	110
بند 01- بطاقة الاعتماد أو الائتمان الحقيقي	110
بند 02- بطاقة الوفاء	110
الفرع الثاني:تقسيمات أخرى للدفوع و المخالصات الالكترونية	113
البند 1/-طرق الإيفاء المصرفية الالكترونية	113
البند 2/-النقود الالكترونية	113
الفرع الثالث:الأوراق التجارية الالكترونية	115
البند 1/- السفتجة الالكترونية	115
البند 2/- السند لأمر	116
البند 3/- الشيك	117
المبحث الثالث:طرق و آليات الوفاء بالبطاقات المصرفية	119
المطلب الأول: إصدار البطاقات الالكترونية	119
الفرع الأول:مصرفية البطاقة حسب التعليمة 64/94	119

الفرع الثاني:الطابع التعاقدي في إصدار البطاقات	120
الفرع الثالث: إثبات المعاملة المصرفية باستخدام البطاقات الالكترونية	123
الفرع الرابع: المعارضة في الوفاء	124
المبحث الرابع: قواعد حماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية	124
المطلب الأول: الإجراءات الحمائية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية	124
الفرع الأول: الالتزام بتوفير المعلومات الكافية حول التاجر الالكتروني	125
الفرع الثاني:بيان المواصفات الخاصة بالسلع و الخدمات	127
المطلب الثاني :حماية المستهلك و الإعلانات الالكترونية	127
الفرع الأول: شرط الوضوح و محتوى الإعلان الالكتروني	127
الفرع الثاني: الإعلان المقارن	129
المطلب الثالث: حماية المستهلك و الالتزام بالضمان	129
الفرع الأول:المسؤولية عن ضمان العيب الخفي و مخاطر التكنولوجيا	130
الفرع الثاني:مضمون رجوع المستهلك على المنتج	130
المطلب الرابع: حماية المتعامل في عقود المناقصات و بيوع المزادات الالكترونية	131
الفرع الأول: العقود الواردة على المناقصات الالكترونية	132
بند أول: الإعلان القانوني الالكتروني عن المناقصة	133
بند ثاني: تطبيقات للتعاقد عبر المناقصات الالكترونية	133
الفرع الثاني: العقود الواردة على المزادات الالكترونية	134
الباب الثاني: إثبات العقد الالكتروني	136
الفصل الأول: الدليل الكتابي	137
المبحث الأول: الكتابة	138
المطلب الأول: الكتابة الرسمية	138
الفرع الأول: شروط الكتابة الرسمية	138
أ/ صدور المحرر الرسمي من موظف عام	138
ب/ اختصاص الموظف العام	138
ج/ القيود الواردة على الأوضاع القانونية و الشكلية	138
الفرع الثاني: حجية الورقة الرسمية في الإثبات	139
المطلب الثاني: المحررات العرفية	139
الفرع الأول: شروط المحررات العرفية	140
الفرع الثاني: حجية المحررات العرفية في الإثبات	140
المبحث الثاني: الإثبات الالكتروني	141

المطلب الأول: مفهوم الكتابة الالكترونية	141
الفرع الأول: تعريف الكتابة الالكترونية	141
الفرع الثاني: التحول من المعاملات الورقية إلى المعاملات الإلكترونية و المعادلة القانونية بينهما	143
الفرع الثالث: دور التشفير في عقود التجارة الالكترونية	145
المطلب الثاني: شروط الكتابة الالكترونية	145
الفرع الأول: أن يكون الدليل مكتوبا	145
الفرع الثاني: أن تكون الكتابة الالكترونية مقروءة أو قابلة للقراءة	146
الفرع الثالث: الكتابة وتعيين الأطراف	146
الفرع الرابع: حفظ مضمون المحرر	146
المبحث الثالث: الاعتراف بالكتابة الإلكترونية وتمييزها عن الكتابة التقليدية	147
المطلب الأول: الاعتراف بالإثبات الالكتروني	147
الفرع الأول: التنظيم القانوني للكتابة الالكترونية	148
الفرع الثاني: حجية الكتابة الالكترونية كاستثناء عن القواعد العامة	149
الفرع الثالث: حجية الكتابة الالكترونية بين الرضائية و القضاء	150
المطلب الثاني: التمييز بين التقليدية و الكتابة الالكترونية	152
الفرع الأول: شكل الوثيقة الالكترونية و تسليمها	153
الفرع الثاني: نسبة المحرر الالكتروني و تاريخ إصدار الوثيقة	154
الفرع الثالث: أصول المحررات الالكترونية و نسخها	155
المبحث الرابع: الشكلية الالكترونية	156
المطلب الأول: التوسع في نظام الإثبات الكتابي	156
الفرع الأول: الشكلية الالكترونية	156
الفرع الثاني: وظائف الشكلية	157
المطلب الثاني: تنظيم الإثبات الإلكتروني	157
الفرع الأول: منازعات الإثبات	158
الفرع الثاني: مجال الاستعانة بالكتابة الالكترونية	160
أ/ حرية الإثبات في المواد التجارية	160
ب/ المواد المدنية	161
د/ مبدأ الإثبات بالكتابة الالكترونية	161
الفرع الثالث:سلطة القاضي في منازعات الإثبات الالكتروني	162
المطلب الثالث: عوارض الإثبات بالكتابة الالكترونية	163

الفرع الأول: المضاهاة	163
أ/ شروط الإنكار	164
ب/ شهادة الشهود	165
الفرع الثاني: الطعن بالتزوير	165
الفصل الثاني: التوقيع الالكتروني	167
المبحث الأول: الطبيعة القانونية للتواقيع الالكترونية	167
المطلب الأول: التوقيع اليدوي التقليدي	167
الفرع الأول: التعريف	167
الفرع الثاني: عناصر التوقيع	168
العنصر الأول: أن يكون شخصيا	168
العنصر الثاني: ديمومة التوقيع	169
الفرع الثاني: مكان و زمان التوقيع	169
البند أ/ مكان التوقيع	169
البند ب/زمان التوقيع	170
المطلب الثاني: مفهوم التوقيع الالكتروني	171
الفرع الأول: تعريف التوقيع الالكتروني	171
الفرع الثاني: التعريف الوظيفي للتوقيع الالكتروني	175
المطلب الثالث: الوظائف و الشروط القانونية للتوقيع الالكتروني	176
الفرع الأول: تحديد هوية صاحب التوقيع	178
الفرع الثاني:التعبير عن الرضا	182
الفرع الثالث: حفظ صحة السند	183
الفرع الرابع: منح المحرر صفة السند الأصلي	184
المبحث الثاني: النظام القانوني للتوقيع الالكتروني	185
المطلب الأول: حجية التوقيع الالكتروني	185
الفرع الأول: الاعتراف التوقيع الالكتروني	186
الفرع الثاني: نطاق التعامل بالتوقيع الالكتروني	187
أو لا: حدود الاستعانة بالتوقيع الالكتروني	187
ثانيا: توقيع الأشخاص الاعتبارية العامة	188
المطلب الثاني: مجال التوقيع الالكتروني و صوره	189
الفرع الأول: مجالات التوقيع الالكتروني	190
الفرع الثاني: صور التوقيع الالكتروني و أشكاله	190

الصورة الأولى:التوقيع الرقمي	191
الصورة الثانية:استعمال البطاقة المقترنة بالرقم السري و التوقيع الالكتروني	193
الصورة الثالثة: التوقيع بالقلم الالكتروني و التوقيع اليدوي الالكتروني	197
الصورة الرابعة: التوقيع البيومتري	198
المطلب الثالث: التشفير الالكتروني	200
الفرع الأول: تعريف وتطور التشفير	201
أولا: تعريف	201
ثانيا: الضوابط و القيود الواردة على التشفير	202
الفرع الثاني:نظم التشفير	204
الفصل الثالث: التوثيق الالكتروني ومنازعات المعاملات الالكترونية	204
المبحث الأول: جهات التوثيق الالكتروني	206
المطلب الأول:ماهية سلطة التوثيق الالكتروني ومهامها	206
الفرع الأول: تعريف سلطة التوثيق الالكتروني	206
الفرع الثاني: مهام سلطات التوثيق الالكتروني	208
أولا: التحقق من هوية الشخص الالكترونية و إثبات نسبة السند إليه	208
ثانيا: التأكيد على لحظة إبرام العقد	208
ثالثا:إصدار الشهادات و المفاتيح الالكترونية	208
رابعا:سلطة إلغاء و العدول عن الشهادة	211
خامسا: الكشف على دولية الشهادات الالكترونية وحجية التوثيق الأجنبي	212
سادسا: السهر على احترام قواعد حماية المستهلك وقواعد الملكية الفكرية	215
المطلب الثاني: الشهادات الالكترونية	216
الفرع الأول: مشتملات الشهادة الالكترونية	217
الفرع الثاني: إجراءات الحصول على الشهادة الالكترونية	219
الفرع الثالث:أنواع الشهادات الالكترونية	219
الفرع الرابع:حفظ الوثيقة و الشهادة الالكترونية	220
المبحث الثاني: النظام القانوني لسلطات التوثيق الالكتروني	223
المطلب الأول: الطبيعة القانونية لمقدم خدمة التوثيق الالكتروني و هيكلته	224
الفرع الأول: اسم النطاق لجهة التصديق الالكتروني	225
الفرع الثاني:هيكلة مقدم خدمات التصديق الالكتروني	226
أولا: سلطة التصديق الالكتروني	227
ثانيا: سلطة التسجيل	228

المطلب الثاني:التنازع القانوني و القضائي في المعاملات الالكترونية	228
الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على المعاملات الالكترونية	229
الفرع الثاني: الاختصاص القضائي و الاتفاقي بنظر المنازعات	231
خاتمة	236
قائمة المراجع	240
الفهرس	253